

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

JAIR JOSÉ MARIANO FILHO

Litígios estruturais e diálogos institucionais: a deliberação como racionalização
das decisões das cortes constitucionais

Ribeirão Preto

2022

JAIR JOSÉ MARIANO FILHO

Litígios estruturais e diálogos institucionais: a deliberação como racionalização das decisões
das cortes constitucionais

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Faculdade de Direito de
Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Desenvolvimento no
Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Rubens Beçak

Ribeirão Preto

2022

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP, gerada automaticamente
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

MM333 MARIANO FILHO, JAIR JOSE
1 Litígios estruturais e diálogos institucionais: a deliberação como
racionalização das decisões das cortes constitucionais / JAIR JOSE
MARIANO FILHO; orientador RUBENS BEÇAK. -- Ribeirão Preto,
2022.
117 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) --
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo,
2022.

1. CONTROLE CONSTITUCIONALIDADE. 2. LITIGIO
ESTRUTURAL. 3. DIALOGOS INSTITUCIONAIS. 4.
DELIBERAÇÃO. 5. RACIONALIDADE. I. BEÇAK, RUBENS, orient.
II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: MARIANO FILHO, Jair José

Título: Litígios estruturais e diálogos institucionais: a deliberação como racionalização das decisões das Cortes Constitucionais

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Aos que prezam pela Democracia e pelo Estado Democrático de Direito.

AGRADECIMENTOS

À Universidade de São Paulo, na pessoa do seu Magnífico Reitor **Prof. Dr. Carlos Gilberto Carlotti Junior**; à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, na pessoa do seu diretor **Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho**; ao coordenador da Pós-Graduação **Prof. Dr. Paulo Eduardo Alves da Silva** agradeço a oportunidade de poder fazer parte como aluno de pós-graduação desta conceituada universidade.

Ao meu orientador, **Prof. Dr. Rubens Beçak**, por toda a orientação, paciência, exemplo, incentivo e conhecimentos transmitidos, além de se demonstrar uma pessoa muito humana por todo trajeto do mestrado.

Aos professores do programa por todo o conhecimento transmitido ao longo da pós-graduação.

À secretária do departamento **Sra. Vania Cristina Vasconcellos Prudencio** pelo apoio recebido.

Aos **amigos** da pós-graduação pelo companheirismo, especialmente ao **Bruno Humberto Neves** e **Rafaella Marinelli Lopes**.

Aos amigos de escritório **Claudio Bini** e **Wagner Bini**, e ao amigo **João Baptista de Souza Negreiros Athayde**.

À toda minha **família**, por estarem sempre ao meu lado, especialmente meus pais **Eunice Maria Rossini** e **Jair José Mariano**.

À minha esposa, **Lenita Marangoni Lopes**, por me apoiar e incentivar ao longo de todo meu trajeto profissional e intelectual.

“O mundo era tão recente que
muitas coisas careciam de
nome, e para mencioná-las era
preciso apontar com o dedo”.

Gabriel García Marquez

RESUMO

MARIANO FILHO, Jair José. **Título do trabalho:** Litígios estruturais e diálogos institucionais: a deliberação como racionalização das decisões das Cortes Constitucionais. 2022. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2022. O trabalho buscou minimizar as críticas ao controle de constitucionalidade, especialmente aos litígios estruturais, apresentando um trajeto alternativo e intermediário através da democracia deliberativa, sobretudo para conceder maior legitimidade democrática e eficiência. Apesar de não conseguir apresentar novos instrumentos procedimentais e processuais atípicos, conseguiu encontrar quatro elementos deontológicos a serem observados quando da confecção dessas novas diretrizes processuais: elemento deontológico da comunicação social, elemento deontológico da deliberação interna, elemento deontológico do diálogo institucional e elemento deontológico da continuidade.

Palavras-chave: Cortes Constitucionais, Democracia Deliberativa, Diálogos Institucionais.

ABSTRACT

MARIANO FILHO, Jair José: *Structural injunctions* and institutional dialogues: a deliberation as rationalization of the decisions of the Constitutional Courts. 2022. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2022. The research sought to minimize as critical to the judicial review, especially to structural litigation, presenting an alternative trajectory and through deliberative democracy above all to democratic legitimacy and effective legality. Despite not being able to present new atypical procedural instruments, it managed to find four deontological elements to be observed when preparing these new procedural guidelines: deontological element of social communication, deontological element of internal deliberation, deontological element of institutional dialogue and deontological element of continuity.

Keywords: Constitutional Courts, Deliberative Democracy, Institutional Dialogues.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. LEGITIMANDO DECISÕES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	24
1.1 A origem do conflito na jurisdição constitucional.....	24
1.2 O objeto do conflito na jurisdição constitucional.....	31
1.2.1 O conflito potencializado pelos litígios estruturais.....	38
1.2.2 Uma Problemática Procedimental no Brasil.....	44
1.3 Uma possível saída para o conflito.....	53
2. A CORTE CONSTITUCIONAL E A SOCIEDADE: COMUNICAÇÃO EXTERNA	58
2.1 Construindo a Corte Constitucional como esfera pública: os pressupostos para uma deliberação comunicativa.....	60
2.2 A importância da canalização da razão pública.....	74
3. A CORTE CONSTITUCIONAL E SUA DELIBERAÇÃO INTERNA	81
4. CORTE CONSTITUCIONAL, PODER EXECUTIVO E PODER LEGISLATIVO: DIÁLOGO INSTITUCIONAL E DEFERÊNCIA INTERMITENTE	93
CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS	108

INTRODUÇÃO

Os litígios estruturais ganharam protagonismo nos países subdesenvolvidos nas últimas décadas, exigindo maior performance da Corte Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade, deixando ser mera espectadora na construção de políticas públicas, para se tornar senão protagonista, ao menos coadjuvante na elaboração, estruturação e fiscalização das demandas políticas sociais¹.

Apesar de existirem alguns litígios estruturais nas últimas décadas no Brasil², o de maior relevância seja pela extensão, seja pelo conteúdo, foi o estabelecido pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, onde o Supremo Tribunal Federal foi instado a manifestar sobre a violação massiva dos direitos fundamentais em todo sistema carcerário do país³, considerando a realidade fática dos presídios, concedendo ao processo o rito estabelecido pela Lei n° 9.882 de 1999⁴.

Algumas outras demandas estruturais foram propostas no país, sobretudo durante a Pandemia da COVID-19, buscando essencialmente a proteção de grupos em extrema vulnerabilidade, como povos indígenas (ADPF n. 709)⁵ e quilombolas (ADPF n. 742)⁶. Em ambas as demandas se buscou além do controle normativo, desaguando em controle jurisdicional de políticas públicas e plano de ação para defesa dos vulneráveis, demonstrando-se tratar de demanda atípica de controle de constitucionalidade.

Enquanto novidade no Brasil os litígios estruturais foram objeto de grande entusiasmo, pois se achava estar diante de um instrumento ímpar e efetivo na concretização dos direitos fundamentais, contudo, ao decorrer dos anos identificou-se falhas, desacertos, inconsistências e outros *déficits*, que impuseram um olhar mais crítico e apurado sobre esse tipo de processamento, criando a necessidade de se diagnosticar as reais possibilidades com suas

¹ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega. *Processos estruturais e direito à moradia no sul global: contribuições das experiências sul-africana e colombiana*. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, v. 19, n. 32, p. 148-183, set./dez. 2021.

² BEZERRA, Rafael. *Direitos para Além da Sala do Tribunal: Um estudo de caso comparado entre Brasil e Colômbia*. – 1ª ed – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

³ MARIANO-FILHO, Jair J. *O controle de constitucionalidade como instrumento de efetivação dos Direitos Fundamentais: o Estado de Coisas Inconstitucional* – Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.

⁴ BRASIL, 1999.

⁵ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; TALPAi, Bruno Luís. *Um Estudo Sobre a ADPF 709: entre Legitimidade Democrática e Paralisia Decisória*. Revista Jurídica Unicuritiba, Curitiba, V.04, n.61, p.728-732, Out-Dez. 2020.

⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. *O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF*. Suprema: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 1, n. 1, p. 82-118, jan./jun. 2021.

limitações sobre a atuação da Corte Constitucional em controle jurisdicional de políticas públicas.

São muitas as críticas desenvolvidas e duas ganham maior relevância por conta do seu conteúdo e verossimilhança. A primeira é da (i)legitimidade da Corte Constitucional em processar o litígio estrutural, uma vez que a respectiva demanda processual impõe uma atuação mais ativa frente a elaboração de políticas públicas, o que desvirtuaria a atuação da jurisdição constitucional, que está limitada à análise de compatibilização das normas com a Constituição Federal. A segunda está ligada a própria eficácia da decisão, uma vez que é possível colocar em xeque se a atuação da Corte Constitucional realmente produz algum impulsionamento que consiga sanar as violações dos direitos fundamentais, já que, por exemplo, de 2015 até 2022, o sistema penitenciário brasileiro não demonstrou melhora significativa⁷.

Os teóricos que inauguraram as respectivas críticas com maior ênfase foram STRECK⁸, GIORGI, FARIA e CAMPILONGO, sendo os três últimos em publicação conjunta⁹, apresentando em ambos os trabalhos uma posição de ataque ao que se inferem de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo¹⁰, infringindo ao litígio estrutural um novo ativismo judicial ineficaz e perigoso.

STRECK desenvolve que o Estado de Coisas Inconstitucional processado pela ADPF n. 347 é uma nova forma de ativismo judicial ilegítimo e é consequência do que chama de pan-principiologismo¹¹, onde fundamentações genéricas baseadas em princípios abstratos e com pouco conteúdo normativo são bases para decisões impraticáveis. O autor emprega duas principais problemáticas aos litígios estruturais.

⁷ Conselho Nacional de Justiça acusa em 21 de junho de 2022 estatística nacional com 918502 pessoas privadas de liberdade. Disponível em <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *O Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. CONJUR e no Conselho Nacional de Justiça do Brasil. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/52cceda6afbc861d257c355ac3c64d2b.pdf>>. Acesso em 08 de junho de 2021.

⁹ DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Artigo publicado in: *Estadão em 19.09.2015*, disponível em <ESTADÃO, 2021: ESTADÃO: JORNAL. *O Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em <<http://opinio.estadao.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>> acesso em 08 de junho de 2021.

¹⁰ Ambas as terminologias são confundidas como sinônimas, contudo, vale destacar que parte dos teóricos não encaixam àqueles que defendem os litígios estruturais como neoconstitucionalistas ou pós-positivistas, sobretudo se a defesa está atrelada a teoria democrática e a necessidade de diálogos institucionais (e.g): MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. CONJUR. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso. Em 08 de junho de 2021.

Primeira, que se trata de conceito amplo que impõe uma atuação ilegítima da Corte Constitucional, fazendo com que a atuação transcenda as competências do judiciário e da jurisdição constitucional, criando uma dinâmica teratológica de controle de constitucionalidade que não busca a concretização da Constituição Federal, mas sim um falso e inócuo norte para resolver problemas estruturais do país.

Segunda, que a atuação é completamente ineficaz diante da amplitude conceitual do termo “Estado de Coisas Inconstitucional” ou mesmo “litígio estrutural”, o que possibilita que a corte decida sobretudo de forma abstrata, a ponto tornar-se inexecutável seu cumprimento, inviabilizando a própria aplicação da Constituição Federal, especialmente porque não mantém *expertise* legislativa e administrativa necessária para elaborar e direcionar políticas públicas.

Da mesma forma GIORGI, FARIA e CAMPILONGO rejeitam a possibilidade do processamento do litígio estrutural na Corte Constitucional, sob principal fundamento de ilegitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, desenvolvendo que o respectivo processamento seria intervenção indevida na atuação dos demais poderes.

Com o passar dos anos as críticas foram se tornando mais sofisticadas¹², sobretudo apresentando conceitos mais exatos, e trazendo elementos que reforçam a ideia de ilegitimidade democrática e da ineficiência na atuação do Supremo Tribunal Federal sobre controle de políticas públicas, a exemplo desenvolvida por RAMOS¹³, quando do diagnóstico dos motivos que levam o país ser propício ao que se denomina “Ativismo Judicial”.

O primeiro fator diz respeito a própria estrutura histórica de Estado que o Brasil foi forjado, baseado inicialmente pelo patrimonialismo e a confusão de bens públicos e privados desde tempos imperiais, e posteriormente, mesmo com a tentativa da ruptura do patrimonialismo, criando mecanismos para buscar igualdade material entre as classes sociais através de elaboração de políticas públicas sociais distributivas, a exemplo o Sistema Único de Saúde, Educação Básica e Superior gratuita e outros¹⁴.

O segundo fator é a expansão do controle abstrato de constitucionalidade. Em países desenvolvidos como Estados Unidos, Alemanha, Espanha, ou mesmo em países vizinhos como Argentina e Colômbia, a Corte Constitucional ou o Tribunal Constitucional adotou um único

¹² VITORELLI, Edilson. *Levando os Conceitos a Sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico e Suas Diferenças*. Revista de Processo | vol. 284/2018 | p. 333 - 369 | Out / 2018.

¹³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. -2ª ed - São Paulo: Saraiva, 2015, Seção III.

¹⁴ *Ibidem*.

modelo de controle de constitucionalidade e acesso à jurisdição constitucional, contudo, o Brasil adotou um modelo híbrido, onde se é possível questionar lei ou ato normativo via controle difuso ou via concentrado¹⁵.

O terceiro fator diz respeito sobre as fragilidades teóricas trazidas pelo neoconstitucionalismo¹⁶, especialmente a partir da vinculação entre direito e moral, onde os debates trazidos para esfera pública acabam proporcionando uma vinculação de desacordos morais com desacordos normativos, e com isso impõe um debate mais complexo e nem sempre pautado na racionalidade jurídica, o que por sua vez impulsiona o ativismo judicial¹⁷.

O quarto fator diz respeito aos dilemas institucionais do Brasil perante a atuação da jurisdição constitucional. Por se tratar de um país grande, onde a burocracia não é uníssona, quando instado a manifestar sobre um caso, o Supremo Tribunal Federal precisa analisar os diversos contextos (não apenas sociais), mas também organizacionais do país, já que realidades culturais, sociais e econômicas são completamente distintas em cada região do país, sem contar que a própria extensão territorial dificulta uma atuação uníssona.

O quinto e último abrange algumas das prerrogativas atípicas do Supremo Tribunal Federal. Para RAMOS, a própria possibilidade concedida pelo legislador à jurisdição constitucional para atuação em Mandado de Injunção e da elaboração de Súmula Vinculante proporciona maior Ativismo Judicial¹⁸, agindo muitas vezes o legislativo como impulsionador da ação jurisdicional.

Outras críticas se desenvolvem sobre o termo Ativismo Judicial em inúmeras outras perspectivas¹⁹, entretanto, geralmente mantendo uma posição maniqueísta e sem adentrar em questões práticas, criando uma situação complexa, pois independente do desenvolvimento teórico, a realidade é que os litígios estruturais existem, e ainda, estão ganhando força nas últimas décadas por todo o mundo, em especial nos países em desenvolvimento²⁰.

¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. -2ª ed - São Paulo: Saraiva, 2015, Seção III.

¹⁶ _____. *Ativismo judicial e representação política: a crise institucional brasileira*. Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social, v.1, e 205200, 2020.

¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. -2ª ed - São Paulo: Saraiva, 2015, Seção III

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ MAGALHÃES, Breno Baía. *O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos*. Rev. direito GV 15 (2) • 2019.

²⁰ PENNA, Bernardo Schmidt. *Mais do Ativismo Judicial à Brasileira: análise do Estado de Coisas Inconstitucional e da decisão na ADPF 347*. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 11, Nº 1, jan./jun. 2017.

Assim, é preciso buscar elementos que consigam minimizar as respectivas críticas teóricas, mas sem ignorar a realidade, através técnicas processuais que possibilitem inserir a sociedade e os demais poderes na tomada de decisão ou na execução de políticas públicas extraídas dos litígios estruturais²¹, bem como buscando encontrar diagnósticos das atuações da jurisdição constitucional²², para que seja possível criar desenhos institucionais racionais e legítimos.

Abandonando o debate maniqueísta e buscando soluções teóricas e práticas que consigam minimizar as críticas, tem-se encontrado posições intermediárias que postulam pela deliberação interna entre os membros e pelo diálogo institucional das Cortes Constitucionais com os demais poderes e com a sociedade²³, onde a atuação jurisdicional se desloca da posição de protagonista que ganhou nas últimas décadas, fazendo deferência intermitente aos demais poderes em questões de desacordos morais ou políticas públicas, para torna-se coadjuvante na solução do caso²⁴.

Na esteira dessa posição teórica intermediária em favor da deliberação e do diálogo institucional, pretende o trabalho verificar se é possível identificar elementos de uma estrutura procedimental que consiga minimizar o *déficit* democrático e de eficiência no processamento dos litígios estruturais pela Corte Constitucional²⁵, utilizando como base os pressupostos teóricos para uma deliberação interna, externa, eficaz e coerente, bem como uma comunicação social adequada à jurisdição constitucional, que consiga canalizar a racionalidade pública sem perder a característica contramajoritária.

Talvez seja possível identificar que os problemas da ilegitimidade e da ineficiência na atuação da Corte Constitucional não seja ‘o’ processamento do litígio estrutural, mas ‘como’

²¹ LIMA, Flavia Danielle Santiago, FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. *Repensando o Papel da Jurisdição nos Litígios Estruturais de Interesse Público: do Ativismo Antidialógico à Decisão Compartilhada*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. janeiro a abril de 2021.

²² KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. Dossiê: 25 anos da Constituição Federal • Novos estudos. CEBRAP, n. 96, Jul 2013.

²³ CLÈVE, Clèmerson Merlin, LORENZETTO, Bruno Meneses. *Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade*. Rev. Investig. Const. 2 (3) • Set-Dez 2015.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

²⁵ BARBOSA, Antônio Ezequiel Inácio, LIMA, Martnio Mont'alverne Barreto Lima. *Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo*. Dossiê - Separação de Poderes e Diálogos Institucionais • Rev. Investig. Const. 5 (1) • Jan-Apr 2018.

ele ocorre, sobretudo no que concerne o desenho procedimental estabelecido para comunicação com a sociedade e com os demais poderes²⁶.

Por muito tempo a discussão permaneceu no resultado do julgamento, deixando de lado o caminho traçado para a conclusão coletiva dos membros da Corte Constitucional, contudo, a racionalidade imposta ao direito, sobretudo da aplicação da norma ao caso concreto, não está na conclusão propriamente do julgamento, mas sim no trajeto elaborado até que a decisão possa ser proferida, pois é ali que se encontra a fundamentação jurídica e conseqüentemente a racionalidade da decisão.

Se por um lado o voto é o instrumento que concede legitimidade ao mandatário para prosseguir com um programa político ao executivo e legislativo, por outro, o judiciário não está inserido nessa dinâmica de poder carecendo de outros instrumentos legitimadores²⁷. A argumentação, a deliberação, o compromisso com os ritos processuais, procedimentais e legais são elementos legitimadores do direito²⁸, e conseqüentemente das decisões judiciais, pois servem para sanar parcialmente o *déficit* da ausência do voto, buscando tornar racional a conclusão do julgado através da justificação²⁹.

A questão passa a ser qual tipo ou espécie de racionalidade deve ser buscada pela jurisdição constitucional³⁰, evitando que retóricas argumentativas sirvam de instrumentos para desvirtuar o direito através de abstrações desconexas ou até mesmo estratégias que buscam esconder o verdadeiro motivo da conclusão da decisão³¹, entendendo prioritariamente que a instituição acaba sendo reflexo de seus membros, e esses, por sua vez, necessitam de

²⁶ DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 75, jan./mar. 2020.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A Razão Sem Voto: A função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais*. Revista Estudos Institucionais: Um Dossiê Sobre Taxonomia Das Gerações De Direitos. Vol. 2, 2, 2016.

²⁸ BARCELLOS, Ana Paula. *STF como fomentador, no ambiente majoritário, do voto com razões*. In: *A Razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso* (Org. VIEIRA, Oscar Vilhena, GLEZER Rubens). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 259-279.

²⁹ LEAL, Fernando. *Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução crítica de “A razão sem voto”*. In: *A Razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso* (Org. VIEIRA, Oscar Vilhena, GLEZER Rubens). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 108-139.

³⁰ SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.

³¹ HARTMANN, Ivar, CHADA, Daniel. *A razão sem condições de qualidade*. In: *A Razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso* (Org. VIEIRA, Oscar Vilhena, GLEZER Rubens). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 169.

instrumentos aptos para a justificação racional, pois tendem a tomar decisões individuais baseadas em suas pré-disposições ideológicas³².

RODRIGUEZ³³ sustenta que a Corte Constitucional não pode optar por uma racionalidade simbólica ou instrumental, pois o intuito da decisão não é demonstrar característica meramente formal e burocrática, mas materialmente racional, onde o caminho traçado pelos seus membros consiga demonstrar um esforço argumentativo, deliberativo e comunicativo que transcenda a interpretação da norma, e aponte as verdadeiras razões que levaram àquela narrativa³⁴.

A partir desta premissa que reconhece a legitimidade da Corte Constitucional através de uma racionalidade deliberativa e comunicativa, se pretende verificar “*se é possível identificar critérios que possam impulsionar a deliberação, a comunicação e o diálogo da Corte Constitucional com a sociedade e os demais poderes, a fim de se estabelecer uma racionalidade que supere a mera instrumentalidade, para que seja possível identificar uma estrutura procedimental adequada*”, em outras palavras, identificar eventuais elementos deontológicos para instrumentos procedimentais e processuais atípicos.

Se de fato a Corte Constitucional não tem legitimidade democrática plena pela ausência de voto e de impulsionamento majoritário, e ainda, se a legitimidade concedida pela racionalidade das suas decisões é preenchida parcialmente, já que as argumentações e fundamentações de seus membros são limitadas ao conhecimento individual de cada um, é preciso buscar evidências e estratégias em outras atitudes que consiga impulsionar a legitimidade da jurisdição constitucional.

Os diálogos institucionais entre os poderes, a comunicação da Corte Constitucional com a sociedade buscando uma canalização da racionalidade pública, e por fim, a deliberação interna buscando uma decisão colegiada e coerente pelos membros, é um campo fértil para buscar alternativas ou ao menos norte para conseguir impulsionar a legitimidade democrática e a eficiência da jurisdição constitucional.

Assim, iniciando o debate da legitimidade através dos diálogos institucionais, da comunicação social e da deliberação, identifica-se a seguinte hipótese: “*é possível definir uma*

³² ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. *Peças e engrenagens das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

³³ RODRIGUEZ, J. Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Editora FGV, 1ª- Edição: São Paulo, 2013.

³⁴ NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ José Rodrigo. “*Judicialização da política*”: *déficits explicativos e bloqueios normativistas*. Novos estud. CEBRAP (91) • Nov. 2011.

convergência mínima de critérios entre deliberação interna, comunicação externa e diálogo intermitente que consiga desenhar um procedimento para o processamento de litígios estruturais na jurisdição constitucional?”.

Metodologia da Pesquisa:

Pretende-se a partir do método dedutivo construir uma linha de raciocínio sobre a deliberação como instrumento concessivo de legitimidade e eficiência para as decisões proferidas pela Corte Constitucional em litígios estruturais, e verificar se é possível estabelecer critérios que sejam aptos a apresentar um desenho procedimental para a deliberação interna, a comunicação externa e o diálogo intermitente entre os poderes, a partir de uma prévia procedimental já existente no país, ou ao menos identificar elementos deontológicos para eventuais procedimentos atípicos.

Para tentar responder a indagação e encontrar a hipótese se pretende desaglutinar a estrutura da Corte Constitucional, separando-a entre as perspectivas da interação interna entre os membros ao confeccionar a decisão final, a externa com a sociedade buscando trazer a razão pública para o julgamento, e a intermitente através do diálogo com os demais poderes buscando um grau possível de deferência, que consiga separar o que é desacordo moral do que é desacordo normativo.

O intuito do isolamento do objeto é evitar eventuais desconexões argumentativas, essencialmente porque a separação em categorias diminuirá o risco de argumentos retóricos, uma vez que para cada categoria haverá um grupo com direcionamento teórico específico, diminuindo o risco de se apresentar justificativas incomunicáveis entre si, ou mesmo criar estruturas argumentativas divergentes.

Reconhece que os modelos teóricos não são absolutamente convergentes, e o trabalho lidará com isso, buscando verificar uma convergência mínima ou mesmo apontar total impossibilidade de conversarem entre si, optando e justificando uma escolha em detrimento de outra.

A pesquisa será integralmente teórica e dividida em quatro capítulos, onde se buscará, em linhas gerais, a análise da deliberação interna entre os membros, da comunicação externa entre a Corte Constitucional e a sociedade, e do diálogo institucional através de deferências intermitentes entre os poderes.

No primeiro capítulo denominado “*Legitimando decisões da jurisdição constitucional*” buscar-se-á apresentar a ideia de que é possível traçar um caminho deliberativo impulsionador das decisões da Corte Constitucional, identificando critérios de tomada de decisão que possam superar o maniqueísmo da im (possibilidade) do processamento de litígios estruturais.

Serão desenvolvidos os conceitos da deliberação como medida para conceder legitimidade para as decisões da esfera pública, sendo abordado, ainda, os pressupostos, especificidades e os motivos justificadores da decisão. O intuito é partir da ideia de democracia deliberativa até estreitar o conceito³⁵ para deliberação³⁶ na Corte Constitucional³⁷.

No segundo capítulo denominado “*Corte Constitucional e sociedade: comunicação externa*”, buscar-se-á apresentar a ideia de razão pública extraída da sociedade e recebida pela corte constitucional, bem como canalizá-la sem que isso afaste a característica contramajoritária da defesa dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional.

Neste capítulo será desenvolvida a ideia de comunicação entre a Corte Constitucional e a sociedade, isto é, quais pressupostos são necessários para que haja legitimidade e racionalidade na deliberação da corte ao se comunicar com a sociedade. Espera responder neste capítulo como deve ser a captação da razão pública pela Corte Constitucional, sem que isso incorra em interferência externa indevida ou³⁸ ilegítima da jurisdição constitucional³⁹.

O terceiro capítulo denominado “*a Corte Constitucional e sua deliberação interna*” pretende apresentar os critérios da deliberação entre os membros da corte, apresentando princípios éticos e dinâmicas que proporcionam um julgamento colegiado e coerente, sobretudo para evitar que os membros adotem uma postura de racionalidade estratégica.

Apesar da possibilidade de o desenho institucional da Corte Constitucional ser *per curiam* ou *seriatim*, e cada qual apresentar vantagens e desvantagens, é preciso identificar critérios que consigam possibilitar uma deliberação coerente e que sobretudo preze pela colegialidade da decisão judicial, ainda que seja possível reconhecer posturas divergentes entre os membros.

Espera responder como deve ser (ou ao menos os princípios norteadores) da deliberação interna dos membros da Corte Constitucional, sem que isso incorra em racionalidade

³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*. Vol I – II, 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

³⁶ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?* Princeton University Press, 200.

³⁷ BEÇAK, Rubens. *Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento*. São Paulo: editora Saraiva, 2017.

³⁸ HABERMAS, J. *Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

³⁹ RAWLS, John. *O liberalismo Político*. Editora WMF Martins Fontes, 1ª Edição: São Paulo, 2011.

instrumental ou estratégica, tentando apresentar critérios internos de deliberação que consiga uma racionalidade comunicativa, complementando a proposta dos capítulos anteriores.

O quarto capítulo denominado “*Corte Constitucional, Poder Executivo e Poder Legislativo: diálogo institucional e deferência intermitente*” será desenvolvida a ideia de diálogo entre os poderes, quando atuar, ou quando abster-se da atuação, utilizando os requisitos para essa deferência intermitente, sem que isso afaste a corte da sua natureza de defesa da Constituição Federal⁴⁰.

Espera responder “*como*” e “*quando*” a corte deve captar e repassar informações aos demais poderes, e “*como*” e “*quando*” ela deve-se abster da manifestação, apresentando uma distinção da atuação da Corte Constitucional que impõe obrigação legal e necessária aos demais poderes, da atuação que exerce indevidamente políticas públicas.

No quinto e último capítulo denominado “*litígios estruturais, deliberação e diálogos institucionais*” se pretende analisar as convergências e divergências entre os teóricos sobre deliberação e diálogos institucionais, com objetivo de identificar um possível procedimento, ou ao menos etapas procedimentais, que consigam minimizar as críticas da atuação da Corte Constitucional no processamento dos litígios estruturais, que inicialmente identifica-se algumas rodadas procedimentais.

Primeira rodada procedimental: a propositura e o reconhecimento do litígio estrutural. Segunda rodada procedimental: a necessidade de um diagnóstico profundo sobre as falhas e possibilidades reais de reparo das falhas. Terceira rodada procedimental: a tentativa de resolução das violações ou conflitos por meio de mediação ou conciliação. Quarta rodada procedimental: apenas quando não resolvida na terceira, a existência de decisão judicial coercitiva: Quinta rodada procedimental, a fixação de um cronograma de políticas públicas a serem estabelecidas pela decisão mediadora ou coercitiva, e praticadas pelos Estados, Distrito Federal e União.

Na primeira rodada procedimental cabe à Corte Constitucional analisar a propositura da demanda de acordo com os pressupostos padrões dos litígios estruturais a) violação massiva, estrutural e generalizada dos direitos fundamentais; b) omissão estrutural e prolongada do Estado; c) necessidade de intervenção de diversas instituições e não apenas uma única conduta para sanar as violações; d) risco de milhares ações individuais⁴¹.

⁴⁰ NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa Editora, 1997.

⁴¹ MARIANO FILHO, 2018, p. 110-117 e CAMPOS, 2016, p. 177 – 186. Em ambos os livros é possível verificar com mais profundidade os pressupostos estabelecidos pela decisão de 2004 da Corte Constitucional da Colômbia

Nesta decisão de reconhecimento a corte poderá impor algumas medidas cautelares para sanar a inconstitucionalidade imediatamente, quando há risco de perecimento do direito, entretanto, no caso do não preenchimento dos pressupostos poderá rejeitar a demanda inicialmente, se for o caso, ou modificá-la para o controle de constitucionalidade padrão sem que haja o litígio estrutural.

Na segunda rodada procedimental, que ocorrerá imediatamente após a satisfação da primeira rodada⁴², a corte deverá fazer um diagnóstico profundo sobre as violações massivas e estruturais, isso é, deverá elencar todas as situações que impulsionam a inconstitucionalidade estrutural.

Neste diagnóstico há a necessidade de separar as inconstitucionalidades em três modalidades. Primeira modalidade: inconstitucionalidades que demandam integral atuação do judiciário para serem sanadas. Segunda modalidade: inconstitucionalidades que demandam parcial atuação do judiciário para serem sanadas. Terceira modalidade: inconstitucionalidades que não demandam atuação do judiciário para serem sanadas.

Na primeira modalidade, a corte deverá atuar plenamente para resolução do conflito⁴³, considerando que tem *expertise* no assunto, bem como considerando que tem ampla legitimidade para modificar as suas questões estruturais. Um bom exemplo deste caso são as audiências de custódia concedidas na ADPF n. 347, onde o próprio judiciário reconheceu sua parcela de culpa na violação dos direitos fundamentais e se estruturou para conseguir sanar seus déficits.

Na segunda modalidade, a corte deverá atuar com cautela e tomar as medidas necessárias para sanar a inconstitucionalidade, desde que tenha capacidade, competência e condições para tanto, ou do contrário compelir, com sanções, aos outros poderes a sanarem as inconstitucionalidades que a eles cabem. Na terceira modalidade não deverá atuar de forma direta na resolução da inconstitucionalidade, servindo apenas canalizadora de ideias, reservando-se na atuação coercitiva perante os demais poderes através de instrumentos de deferências intermitentes⁴⁴.

na aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional, os quais podem servir como base para os demais tipos de litígios estruturais.

⁴² Ocorrerá após a satisfação integral das medidas cautelares, ou após a manifestação das partes interessadas.

⁴³ Em conjunto com o CNJ, STJ, tribunais estaduais e federais.

⁴⁴ Neste caso a Corte Constitucional não irá propor medidas, mas apenas compelir aos demais poderes a resolução do conflito. Quem tem controle de política pública e orçamentário é o executivo e legislativo, assim só eles têm capacidade para propor a resolução do caso.

Essa divisão em modalidades de inconstitucionalidades faz a atuação da corte mais clara, e impede sejam tomadas medidas para as quais não possui condições físicas para resolver, reservando-se no direito de manifestar-se sobre o que lhe é de competência, bem como do contrário –quando não tem capacidade-, impondo medidas coercitivas para resolução por parte dos demais poderes⁴⁵.

A quarta rodada procedimental reserva-se na tentativa de resolução dos conflitos mediante a conciliação. Todas as partes envolvidas deverão conversar e verificar os limites e a possibilidade da conciliação. No caso de haver conciliação integral a ação será suspensa integralmente até o cumprimento integral do acordo. No caso de haver a conciliação parcial a ação continuará perante a parte que não houve conciliação. No caso de não haver a conciliação a ação continuará integralmente e passará imediatamente para quarta rodada procedimental.

No caso de realização da conciliação e de descumprimento posterior dos termos do acordo, a ação retoma o andamento no ponto da suspensão, bem como o Supremo Tribunal Federal poderá impor sanções às partes que impulsionaram o descumprimento da conciliação.

Na quinta rodada procedimental o Supremo Tribunal Federal irá impor medidas coercitivas às partes envolvidas na demanda, considerando o diagnóstico ocorrido na segunda rodada procedimental, bem como os limites da conciliação na terceira rodada procedimental. A quarta rodada procedimental assemelha-se a resolução do mérito da demanda, e abordará integralmente a ação.

Na sexta rodada procedimental será criado um cronograma para cumprimento das medidas tomadas pela Corte Constitucional em face aos demais poderes e órgãos, em que se estabelecerão prazos, objetivos, métodos de cumprimento, e outras situações que se façam necessárias para a resolução das inconstitucionalidades.

Após finalizado o cronograma, e caso ainda exista algum ponto a ser tratado, não cumprido ou melhor aprimorado, a ação pode retornar a qualquer uma das fases ou rodadas procedimentais. Assim, a proposta não é olhar o litígio estrutural com começo, meio e fim, mas olhar a ação como um círculo de deliberação, proposta e demanda, que sempre irá se aperfeiçoando com a evolução da ação, podendo avançar e retroceder aos pontos quantas vezes se fizer necessário.

⁴⁵ A Corte Constitucional precisa exercitar a modéstia e entender que não tem capacidade para construir um presídio, um hospital, ou mesmo de abrir uma licitação para resolver políticas públicas. É preciso que ele se reserve a tomar medidas coercitivas e sancionatórias pra obrigar a atuação dos outros poderes.

Desta forma, o procedimento em litígios estruturais não deve ter seguimentos lineares (início, meio e fim), tal como nas judicatórias padrões, e sim seguimentos circulares, isso é, precisa possibilitar que a matéria em deliberação tenha avanços e retrocessos, até que haja a efetiva conclusão da inconstitucionalidade ou ao menos o aperfeiçoamento para diminuição das violações massivas de direitos fundamentais.

1. LEGITIMANDO DECISÕES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Legitimar a decisão proferida pela Corte Constitucional é uma tarefa árdua, especialmente porque o objeto por ela analisado geralmente é de grande repercussão social, além do mais, está constantemente carregado com elementos de desacordos morais, que por sua vez, estão interligados aos próprios costumes sociais. Por vezes esses costumes sociais, que são carregados de elementos morais e até seculares (religiosos), podem ser contrários a própria norma constitucional, entretanto, interpretá-los de acordo com a Constituição Federal, e conseqüentemente alterá-los no âmago da sociedade demanda um longo trajeto de justificação racional.

Essa justificação racional não passa somente pela interpretação da norma através da conclusão do julgado, ao contrário, transpassa por uma postura procedimental comunicativa, deliberativa e dialógica ao longo de todas as etapas do julgamento, em outras palavras, a Corte Constitucional precisa canalizar a razão pública trazida pela sociedade, maturá-la internamente através da deliberação entre os seus membros, e posteriormente repassá-las aos demais poderes através de uma decisão racional, coerente e inteligível.

O intuito inicial deste capítulo é apresentar a origem e a extensão deste conflito, demonstrando, inclusive, alguns elementos que podem impulsioná-lo ou mesmo minimizá-lo, tentando, sempre que possível, indicar alternativas que podem potencializar a racionalidade da Corte Constitucional, e conseqüentemente lhe conceder maior legitimidade democrática na sua atuação de justificação.

1.1 A origem do conflito na jurisdição constitucional:

A filosofia política traz em seu âmago debates profundos sobre a sociedade e as instituições que permeiam a tomada de decisão pública, buscando encontrar soluções, apresentar respostas ou sofisticar perguntas sobre terminologias pré-definidas como democracia, república, constitucionalismo, Estado, coisa pública, separação de poderes, a fim de que seja possível aperfeiçoar as relações sociais.

Se até o século XVI boa parte das controvérsias giravam em torno do exercício do poder concentrado no rei e ou imperador, bem como da relação da coroa, do clero e da aristocracia⁴⁶, posteriormente à revolução francesa e com a descentralização parcial e gradual do poder, houve alteração de rota dos conflitos filosóficos e aprofundamento em temas até então desconhecidos⁴⁷, sobretudo aqueles inerentes ao funcionamento das instituições.

É bem verdade que entre a extinção do absolutismo e o firmamento do Estado Burguês através do sistema econômico denominado “capitalismo ou liberalismo”, que só veio a se concretizar com a revolução industrial e alteração dos meios de produção em larga escala, passaram-se algumas décadas, e neste período ocorreram diversas tentativas de retorno da concentração de poder⁴⁸.

Contudo, ainda que gradual e parcial, somente com o sistema político e econômico enraizado, é que houve a tentativa de descentralização do poder e da dominação social, bem como um certo distanciamento do que deveria ser público para o que deveria ser privado. Ainda que inseparáveis e imprescindíveis entre si, tentou-se (e tenta-se) isolar os poderes econômicos e políticos, analisando-os como se fossem completamente distintos e autônomos, ou seja, como se andassem independentes e sem influenciarem um ao outro⁴⁹.

O poder econômico, que é exercício sobretudo pelo privado, se dissipou principalmente através do capital, onde indivíduos possuidores de moeda exerciam (e exercem) dominação social perante aqueles com menor condições. Por sua vez, o poder político, exercido principalmente pelo público, separou-se em funções autônomas, que mais tarde veio a se tornar o executivo, legislativo e judiciário⁵⁰.

A análise crítica do poder econômico tentou dar cabo da dominação exercida pelos detentores do capital, criando-se teorias em favor do Estado Burguês através do capitalismo, e outras desfavoráveis buscando a inversão da dominação⁵¹, sobretudo a partir do marxismo esmerilhando a relação entre os detentores dos meios de produção e o proletariado, bem como de seus desdobramentos teóricos social-democratas⁵².

⁴⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Col. Os Pensadores, p. 27.

⁴⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. In: *os pensadores*. Tradução de Lourdes Santos Machado. Vol. XXIV. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 38.

⁴⁸ MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. Editora nova fronteira, São Paulo: 1991, p. 35.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 49.

⁵⁰ ARON, Raymond. *Estudos Políticos*. Tradução de Sérgio Bath, 2ª ed. Brasília, Editoria Universidade de Brasília, 1985, p. 83.

⁵¹ *Ibidem*, p. 97.

⁵² LUXEMBURGO, Rosa. *A Revolução Russa*. Introdução, tradução: Isabel Maria Loureiro. – Petrópolis, RJ : Vozes, 199, p. 62.

De outro lado, o poder político focou na análise da ascensão ao poder através da democracia, eleições, sufrágios, partidos políticos, administração pública e afins, buscando, sempre que possível, descentralizar poder e funções através do firmamento de instituições autônomas, para institucionalizar as interações políticas e sociais através das burocracias racionais⁵³.

Ainda que complexas e profundas as teorias desenvolvidas em ambos seguimentos, esse duplo maniqueísmo entre poder econômico e político, ou mesmo entre teorias liberais e marxistas, foi deixado de lado por parte dos teóricos que buscaram uma análise integrada entre público e privado, capital e social, instituições e burocracia, tentando criar mecanismos que abandonassem o dualismo teórico, e conseguissem, de alguma forma, racionalizar as interações da sociedade, sejam elas no âmbito privado ou no público⁵⁴.

Mesmo que o século XX tenha sido o marco do debate maniqueísta, inclusive sofrendo com duas guerras mundiais e uma guerra fria ao longo de quatro décadas, também foi marcado pela tentativa de superar o dualismo buscando uma racionalização das relações políticas e sociais a fim de alcançar maior desenvolvimento econômico, social e tecnológico. WEBER, por exemplo, propõe crítica à ambas as teorias, sustentando que a dominação social não deveria ser da burguesia em face de proletariado ou mesmo proletariado em face da burguesia, também discorda que deva existir conflito entre o público e o privado, iniciando o que seria uma busca pela racionalização das condutas sociais, onde tentou criar um equilíbrio na relação burocrática visando o desenvolvimento das nações⁵⁵.

A seu ver, as relações políticas e sociais não podem privilegiar um grupo de indivíduos, ou mesmo buscar a manutenção do poder para uma elite, é preciso buscar uma racionalização burocrática para servir a sociedade de forma equidistante com o intuito de promover o desenvolvimento econômico e social⁵⁶.

Como metodologia para justificar a racionalização das burocracias públicas e privadas, WEBER segregou os tipos de dominações sociais entre legítimas e ilegítimas, identificando que as primeiras buscam a racionalização das condutas dentro do contexto que estão inseridas para alcançar o desenvolvimento social, econômico e político do país, por outro lado, as

⁵³ ARON, Raymond. *Estudos Políticos*. Tradução de Sérgio Bath, 2ª ed. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1985, p., p. 183.

⁵⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e Ciência Política*. 6ª Ed – São Paulo: Celso Ribeiro Editora 2004, p. 179-190.

⁵⁵ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo, 1999, p 33.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 38.

ilegítimas não são racionalizadas, e não apresentam intenções reais de desenvolvimento, e buscam estabelecer ou dar manutenção ao poder de pequenos grupos ou elites, abnegando desenvolvimento difuso da sociedade.

Para além das dominações privadas Patriarcal, Patrimonial e Carismática que não são objeto deste trabalho⁵⁷, WEBER apresenta critérios para a racionalização e conseqüentemente para a dominação legítima na burocracia pública, isto é, apresenta pressupostos que todas as instituições ou entidades públicas devem ter para ser considerada racional, e, portanto, legítima⁵⁸.

Desenhou-se uma estrutura burocrática hierarquizada, onde buscou-se estabelecer critérios racionais e técnicos para escolha de oficiais e serventuários que fossem tomar as decisões públicas, ou ao menos fossem instituir burocracias racionais, fortificando a administração pública, e conseqüentemente o exercício do poder executivo⁵⁹. Além disso, houve a necessidade de criar atributos fixos a partir de normas e leis delimitando regras para padronizar a conduta social, neste aspecto buscou-se evitar que situações idênticas tivessem tratamento diferenciado pela burocracia racional pública⁶⁰, o que serviu para criar uma dinâmica procedimental pré-estabelecida que evitasse direcionar tratamento privilegiado em uma resolução de conflito, colocando maior ênfase no papel do judiciário.

Por fim, buscou-se regulamentar profissionais e qualificar pessoas para esses cargos, assim, se antes as indicações políticas aconteciam de acordo com a vontade de uma elite ou um indivíduo déspota, o objetivo passou a ser que as indicações políticas fossem baseadas em critérios técnicos e objetivos, a partir de pressupostos pré-definidos a depender da necessidade de cada instituição, bem como criando normas que pudessem evitar a ocupação de cargos da burocracia por indicações de pessoas desqualificadas ou com apenas aval político e ou familiar.

Parte considerável dos países instituíram burocracia pública baseada nos respectivos critérios, sobretudo após o final da segunda guerra. Independente da função da instituição, ela seguiu um padrão burocrático racional, a fim de evitar tomada de poder por autoritários ou

⁵⁷ Os estudos sobre dominação e poder superam a atuação do Estado ou mesmo do capital sobre o indivíduo, especialmente porque cada vez mais se está reconhecendo que o “poder” encontra-se difuso na sociedade, evidenciando um exercício macro e micro em todas as relações sociais (e.g. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Ed. Paz e Terra, 2021).

⁵⁸ *Ibidem*, p. 45.

⁵⁹ WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas Vocações*. Cultrix – 12ª ed. 2011, São Paulo, p. 19.

⁶⁰ _____. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo, 1999, p 54.

grupos que buscavam unicamente interesses pessoais⁶¹. A racionalização da burocracia desenvolveu-se por todo o decorrer do século XX, criando uma complexa e sofisticada cadeia burocrática interna para cada tipo de instituição e todos os países que optaram por essa dinâmica burocrática⁶².

Diferente não ocorreu na separação de poderes, onde procurou-se delimitar bem as funções de cada poder, criando uma dinâmica harmônica e independente, onde dois dos poderes, executivo e legislativo, serviam a vontade popular através do voto e estipulavam seguimentos políticos dentro de propostas avalizadas pela sociedade no sufrágio, e o outro poder, representado pelo judiciário, imergiu em uma racionalidade técnica para contrapor vontades populares ou individuais que fossem contra as normas pré-estabelecidas, buscando a racionalização através da fundamentação⁶³.

O executivo aglutinou funções até se tornar um representante direto do próprio Estado-nação, onde espelha parte da vontade popular e tenta gerenciar conflitos econômicos, políticos, sociais, ideológicos e afins, além de servir como base para condução orçamentária do país⁶⁴.

O legislativo criou uma cadeia de normas hierarquizadas e segregadas, buscando regulamentar todas as relações públicas e privadas. Quanto maior a necessidade de racionalizar a burocracia, maior também foi a necessidade de regulamentar as relações existentes, em especial àquelas com reflexos sociais, políticos e econômicos⁶⁵.

O judiciário, por sua vez, que por muito tempo serviu para limitar e atuar em persecução penal, deparou-se com conflitos de todas as naturezas e complexidades. Na mesma proporção que cresceu a regulamentação social, política e econômica, cresceu o conflito judicial, e com isso a necessidade de aprofundamento técnico e especializado⁶⁶.

Se tomasse como base as funções típicas dos poderes, não seria exagerado reconhecer que ao executivo e legislativo ficaram com a mediação dos conflitos e desacordo morais,

⁶¹ Reconhece-se as notórias falhas na racionalização da burocracia, inclusive culminando em atrocidades conhecidas por todo o século XX, além disso, também se reconhece toda estrutura patrimonialista existente, sobretudo em países em desenvolvimento, contudo não há como negar que a racionalização da burocracia serviu para ao menos buscar ações a evitar ou minimizar desvios morais ou normativos. Se com a racionalização burocrática e institucionalizada torna-se difícil evitar desvios normativos, sem ela, parece improvável o desenvolvimento social, político e econômico difuso.

⁶² ELSER, Jon. *Rationality, economy and society*. In: TURNER, Stephen (Ed.). *The Cambridge companion to Weber* Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 22.

⁶³ KALBERG, Stephen. Max Weber's types of rationality: cornerstones for the analysis of rationalization in history. *The American Journal of Sociology*, v. 85, n. 5, p. 1145-1179, mar. 1980.

⁶⁴ CAVALCANTI, Themístocles. *O poder executivo no Estado moderno*. In: Revista Do Serviço Público, 107(3), 183-198,

⁶⁵ SILVA, José Afonso. *Estrutura e funcionamento do Poder Legislativo*. Revista de Informação legislativa. Brasília a. 47 n. 187 jul./set. 2010

⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *O poder judiciário do regime democrático*. Reforma da Justiça • Estud. av. 18 (51) • Ago 2004.

instituindo norma e políticas através das inúmeras fontes empíricas da sociedade, por outro lado, ao judiciário restou a mediação dos litígios com os desacordos normativos, sobretudo de natureza de persecução penal.

Por toda a segunda metade do século XX a burocratizada conseguiu criar uma dinâmica de estabilidade que proporcionou saltos de desenvolvimentos, ainda que com as notórias falhas reconhecidas,⁶⁷ sobretudo pelo o que FAORO conceituou por Estamento Burocrático⁶⁸. Acontece que esse impulso de desenvolvimento, que é centelha direto da racionalização da burocracia, proporcionou também o crescimento exponencial dos conflitos teóricos e práticos, sobretudo pelo crescente aumento de relações complexas que foram sendo criadas no desenvolver do século.

Na separação de poderes o conflito também cresceu consideravelmente no período, pois o desenvolvimento criou situações em que as funções de cada poder não eram tão claras ou mesmo se confundiam com as funções de outros poderes, criando uma situação delicada que prejudicou a harmonia entre os poderes⁶⁹.

Agências reguladoras foram criadas para normatizar relações minuciosas oriundas das inúmeras relações pessoais e contratuais que firmaram no desenvolver dos últimos anos, fazendo com que o executivo participasse da própria regulação da sociedade, agindo ainda que indireta e atipicamente na função de legislador.

Esse fenômeno de delegação de competência do legislativo para o executivo é chamado de delegificação, e apesar de servir para conceder maior eficiência na regulação de determinada atividade, pois é independente de quórum mínimo do legislativo para sua implementação, cria notoriamente o conflito de ilegitimidade do executivo em fazer papel de legislador indireto⁷⁰. A delegificação nada mais é do que a deslegalização da normatividade nacional, onde se transfere competência de disposições de lei federal para atos regulatórios de agências descentralizadas do executivo.

⁶⁷ ABRUCIO, Luiz Fernando, PÓ, Marcos Vinicius. *A formação da burocracia brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas*. In LOUREIRO, Maria Rita et al. *Burocracia e política no Brasil: Desafios para a ordem democrática no século XXI* – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 27-72.

⁶⁸ FAORO, Raymundo. *Os donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. 7. ed. Porto Alegre, Globo, 1979, p 821. “O estamento burocrático, fundado no sistema patrimonial do capitalismo politicamente orientado, adquiriu o conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do título. A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário”

⁶⁹ FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Separação de poderes: Aspectos Contemporâneos da Relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 31.

⁷⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 225: 109-129, 2001.

O aumento da população fez com que houvesse necessidade da democratização dos orçamentos públicos, tornando o legislativo como ator da disposição fiscal e orçamentária, agindo assim atipicamente como administrador da sociedade, em outras palavras, participando como coadjuvante do executivo. Esse compartilhamento do controle do orçamento público cria uma dinâmica mais difusa na aplicação do dinheiro público e da elaboração de políticas públicas, entretanto, cria uma situação em que o legislativo condiciona e direciona as ações do executivo, criando uma administração pública com sérias restrições de atuações e que pode inviabilizar o próprio exercício da função típica do ente⁷¹.

Conflitos complexos foram levados para o judiciário, sobretudo de desacordos morais que desaguarão na jurisdição constitucional, tornando o poder julgador como balizador de conflitos que transcendiam a análise normativa, impondo uma performance de controle de políticas públicas ou mesmo de desacordos morais, servindo não apenas na resolução do conflito, mas como moderador social⁷².

Assim, a contemporaneidade trouxe ao menos um conflito sofisticado para cada um dos poderes. Ao executivo estabeleceu o conflito entre a administração pública e a delegificação das normas regulamentares, onde se cria maior eficiência e fiscalização de serviços públicos, mas lhe impõe atuação ilegítima e atípica. Ao legislativo o controle compartilhado do orçamento democratizou o acesso ao direcionamento de valores e a elaboração de políticas públicas, entretanto, aleijou parte do executivo. Ao judiciário o controle de políticas públicas trouxe em voga o debate da ilegitimidade democrática, pois o voto que é condutor da vontade popular não se está presente, sobretudo na jurisdição constitucional que lida com desacordos morais e não apenas normativos.

Para cada conflito é possível apresentar inúmeros argumentos, fundamentos e elementos, existindo incontáveis possibilidades de debates, que vão da estrutura institucional até os comportamentos dos agentes alocados para cada um dos poderes. Respostas ou questionamentos sofisticados e complexos vão sendo elaborados, buscando sanar vícios, *déficit* com a finalidade de potencializar a performance racional da instituição.

Não se questiona a relevância de todos os conflitos estabelecidos que se desenharam para os três poderes, entretanto, dentro do objeto delimitado na metodologia do trabalho apenas o litígio estabelecido pela contemporaneidade para o poder judiciário, em especial para a

⁷¹ SCHNEIDER, Aaron. *Conflito Político e Instituições Orçamentárias: aprofundando a democracia no Brasil*. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, 24, p. 87-103, jun. 2005.

⁷² HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. Fordham Law Review, v. 75, 2006.

jurisdição constitucional, será devidamente abordado, assim sendo, divagações acerca do legislativo e executivo serão evitadas.

1.2 O objeto do conflito na jurisdição constitucional

Muito embora a legitimidade democrática da jurisdição constitucional seja objeto de questionamento ao longo das últimas décadas, a constitucionalização do direito e o distanciamento entre norma e realidade vêm aumentando com o avanço tecnológico da contemporaneidade, o que ocasionou maior atuação das Cortes Constitucionais nos últimos anos, sobretudo com a judicialização das políticas públicas e de desacordos morais⁷³.

Existem bons argumentos e teorias sofisticadas para defender a atuação do judiciário no controle de constitucionalidade, avalizando a jurisdição constitucional a partir da perspectiva da racionalização e da fundamentação, por outro lado, igualmente sofisticadas, há posições e teorias contrárias ao exercício do controle por órgão judicial, reconhecendo o legislativo como adequado para o exercício do controle normativo, uma vez que sua racionalidade transcende a fundamentação e vem a partir do voto da população⁷⁴, ou mesmo reconhecendo os abusos pela revisão judicial⁷⁵.

Dentre os inúmeros teóricos do tema dois se destacam no debate filosófico ocidental, Jeremy Waldron e Ronald Dworkin, cada qual defendendo uma posição oposta do outro, apresentando elementos e argumentos fundamentalmente opostos, criando uma teia argumentativa contraposta, que consegue demonstrar um panorama bastante consistente do conflito⁷⁶.

Dworkin⁷⁷ sustenta que a racionalidade oriunda do órgão judicial é baseada em princípio ou em deontologia, onde o juiz busca uma aplicação coerente e livre de vontades espúrias da sociedade e da política, assim, a análise judicial ocorre em integridade com todo o sistema jurídico e com as fontes do direito, inclusive os costumes, deste modo, a perquirição judicial é

⁷³ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press; 1980. 29.

⁷⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Cortes Constitucionales y Democracia Deliberativa*: Marcial Pons: Madrid, 2019.

⁷⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, São Paulo 4(2) | P. 441-464 | JUL-DEZ 2008.

⁷⁶ Deve-se registrar, apesar da notoriedade dos motivos espúrios, que já houve defesa teórica em favor do exercício da guarda da Constituição Federal pelo executivo. Ler o conflito estabelecido por Carl Schmitt em “O Guardião da Constituição” e Hans Kelsen em “Jurisdição Constitucional”.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 140.

mais equidistante das vicissitudes sociais e mais eficaz na manutenção do Estado Democrático de Direito⁷⁸.

Por sua vez, Waldron defende que os juízes não estão alheios as vicissitudes da sociedade⁷⁹, pois não são superiores aos demais homens, e que nada pode garantir que suas razões sejam sempre baseadas na racionalidade da norma ou do direito, já que sofrem das mesmas influências positivas e negativas dos demais humanos, além do mais, sustenta que um juiz, apesar da formação técnica, tem pré-disposições ideológicas e paritárias, tal como os parlamentares, aliás, até pior, pois a ideologia do magistrado não estão as claras quando da tomada de decisões, enquanto do parlamentar sim⁸⁰.

Nesse sentido de pensamento é melhor que um órgão colegiado, que já tenha passado pelo aval do voto e da confiança da população, conduza a função de controlar a aplicação e interpretação das normas, sobretudo na jurisdição constitucional onde o debate desagua quase sempre em desacordos morais e políticas públicas, além disso, os parlamentares são herdeiros diretos do constituinte originário, sendo nada mais justo que exerça o papel de interpretar a vontade originária da norma constitucional.

Apesar de ser possível extrair inúmeros argumentos para ambos os lados, inclusive surgindo novos fundamentos cada vez mais complexos de tempos em tempos, se reconhece ao menos três blocos teóricos para cada um dos lados, onde é possível observar o panorama geral do conflito estabelecido acerca da legitimidade democrática na jurisdição constitucional, sendo eles: o bloco teórico político, o jurídico e o institucional⁸¹.

Observando o bloco político que reconhece a jurisdição constitucional como legítima para o exercício do controle de constitucional, há argumentos direcionados à própria essência da democracia, sustentando que na verdade a fricção entre os poderes não causa risco democrático, mas é exatamente a fonte que mantém a democracia, sobretudo porque respeitar indiscriminada a vontade da maioria também conduta antidemocrática e perigosa⁸².

É preciso que exista uma entidade alheia às vontades populares, com características contramajoritária e que consiga impedir os poderes legislativo e executivo de exercer suas

⁷⁸ _____, *Levando os Direitos a Sério*. Editora WMF Martins Fontes, 3ª ed., 2010, p. 72.

⁷⁹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 32-57.

⁸⁰ _____, *The Core of the Case Against Judicial Review*. *The Yale Law Journal*, 115, 2006, p. 1346-1406.

⁸¹ BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the Limits Of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Springer: New York, 2010.

⁸² LASSER, Mitchel de S.-O.-L'E. *Judicial deliberations: a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

funções indiscriminadamente, autoritária ou mesmo de forma contrária ao Estado Democrático de Direito. A essência dessa defesa é que a fricção entre os poderes não é a causa da erosão democrática, mas sim o *éthos* para sua manutenção, pois além de impedir que poderes políticos despostas tomem o poder, impulsiona que o aperfeiçoamento do legislativo no momento que pressiona o parlamento a fazer normas compatíveis com a Constituição Federal⁸³.

Se quando da criação da norma, que reflete o direcionamento social, político e econômico da sociedade, é imprescindível que a vontade popular seja ouvida, por outro, quando da análise da constitucionalidade torna-se igualmente imprescindível que ocorra por órgão alheio, independente e que sustente um mínimo de imparcialidade, em outras palavras, não é possível direcionar ao legislativo a função de controlar a norma, pois se assim o fizer, estará controlando a si de forma completamente parcial, criando brechas para atitudes despostas e irracionais⁸⁴.

O bloco jurídico sustenta sua defesa à jurisdição constitucional a partir da própria estrutura dos direitos fundamentais, consistindo no conteúdo de que a Corte Constitucional é a garantidora direta da eficácia e aplicação dos direitos fundamentais, não sendo razoável que outro órgão seja responsável por julgar normas infraconstitucionais, neste sentido sustenta que garantir a aplicação da Constituição Federal e dos direitos fundamentais consiste necessariamente em garantir também a democracia⁸⁵.

A lógica do sistema normativo é de que a Constituição Federal deve servir como base para as demais normas, sendo um porto seguro do Estado Democrático de Direito. O legislativo tem como principal incumbência editar normas constitucionais e infraconstitucionais, desta forma, torna-se inviável que o órgão destinado a ser o editor da norma constitucional também exerça uma função de repressão⁸⁶.

Além disso, se a democracia é essencialmente expressar a vontade da maioria no direcionamento da sociedade, de outro modo, a vontade ou a necessidade da minoria fica sobreposta, cabendo ao intérprete da norma constitucional galgar meios para conseguir trazer expressão para aqueles que não conseguiram através do voto⁸⁷.

⁸³ TROPER, Michel. *Ensayos de Teoría Constitucional*. - Distribuciones Fontamara, México, 2008, p. 127-129.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 135.

⁸⁵ FORNOS, Iván Escobar. *La Justicia Constitucional*. 1ª ed. -Managua: Hispamer, 2006, p. 36-61.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 73-77.

⁸⁷ *Idem*, *La Reforma Constitucional*. 1ª ed. -Managua: Hispamer, 2004, p. 19-22.

O exercício do controle de constitucionalidade pelo legislador não ampara o constitucionalismo, pois não cuida da compatibilização da norma infraconstitucional com a Constituição Federal e sim com a vontade da maioria, o que é essencialmente oposta a ideia de constitucionalismo e conseqüentemente de Estado Democrático de Direito.

Um terceiro bloco com foco nas características institucionais defende que a jurisdição constitucional tem pré-disposição procedimental mais adequada para a revisão judicial, sobretudo porque a atuação do judiciário é limitada ao trânsito em julgado da demanda, contudo, em se tratando de análise abstrata é possível que sua decisão seja revista pela alteração da lei ou da própria Constituição Federal, ou seja, da decisão em controle abstrato cabe um recurso prático, que é a alteração da norma constitucional ou infraconstitucional.

Em palavras mais simples, ainda que o controle de constitucionalidade seja alocado na jurisdição constitucional, o legislativo ainda é o emissário da última palavra sobre o tema, pois pode facilmente inverter o conteúdo do julgamento com alteração material da lei ou da própria Constituição Federal, aliás, o legislativo pode inclusive rever decisões do poder executivo⁸⁸, assim o fato da decisão judicial ter chance de uma segunda revisão através da mudança legislativa, o que torna a conjuntura mais segura, sobretudo porque há limitações institucionais e burocráticas na atuação da Corte Constitucional⁸⁹.

Se por outro lado o legislativo fosse o competente para o controle de constitucionalidade, não haveria possibilidade de revisão, pois seria a primeira e a última palavra sobre o tema, criando um clima autocrático, onde apenas um poder consegue direcionar todo ordenamento jurídico, sem qualquer freio ou contrapeso a limitar a atuação.

Seguindo o raciocínio, o fato de o judiciário desempenhar um papel mais distante da democracia, infere também um exercício um tanto equidistante do poder político, o que dificulta interferências partidárias em suas decisões, isto é, o legislador até por conta da natureza de sua função está mais suscetível a seduções partidárias⁹⁰, e essas influências nem sempre refletem a vontade popular ou mesmo o sentido da norma constitucional, entretanto, a Corte Constitucional apesar de desempenhar uma função umbilicalmente ligada a política, mantém

⁸⁸ ABRAMOVAY, Pedro. *Separação de poderes e medidas provisórias*. Rio de Janeiro: Elzevir, 2012, p. 71-79.

⁸⁹ ARGUELES, Diego Werneck. *Old Courts, new Beginnings: constitutional transformation and judicial continuity in Argentina and Brazil*. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Yale, New Haven, 2014.

⁹⁰ BARAKM, Aharon. *Judicial discretion*. New Haven; Londres: Yale University, 1989.

certo distanciamento das imposições partidárias, que talvez a coloque em situação mais confortável para discordar das vontades partidárias⁹¹.

Além disso, a Corte Constitucional geralmente mantém instrumentos para canalizar a razão pública, onde a sociedade consegue trazer elementos e argumentos para somar nas razões expostas pelos julgadores, assim ela não está totalmente alheia a sociedade, apenas consegue receber e canalizar os argumentos, aproveitando-os quando estão compatibilizados com a norma constitucional e refutando-os quando estão em desacordos normativos, exercendo apenas indiretamente *policy-maker*⁹².

Esses blocos teóricos sustentam a compatibilidade da legitimidade democrática no exercício do controle de constitucionalidade através do poder judiciário, sustentando, em síntese, ainda que haja *déficit* democráticos os juízes não eleitos tendem a ser mais imparcial e consequentemente importantes para o Estado Democrático de Direito.

De outro lado, outros três blocos em igual divisão de político, jurídico e institucional sustentam total incompatibilidade da jurisdição constitucional com a essência da democracia, buscando inferir ao legislativo a função da revisão da norma e da compatibilidade com a Constituição Federal⁹³.

O primeiro bloco teórico denominado também de político assegura que a Corte Constitucional não está fora da política e muito menos das influências partidárias, em especial porque seus membros são escolhidos pelos membros partidários do executivo e do legislativo, assim invariavelmente mantém algum contato estreito com aqueles que os nomeou, ou mesmo muito dos membros vem de um histórico político-partidário ou mesmo de lutas sociais⁹⁴.

Além disso, os membros da Corte Constitucional não são totalmente imparciais a escolhas políticas e partidárias, tanto que participam do sufrágio como eleitores, bem como compõem a sociedade como qualquer cidadão, mantendo posições ideológicas que podem refletir no momento de se proferir a decisão⁹⁵. Assim, nada impede que um juiz da corte julgue

⁹¹ BENDOR, Ariel L; SEGAL, Zeev. *The Judicial Discretion of Justice Aharon Barak*, 47 Tulsa L. Rev. 465 (2013).

⁹² DAHL, Robert. A. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. Journal of Public Law, 6 (Fall, 1957), 279–295.

⁹³ ZOBELL, Karl M. *Division of Opinion in the Supreme Court: a history of judicial disintegration*. In: Cornell Law Quarterly Review, v. 44, p. 186-214, 1959.

⁹⁴ WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case against Judicial Review*. The Yale Law Journal Vol. 115, No. 6 (Apr., 2006), pp. 1346-1406.

⁹⁵ SHAPIRO, M. M. *Law and Politics in the Supreme Court: New Approaches to Political Jurisprudence*. London: Free Press, 1964.

em favor do político que ele votou e contrário caso seja político contrário seu voto, ou mesmo que sofra influências de políticas partidárias⁹⁶.

Se sustenta ainda que o legislativo mantém dois *éthos* democráticos, primeiro porque são eleitos pelo povo, assim representam a sociedade atual no momento que for exercer a função de revisão legislativa, e segundo porque são emissários dos constituintes originários, exercendo essencialmente a função de dar manutenção ao conteúdo da norma constitucional, em palavras mais simples, é como se o legislativo mantivesse duas características democráticas, enquanto o poder judiciário está alheio às elas.

Um segundo bloco crítico e teórico que se pode chamar de jurídico, busca inferir ao legislativo a legitimidade do controle de constitucional, diante da não garantia que a Corte Constitucional proteja os direitos fundamentais, isto é, não há penhor algum de que a corte exerça função contramajoritária, ela até pode exercer, mas não há nenhuma disposição teórica ou normativa que condicione essa atuação⁹⁷.

Ao contrário, a hermenêutica constitucional apesar de ter direcionamentos procedimentais, não apresenta qualquer imposição para uma interpretação pró-minoria, criando uma disposição casuísta do judiciário, onde ora ele pode julgar contramajoritário, ora pode utilizar da influência da maioria para julgar⁹⁸, sem uma justificativa transparência dos caminhos traçados até a conclusão do julgado.

Além disso, também se sustenta que os membros da Corte Constitucional são indicados através da política, não havendo nenhum critério objetivo que garanta que o juiz tenha mais conhecimento do que um legislador, ao contrário, porque o segundo passou por um aval muito mais criterioso, que é o voto do eleitor. É possível, em outras palavras, que o membro da Corte Constitucional tenha menos conhecimento do tema debatido, do que um parlamentar que por vezes está no segundo ou terceiro mandato, e passou diversos anos se aprofundando no conteúdo da norma constitucional e infraconstitucional⁹⁹.

Por fim, o terceiro bloco é denominado de crítica institucional ao poder judiciário, onde teóricos buscam demonstrar as fragilidades das estruturais judiciais, sobretudo tentando

⁹⁶ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. Ed. New Haven: Yale University, 1986.

⁹⁷ FRIEDMAN, Barry. *The birth of na academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five*. Yale Journal, v. 112, 2002.

⁹⁸ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Cambridge: Havard University, 1999.

⁹⁹ ALORETTO, M. F.; MUELLER, B. *O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: Uma Análise Empírica*. Economic Analysis of Law Review, v. 2, n. 1, p. 170-187, 2011.

derrubar o mito de imparcialidade, tecnicidade e racionalidade que está erroneamente entranhado na interpretação da sociedade¹⁰⁰.

Os juízes fazem parte de uma elite intelectual que vieram da academia ou do próprio poder judiciário, além do mais, por vezes, vêm de família estruturada¹⁰¹, assim, em regra, estão alheios as necessidades da população e a realidade econômica e social do país, situação que pode impedir uma análise realmente imparcial ou mesmo tenham dificuldades de aplicar a Constituição Federal ao caso concreto¹⁰².

A Corte Constitucional não consegue participar do debate público com consistência, pois seus instrumentos de canalização das razões públicas são limitados, ou seja, não conseguem ouvir a totalidade ou ao menos parte considerável da população, entretanto, o parlamento pela quantidade de membros eleitos de todos os cantos do país, consegue refletir com maior qualidade a realidade social e econômica.

A razão pública levada para a Corte Constitucional geralmente limita-se a pequena parte do objeto tratado no julgamento, enquanto a razão pública do parlamento vem de inúmeros cantos do país e de diversas formas, sobretudo pela existência de diversos partidos, com capitais políticos de diferentes seguimentos da sociedade. Por fim, se fundamenta a legitimidade no legislativo na possibilidade de os membros dos parlamentos serem retirados de seus cargos, após o fim do mandato, enquanto geralmente os membros das cortes constitucionais permanecem até sua aposentadoria, independente da sua performance.

Sendo assim, se um membro do parlamento mantém decisões ruins ou contrárias a norma constitucional, ele simplesmente pode não ser eleito após findo o prazo do mandato, resolvendo a situação institucionalmente, por outro lado, ainda que o juiz da Corte Constitucional não tenha boa performance, ele continuará julgando o caso até sua aposentadoria, criando um risco por maior tempo.

O conflito posto não demonstra que a fricção ocorre entre os poderes, e muito menos que um poder tem mais qualidade do que o outro para o exercício do controle de constitucionalidade, na verdade, demonstra que a natureza do conflito está impregnada na própria essência dos termos forjados pelo liberalismo, em palavras mais simples, o conflito

¹⁰⁰ SUNSTEIN, Cass; SCHKADE, David; ELLMAN, Lise. *Ideological voting on Federal Courts Of Appeals: a preliminary investigation*, Virginia Law Review, v. 90, n.1, 2014.

¹⁰¹ SANTOS, A. M.; DA ROS, L. *Caminhos que Levam à Corte: Carreiras e Padrões de Recrutamento dos Ministros dos Órgãos de Cúpula do Poder Judiciário Brasileiro (1829- 2006)*. Revista de Sociologia e Política, v. 16, n. 30, p. 131-149, 2008.

¹⁰² SADEK, M. T. *Magistrados: Uma Imagem em Movimento*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

ocorre claramente entre democracia e constitucionalismo, pois apesar de termos semelhantes e buscados por países liberais, são características fundamentalmente opostas¹⁰³.

A democracia é ampla e tem o intuito evitar a tomada de poderes por depostas, bem como serve para avalizar a participação social no desenvolvimento econômico, político e social da sociedade, contudo, ela não mantém instrumentos para impedir que a maioria domine a minoria, conseqüentemente pode servir para endossar atrocidades¹⁰⁴.

O constitucionalismo, por sua vez, é restritivo e tem o intuito de limitar poderes, inclusive sociais, buscando impedir que a maioria imponha a minoria vontades absurdas ou inconstitucionais, é quase que uma função negativa e repressiva perante a sociedade¹⁰⁵, mas por outro lado, não consegue manter instrumentos avalizadores da participação social, já que é essencialmente contramajoritário.

Os conceitos de democracia e constitucionalismo são opostos e imprescindíveis entre si, é como se o conflito fosse essencial para própria existência do Estado Democrático de Direito, daí se criam as necessidades de freios e contrapesos e de instrumentos que consigam racionalizar e impulsionar a relação entre eles.

1.2.1 O conflito potencializado pelos litígios estruturais

O atrito entre os poderes para legitimar o exercício do controle de constitucional é potencializado quando se trata de litígios estruturais, pois a questão deixa de ser a compatibilização de lei ou ato normativo para desaguar em controle jurisdicional de políticas públicas e até mesmo controle de desacordos morais e de costumes da sociedade, transformando o debate mais acalorado.

O litígio estrutural busca resolver conflito que transcende as normas e se encontra na resolução de situações práticas da sociedade, em especial de questões sociais relevantes como saúde, segurança, moradia e afins, assim sua dinâmica processual contém fases inexistentes nas demandas padrões, além do mais, requer uma performance mais impositiva da jurisdição

¹⁰³ ROUSSEAU, Dominique. *Constitucionalismo e democracia*. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito. v. 10 n. 3 (2018): setembro/dezembro – dossiê – constitucionalismo.

¹⁰⁴ BEÇAK, Rubens. *Democracia moderna: sua evolução e o papel da deliberação*. Revista de Informação legislativa, Ano 50 Número - 199 jul./set. 2013.

¹⁰⁵ MELLO do Amaral Junior, J. L. (2021). *Constitucionalismo e Conceito de Constituição*. *Direito Público*, 18(98). <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i98.5583>.

constitucional, notadamente por precisar participar de demandas que vão além da hermenêutica constitucional.

PUGA consegue contextualizar o litígio estrutural através de algumas características presentes na grande maioria de demandas da mesma natureza. A existência de múltiplas partes no povo passivo e ativo é a primeira característica, onde múltiplos atores buscam a resolução de conflito. Um coletivo de indivíduos pleiteando direitos. Uma causa difusa que provoca violações massivas e constantes de múltiplos direitos fundamentais, inclusive com dificuldade de determinar a origem das violações. Organização burocrática estatal que impulsiona as violações ou ao menos que sua omissão sirva de condescendência às violações massivas. Envolvimento de direitos fundamentais com diversas características de fins econômicos, sociais e culturais (até costumes). Necessidade de redistribuição de bens e direitos, e, por fim, uma sentença ou decisão que tenha conjunto de ordens a serem implementadas continuamente e de forma prolongada¹⁰⁶.

Essa estrutura acaba impulsionando uma dinâmica procedimental e processual diversa do padrão, onde se exige uma performance da Corte Constitucional além da elaboração de decisão colegiada escrita, necessitando de fases preliminares e executórias mais complexas que possibilitem o diagnóstico da violação e a proposta de efetivação dele.

BAUERMANN reconhece ao menos cinco conflitos potencializados pelos litígios estruturais. O primeiro, a questão da legitimidade democrática pela perspectiva da separação de poderes. O segundo, a inexperiência das cortes ou juízes com elaboração de políticas públicas. Terceiro, a possibilidade de tratamento desigual pelo judiciário, pois não conhece a realidade das políticas públicas do país com profundidade. Quarto, o custo de implementação das medidas, sobretudo porque o judiciário está praticamente alheio ao orçamento público. Quinto, a possibilidade de descumprimento da decisão judicial pela própria sociedade, somente um debate público profundo consegue retirar violações estruturais no amago da sociedade¹⁰⁷.

É possível identificar algumas fases processuais suplementares nos litígios estruturais que inexistem no controle de constitucionalidade padrão, sobretudo fases pré-decisão onde a Corte Constitucional vai buscar um diagnóstico mais profundo e exato do conflito, e pós-decisão onde se buscará mecanismos atípicos que consigam colocar em prática a decisão,

¹⁰⁶ PUGA, Mariela. *Litígio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, 2013, p. 15-16.

¹⁰⁷ BAUERMANN, Desirê. *Structural injunctions no direito norte-americano*. In. ARENHART et al. *Processos Estruturais*. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 342-343.

essencialmente porque a implementação do conteúdo decisório geralmente ocorre gradualmente e constante até que a violação seja interrompida¹⁰⁸.

O debate dos litígios estruturais ganhou protagonismo após a segunda metade do século XX, com o final da Segunda grande Guerra Mundial, quando casos notórios como *Brown v. Board Of Education*¹⁰⁹, *Prison Reform*¹¹⁰ ambos dos Estados Unidos e *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* da África do Sul¹¹¹, colocaram as respectivas cortes constitucionais como protagonistas na resolução de conflitos sociais profundos e complexos.

Na América do Sul o fenômeno não foi diferente e desenvolveu-se, senão pioneiramente, ao menos com maior profundidade pela Corte Constitucional da Colômbia ao aplicar a sua concebida teoria do Estado de Coisas Inconstitucional. A aplicação da teoria iniciou-se de forma discreta e ao passar dos anos fora ganhando corpo robusto, com ampliação conceitual, debate público e até mesmo criação de pressupostos para sua aplicação.

A Corte Constitucional da Colômbia aplicou o Estado de Coisas Inconstitucional primeiramente em 06 de novembro de 1997 a partir da *sentencia* de Unificácio – SU 559, onde debateu direito previdenciário de professores dos municípios de María La Baja e Zambrano¹¹². Em suma, “*na ação, os professores alegaram que apesar de serem vinculados aos municípios de María La Baja e Zambrano e com dedução regular e periódica de 0,5% do salário para previdência, não estavam vinculados a nenhum fundo, situação ilegal*”¹¹³.

A Corte reconheceu a inconstitucionalidade estrutural do caso, considerando que apesar dos descontos periódicos na folha salarial para previdência pública, os professores não estavam inseridos em nenhum fundo especial de aposentadoria ou pensão, além disso reconheceu que casos idênticos ocorriam por todo território nacional¹¹⁴, sem que o judiciário

¹⁰⁸ BEÇAK, Rubens; MARIANO FILHO, Jair J. *O Judiciário como Canalizador da Razão Pública: uma Análise do Litígio Estrutural Mendoza da Argentina*. In: Processos Estruturais no Sul Global (Orgs. CASIMIRO, Matheus; CUNHA, Eduarda) – Editora Thoth, 2022.

¹⁰⁹ UNITED STATES COURTS, 1954. Disponível em <<https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>>. 1954.

¹¹⁰ UNITED STATES COURTS, 1977. Disponível em <<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3290&context=ilj>>, 1977.

¹¹¹ CARON, David. *Republic of South Africa v. Grootboom. Case No. CCT 11/00. 2000 (11) BCLR 1169 and Minister of Health v. Treatment Action Campaign*. in ____ Cambridge Journal. Disponível em <<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/republic-of-south-africa-v-grootboom-case-no-cct-1100-2000-11-bclr-1169-and-minister-of-health-v-treatment-action-campaign-case-no-cct-802/3459264C6F85E27F25A99EB8156E3254>>, 2003

¹¹² COLOMBIA. Corte constitucional: *sentencia SU. 559-97*. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU559-97.htm>>, 1997.

¹¹³ MARIANO FILHO, Jair J. *O Controle de Constitucionalidade como Instrumento de Efetivação dos Direitos Fundamentais: O Estado de Coisas Inconstitucional* – Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018p. 93.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 94.

de primeira e segunda instância conseguissem frear ou diminuir a inconstitucionalidade estrutural.

A decisão final foi no sentido de julgar procedente ação, em controle de constitucionalidade e com efeito *erga omnes*, para conceder o direito de ingresso em fundo de pensão aos postulantes, bem como para todos os professores em território nacional que estivessem nas mesmas condições, ou seja, com desconto em folha, mas sem vínculo em fundo de pensão ou previdenciário¹¹⁵.

Apesar de mencionar expressamente a criação e aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional, a decisão não ingressou em minúcias sobre pressupostos e aplicabilidade da teoria, apenas reservou-se no conceito de “*violação generalizada e estrutural de direitos fundamentais e sociais*”, criando um instituto próprio para os litígios estruturais¹¹⁶.

Em 1998, por meio da *Sentencia* T – 068 de 1998, a Corte Constitucional da Colômbia aplicou novamente a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional – também em outro caso previdenciário-¹¹⁷. A questão inicialmente levantada pelo *Sr. Francisco Orlando Berruecos*, e que posteriormente tivera eficácia para todos, tratava-se do tempo da concessão e da forma que deveria ser realizado o pedido da aposentadoria/pensão ao Instituto Nacional de Previdência. Francisco e muitos outros idosos preenchiam os pressupostos para aposentadoria/pensão, mas não conseguiam seu gozo, ora pela demora do instituto, ora pela resposta negativa do instituto –por violações formais do pedido-, situação que impedia milhares de idosos de gozarem da pensão a que tinham direito¹¹⁸.

O Instituto Nacional de Previdência reconheceu na própria ação a existência de inúmeros equívocos, considerando a quantidade de pedidos acumulados -45 mil pedidos- em menos de um ano, e também, a considerando ausência de funcionários públicos para realizar a tarefa, pois esses ressaltaram que para normalizar a situação, considerando o contingenciamento, ainda seriam necessários dois ou três anos¹¹⁹.

A decisão final proferida “*concedeu aos aposentados o direito à efetividade na resposta da petição de aposentadoria, bem como concedeu o prazo de 6 meses para a*

¹¹⁵ COLOMBIA. Corte constitucional: *sentencia* SU. 559-97. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU559-97.htm>>, 1997.

¹¹⁶ *Ibidem*, 1997.

¹¹⁷ COLOMBIA. Corte constitucional: *sentencia* T-068/98. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-068-98.htm>>, 1998.

¹¹⁸ COLOMBIA. Corte constitucional: *sentencia* T-068/98. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-068-98.htm>>, 1998.

¹¹⁹ MARIANO FILHO, Jair J. *O Controle de Constitucionalidade como Instrumento de Efetivação dos Direitos Fundamentais: O Estado de Coisas Inconstitucional* – Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018, p. 93.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 93.

administração pública sanar a dificuldade que estava tendo em analisar os pedidos”¹²⁰, e assim aplicou-se pela segunda vez a teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

A terceira e mais importante decisão ocorreu em 2004 pela Sentencia T-25 de 2004¹²¹, e tem como objeto o deslocamento forçado por violência, bem com a violação estrutural e generalizada aos direitos de liberdade, igualdade, propriedade, vida e segurança pública¹²². “*O litígio constitucional desenvolveu-se e a corte reconheceu que o deslocamento forçado, pela ausência de segurança pública, era um fato e um estado inconstitucional que ultrapassava a necessidade de uma lei ou ato normativo*”, e que isso impunha responsabilidades e condutas aos três poderes conjuntamente¹²³.

Esta decisão não é importante apenas pelo objeto descolamento forçado –também é-, mas especialmente pelo desenvolvimento teórico e prático da própria decisão. Neste caso a Corte Constitucional da Colômbia além das determinações concedendo prazos, obrigações, cronogramas para sanar as violações estruturais –como também nas anteriores-, ela também estabelece pressupostos para o diagnóstico e aplicação do Estado de Coisas Inconstitucionais, sendo eles: a) violação massiva, estrutural e generalizada dos direitos fundamentais; b) omissão estrutural e prolongada do Estado; c) necessidade de intervenção de diversas instituições e não apenas uma única conduta para sanar as violações; d) risco de milhares ações individuais¹²⁴.

O primeiro pressuposto impõe a existência de violação massiva e contínua de direitos fundamentais, compreendendo-se massiva e contínua sob três conceitos: i) violação exclusivamente de direito fundamental e não de norma constitucional apenas; ii) violação cumulada de diversos direitos fundamentais – liberdade, igualdade, segurança pública e outros -; iii) violação generalizada para inúmeros indivíduos ou grupos¹²⁵.

O segundo pressuposto indica uma omissão reiterada e prolongada da administração pública, além disso impõe que esta omissão seja complexa englobando diversos entes e poderes, assim, não se trata de uma omissão legislativa –por exemplo-, mas de um acúmulo de omissões

¹²⁰ *Ibidem*, p. 103.

¹²¹ COLOMBIA. Corte constitucional: *sentencia T-25/04*. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>, 2004.

¹²² Inviável apresentar as minúcias deste caso no artigo considerando sua complexidade, bem como os limites do objeto aqui tratado, mas indico algumas leituras importantes para aprofundamento: a) BEZERRA, 2016; b) PAIXÃO, 2017; c) CAMPOS, 2015 e CAMPOS, 2016, d) ANDREA, 2018.

¹²³ MARIANO FILHO, Jair J. *O Controle de Constitucionalidade como Instrumento de Efetivação dos Direitos Fundamentais: O Estado de Coisas Inconstitucional* – Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018, p. 106.

¹²⁴ MARIANO FILHO, 2018, p. 110-117 e CAMPOS, 2016, p. 177 – 186. Em ambos os livros é possível verificar com mais profundidade os pressupostos estabelecidos pela decisão de 2004 da Corte Constitucional da Colômbia na aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional.

¹²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional*. 1ª edição, 2ª tiragem, Editora JusPodivm: Salvador, 2016, p. 180.

legislativas, executivas, judiciais, orçamentárias, dentro outras¹²⁶. A simples omissão legislativa não impõe o ECI, e pode ser sanada pela via padrão em controle de constitucionalidade¹²⁷.

Essa omissão ou falha estrutural ocorre em ciclos, por exemplo: a ausência de reajuste na tabela SUS ocasiona *déficit* em hospitais filantrópicos – que são responsáveis por 60% do SUS-, isso diminui a estrutura do sistema de saúde, que por sua vez diminui a prestação continuada da população carente, e por final, ocorre a ineficácia do próprio direito fundamental¹²⁸.

O terceiro pressuposto, que é continuação do segundo, impõe a necessidade de soluções conjuntas em diversos órgãos e entes da administração, sendo assim, é preciso um aprimoramento na comunicação entre todos os envolvidos¹²⁹. “*O mesmo fator estrutural que se faz presente na origem e na manutenção das violações existe quanto à busca de soluções*”¹³⁰.

O quarto pressuposto para reconhecimento e prosseguimento do Estado de Coisas Inconstitucional é o risco de inúmeras ações isoladas daqueles que sofrem com a violação estrutural¹³¹. Aqui são dois riscos: um, de muitas demandas individuais, e outro, de muitas decisões conflituosas e diversas que ao invés de solucionar o caso, podem corroborar para o agravamento da situação¹³². A importância do caso de 2004 está na sua ampliação conceitual e em estabelecer pressupostos para o ECI.

Outros casos julgados pela Corte Constitucional da Colômbia desenvolveram os litígios estruturais, dentre eles: *Sentencia T–153 de 1998*, *Sentencia T–250 de 1998*, *Sentencia T-762 de 2015*, e por último a *Sentencia T– 415 de 2018* que garantiu o direito à água potável para cinco comunidades indígenas¹³³, nas palavras do relator “*resolvo –resolvi- declarar estado inconstitucional no Departamento –provincia- de La Guajira, após constatar uma violação*

¹²⁶ *Ibidem*, p. 181.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 182.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 183.

¹²⁹ No caso brasileiro –ADPF 347- todos os Estados e o distrito federal, em conjunto com a União, estão no polo passivo da demanda.

¹³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional*. 1ª edição, 2ª tiragem, Editora JusPodivm: Salvador, 2016, p. 183.

¹³¹ MARIANO FILHO, Jair J. *O Controle de Constitucionalidade como Instrumento de Efetivação dos Direitos Fundamentais: O Estado de Coisas Inconstitucional* – Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018, p. 115.

¹³² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional*. 1ª edição, 2ª tiragem, Editora JusPodivm: Salvador, 2016, p. 185.

¹³³ COLOMBIA. Corte constitucional: *sentencia T-415/18*. Disponível em <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-415-18.htm>>. Decisão reiterando a *sentencia T-302/17*, 2018.

maciça e generalizada dos direitos fundamentais dos filhos do povo Wayuu em matéria de água”¹³⁴.

A Corte Constitucional não atuou necessariamente como julgadora da demanda¹³⁵, mas como instrumento participativo na busca de interromper violações de direitos fundamentais, assumindo um papel de canalizadora da razão pública e jurídica, até sua maturação através da decisão e da implementação diante da execução decisória. Essa transfiguração de papel, apesar de também servir para guardar o conteúdo material da Constituição Federal, acaba potencializando o conflito da legitimidade democrática, sobretudo se não houver um desenho procedimento objetivo, pois a indeterminação da atuação da corte pode servir de instrumento para decisões arbitrárias sob o fundamento abstrato de guarda da norma constitucional.

É preciso pensar e criar instrumentos objetivos e com limitações da atuação da Corte Constitucional, pois a imprescindibilidade da sua participação no debate do controle jurisdicional de políticas públicas, não avaliza que assuma funções orçamentárias ou de administração pública, portanto, sua participação deve ser de coadjuvante e não de protagonista¹³⁶.

1.2.2 Uma Problemática Procedimental no Brasil

BERNAL e ARRIETA, membros internos da Corte Constitucional da Colômbia, são exemplos de críticos procedimentais que concordam e são entusiastas dos litígios estruturais, e conseguem enxergar que a Corte Constitucional pode ser, senão protagonista, pelo menos coadjuvante na resolução do conflito, mas que declaram os equívocos procedimentais. Em palestra proferida na Universidade de São Paulo em 10 de outubro de 2018¹³⁷, o membro da Corte Constitucional da Colômbia, BERNAL, afirmou que apesar da boa intenção, na prática,

134 Tradução livre do original “*resolvió declarar un estado de cosas inconstitucional en el Departamento de La Guajira tras constatar una vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales de los niños y niñas del pueblo wayuu en materia de agua – trecho do voto vencedor*”.

135 PUGA, Mariela. *¿A dónde va la Corte en las causas Verbitsky y Riachuelo? "Ni uñas, ni dientes, intervenciones experimentalistas"*. en Revista del Colegio de Abogados de la Plata. Doctrina-Jurisprudencia Año L-Nº69 pp.151-165, 2008.

136 LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada / Supremo Tribunal Federal and the shared constitutional authority*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 142-162, dez. 2017. ISSN 2238-0604.

137 Palestra realizada em 10 de outubro de 2018 na Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – Grupo Constituição, Política e Instituições: *International Dialogues In Constitutional Law*. Tema: *Is Transformative Constitutionalism an Illusion For the Global South?* – Carlos Bernal: membro da Corte Constitucional da Colômbia.

a eficácia da decisão proferida em litígios estruturais é muito limitada, e com isso deve-se aprofundar estudos procedimentais para melhorar e desenhar adequadamente qual deve ser o desempenho da Corte Constitucional.

ARRIETA¹³⁸, por sua vez, afirmou que é preciso olhar com cautela ao Estado de Coisas Inconstitucional, especialmente porque deve ter função coadjuvante e cíclica, isso é, ele deve servir como impulso para a resolução do conflito, como por exemplo, estabelecer prazos, parâmetros, iniciar o debate, colocar em pauta o tema, mas a resolução da inconstitucionalidade só é possível com esforço e atuação efetiva do executivo e legislativo, uma vez que, por se tratar de inconstitucionalidade estrutural, só é possível sana-la por meio de políticas públicas, as quais a Corte não tem domínio.

Como dito, “*a corrupção, a ineficiência política e a notória omissão governamental sobre políticas públicas tornam o país um foco de inconstitucionalidade estrutural e generalizada*”¹³⁹, e é exatamente essa situação que torna o debate sobre os litígios estruturais atraente, ou seja, a ânsia de encontrar uma palavra ou uma saída eficaz para as inconstitucionalidades estruturais do país.

Essa ânsia de encontrar uma saída para as violações estruturais de direitos fundamentais e ou sociais faz com que se tome uma posição demasiadamente otimista, mas que acaba ignorando as reais dificuldades na aplicação do Estado de Coisas Inconstitucionais. No Brasil não foi diferente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, uma vez que o pioneirismo no Brasil ao aplicar o Estado de Coisas Inconstitucional sem prévio e profundo debate acadêmico e procedimental, ocasionou uma dificuldade de lidar com as necessidades práticas de uma decisão deste porte. Além disso, a existência de inúmeros Estados distintos (economicamente, culturalmente, etc), ocasionou uma dificuldade de comunicação entre as partes e o Supremo Tribunal Federal.

No primeiro tópico da ADPF, denominado “Inferno”: o Sistema Prisional, a Constituição e o papel do STF, o PSOL descreve as prisões no país a partir da frase de Dante Alighieri “*abandonai toda a esperança, vós que entraís*”, sob analogia de que as prisões no país são um verdadeiro inferno¹⁴⁰.

¹³⁸ Palestra realizada em 05 de novembro de 2018 na Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito – com apoio e organização da conectas Direitos Humanos – Tema: Inconstitucionalidade das Prisões no Brasil: o que está em jogo com a ADPF 347 – Painel “A origem do Estado de Coisas Inconstitucional na Colômbia”.

¹³⁹ MARIANO FILHO, Jair J. *O Controle de Constitucionalidade como Instrumento de Efetivação dos Direitos Fundamentais: O Estado de Coisas Inconstitucional* – Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018, p. 118.

¹⁴⁰ *Ibidem*, 2015.

Questões como superlotação nas celas, falta de higiene, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida estragada, temperaturas extremas, falta de água potável, homicídios, espancamentos, tortura, violação sexual e inúmeras outras lesões à dignidade da pessoa humana são apresentadas na ação, a partir de dados obtidos pelo relatório da CPI do Sistema Carcerário de 2009, do Conselho Nacional de Justiça, de jornais como o Globo, Estado de São Paulo e Folha de São Paulo, e votos de ministros do próprio STF em outras ações, além de pronunciamentos do Ministro da Justiça, juristas e jornalistas¹⁴¹.

O primeiro tópico também apresenta a quantidade de presos no Brasil, que era de 90.000 em 1990 e passou em 2014 para 563.000; mais 147.000 em regime de prisão domiciliar (600 mil ao total). Além disso, 41% -informação do CNJ em 2014- eram presos provisórios. Apenas a título de conhecimento, em julho de 2019 –quatro anos após ADPF- o CNJ registrou 812 mil presos no país, sendo que ainda 41,5% não tem condenação. Atualmente tem-se mais de 900 mil¹⁴².

No segundo tópico apresenta-se a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional e seus requisitos no Direito Comparado, especialmente na Corte Constitucional da Colômbia, cujas maiores considerações são dispensáveis já que apresentadas anteriormente, além disso também se apresenta outros litígios processuais processados por cortes constitucionais ao redor do mundo.

O terceiro tópico restringe-se ao cabimento processual da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e discorre sobre o preenchimento dos pressupostos do artigo 102, parágrafo 1º da Constituição Federal e da Lei nº 9.882 de 1999, apresentando: *i*) existência de lesão ou ameaça ao preceito fundamental, *ii*) causada por atos dos Poderes Públicos, e *iii*) inexistência de outro instrumento apto para tanto¹⁴³.

Os preceitos fundamentais violados pelo sistema carcerário brasileiro são: *i*) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III CF), *ii*) vedação a tortura (art. 5º, III), *iii*) proibições de sanções cruéis (art. 5, XLVII, e), *iv*) respeito a integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX), direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), devido processo legal (art. 5º, LIV e LV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e diversos direitos sociais como saúde, educação, trabalho e segurança (art. 6º)¹⁴⁴.

¹⁴¹ *Ibidem*, 2015.

¹⁴² Conselho Nacional de Justiça acusa em 21 de junho de 2022 estatística nacional com 918502 pessoas privadas de liberdade. Disponível em <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>.

¹⁴³ BRASIL, 2015.

¹⁴⁴ BRASIL, 1998.

Os atos dos poderes que impulsionam a violação estrutural dos direitos fundamentais são: i) ausência de políticas públicas pelo Poder Executivo, ii) ausência de contingenciamento dos recursos no Fundo Penitenciário – FUPEN pelo Poder Executivo, iii) ausência de sensibilidade do Poder Legislativo na criação de normas do sistema carcerário, iv) ausência de aplicação de penas alternativas pelo Poder Judiciário.

Também fora demonstrado ausência de outro instrumento processual apto a aplicar o Estado de Coisas Inconstitucional, considerando sua dinâmica de litígio estrutural, uma vez que “*não se discute nesta ação a inconstitucionalidade de alguma norma jurídica superveniente à Constituição, nem tampouco alguma omissão legislativa inconstitucional*”¹⁴⁵.

O quarto tópico, denominado “*Democracia, Expertise e Estado De Coisas Inconstitucional: Remédios Flexíveis e Diálogo Institucional*” apresenta justificativa da competência e da legitimidade do Supremo Tribunal Federal na atuação em litígios estruturais, especialmente sobre o Estado de Coisas Inconstitucional¹⁴⁶.

Acredito que este tópico carece de maior profundidade, e é um dos responsáveis pela dificuldade na condução da ADPF 347, pois não apresenta uma metodologia de como a ação deveria prosseguir, ou mesmo como a ação do Estado de Coisas Inconstitucional deveria ser adaptada ao rito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Os autores se restringiram em desenvolver breves conceitos superficiais sobre ativismo judicial e diálogos institucionais, indicando uma possibilidade de diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e os demais poderes quando do litígio estrutural. A meu ver, além de breves relatos teóricos, a ação deveria propor uma dinâmica procedimental, até mesmo por se tratar de uma demanda pioneira, mas com bastante histórico internacional –tanto de vantagens e desvantagens-, portanto, o *déficit* neste tópico deixou a cargo do judiciário a decisão integral de condução da ADPF sem que tivesse *expertise* na condução de tal demanda, situação que, a meu ver, corroborou com sua estagnação.

O quinto tópico, denominado “*Gastos, Mínimo Existencial e Dever de Garantia*”¹⁴⁷ demonstra os custos de se prender, bem como as vantagens de regimes alternativos para presos sem periculosidade ou de crimes de menor potencial ofensivo. Alguns exemplos estrangeiros são apresentados, especialmente dos Estados Unidos, para demonstrar que medidas alternativas aumentam a possibilidade de ressocialização do preso, bem como diminuem os custos do Estado em manter presídios com superlotação.

¹⁴⁵ BRASIL, 2015.

¹⁴⁶ *Ibidem*, 2015.

¹⁴⁷ *Ibidem*, 2015.

O sexto tópico, denominado “*O abismo Entre Norma e Realidade*” apresenta as violações isoladas entre a realidade e a norma, como, por exemplo, i) a superlotação e as violações de direitos humanos, ii) os presos provisórios e a violação do devido processo penal, iii) a ausência de assistência jurídica integral nos presídios e violação ao acesso à justiça, dentre outros¹⁴⁸.

O sétimo tópico é o mais importante deles, pois discorre sobre “*Medidas que o STF deve Impor aos Poderes Públicos*”, entretanto, por se tratar do cerne do presente trabalho, analisarei o objeto do tópico no último capítulo deste artigo.

Os últimos dois tópicos referem-se aos pedidos. No oitavo tópico trata-se do pedido cautelar, e no nono e último tópico trata-se do pedido final da demanda. Os pedidos são: 1) declarar o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, 2) determinar que o Governo Federal elabore um Plano Nacional visando superar a inconstitucionalidade – alguns parâmetros são sugeridos pelo peticionante-, 3) submeter o Plano Nacional à análise do CNJ, OAB e de outras entidades, 4) homologar e impor medidas alternativas e complementares ao Plano Nacional, 5) após, determinar que Estados e Distrito Federal formulem plano individualizado, 6) submeter os planos às mesmas entidades, 7) deliberar e homologar sobre cada plano individualmente, 8) monitorar a implementação do Plano Nacional e dos planos individuais – Estados e Distrito Federal-, 9) produção de provas¹⁴⁹.

Observando todo o objeto da demanda, é possível notar que a dinâmica instada à judicção é muito mais do que o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, se busca verdadeiramente controle jurisdicional de políticas públicas, além disso, reclama um procedimento cíclico através de uma Plano Nacional a ser elaborado por inúmeras entidades governamentais e não governamentais.

O instrumento processual mais flexível para processos estruturais no Brasil atualmente é a ADPF, apesar de ser elaborada para o controle de constitucionalidade padrão de lei ou ato normativa, contudo, tem-se demonstrada insuficiente uma vez que não abarca todas as necessidades de diálogos institucionais por não possibilitar rodadas procedimentais cíclicas, pois tem como direcionamento a conclusão do julgado apenas. Como dito anteriormente, um litígio estrutural não importa essencialmente a conclusão do julgado, ou a declaração

¹⁴⁸ BRASIL, 2015.

¹⁴⁹ *Ibidem*, 2015.

inconstitucionalidade de norma, sua necessidade é dinâmica e o caminho traçado para diminuir as violações massivas de direitos fundamentais percorre a elaboração de políticas públicas¹⁵⁰.

LORENZETTO e CLÈVE indicam que a saída pode ser reconhecer a “*autoridade constitucional compartilhada*”¹⁵¹, na qual a “*Constituição precisa dialogar com os cidadãos a ponto de eles tratarem-na não apenas como um documento vazio, mas como um dos elementos (pilares) que constituem a própria comunidade política*”¹⁵², e através deste reconhecimento criar instrumentos de diálogos da Corte Constitucional com a sociedade, bem como com outras autoridade políticas, inclusive com a deferência de parte da autoridade constitucional, afirmação que também converge com GODOY¹⁵³.

Também há quem sustente que a efetividade dos litígios estruturais no sistema processual brasileiro não passa necessariamente (até pode passar) por um instrumento próprio, mas pela utilização correta daqueles existentes, sobretudo a partir da “*utilização dos negócios jurídicos processuais como meio de efetivação dos processos estruturais sendo possível concluir que o referido mecanismo é o mais adequado para tanto*”¹⁵⁴.

FARIA se apoia em VITORELLI para firmar que o grande problema dos litígios estruturais não está na fase de conhecimento ou do julgamento da violação de direitos fundamentais, mas essencialmente na execução de sentença, assim o foco de eventual reforma ou proposta procedimental deve-se focar no cumprimento da ordem proferida pela Corte Constitucional “*a ideia central tratada no presente texto pressupõe que a fase de liquidação*

¹⁵⁰ARENHART, Sergio Cruz. *Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro*. Revista de Processo, vol. 225/2013. “*Se outra mentalidade do juiz é exigida, também se exige outro tipo de processo para lidar com essas causas. Mesmo a estrutura das ações coletivas – como hoje prevista – é insuficiente para tanto. Impõe-se um processo em que efetivamente se possa permitir a participação social, o conhecimento a fundo do problema e a gestão adequada do litígio. Não sendo assim, corre-se o sério risco de atirar o magistrado em um campo de batalha, em que ele sequer terá condições de conhecer aquilo que está julgando, em suas múltiplas facetas e com seus vários desdobramentos. Isso será, é claro, a certeza do fracasso da atuação judicial e da inadequação da decisão aí proferida*”.

¹⁵¹LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 142-162, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1587>. Acesso em: 30 set. 2021. doi: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1587>.

¹⁵²*Ibidem*.

¹⁵³GODOY, Miguel. *Constitucionalismo e democracia: Uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109 - “*Essas diferentes propostas, mecanismos e decisões mostram como é possível se repensar o controle de constitucionalidade de tal forma que ele seja orientado à promoção de um diálogo institucional entre os Poderes e produza, assim, uma decisão epistemicamente mais democrática. Se a versão tradicional e dominante do controle de constitucionalidade (inclusive a brasileira³⁸⁶) coloca nas mãos do Poder Judiciário a última palavra sobre a interpretação constitucional, por outro lado, os mecanismos e as decisões mostrados acima tendem a eliminar ou ao menos matizar o déficit democrático da decisão judicial como última palavra*”.

¹⁵⁴JUNQUEIRA, Laura; RODRIGUES, Vinícius Henrique. *negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetividade dos processos estruturais*. Encontro de iniciação científica. v. 16, n. 16, 2020. Disponível em: <http://intertemas.toledopudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8537>.

ainda conterà uma carga cognitiva grande. Até porque ela cuidará de delimitar toda a parte de implementação que a sentença não pode tratar”¹⁵⁵.

DIDIER, ZANETI e OLIVEIRA sustentam que para além de instrumentos processuais, é preciso que o Brasil estabeleça uma teoria sobre processo estrutural com princípios que sejam aplicados pelo Código de Processo Civil, e com isso sirva de base para implementação de outros procedimentos necessários¹⁵⁶.

Inicialmente essa teoria engloba três características dos litígios estruturais. Primeiramente deve-se reconhecer que a multipolaridade é típica desses processos, apesar de não essencial, isso é, aquela lógica binária do processo individual geralmente não se está presente, sobretudo no polo passivo que podem ser demandantes estados, municípios e afins¹⁵⁷.

A coletividade também é uma característica processual, mas também não essencial, pois *“embora normalmente o processo estrutural seja coletivo, por discutir uma situação jurídica coletiva, é possível que um processo que veicule demanda individual esteja pautado num problema estrutural*”¹⁵⁸.

Por fim, *“a complexidade é outra característica típica do processo estrutural. Complexo é o processo em que se discute um problema que admite diversas soluções. O número de soluções possíveis é a medida da complexidade do processo*”¹⁵⁹, como mencionado anteriormente, os litígios estruturais não buscam o controle de ato normativo ou mesmo de lei, e sim controle jurisdicional de políticas públicas.

Quanto as características procedimentais, os autores afirmam ser impossível estabelecer rodadas deliberativas fixas ou mesmos circuitos estáticos na dinâmica dos litígios estruturais, por se tratar de vários tipos de objetos demandados, além de que cada caso traz uma característica distinta a depender do tipo de violação de direitos fundamentais, é preciso (e possível) estabelecer princípios norteadores e não propriamente dito procedimentos estáticos¹⁶⁰.

A flexibilidade de condução e a existência de duas fases (e.g. do processo falimentar), são elementos para os princípios procedimentais ou processuais. Na primeira fase de busca o

¹⁵⁵ FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. *A liquidação de sentença como etapa fundamental ao cumprimento de sentenças estruturais*. In. ARENHART et al. *Processos Estruturais*. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 189.

¹⁵⁶ DIDIER, FREDIE et al. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. In. ARENHART et al. *Processos Estruturais*. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 459.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 468.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 470.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 471.

¹⁶⁰ DIDIER, FREDIE et al. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. In. ARENHART et al. *Processos Estruturais*. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 472.

diagnóstico das violações estruturais, onde “o que marca esse momento processual é que, como quer que seja, a decisão estrutural não exaure a função jurisdicional. Ela apenas dá início àquela que, provavelmente, é a fase mais duradora do processo estrutural¹⁶¹”.

A segunda fase trata-se da implementação da meta que foi estabelecida pela primeira sentença, ou seja, “onde se inicia com a implementação das medidas necessárias ao atingimento da meta estabelecida na decisão estrutural. Em contraposição à primeira fase, que seria a da certificação do resultado a ser alcançado, essa fase seria a da execução¹⁶²”.

Outros elementos também precisam ser pensados, sobretudo perante a atipicidade dos meios probatórios, pois por não seguir a dinâmica de um processo de controle de constitucionalidade comum, é preciso que existam meios adequados para se apresentar elementos probatórios. Além disso, a atipicidade de medidas executivas, uma vez que por transcender a compatibilização de norma com a Constituição Federal, é preciso que se tenha instrumentos aptos para conseguir tornar eficaz, na prática, a decisão proferida¹⁶³.

Por fim, também deve-se pensar numa cooperação judiciária mais completa, que possibilite diálogos institucionais mais rápidos e eficazes, sobretudo na implementação da política pública necessária, além disso, lançar mão dos instrumentos do próprio Código de Processo Civil, a saber a possibilidade de adaptação processual para cada caso, possibilidade de tutela provisória, permitir o fracionamento da resolução de mérito e admitir, como dito, a cooperação judicial em atos processuais e em medidas executivas atípicas¹⁶⁴.

Diversos países tiveram dificuldades de implementar procedimentos ou rodadas deliberativas para tornar compatível e efetiva a atuação em litígios estruturais pelas cortes constitucionais, VERBIC reconhece que a Argentina percorreu longo trajeto com dificuldades políticas e procedimentais para a execução de sentenças, necessitando, empiricamente através de acertos e erros, estabelecer novos instrumentos para efetivar as decisões em processos estruturais¹⁶⁵.

Nos Estados Unidos o caso com maior repercussão foi *Brown. v. Board of Education*, onde através do caso paradigma de Linda Brown reconheceu inconstitucional a segregação racial escolar, momento em que designou funções aos tribunais estaduais e locais para implementar paulatinamente a decisão até encerrar toda segregação. Referida medida se deu

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 474.

¹⁶² *Ibidem*, p. 475.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 485.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 488.

¹⁶⁵ VERBIC, Francisco. *Execução de sentenças em Litígios de forma estrutural na república argentina: dificuldades políticas e procedimentais que incidem sobre a eficácia dessas decisões*. Revista de Processo, vol. 2020, Vol. 305, 2020, p. 403-424.

porque tornava-se impossível executar a decisão imediatamente em todo território nacional, sobretudo porque cada Estado mantinha Constituição própria, e também peculiaridades regionais que incentivam ou diminuíam o racismo generalizado, assim cada região deveria atuar de acordo com suas necessidades e possibilidades¹⁶⁶.

Outro processo que necessitou de uma dinâmica processual distinta do controle de constitucionalidade padrão foi o caso *Holt v. Sarver*, onde o sistema prisional norte americano foi questionado e reformado a partir de diagnósticos e planos de ações elaborados a partir do litígio estrutural¹⁶⁷, “*dentre os fatores que contribuíram para o alcance dos resultados destaca-se o envolvimento popular, a postura colaborativa dos demandados, a utilização de técnica executiva diferida no tempo que induziu a cooperação e o acordo entre as partes*”¹⁶⁸.

KLUGE e VITORELLI apresenta o caso *Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala*, onde se buscou a proteção dos direitos humanos no país, diante da violação massiva de diversos direitos fundamentais do próprio Estado por falta de atendimento básico à saúde, falta de segurança pública, de proteção judicial e outras violações estruturais. Como parte do caso foi processado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, houve diligências de juízes ao país de origem, delegação de ordens aos tribunais internos do país, condenações indenizatórias e de reparação e outras medidas atípicas à jurisdição constitucional¹⁶⁹.

Assim, parece consenso que ao Brasil falta ainda elementos procedimentais ou mesmo teóricos que consigam colocar em prática ou ao menos auxiliar o processamento dos litígios estruturais, uma vez que apenas a ADPF aparente ser insuficiente para sanar as necessidades de um processo com dinâmica tão complexa.

1.3 Uma possível saída para o conflito

Apesar da jurisdição constitucional não se submeter as diretrizes da política partidária, pois está essencialmente oposta a vontade da maioria, já que não se sujeita ao *éthos* democrático da eleição, não há como negar que por ser um poder de Estado acaba participa indiretamente

¹⁶⁶ HOGAN, Timothy D. *Evaluating the demographic impact of societal events through intervention analysis: the Brown vs. Board of education decision*. Demography, Arizona, v. 4, n. 21, p. 673-677, nov. 1984

¹⁶⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro*. Revista de Processo: RePro, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.

¹⁶⁸ SARAIVA, Carolina Barros. *Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal*. In. ARENHART et al. *Processos Estruturais*. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 290.

¹⁶⁹ KLUGE, Cesar Henrique. Vitorelli, Edilson. *O processo estrutural no âmbito do sistema interamericano: reflexões a partir do caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala*. In. ARENHART et al. *Processos Estruturais*. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 323.

do ecossistema da política, não sendo totalmente alheia a dinâmica burocrática estabelecida pela ordem política do país.

Sendo assim, quando há críticas ao sistema político, também se torna viável que se abram críticas à jurisdição constitucional; da mesma forma que quando há evolução do sistema político, também se espera evolução da jurisdição constitucional, pois apesar de uma certa equidistância, parece evidente que a condução política de um país também direcione a jurisdição constitucional. O sistema político de tempos em tempos se demonstra enferrujado perante as reais necessidades sociais, e assim, as crises institucionais ou de representatividade surgem, necessitando se repensar novas estruturas teóricas e práticas para tentar compatibilizar a legitimidade do poder político com as indigências sociais.

Alguns períodos históricos demonstram o tensionamento do liberalismo político com outros regimes, forçando a democracia a se reinventar para conseguir se sustentar como um regime apto a entregar as necessidades da população. Após o declive dos regimes absolutistas e o prelúdio da democracia moderna instalou-se um regime de semi-representação, onde coletivos de elites intelectuais, financeiras e políticas direcionavam o andamento do Estado-nação, prestando pouca ou quase nenhuma satisfação para base da sociedade.

Ao longo do século XIX a percepção de inocuidade dessa democracia de pouca representação aumentou, e conflitos internos surgiram em diversos países buscando uma ruptura com essas elites para alcançar uma certa emancipação ou pelo menos equidade entre os direitos entre a base da sociedade e essa elite. Por sua vez, o prelúdio do século XX trouxe, em muitos países, maior performance democrática possibilitando a eleição direta dos representantes, estabelecendo o que se desenha por democracia representativa, que resiste a duras penas até os dias atuais.

Entretanto, o regime democrático por representação demonstra-se em declive, pois se visualiza um esgotamento de possibilidades de interação entre representantes e representados, sendo a crise impulsionada, parte pela incompatibilidade do neoliberalismo com a democracia, sobretudo em países em desenvolvimento¹⁷⁰, parte pelo *déficit* de comunicação que aumenta com o avanço das inúmeras possibilidades interativas trazidas pela tecnologia.

Da mesma forma que em todo o sistema político, os sinais de esgotamento do regime democrático refletem na jurisdição constitucional, e quanto maior o desgaste representação,

¹⁷⁰ PÉREZ-LIÑAN, A.; CASTAGNOLA, A. *Judicial Instability and Endogenous Constitutional Change: Lessons from Latin America*. British Journal of Political Science, v. 46, n. 2, p. 395-416, 2016.

maior acaba sendo a percepção de que a atuação da Corte Constitucional está em esfacelamento, sobretudo quando questões de desacordos salientes que são submetidos a juízo¹⁷¹.

Algumas saídas teóricas para crise da representação política são ensaiadas há algumas décadas, e qual maior ganhou protagonismo é denominada de democracia deliberativa, essencialmente sustentando que representação política deve existir desde que condicionada com maior participação ativa da sociedade na condução política do país.

O sufrágio deixa de ser o grande ato do exercício democrático para se tornar apenas um dos atos, existindo inúmeras outras possibilidades de que a população consiga participar da tomada de decisão ou mesmo na condução política do país, sem que isso prejudique a minoria ou sobressaia perante o direito da minoria.

A democracia deliberativa não pressupõe que a vontade majoritária vá prevalecer, mas sim que haverá participação popular na construção das políticas públicas ou nas decisões políticas, com o intuito de somar argumentos, fundamentos e trazer a realidade social para os representantes, afinando a sintonia entre burocracia e sociedade¹⁷².

Também não se pode confundir democracia deliberativa com oportunizar a possibilidade de votos amplos e opiniões abstratas, mas trata-se de uma construção coletiva do direcionamento da sociedade, com base em fatos, dados e critérios objetivos para que seja possível a tomada de decisão¹⁷³.

A democracia deliberativa no campo teórico crítico, para Habermas, é aquela que não se submete ao aparelhamento econômico liberal, exercendo papel autônomo no direcionamento da sociedade, quem deve sobrepor é a democracia. É preciso refundar o pacto ocorrido na ascensão do liberalismo econômico, com intuito de agregar toda a sociedade em busca de um seguimento único de desenvolvimento, assim, as tomadas individuais deixariam de se basear em vantagens individuais, para que fossem, de certa forma, coletivas.

Oposto no campo teórico e ideológico, Rawls, por sua vez, sustenta que a razão pública extraída do debate colocado na sociedade é um instrumento eficaz e legitimador das tomadas de decisões, sobretudo quando se está diante de desacordos morais razoáveis, isso é, quando se

¹⁷¹ DA ROS, Luciano. *Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos*. Revista Sociologia Política das instituições judiciais. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p. 57-97.

¹⁷² BEÇAK, Rubens. *Democracia moderna: sua evolução e o papel da deliberação*. Revista de Informação legislativa, Ano 50 Número 199 jul./set. 2013.

¹⁷³ Habermas, Cohen, Bohman e Rawls.

estabelece um conflito onde ambas as partes apresentam argumentos válidos e justos para suas posições¹⁷⁴.

Como não há um instrumento jurídico único a estabelecer qual dos desacordos morais razoáveis devem prevalecer, a deliberação através de consensos sobrepostos pode proporcionar uma maturação do debate a ponto de, se não for possível chegar em um consenso pleno, ao menos direcionar uma boa tomada de decisão pública.

Além das visões clássicas sobre deliberação como instrumento de racionalização e legitimação da decisão pública, outros pontos podem ser observados por um olhar pragmático¹⁷⁵, ou por exemplo, a partir de Joshua Cohen, que defende a necessidade de se institucionalizar instrumentos de debates públicos que possibilitem todo pluralismo da sociedade em participar do debate para as tomadas de decisões¹⁷⁶.

Por sua vez, Seyla Benhabib¹⁷⁷ reconhece que a deliberação pode ser instrumento legitimador das decisões públicas, contudo, demonstra certo ceticismo na institucionalização de dinâmicas deliberativas no Estado, pois a tomada de decisão pressupõe que as partes estejam no mesmo seguimento político e ideológico, ou ao menos estejam buscando o mesmo objetivo, o que, em se tratando de esfera pública, quase nunca ocorre¹⁷⁸. Discutir ideias e debater desacordos morais é completamente justificável, contudo, quando se trata de implementá-los, o pragmatismo político pode colocar empecilhos para uma efetiva democracia deliberativa no cerne da política.

A ideia central é de que a sociedade, em seu multipluralismo, consiga se organizar e debater aspectos profundos de desacordos morais ou mesmo de políticas públicas, para que as organizações burocráticas e políticas captem e canalizem as razões públicas, mas não que

¹⁷⁴ RAWLS, John. *O liberalismo Político*. Editora WMF Martins Fontes, 1ª Edição: São Paulo, 2011, p. 250-292.

¹⁷⁵ MENDONÇA, R. F. (2016). *Antes de Habermas, para além de Habermas: uma abordagem pragmatista da democracia deliberativa*. Sociedade E Estado, Vol 31 - 741-768, 2016. “o artigo procurou evidenciar algumas contribuições específicas desde uma perspectiva pragmatista de democracia deliberativa. Argumentou-se que o pragmatismo pode oferecer uma abordagem discursiva radical para a democracia, que está atenta: à estética, à dimensão comunicativa da ação estratégica, à importância da efetiva liberdade de expressão e à organização de sistemas participativos mais amplos e empoderados. Em suma, o pragmatismo oferece um modelo pré-habermasiano de democracia deliberativa que evita muitas críticas dirigidas a esta teoria”.

¹⁷⁶ COHEN, Joshua. “*Procedimento e substância na democracia deliberativa*”. In: *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 115-144.

¹⁷⁷ BENHABIB, Seyla. *Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática*. In: *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 47-79.

¹⁷⁸ _____. *Democracy and Difference: reflections on the metapolitics of Lyotard and Derrida*. In: THOMASSEN, L. (ed.). *The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

necessariamente as sigam. A deliberação deve servir de um instrumento para chegar à racionalidade, e não para firmar a vontade da maioria¹⁷⁹.

Adotando a ideia de se institucionalizar instrumentos deliberativos nos órgãos burocráticos do Estado, a Corte Constitucional também sofre dificuldade, essencialmente por conta da estrutura secular desenhada na jurisdição constitucional em boa parte do mundo, onde o debate é praticamente isolacionista entre os membros do tribunal¹⁸⁰.

Buscar transformar uma Corte Constitucional em uma esfera pública deliberativa não é tarefa fácil, sobretudo porque as tomadas de decisões na jurisdição constitucional refletem ao menos em três dimensões. A primeira, a decisão reflete diretamente na sociedade, aportando interpretação, ocasionalmente, vinculante sobre desacordos morais. A segunda, é que decisão pode friccionar os demais poderes, mormente em controle de constitucionalidade. A terceira, é entre os membros da própria corte.

A construção a ser elaborada a seguir, busca apresentar através dessas três dimensões e no íntimo do marco teórico da democracia deliberativa, critérios que podem estabelecer uma dinâmica deliberativa e dialógica entre a Corte Constitucional, a sociedade e os demais poderes, buscando diminuir os *déficits* de legitimidade democrática e conceder maior eficiência na atuação da jurisdição constitucional, sobretudo em litígios estruturais.

¹⁷⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. p. 238 “Por meio dos conceitos de “última palavra provisória” e de “rodadas procedimentais”, procuro dar a exata dimensão e limitação daquela pergunta. Teorias do diálogo, ao observarem o fato da continuidade (das ‘sequências legislativas’, e assim por diante), põem a simples existência da revisão judicial sob uma nova luz. Última palavra e diálogo, nesse sentido, complementam-se. Assim como o direito e a política precisam de ‘últimas palavras provisórias’, precisam também de continuidade”.

¹⁸⁰ HOGG, P. W; BUSHELL, A.A. *The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charters of rights isn't such a bad thing after all)*. Osgoode Hall Law Journal, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

2. A CORTE CONSTITUCIONAL E A SOCIEDADE: COMUNICAÇÃO EXTERNA

Reconhecendo a deliberação como instrumento legitimador das decisões proferidas pelas Cortes Constitucionais, deve-se analisar, em primeiro momento, como dar-se-á sua comunicação com a sociedade, a fim de identificar critérios que possibilitem interação entre o judiciário e a população, sem que isso descaracterize a natureza contramajoritária da corte, mas que possibilite maior legitimidade na tomada da decisão.

É possível adotar uma posição inflexível inadmitindo qualquer possibilidade de comunicação entre a sociedade e a Corte Constitucional, sustentando que qualquer influência externa é espúria sob a ótica pela qual “*a corte que ouve a população não julga pela Constituição Federal*”, entretanto, esse posicionamento traz duas inconsistências argumentativas.

Primeira, ouvir a sociedade ou canalizar a razão pública não significa seguir a vontade popular, mas apenas trazer elementos fáticos e reais ao conhecimento dos membros da corte, para que seja possível proferir uma decisão com maior performance argumentativa, assim, serve, sobretudo, de instrumento para testar a capacidade de racionalização e argumentação da corte. Segunda, que a corte não está obrigada a seguir as opiniões, argumentos, posições e afins da sociedade, mas apenas a justificar a sua decisão, inclusive refutando qualquer seguimento da sociedade que seja contrário a Constituição Federal, em outras palavras, esse esforço argumentativo para refutar posições majoritárias acaba concedendo maior legitimidade à decisão.

Ouvir a sociedade não é ignorar a característica contramajoritária da jurisdição constitucional, mas na verdade é testar a performance argumentativa da corte, para, inclusive, lhe conceder maior legitimidade através da racionalização da decisão. Se a legitimidade do legislativo e executivo é o voto, e essa por sua vez é testada pelo sufrágio, do judiciário está atrelada a seu poder argumentativo e interpretativo, sendo assim, nada mais justo do que testar sua performance ao máximo através de argumentos sobrepostos e canalizados a partir de razões apresentadas pela sociedade¹⁸¹.

¹⁸¹ MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. *The Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions*. The American Political Science Review, Vol. 87, No. 1, 1993 pp. 87-101

A escolha de uma posição favorável a interação entre Corte Constitucional e sociedade não se dá aleatoriamente, mas parte-se do pressuposto que são raras as concordâncias teóricas entre autores ideologicamente e radicalmente opostos sobre o mesmo tema, entretanto, quando se trata da necessidade de interação entre Corte Constitucional e sociedade, é possível encontrar posições favoráveis em dois autores que são radicalmente opostos em seus marcos teóricos: Jurgen Habermas e John Rawls¹⁸².

Habermas que vem de uma matriz de teoria crítica do liberalismo, reconhece, em diversas obras, a necessidade de interação entre as organizações burocráticas, inclusive da Corte Constitucional com a sociedade, a fim de se legitimar decisões públicas, denominando o fenômeno de racionalidade comunicativa entre o Sistema e o mundo da vida através de instrumentos procedimentais aptos a fazer essa intermediação, o qual se denominou esfera pública¹⁸³.

Por outro lado, Rawls que é teórico do liberalismo político, também reconhece a necessidade de se apresentar instrumentos para possibilitar a canalização da razão pública em instrumentos burocráticos, reconhecendo inclusive a jurisdição constitucional como uma das esferas imprescindíveis para essa maturação e sobreposição argumentativa das razões públicas.

A jurisdição constitucional não serve apenas de foro adequado ou mesmo de esfera pública para o debate racional, mas também de fonte geradora de racionalidade, através de fundamentações, argumentos, e sobretudo do voto escrito, impresso e publicado para que todos analisem e exerçam a justificação da tomada de decisão.

Assim, adotando uma posição favorável da comunicação externa entre Corte Constitucional e sociedade, se pretende traçar uma justificativa teórica na forma e no material sobre essa possibilidade, buscando apresentar o conceito de esfera pública que se espera da Corte Constitucional, bem como o que se espera da canalização das razões públicas apresentadas pela sociedade na jurisdição constitucional.

¹⁸² KRITSCH, Raquel, SILVA, André Luiz da. *Considerações acerca da noção de razão pública no debate Rawls-Habermas*. *Rev. Sociol. Polit.* 2011, vol.19, n.39, pp.67-90. ISSN 0104-4478. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-44782011000200006>.

¹⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*. 1ª ed. WMF Martins Fontes, São Paulo: 2012, p. 132 “o debate sobre a racionalidade ocorrida na Inglaterra sugere a conclusão de que, embora existam estruturais gerais de racionalidade subjacentes à compreensão do mundo moderno, as sociedades modernas do Ocidente fomentam uma compreensão desfigurada de racionalidade, aferrada a aspectos cognitivos-instrumentais”.

2.1 Construindo a Corte Constitucional como esfera pública: os pressupostos para uma deliberação comunicativa

Buscando maior integração da lógica proposta por Habermas, inicia-se esclarecendo que é possível dividir a análise teórica em três principais momentos. O primeiro momento teórico é desenvolvido a partir da “*Teoria do Agir Comunicativo*” proposta em meados dos anos 70, onde há empenho para encontrar uma racionalidade diferente da instrumental, que consiga, por sua vez, não apenas apresentar elementos racionais técnicos, mas uma comunicação entre o sistema burocrático e a sociedade. O segundo momento teórico é denominado de “*Esgotamento das Energias Utópicas*”¹⁸⁴, e ocorre em meados dos anos 80, constatando o declínio das teorias normativas desenvolvidas no pós-guerra que buscavam o desenvolvimento social. O terceiro momento teórico é denominado “*Razão Prática*”, e ocorre em meados nos anos 90 com o desenvolvimento do livro *Facticidade e Validade*¹⁸⁵, com propósito de reconciliar teoria normativa e realidade social, utilizando do Direito como mediador dos conflitos sociais e desacordos morais.

Não se ignora que os três momentos teóricos estão interligados e não podem ser considerados isoladamente, levando em conta, por exemplo, que a ideia de razão prática já está estabelecida e conceituada na Teoria do Agir Comunicativo, uma vez que se funda naquele momento instrumentos práticos para conseguir afastar a racionalidade instrumental, sobretudo a partir do desenvolvimento da esfera pública, que é tão importante ao trabalho aqui debatido. Assim, a divisão indicada não é para isolar o período, e muito menos ignorar a construção teórica do autor, serve apenas para situar melhor a construção conceitual de Habermas até a ideia consolidada de deliberação¹⁸⁶.

Apesar de ser teórico em Frankfurt (Alemanha) e iniciar suas pesquisas buscando a emancipação, tentando livrar-se da dominação social ilegítima através da racionalização da

¹⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *A nova intransparência: A crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas*. In: HABERMAS, J. *Diagnósticos do Tempo: Seis Ensaio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1987. “*hoje as energias utópicas aparentam ter se esgotado, como se elas tivessem se retirado do pensamento histórico. O horizonte do futuro estreitou-se e o espírito da época, como a política, transformou-se profundamente. O futuro afigura-se negativamente; no limiar do século XXI desenha-se o panorama aterrador da ameaça mundial aos interesses da vida em geral*”.

¹⁸⁵ _____. *Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

¹⁸⁶ SILVA, Filipe Carreira. *Habermas e a Esfera Pública: Reconstruindo a História de uma Ideia*. Revista sociologia, problemas e práticas, n.º 35, 2001, p. 117-138.

tomada de decisão na esfera pública, Habermas não pode ser considerado um marxista, aliás, dentre os teóricos ali apresentados é o qual mais se afastou do materialismo histórico¹⁸⁷, na medida que o conteúdo de sua obra não afasta a necessidade do Estado ou mesmo desconsidera a existência do livre mercado, apenas busca elementos teóricos e práticos para afastar a gerência do capital nas tomadas de decisões públicas.

A sua principal busca é desvincular as vicissitudes do capital na construção e tomada de decisão política, a fim de transferir a legitimidade para o consenso estabelecido entre a racionalidade da sociedade e os elementos técnicos e burocráticos do sistema, em outras palavras, não há proposta revolucionária para alternância de poder, mas sim de aperfeiçoamento na dinâmica de tomada de decisão. Como dito, existem três Habermas, cada qual para seu período teórico, e que apesar de distintos são complementares em si e imprescindíveis para se entender a esfera pública e a própria ideia de democracia deliberativa.

Em seu primeiro momento histórico desenvolve suas pesquisas com base na Teoria Crítica da sociedade, especialmente no campo da racionalização das instituições e da dominação social. A Teoria da Ação Comunicativa¹⁸⁸ é uma teoria crítica normativa baseada em como a racionalização e a dominação social deveriam ocorrer¹⁸⁹ na sociedade. Habermas propõe uma mudança de paradigma sobre a ideia de domínio social, refutando a razão instrumental apresentada por Horkheimer, e sustentando que uma estrutura burocrática deve ser instituída e mantida pelo diálogo com a sociedade¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Apesar de não ser um conceito inquestionável, vê-se um distanciamento considerável de Habermas ao materialismo histórico, pois mesmo propondo alteração de algumas estruturas burocráticas liberais, aparentemente toda construção teórica do autor está subordinada ao desenho liberal de “Estado” e de “Mercado”, ou seja, apesar de refutar a possibilidade de intervenção do capital nas tomadas de decisões, identifica-se, em muitos momentos, que a dinâmica proposta por Habermas é para o liberalismo, ainda que para um liberalismo ‘reformado’, sobretudo porque não há uma proposta revolucionária de ruptura.

¹⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*. 1ª ed. Vol. II - WMF Martins Fontes, São Paulo: 2012, p. 216 e 233. “*proponho um conceito de sociedade capaz de englobar o mundo da vida e o sistema. Tal conceito pode ser comprovado nua teoria da evolução social*” {...} “*o conceito ‘agir comunicativo’ recorta dois aspectos: o teleológico, relacionado à concretização de fins (ou à realização de um plano de ação), e o comunicativo, que abrange os aspectos da interpretação da situação e da obtenção de um acordo. No agir comunicativo, os participantes tentam realizar consensualmente seus planos tomando como base uma definição comum da situação*”.

¹⁸⁹ Importante ressaltar que nem todos teóricos e estudiosos do assunto caracteriza Habermas como normativista, ou seja, a adoção de Habermas criador de uma teoria normativa é uma posição discutível. Algumas análises colocam Habermas como mero crítico do que ocorre na sociedade, sem de fato propor um normativismo moral ou pragmático, quase um heurístico.

¹⁹⁰ GOMES, Roberto Luiz. O consenso na teoria do agir comunicativo de Habermas e suas implicações para a educação. 2005. 159 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação na área de Filosofia, História e Educação, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2005, p. 51. “*Dentre as possibilidades de acesso à problemática da racionalidade, Habermas assume o caminho da reconstrução racional das interações linguísticas, com o*

Há a propositura de duas dimensões da realidade social, que apesar de distintas devem se complementar para possibilitar o desenvolvimento social. A dimensão do “sistema”, que são as instituições racionais que seguem um caminho predefinido pela elite que comanda aquele seguimento, como exemplo: judiciário, legislativo, executivo, agências reguladoras, grandes corporações e assim por diante; e a dimensão do “mundo da vida”¹⁹¹, que é a realidade social da população, em termos mais simples, é o local em que a vida acontece propriamente dito¹⁹², e é sobretudo onde se carece de maior atenção nas tomadas de decisões públicas.

Sistema e mundo da vida devem se comunicar constantemente, sob pena do primeiro se tornar uma mera razão instrumental para dominação do poder, e do segundo cair em desordem social por falta de princípios norteadores. Assim, a proposta é refutar a ideia da racionalidade apenas como instrumento de dominação do poder, e reconhecer que a partir da democracia deliberativa é possível fazer com que o mundo da vida se comunique com o sistema, tornando-se não apenas racional e técnico, mas também sensível às necessidades sociais¹⁹³.

Apesar da pretensão comunicativa entre ambos os institutos, são essencialmente opostos e assim sempre devem ser, uma vez que o intuito do mundo da vida é servir de barreira e freio da influência burocrática na sociedade, sobretudo para evitar cercear seguimentos culturais amplos. A mediação¹⁹⁴ é tão somente normativa, não podendo ocorrer nas próprias características do mundo da vida, pois essa é muito mais frágil e hipossuficiente do que os sistemas burocráticos e políticos, ou seja, a influência sempre deve ser da sociedade para com a burocracia e nunca o contrário, pois essa última apresenta tendências autoritárias e coloniais, enquanto a primeira apresenta, salvo exceção, ampliação democrática.

objetivo de interpretar a razão enquanto agir comunicativo, o que lhe permite compreender a racionalidade de forma mais ampla”.

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*. 1ª ed. Vol. 2 - WMF Martins Fontes, São Paulo: 2012, p. 218. “eu introduzi o conceito ‘mundo da vida’, adotando provisoriamente a perspectiva de uma investigação reconstrutora. Nessa linha, ele constitui um conceito complementar ao do agir comunicativo”.

¹⁹² *Idem*, vol. 1. p. 134.

¹⁹³ DANNER, Leno Francisco. *Habermas e a ideia da continuidade reflexiva do projeto de estado social: da reformulação do déficit democrático da social-democracia à contraposição ao neoliberalismo*. 2011. 206 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2011, p. 46. “Habermas, em *Teoria da Ação Comunicativa*, com o termo *colonização do mundo vital*, concebe e significa a emergência das patologias psicossociais no mundo da vida a partir da interferência dos processos de monetarização (problemas gerados via dinâmica econômica) e de burocratização (problemas gerados via dinâmica administrativa) em relação ao mundo da vida”.

¹⁹⁴ “Em seu último tempo histórico Habermas altera sobre a mediação dos conflitos entre mundo da vida e sistema, mas essa alteração será debatida posteriormente”.

No segundo momento histórico denominado “*esgotamento das energias utópicas*”¹⁹⁵ Habermas analisa a sociedade contemporânea e verifica um *déficit* de identidade normativa, em que a busca pelo passado exemplar¹⁹⁶ ou pelas tradições é ultrapassada pelo processo de desenvolvimento de seus próprios fundamentos, isso é, a sociedade deixa de buscar referências no passado para se consolidar com as referências e fundamentos da sua própria época, sem, contudo, apresentar base teórica sólida que consiga ao menos combater de igual para igual o capital financeiro.

Ainda que isso tenha ocorrido involuntariamente com auxílio do desenvolvimento tecnológico e conseqüentemente pelo distanciamento das relações humanas no cotidiano, entende que a situação gerou uma amalgama entre o pensamento histórico e o pensamento utópico, e ela conseqüentemente criou uma distorção de como a sociedade é vista (história) e de como ela deveria comportar-se (normativismo)¹⁹⁷.

Essa fusão ou confusão entre pensamento histórico e utópico se agravou com a problemática do subdesenvolvimento econômico e da ausência de bem-estar social, chegando a influenciar as normas legais, morais e éticas. Por um lado, criou-se uma análise cínica da história¹⁹⁸, e por outro lado, criou-se uma análise abstrata e pouco palpável do pensamento normativista¹⁹⁹.

A proposta é a recuperação do pensamento histórico e do pensamento utópico²⁰⁰, com intuito de evitar tanto o cinismo do passado, bem como a visão abstrata e distorcida do futuro.

¹⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *A nova intransparência: A crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas*. In: HABERMAS, J. *Diagnósticos do Tempo: Seis Ensaios*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1987, p. 37.

¹⁹⁶ _____. *Mudança estrutural na esfera pública*. 1ª Ed. Editora Unesp, São Paulo, 2014, p. 82.

¹⁹⁷ _____. *A nova intransparência: A crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas*. In: HABERMAS, J. *Diagnósticos do Tempo: Seis Ensaios*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1987 “*O pensamento histórico saturado de experiência parece destinado a criticar os projetos utópicos; o pensamento utópico, em sua exuberância, parece ter a função de abrir alternativas de ação e margem de possibilidades que se projetem sobre as continuidades históricas. Na verdade, porém, a moderna consciência do tempo inaugura um horizonte onde o pensamento utópico funde-se ao pensamento histórico. Em todo caso, esse influxo de energias utópicas na consciência da história caracteriza o espírito da época que marca a esfera pública política dos povos modernos desde os dias da Revolução Francesa*”.

¹⁹⁸ Tudo que veio do passado começou a ser pensado e taxado como ultrapassado e inaplicável à sociedade contemporâneo, desde as normas legais, morais e éticas, até mesmo o próprio desenvolvimento tecnológico e racional, ou seja, a forma de pensar de antigamente não mais serve para o mundo contemporâneo.

¹⁹⁹ Apesar do desprezo pelo passado, do fracasso e do desastre notório do Marxismo no leste europeu, além dos sinais de profunda estafa do capitalismo, a sociedade não conseguiu buscar um seguimento de pensamento normativo coerente e racional para as próximas décadas, e com isso criou um limbo pragmático entre a história e o futuro.

²⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *A nova intransparência: A crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas*. In: HABERMAS, J. *Diagnósticos do Tempo: Seis Ensaios*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1987 “*quando secam os oásis utópicos estende-se um deserto de banalidade e perplexidade. Insisto em minha tese*

Ele propõe “reconstruir as fagulhas e centelhas da racionalidade”²⁰¹, a partir da divisão das normas morais e legais. A seu ver, é preciso que cada norma tenha seu reconhecimento de importância pela sociedade, bem como que atue sem influenciar ou prejudicar a outra.

A consolidação dessa construção teórica entra em coalizção com o terceiro momento histórico denominado “Razão Prática”, diante do se apresentam propostas concretas para racionalização da sociedade e para a superação do *déficit* normativo ocorrido nos anos 80²⁰². No âmbito das normas legais o livro *Facticidade de Validade ou Direito e Democracia* é a base teórica²⁰³, especialmente fundamentada nos direitos humanos²⁰⁴.

Entende-se aqui que o direito tem como finalidade buscar a resolução do caso concreto, mas nunca a justificativa do ato que originou o caso concreto, em outras palavras, ao direito reserva-se a análise racional das suas próprias estruturas, sendo reservada à moral, história, ética, sociologia, as demais questões sociais, inclusive buscar soluções a eventuais desacordos morais estruturais da sociedade.

O direito não pode nem ser reduzido pela moral, sob pena de esvair sua função, e nem mesmo ultrapassar a moral, sujeito a ingressar em campo que não é de seu domínio. Além do mais, o direito compensa as falhas morais e éticas, que por sua vez, são mais passíveis de decomposição²⁰⁵, isso é, o objetivo é normatizar uma questão previamente debatida e esgotada no seio da sociedade, e não impor para a sociedade um conteúdo.

As normas legais na sociedade contemporânea devem ter vínculos com o mundo da vida e também com o sistema, só assim terão racionalidade comunicativa e eficaz, e não por outra razão as cortes constitucionais servem, ou melhor dizendo, deveriam servir, como instrumento

de que a autoconfiança da modernidade é hoje como ontem estimulada por uma consciência de atualidade na qual o pensamento histórico e o pensamento utópico fundiram-se um ao outro. Mas com os conteúdos utópicos da sociedade do trabalho desaparecem duas ilusões que fetichizaram o entendimento da modernidade sobre ela mesma. A primeira ilusão resulta de uma diferenciação insuficiente”.

²⁰¹ _____. *Mudança estrutural na esfera pública*. 1ª Ed. Editora Unesp, São Paulo, 2014, p. 102.

²⁰² Como as propostas de Habermas vão de estruturas morais, estruturas jurídicas até estruturas políticas, este artigo abordará sucintamente apenas as estruturas jurídicas, considerando o objeto aqui tratado.

²⁰³ _____. *Bestialidade e humanidade. Uma guerra no limite entre direito e moral*. Tradução de Luiz Repa. Revista Cadernos de Filosofia Alemã, p. 77-87 “A política dos direitos humanos pretende encerrar a discrepância entre essas situações simétricas. Mas muitas vezes, em vista da substituição do direito cosmopolita, é obrigada a uma mera antecipação da condição cosmopolita futura que ela quer ao mesmo tempo apressar”.

²⁰⁴ _____. *Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Editora Unesp, 2020, p. 134.

_____. *Bestialidade e humanidade. Uma guerra no limite entre direito e moral*. Tradução de Luiz Repa. Revista Cadernos de Filosofia Alemã, p. 77-87.

para aplicar a racionalização das normas legais, bem como filtrar os *déficits* da moral e das demais normas sociais.

Essa depuração do debate entre mundo da vida e sistema ou mesmo entre Facticidade e Validade devem ocorrer em espaços propícios ao desenvolvimento da deliberação, os quais denominou-se de esfera pública por muitos teóricos, que pode ser em sentido amplo como uma reunião informal com conjunturas sociais, até em sentido mais estrito e formal através de instituições burocráticas (e.g. a Corte Constitucional).

A principal ideia defendida é que não existe Estado Democrático de Direito sem uma democracia radical, isso é, sem a participação efetiva da sociedade na construção do direito e também em sua aplicabilidade, uma vez que gênese dele é exatamente o *éthos* democrático concedido a norma, sobretudo porque o parlamento é o poder com maior influência social dentre os demais (nele se encontra diversos seguimentos culturais, políticos e ideológicos da sociedade, e é bom que assim o seja).

Essa participação social pode ter um caráter ofensivo que é de ingressar na tomada da decisão propriamente dita, influenciando ou alterando o conteúdo, ou defensivo impedindo que decisões negativas sejam realizadas, ou mesmo bloqueando o ingresso do sistema no mundo da vida no exercício de influências nos movimentos sociais ou na própria sociedade civil, sobretudo porque a autonomia na comunicação depende da garantia de autonomia social, senão a sociedade pode ser engolida até se tornar mera expectadora da tomada de decisões.

Movimentos sociais e sociedade civil²⁰⁶ servem como propiciadores de razões para edição da norma, onde diversos seguimentos políticos divergentes debatem até o esgotamento da matéria, e a consequência é a edição da norma, completando um ciclo entre deliberação e incorporação normativa da vontade democrática, sobretudo porque “*Habermas interpreta a racionalidade ético-procedimental do Estado de direito Democrático como forma de construção do consenso na esfera pública, imprescindível à indisponibilidade do direito*”²⁰⁷.

²⁰⁶ “Entende-se por sociedade civil pessoas, grupos, sindicatos, associações, enfim tudo que não for parte da burocracia do sistema”.

²⁰⁷ NEVES, Marcelo. *Luhmann, Habermas e o estado de direito*. Revista Lua Nova n. 37, 1996 – Disponível <<https://doi.org/10.1590/S0102-64451996000100006>>. Acesso 21.05.2022 “já a concepção habermasiana da moral pós-convencional tem uma pretensão ‘normativa’, que, embora encontre indícios na modernidade central, não parece encontrar o mínimo de fundamento nas relações sociais da modernidade periféria”.

Esses debates podem ocorrer por vezes em ambientes informais, e também é importante que ali ocorram, mas é preciso sistematizar a atuação social na tomada de decisões políticas, para que não se transforme em mera falácia ou teatro midiático, assim, é preciso estabelecer um local público, burocrático e detentor do monopólio do poder para que a deliberação ocorra com real possibilidade de influência social, onde seja possível, inclusive, medir objetivamente o grau da influência da sociedade na tomada de decisão.

É assim que Habermas define a esfera pública formal, como um local onde o poder é estabelecido e tem tendência de decisões arbitrárias de cima para baixo, mas que é preciso criar um sentido amplo de participação social onde o mundo da vida consiga de alguma forma, senão alterar, ao menos influenciar consideravelmente a tomada de decisão, e mais ainda, que seja possível analisar e medir objetivamente o quanto forte foi essa influência na conclusão da decisão pública, em palavras mais simples, a deliberação na esfera pública serve como democratização das decisões do sistema político formal e estabelecido, especialmente em sua concepção moderna²⁰⁸.

Um conceito amplamente aceito pelos teóricos é de que a esfera pública é um sistema de alarmes sensíveis, pois mesmo não especializado, possibilita ampla influência social, servindo, nas palavras de Habermas, como uma “caixa de ressonância” dos problemas ou dificuldades da sociedade, uma vez que a se propicia não apenas alterar a decisão a ser tomada, mas também dramatizar e expor os problemas sociais, tematizar desacordos morais, fiscalizar as tomadas de decisões, enfim realmente participar da política através da reprodução de uma razão comunicativa²⁰⁹.

Outro ponto conceitual importante trazido pela esfera pública é a alteração teórica da relação entre mundo da vida e sistema, onde diante da sofisticação conceitual ocorrida no decorrer das décadas de 80 e 90 começa a se reconhecer a possibilidade de mediação entre o conflito através do Estado Democrático de Direito e das normas ou mesmo tribunais, sobretudo da jurisdição constitucional, que é o foro adequado para a interpretação e aplicabilidade da norma constituinte originária²¹⁰.

²⁰⁸ BERNSTEIN, Richards J. *Habermas and Modernity*. Papper MIT PRESS, 1985.

²⁰⁹ DEWEY, J. “*The public and its problems*”, em Jo Ann Boydston John Dewey: *The Later Works*, (vol. 2: 1925-1953), Carbondale, Southern Illinois University Press, pp. 235-372.

²¹⁰ Reconhecer a legitimidade da jurisdição constitucional não é ignorar que ao longo das última cinco décadas diversas outras proposituras foram sendo estabelecidas, sobretudo de Waldron perante dignidade do parlamento, Häberle perante a sociedade como intérprete da norma constitucional, até Carl Schmitt ao defender ideologias espúrias ao afirmar o executivo como legítimo.

Essa é uma alteração conceitual importante ao caso aqui debatido, pois o mundo da vida deixa de ser uma simples barreira ao Sistema, para se transformar em um sistema de comportas, figurando como um ator dominante na tentativa de minimizar conflitos entre facilidade e validade (fato vs. norma), utilizando de instituições do próprio direito para conseguir ampliar sua influência sobre as tomadas de decisões públicas.

Com isso a lógica é de que a sociedade não está contra o sistema, mas tentando constantemente influenciá-lo, como o inversamente também é real, assim, HABERMAS desenha uma dinâmica de circulação de influências, onde há depuração do conteúdo debatido tanto no sistema como no mundo da vida (Facticidade) para posteriormente consignar a conclusão do debate no normativismo (Validade).

Trata-se de uma dinâmica viva de circulação de influências, assim não se pode pensar em debate apenas para criação na norma, ou mesmo apenas o direito positivo como instrumento mediador do conflito, imprescindível também, que todo Estado Democrático de Direito sirva de instrumento mediador do conflito, buscando depurar todo o debate e desacordos morais até que seja possível uma solução através do consenso, daí que surge a necessidade de se interpretar a Corte Constitucional como esfera pública duplamente necessária.

A Corte Constitucional é necessária como esfera pública propriamente dita, onde o debate é apresentado e depurado através da deliberação até que racionalmente haja a decisão judicial escrita, bem como também tem um segundo objetivo importante que é de servir de mediador do conflito entre fato e norma, sobretudo porque também é uma instituição intimamente ligada ao próprio Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, por estar inclinada a natureza do constitucionalismo e não da democracia, bem como também ser um ator ímpar na resolução do conflito, já que é parte mediadora do debate, tem limitações de influências da sociedade, especialmente porque pode (e deve) assumir papel contramajoritário para assegurar a aplicação da norma constitucional, e nem sempre vontade popular e norma convergem para o mesmo propósito²¹¹.

A questão posta nem de longe é de fácil resolução, pois a princípio há divergência muito clara, especialmente porque no primeiro momento afirma-se a vontade popular como legitimadora das decisões públicas, sobretudo da norma constitucional, e posteriormente refuta

²¹¹ FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

uma influência majoritária irrestrita da sociedade perante a Corte Constitucional. O ponto é que a evolução democrática não se depura apenas com uma posição majoritária de “sim” ou “não”, mas através de um diálogo complexo, completo e com conteúdo sobre um determinado tema conflituoso, até que seja possível um consenso sobreposto e comum através da deliberação por seguimentos distintos²¹².

A norma constitucional estabelecida é uma vontade popular já depurada e consolidada, não podendo ser sobreposta por um debate raso ou que se apresenta momentaneamente na sociedade, é preciso que a vontade popular passe por etapas de validações até que sua influência concreta seja possível, enquanto isso não ocorre, a vontade majoritária serve apenas de instrumento suplementar, ou seja, pode servir de instrumento de influência complementar, mas não vinculante.

Diferente das outras esferas públicas a Corte Constitucional não pode ter influência direta do mundo da vida na conclusão de suas decisões, não ao menos uma influência obrigatória, é preciso que sirva somente de canalizadora da razão pública, sem que isso interfira na possibilidade de uma decisão contramajoritária, já que sua racionalidade está na interpretação da norma constitucional, e não na vontade maioria, servindo a última apenas para trazer e somar elementos nos fundamentos da decisão, mas não para determinar a conclusão do julgado.

A imprescindibilidade da racionalidade pública não se infere na legitimação da decisão através da vontade majoritária da sociedade e muito menos no consenso social, servindo a comunicação social para apresentar elementos reais, fáticos, práticos, enfim para apresentar questões sociais alheias à Corte Constitucional, sobretudo porque a geralmente a elite intelectual abarcada pela jurisdição constitucional desconhece profundamente as realidades da sociedade.

²¹² HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Revista Lua Nova, n. 36, 1995. Disponível em <<https://doi.org/10.1590/S0102-64451995000200003>>. Acesso 25.05.2022 “o conceito de política deliberativa somente exige uma referência empírica quando levamos em conta a pluralidade de formas de comunicação nas 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. Assim, esses dois tipos de política que Michelman contrapõe em termos típico-ideais podem entrelaçar-se de forma racional. A política dialógica e a política instrumental podem entrelaçar-se no campo das deliberações, quando as correspondentes formas de comunicação estão suficientemente institucionalizadas. 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”.

Até porque a vontade majoritária da sociedade pode vir carregada de conteúdo e razões ilegais, inconstitucionais ou mesmo absurdas, cabendo a Corte Constitucional canalizar e depurar todo o conteúdo trazido e posteriormente justificar sua decisão, inclusive refutando os elementos apresentados pela sociedade. A legitimidade da corte assim surge através da justificação da decisão, seja aplicando ou refutando a racionalidade pública, e não ao seguir indiscriminadamente a vontade popular.

Essas são as ideias gerais embasam a construção teórica de Habermas para racionalização da tomada de decisão na esfera pública, e conseqüentemente a emancipação da dominação social ilegítima, que partem da própria ideia de esfera pública ampla até as características próprias das cortes constitucionais, servindo essas últimas de canalizadoras da racionalidade pública.

A partir de agora pretende apresentar a própria construção de deliberação como elemento essencial da racionalização, onde será possível partir do conceito geral de comunicação entre as partes da deliberação, até os pressupostos de uma deliberação minimamente eficaz e legítima na esfera pública.

Esses pressupostos são designados a partir do Agir Comunicativo, e não tem como base a Corte Constitucional em si, mas a ideia de um elemento linguístico realmente comunicativo a ser utilizado em toda esfera pública, com intuito de propiciar um debate honesto, deliberativo e essencialmente racional²¹³, fugindo simplesmente da instrumentalidade e da demonstração de falso debate, contudo, entende-se completamente aplicável à Corte Constitucional, uma vez que incorporada o *éthos* de esfera pública no exercício da jurisdição constitucional.

Assim, a deliberação que consiste na tentativa de influência do mundo da vida no sistema, deve seguir alguns critérios objetivos para que não se torne mera falácia ou mesmo uma dinâmica vazia sem que seja possível medir o desempenho dessa circulação de influência.

²¹³ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*. 1ª ed. Vol I - WMF Martins Fontes, São Paulo: 2012, p. 35. “Quando partimos do uso não comunicativo do saber proposicional em ações orientadas por um fim, tomamos por uma decisão prévia em favor do conceito de racionalidade cognitivo-instrumental, que, por meio do empirismo, marcou fortemente a autocompreensão da modernidade. Ele traz consigo conotações de uma autoafirmação exitosa, que se vê possibilitada pela adaptação inteligente às condições de um meio contingente e pela disposição informada dessas mesmas condições. Nós, ao contrário, ao adotar como ponto de partida o emprego comunicativo do saber proposicional em ações de fala, tomamos uma decisão prévia em favor de outro conceito de racionalidade, filiado a noções mais antigas do logos. Esse conceito de racionalidade comunicativa traz consigo conotações que, no fundo, retrocedem à experiência central da força espontaneamente unitiva e geradora de consenso”.

é preciso que o mundo da vida apresente pretensões claras ao se comunicar, bem como que o sistema esteja em consenso sobre alguns pontos²¹⁴.

Identificam-se quatro pretensões necessárias ao mundo da vida²¹⁵: i. inteligibilidade, ii. verdade em seu conteúdo, iii. sinceridade nos fins buscados com a comunicação e iv. correção normativa, seja ela ética ou legal. E cinco consensos objetivos submetidos ao Sistema: i. imparcialidade, ii. ausência de preferências ideológicas, iii. igualdade de interação, iv. não deve restringir os temas, v. possibilidade de revisão dos resultados²¹⁶.

Ao buscar uma pretensão de validade, isso é, ao tentar o mundo da vida influenciar o sistema deve-se estabelecer critérios imprescindíveis para viabilizar o pleito, evitando se estar diante de apenas um agir estratégico e espúrio ou mesmo de uma utopia inaplicável ao caso, espera-se que a pretensão tenha primeiramente inteligibilidade.

Entender uma pretensão ou discurso como inteligível é sobretudo intentar o conteúdo no local e no tempo em que está inserido, em palavras mais simples, aceitar que o tipo de discurso, pretensão ou linguagem pode (e deve) variar de acordo onde é proferido, limitando a linguagem formal para esferas públicas burocráticas, e as coloquiais para ambientes que lhe permitem essa licença poética.

Intentar discursos complexos e extremamente teóricos em ambientes de pouco rigor litúrgico, ou ao contrário, dispensar os formalismos legais ou burocráticos imprescindíveis para instituições racionais, é impor uma dinâmica estática e engessada ao discurso que não converge com a ideia de pretensão inteligível.

Utilizando a Corte Constitucional (e.g), uma pretensão do mundo da vida deve ser realizada através de instrumentos processuais aptos ou mesmo de sistemas de discursos apropriados, como *Amicus Curie*, Audiências Pública, negócios jurídicos processuais, diálogos entre juizes e outros que porventura possam existir no momento da interlocução. A rigidez da inteligibilidade não está no grau elevado da sofisticação jurídica na pretensão social, mas sim

²¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 121 “as pretensões de validade constituem o ponto de convergência para o reconhecimento intersubjetivo por parte de todos os participantes no acto de comunicação, desempenhando uma função pragmática na dinâmica da oferta dos atos de fala e da tomada de posição do ouvinte através do seu ‘sim’ ou ‘não’.”

²¹⁵ *Ibidem*, p. 122.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 123.

no rito a ser seguido para apresentar o conteúdo, ou seja, o caminho pode importar mais do que o resultado da tomada de decisão.

Além disso, a pretensão social deve estar carregada de verdade e sinceridade em seu conteúdo e finalidade, devendo ser evitada a racionalidade estratégica²¹⁷, isso é, ao apresentar um consenso ao sistema o mundo da vida deve buscar exatamente o seu pleito, ou ao menos influenciar as burocracias para conseguir parte dele, não sendo viável a propositura de pretensões sem real intenção de conseguir influenciar as instituições burocráticas, ou seja, não se pode estar diante de uma pretensão demagoga.

Não se pode desconsiderar que o mundo da vida, por vezes, utiliza-se de uma pretensão coercitiva para influenciar ou repressiva para evitar um avanço do sistema²¹⁸, e muitas das vezes essa pretensão tem o intuito de apenas pautar um tema ou um desacordo moral constantemente repellido pelas instituições burocráticas, e isso não pode ser considerada uma racionalidade estratégica ou espúria, especialmente porque o conteúdo de verdade deve ser exatamente buscar a influência social nas burocracias. O que se entende por inverdade é postular uma pretensão que não seja, de forma alguma, favorável a postulante, sobretudo se o conteúdo dessa postulação seja influenciado pelo próprio sistema, o que então poderá ser considerada uma pretensão sem verdade em sua finalidade.

Por fim, a pretensão deve estar carregada de correção normativa legal ou ética, assim o interlocutor que postula uma influência ou repressão ao sistema deve buscar objeto dentro da norma, ou quando o litígio se estabelece exatamente contra a lei, deve-se buscar a alteração desta. Assim, o que não pode é buscar um desvio normativo ou a burla legislativa, neste caso a desobediência civil é viável apenas quando da necessidade de alteração da norma pré-estabelecida.

Ao postular uma pretensão o conteúdo e finalidade devem ser o de preservar a norma constitucional, ou até mesmo de alterá-la, mas nunca instrumentalizar pretensões com intuito

²¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*. 1ª ed. Vol I - WMF Martins Fontes, São Paulo: 2012, p. 510. “incluo no agir comunicativo as interações mediadas pela linguagem nas quais todos os participantes buscam atingir fins ilocucionários, e tão somente fins como esses. Ao contrário, considero agir estratégico mediado pela linguagem as interações em que ao menos um dos participantes pretende ocasionar com suas ações de fala efeitos perlocucionários em quem está diante dele”.

²¹⁸ _____. *Teoria do Agir Comunicativo*. 1ª ed. Vol II - WMF Martins Fontes, São Paulo: 2012, p. 242. “a imunização do mundo da vida contra revisões totais tem a ver com a terceira característica destacada por Schutz, que neste particular se apoia em Husserl: as situações mudam; mesmo assim, os limites do mundo da vida não podem ser transcendidos. O mundo da vida forma uma espécie de séquito em que os horizontes da situação se deslocam, se ampliam ou se encolhem”.

de achincalhar as disposições normativas constitucionais. Além do mais, vale destacar que a alteração constitucional a ser pleiteada na Corte Constitucional deve ser restrita a hermenêutica interpretativa, ou seja, não se cabe postular reforma constitucional propriamente dita, considerando, sobretudo, que o foro adequado para tanto é o parlamento²¹⁹.

Por outro lado, a entidade burocrática (sistema) que irá analisar a pretensão do mundo da vida deve preencher alguns consensos objetivos que possibilitem uma perquirição justa e sem preleções tendenciosas ou espúrias, a fim de que a deliberação entre postulante e julgador seja a mais fluída, coerente e eficiente, e que ao final consiga entregar uma razão pública legítima e racional.

O principal pressuposto ou consenso objetivo que uma entidade burocrática, sobretudo uma Corte Constitucional, deve ter ao analisar uma pretensão social é a imparcialidade, é o baluarte máximo da justiça transfigurado para a atuação jurisdicional, onde um membro ou um colegiado de membros designados através de uma seleção pré-estabelecida e que sejam alheios ao conflito, consigam analisar, sem preleções egoístas ou tendenciosas, as pretensões sociais através de metodologias prévias (processo), e com isso leve a teste as razões trazidas através de normas estabelecidas por um ente com *éthos* democrático elevado (o parlamento)²²⁰.

O segundo pressuposto, que parece ser idêntico ao primeiro, mas não é, impõe que o intérprete da pretensão não tenha preferências ideológicas. Os vieses cognitivos, ideológicos e individuais são inalienáveis ao ser humano, assim muitos estudos na psicologia ou sociologia concluem pela impossibilidade da imparcialidade absoluta, sobretudo porque cada caminho percorrido individualmente molda o julgador a ter tendências pré-estabelecidas que acabam influenciando no julgamento, em palavras mais simples, cada escolha, decisão, interpretação do ser humano é carregada por toda a carga por ele vivida anteriormente²²¹e.

Se um julgador passou por uma situação semelhante àquele que está postulando a pretensão, é possível que influências pessoais do intérprete sejam aplicadas ao caso julgado ou interpretado, demonstrando total impossibilidade de imparcialidade e ausência ideológica, o que em primeiro momento praticamente demonstra total impossibilidade de racionalizar integralmente um órgão colegiado jurisdicional, entretanto, apesar da impossibilidade ou ao

²¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*. 1ª ed. Vol II - WMF Martins Fontes, São Paulo: 2012, p. 279.

²²⁰ *Ibidem*, 295-301.

²²¹ *Ibidem*, 304.

menos da dificuldade de se alienar completamente de vieses, o direito traz em seu âmago normativismo processual que discorre sobre regras gerais que devem ser aplicadas para todos²²².

Ao aplicar essa regra ou metodologia que é difusa para toda sociedade, o julgador, ainda que com preferências individuais ocultas, consegue minimizar suas escolhas e aproximar ao máximo da justiça e imparcialidade da interpretação ou decisão final da pretensão do mundo da vida, assim, os dois requisitos não pressupõem que juízes sejam robôs alheios de qualquer sentimento próprio, mas que busquem seguir as mesmas regras e metodologias para pessoas distintas, o que por si só proporciona compleição imparcial²²³.

O terceiro requisito é a igualdade de interação entre àqueles que estão postulando uma pretensão ao sistema, é bem possível que a Corte Constitucional seja instada a manifestar com um conteúdo que não apenas entre em conflito com o próprio sistema, mas também com outras pretensões do mundo da vida, especialmente se o conflito versar sobre algum desacordo moral, assim, é preciso que não exista privilégios para determinados suplicantes²²⁴.

A igualdade não é um princípio estático que deve ser interpretado identicamente para todos, se faz necessária uma interpretação material dela, onde se busca realmente proporcionar uma deliberação acessível para todos²²⁵, assim, além da forma, a lei (ou a interpretação desta) também traga a igualdade material para o debate, isso é, seja fornecidas condições especiais para que indivíduos não privilegiados consigam ter acesso a uma deliberação justa.

Por fim, é preciso que o sistema através da deliberação esteja apto a receber as pretensões do mundo da vida sem limitação temática e com possibilidade de revisão de suas decisões, a fim de conceder ampliação a deliberação e evitar torna-se uma burocracia elitizada e inflexível com as necessidades e mudanças sociais²²⁶.

²²² *Ibidem*, 308.

²²³ *Ibidem*, 310.

²²⁴ *Ibidem*, 315.

²²⁵ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Editora Principis, São Paulo, 2017, p. 108-109. "Se as pessoas não são iguais, não receberão coisas iguais; mas isso é origem de disputas e queixas (como e quando iguais têm e recebem partes desiguais, ou quando desiguais recebem partes iguais). Ademais, isso se torna evidente pelo fato de que as distribuições devem ser feitas 'de acordo com o mérito de cada um', pois todos concordam que o que é justo com relação à distribuição também o deve ser com o mérito em um certo sentido...".

²²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*. 1ª ed. Vol II - WMF Martins Fontes, São Paulo: 2012, p. 331.

É preciso, inicialmente, que a deliberação sirva de caminho para uma decisão coesa e legítima do ponto de vista social, e não apenas um rito burocrático para dissimular uma influência social, assim, manter a possibilidade temas diversos e revisões de decisões é também reconhecer a possibilidade de erro e reparo, além de também reconhecer que é possível que o mundo da vida apresente elementos completamente desconhecidos pelo sistema.

Numa Corte Constitucional, como dito anteriormente, geralmente existe um perfil técnico e acadêmico dos membros, e eles acabam ignorando as diversas realidades do país, desta forma, estar aberta para receber pretensões das mais variadas possíveis, bem como estar aberta para rever decisões preteritamente corretas e que se tornaram obsoletas com o tempo, é inicialmente, garantir a própria legitimidade da jurisdição constitucional, buscando constante a evolução burocrática e racional.

Estabelecendo uma conexão coerente entre sistema e mundo da vida que preencha os pressupostos das pretensões e os consensos objetivos, estará mais perto de uma deliberação coerente e racional, que tem por objetivo não uma racionalidade estratégica, mas também um avanço social real, o que por sua vez, imporá em uma esfera pública com maior legitimidade.

Desta forma, é importante que dentro das suas possibilidades e desenhos institucionais, bem como das garantias materiais e processuais normativas, a Corte Constitucional se entenda como esfera pública mediadora do conflito social existente entre sociedade e estamento burocrático, para conseguir minimizar esse litígio e proporcionar uma decisão coerente e sobretudo racional.

2.2 A importância da canalização da razão pública

Seguindo uma consorciação teórica liberal, e, portanto, distinta da ideia de esfera pública²²⁷, é possível que ambos os conceitos sejam entrelaçados, uma vez que não são essencialmente oponíveis no cerne da busca da legitimação das decisões públicas através da

²²⁷ Baynes, Kenneth (1991). *The Normative Grounds of Social Criticism: Kant, Rawls, and Habermas*. State University of New York Press, apud. DAVID. M Estlund. *Political Theory*, Volume 20, Issue 4 (nov. 1992), p. 695 (tradução livre) “*Habermas acusa que rawls descreve a Posição Original de tal forma que não há lugar para diálogo entre as partes; cada um tem exatamente os mesmos interesses, informações e capacidades, e assim cada um escolherá exatamente o que o outro escolherá*”.

deliberação. Se a esfera pública é o ambiente propício para o desenvolvimento da deliberação e conseqüentemente do Agir Comunicativo, a razão pública é o instrumento e o conteúdo extraído do debate, a fim de que seja estabelecido o consenso mais consistente entre as partes do debate, e com isso consiga extrair um conteúdo minimamente racional e convergente.

Com o reconhecimento inexorável do pluralismo social, ideológico, religioso, cultural e intelectual existente em toda a sociedade, a razão pública é uma busca de convergências entre interlocutores de seguimentos distintos para fixar consensos mínimos diante de desacordos morais, políticos e constitucionais, partindo de uma pré-disposição principiológica base de respeito mútuo e aceite das regras democráticas e procedimentais básicas.

A principal ideia de razão pública contemporânea foi desenvolvida por RAWLS, perquirindo a possibilidade de um consenso entre razões religiosas essencialmente morais, éticas e ideológicas, e razões seculares fundamentalmente construída sobre pilares constitucionais e políticos, mas serve de base para outros conflitos sobretudo a todos os tipos de desacordos morais razoáveis²²⁸. A teoria serviu de base para parte considerável dos conceitos que se desenvolveram sobre deliberação, democrática deliberativa e jurisdição constitucional²²⁹.

Considerando que o indivíduo privado com suas vontades, ideologias e vieses não consegue por completo se separar do indivíduo público, que por sua vez deve ser imparcial e racional, e mais, que o pluralismo de indivíduos em coletivo potencializa a dificuldade de se estabelecer uma racionalidade pública imparcial, é preciso alcançar elementos procedimentais que sirvam de convergência entre as dicotomias privadas e públicas, e que consiga ao final buscar um consenso que seja socialmente aceito e bom, e não apenas a imposição da vontade de pequenas elites²³⁰.

As instituições privadas são baseadas em doutrinas abrangentes, que vão de posições religiosas, instituições ideológicas morais e éticas, até associações com fins comuns, e todas elas devem ser respeitadas e inclusive incentivadas a manter esse alto grau de pluralismo, pois

²²⁸ RAWLS, John. *O liberalismo Político*. Editora WMF Martins Fontes, 1ª Edição: São Paulo, 2011, p. 254.

²²⁹ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 72.

²³⁰ *Ibidem*, p. 261.

é desejável a diversidade social, porque serve de barreira para autoritarismo político e econômico, já que indivíduos diferentes não tendem a aceitar a mesma posição²³¹.

O ponto de partida é separar essas doutrinas abrangentes de doutrinas não razoáveis. Essencialmente uma doutrina abrangente segue seus princípios morais e éticos e tentam influências a sociedade para também os seguir, como em uma disputa de ganho de território, a base é de tentar influenciar a sociedade e não a dominar, assim, ela mantém firme a posição de que não é a única doutrina existente, reconhecendo que a sociedade não está baseada exclusivamente em seus princípios e respeitando outras posições, apesar de contrárias aos seus baluartes.

Por outro lado, doutrinas não razoáveis são aquelas que não conseguem entender o mundo ou a sociedade como plural, ou mesmo entendendo, não respeita posições diversas e buscam a qualquer custo não apenas influenciar a sociedade, mas dominá-la a ponto de inviabilizar qualquer posição divergente, utilizando como método o conflito e a desestabilização política para alcançar seu objetivo, refutando por completo qualquer possibilidade de deliberação e de um consenso sobreposto²³².

A construção da racionalidade pública só é possível consideras as doutrinas abrangentes razoáveis, excluído da deliberação doutrinas não razoáveis, pois essencialmente a razão pública é a extração de um conteúdo consensual minimamente aceito pelas partes, sem que esse consenso anule nenhuma delas ou mesmo imponha em dominação social, portanto, acatar a possibilidade de participação de uma doutrina não razoável no debate público é praticamente inviabilizá-lo por completo, haja vista que sua busca não é de um consenso razoável, mas sim a dominação através do conflito social.

Outro pressuposto para alcançar a racionalidade pública, é estabelecer princípios mínimos a serem seguidos por todas as doutrinas abrangentes, onde o conteúdo aceito é difuso a ponto de se estabelecer em toda sociedade sem oposições. Esses pressupostos básicos não buscam alterar materialmente o conteúdo de qualquer doutrina abrangente, mas busca estabelecer critérios procedimentais mínimos para que seja possível buscar-se o consenso esse as doutrinas razoáveis, porém distintas.

²³¹ *Ibidem*, p. 264.

²³² RAWLS, John. *O liberalismo Político*. Editora WMF Martins Fontes, 1ª Edição: São Paulo, 2011, p. 237.

Em uma democracia constitucional, é preciso que todas as doutrinas sejam signatárias de uma pré-disposição de aceite das normas estabelecidas. O Estado Democrático de Direito não nasce quando da edição da norma, mas quando toda sociedade concorda em segui-las igualmente, sem qualquer oposição. A edição de normas é o início do império da lei, mas não toda trajetória, sendo imprescindível o compromisso coletivo de seguir tais normas e procedimentos.

RAWLS denominou essa disposição para seguir princípios gerais e comuns de cláusula, onde mesmo doutrinas razoáveis completamente distintas e opostas conseguem aceitar uma disposição mínima igualitária para estabelecer a possibilidade de existência de todas elas. Ao discordar do princípio de cláusula mínima o conflito não paira mais somente qual conteúdo doutrinário é o mais adequado, mas sim impossibilitando a existência de um ou coletivo de doutrinas²³³.

Aceitar esses princípios procedimentais e democráticos não é apenas viabilizar o debate de doutrinas razoáveis diversas, mas assegurar o pluralismo da sociedade, pois a existência deste está essencialmente ligada ao aceite da cláusula mínima de princípios comuns e gerais, já que como dito, deve-se buscar a influência da doutrina perante a sociedade, e não sua dominação e a extinção das demais.

Esses critérios mínimos e compartilháveis entre doutrinas razoáveis diversas não têm como eixo nenhum conteúdo moral, ético ou ideológico, mas sim normativo (e as vezes políticos) com a finalidade exclusiva de ser possível perquirir uma racionalidade pública através de uma deliberação sobreposta, buscando um consenso convergente e razoável para todos os proponentes²³⁴.

Concordando com a participação exclusiva de doutrinas abrangentes razoáveis, bem como sendo todas elas signatárias dos princípios gerais e comuns estabelecido pela cláusula, é possível através da deliberação com consensos sobrepostos buscar uma ideia de racionalidade pública que consiga legitimar a decisão pública. O instrumento reconhecido como adequado para se buscar a razão pública é a deliberação, que apesar de parecer um conceito vago, neste

²³³ RAWLS, John. *O liberalismo Político*. Editora WMF Martins Fontes, 1ª Edição: São Paulo, 2011, p. 292.

²³⁴ *Ibidem*, p. 157-159.

caso, é objetivo tem como base ser um instrumento para que posições divergentes sejam sobrepostas até que seja possível uma convergência mínima do conteúdo²³⁵.

Essa convergência mínima, que é a extração do conteúdo consensual da deliberação, e que se estabeleceu após diversas inúmeras rodadas argumentativas, é a razão pública, que por sua vez ao ser conciliada com outras racionalidades como política, técnica e até normativa, concede legitimidade final a tomada de decisão pública. A razão pública não é o fim da legitimidade de uma instituição burocrática, mas sim o meio pelo qual aquela instituição buscou para conseguir legitimar sua decisão.

O consenso sobreposto é a possibilidade de que ideias divergentes sejam colocadas em debates sucessivamente, apresentando os interlocutores argumentos e razões cada vez mais sofisticadas, até que ao final seja possível maturar um conteúdo minimamente convergente e a partir daí extrair a razão pública que servirá de base para a legitimação da decisão pública²³⁶.

O debate se inicia com duas ou mais posições plurais e possivelmente opostas, essas opiniões vão sendo colocadas na deliberação e sobrepostas sucessivamente perante outras posições ou opiniões, até que depois de um longo processo de maturação chega-se a um conteúdo minimamente aceitável difusamente, sendo este a essência da razão pública. A legitimidade da razão pública está sobretudo quando há consenso plural e coletivo, ou seja, onde a sucessão de debater conseguiu filtrar pontos divergentes e fortalecer questões convergentes até que a essência do debate seja confirmada em um conteúdo acordado entre as partes, nascendo o que se tem por razão pública. Caso do debate não seja possível extrair qualquer consenso minimamente aceito pelas partes, não se está diante de uma racionalidade pública²³⁷.

Há um debate sobre a restrição do conteúdo da razão pública, e o principal desenvolvimento teórico realizado por RAWLS sustenta que só se pode buscá-la em temas públicos constitucionais, em conflitos políticos e em justiça social distributiva, pois seu caráter alheio ao privado restringe temas como relevâncias sociais imprescindíveis. Essa posição é criticada por diversos teóricos, sendo BENHABIB a mais enfática ao defender que a racionalidade pública pode ser extraída de qualquer debate em que haja desacordos morais, não

²³⁵ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 11.

²³⁶ *Ibidem*, p. 199.

²³⁷ *Ibidem*, p. 204.

somente em instituições públicas, mas que assim como a esfera pública a racionalidade pública é extraída de qualquer consenso que coletividades divergentes consigam chegar²³⁸.

Um modelo deliberativo é apresentado estabelecendo um conceito amplo de bens públicos imateriais, onde a seu ver, manter a razão para locais públicos e formais, é extrair a possibilidade de doutrinas periféricas e com pouca influência social de participar da elaboração de decisões públicas, e conseqüentemente restringir o acesso da construção da racionalidade desejável para legitimar as tomadas de decisões.

HABERMAS também reconhece a possibilidade de convergência consensual entre esfera pública e razão pública²³⁹, contudo, ressalta a necessidade de se estabelecer uma ampliação conceitual desta última para possibilitar que o debate apresentado não seja restrito alguns temas ou alguns pequenos grupos elitizados²⁴⁰, é preciso a construção da decisão política legítima passe por contribuições de toda a sociedade, mas RAWLS refuta parte do conteúdo²⁴¹.

Se a essência da racionalidade é buscar no seio da sociedade que provém as doutrinas abrangentes razoáveis fundamentações para legitimidade a decisão pública, a limitação da atuação social só acaba restringindo a legitimidade da decisão. A racionalidade pública não extraída da instituição pública, mas sim da sociedade, sendo apenas proferida pela primeira.

Independente das limitações ou ampliações conceituais sobre razão pública, alguns púlpitos reconhecidamente como esfera pública são instrumentos canalizadores da racionalidade pública, dentre eles o que mais chama atenção, inclusive ao próprio RAWLS, é a Corte Constitucional, sobretudo por conta da estrutura que geralmente é desenhada.

Há um certo engano em achar que a Corte Constitucional é emissária da razão pública, porque mantém juízes com notório conhecimento jurídico emitindo decisões racionais e fundamentais para a sociedade, a realidade é exatamente o contrário. O equívoco ao pensar a Corte Constitucional como palco da racionalidade pública é ponderá-la como a geradora exclusiva da racionalidade.

²³⁸ BENHABIB, Seyla. *Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática*. In: Democracia deliberativa. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 47-79

²³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004, p. 73-80.

²⁴⁰ _____. *Mudança estrutural na esfera pública*. 1ª Ed. Editora Unesp, São Paulo, 2014, p. 191.

²⁴¹ RAWLS, John. *O liberalismo Político*. Editora WMF Martins Fontes, 1ª Edição: São Paulo, 2011, p. 441.

A Corte Constitucional canaliza a razão pública através de instrumentos como *Amicus Curie* e Audiências Públicas ou outras fontes de comunicação com a sociedade, para posteriormente maturar o conteúdo dessa racionalidade pública e compatibilizá-las com as normas constitucionais, quando dentro do possível, para posteriormente entregar de volta à sociedade outra decisão também essencialmente consubstanciada de racionalidade pública²⁴².

Assim, a Corte Constitucional é parte da construção da racionalidade pública final da decisão na jurisdição constitucional, pois ela explicita ao final a conjunção de outras racionalidades públicas trazidas ao processo por diversos outros atores que são partes, ou terceiros interessados no processo. É exatamente essa canalização da racionalidade pública que torna a Corte Constitucional um bom exemplo de como se deve comportar uma instituição burocrática perante uma pretensão da sociedade.

Pela estrutura notória e contramajoritária do constitucionalismo, a Corte Constitucional não está restrita a razão pública entregue pela sociedade, ao contrário, pode (e deve) desconsiderá-la caso não esteja em convergência formal ou materialmente com as normas constitucionais, porém esse exercício de discordância e justificação da decisão também sugere uma ampliação da racionalidade da decisão, pois também faz parte da deliberação como um consenso sobreposto²⁴³.

É bem verdade que a decisão final da Corte Constitucional é um consenso sobreposto diferente, principalmente porque tem uma força coercitiva muito maior do que das doutrinas abrangentes oriundas da sociedade, contudo, a garantia estabelecida em norma sobre a legitimidade da jurisdição constitucional é um princípio de cláusula, ou seja, mesmo aqueles que discordam da conclusão da corte, devem se submeter no momento em que é signatária do princípio geral do Estado Democrático de Direito.²⁴⁴

O ponto então é criar instrumentos e mecanismos para participação social na Corte Constitucional, para que seja possível constranger os juízes a acatar posições sociais, quando essas são essencialmente convergente com as normas constitucionais, ou ao menos impor uma justificação coerentemente pela recusa em acatar essa posição, por exemplo, quando ela é ilegal

²⁴² RAWLS, John. *The Idea of Public Reason Revisited*. Chicago Law Review, v. 64, n. 3, 1997.

²⁴³ MENDONÇA, Ricardo Fabrino. *Teoria Crítica e Democracia Deliberativa: diálogos instáveis*. Opinião Pública, Campinas, vol. 19, nº1, p. 49-64, 2013

²⁴⁴ HOGG, Peter. BUSHEL, Allison A. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*. Osgoode Hall Law Journal, v. 35, 1997.

ou inconstitucional, criando um sistema procedimental de sobreposição consensual, até que ao final seja possível extrair uma decisão racional, e, portanto, legítima²⁴⁵.

Em um processo comum já se encontra certa dificuldade em observar e seguir essa dinâmica de canalização, maturação e entrega da razão pública, pois os limites da possibilidade de influência social na jurisdição constitucional e o autoritarismo majoritário é muito tênue, contudo, essa cizânia é potencializada em processamento de litígios estruturais, haja vista que a corte é instada ao controle jurisdicional de políticas públicas, e não ao controle de constitucionalidade padrão.

Como esclarecido em momento oportuno, os litígios estruturais clamam à jurisdição constitucional uma atuação que supera ao de controle de constitucionalidade, impondo uma performance de controle jurisdicional de políticas públicas, o que se não bem dimensionado pode-se criar uma quimera institucional, sobretudo pela impossibilidade concreta da corte participar da elaboração de políticas pública, seja por ausência de conhecimento específico, seja pelo risco democrático claro da questão.

É possível se pensar em diversos desenhos institucionais que consiga potencializar a participação social na jurisdição constitucional, mas antes de se estabelecer quais instrumentos são aptos para serem implementados em uma determinada Corte Constitucional, é preciso entender internamente como ela se apresenta perante a deliberação, e posteriormente como se dá (se é que se dá) o diálogo com os demais poderes, para então se estruturar instrumentos de canalização da racionalidade pública.

²⁴⁵ RAWLS, John. *O liberalismo Político*. Editora WMF Martins Fontes, 1ª Edição: São Paulo, 2011, p. 305-314.

3. A CORTE CONSTITUCIONAL E SUA DELIBERAÇÃO INTERNA

A Corte Constitucional não deve apenas prezar pela comunicação externa com a sociedade, ou mesmo somente buscar elementos argumentativos através das partes envolvidas nos autos, é preciso ir além e apresentar uma deliberação interna entre seus membros que transcenda uma vontade estratégica ou pessoal de cada julgador, e consiga efetivamente tornar conciso argumentos e opiniões distintas em uma decisão coerente, onde apesar de possível expressar e consignar divergências, a emissão da conclusão do julgado seja uníssona.

A forma como se dá a deliberação interna entre os membros da Corte Constitucional também é imprescindível para a racionalização do debate em litígios estruturais, pois, no cerne do debate a razão pública é canalizada, maturada e compatibilizada com as normas constitucionais, e somente depois é publicada. Racionalizar a deliberação interna da Corte é imprescindível, pois é onde se dá o trajeto para conclusão do julgado, em palavras mais simples, de nada adianta uma canalização da razão pública de forma eficaz, se a maturação desta canalização ocorre sem nenhum compromisso colegiado, pois invariavelmente a conclusão do julgado será viciada por um agir estratégico.

No Brasil as críticas ao Supremo Tribunal Federal aumentaram nas últimas duas décadas, sobretudo porque falta um compromisso colegiado com decisões uníssonas e coerentes entre si²⁴⁶. Referidas críticas vão desde a forma de utilizar-se da pauta²⁴⁷, condutas ou falas inapropriadas de alguns ministros nos meios de comunicação²⁴⁸ ou até mesmo a existência

²⁴⁶ HERNÁNDEZ, Jose Angel Cornielles. *¿Seriatim o per curiam? Modelos de decisiones colegiadas emitidas por las cortes constitucionales*. Civil Procedure Review, v. 11, n. 1: jan.-abr. 2020. “El modelo seriatim del Supremo Tribunal Federal puede ser problemático porque la sentencia colegiada es el resultado de la suma de los votos disidentes y concurrentes, que no guardan necesariamente relación entre sí; además, entre los votos de una misma corriente pueden existir divergencias de fundamentos, lo que impide la identificación del posicionamiento de la corte; en ese sentido, el modelo per curiam presenta una ventaja innegable, dado que puede construir decisiones más consistentes”.

²⁴⁷ ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. *A tentativa de pautar o Supremo*. In: FALCÃO, Joaquim; PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. (Org.). *O Supremo Tribunal Criminal: O Supremo em 2017*. 1ed. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

²⁴⁸ ALTMAN, Breno (2012). *De qual lado ficará o STF?* Folha de S. Paulo, São Paulo, 24 set. 2012.

grupos²⁴⁹ ou “panelinhas ideológicas”²⁵⁰ que impede, em certos momentos, a racionalização e coesão da corte.

MENDES²⁵¹ afirmou que o Supremo Tribunal Federal “*não pode continuar a se proteger por trás de sua filosofia decisória ‘historicamente consolidada’, de um emaranhado de opiniões individuais que não fazem, aparentemente, esforço para convergir*”, concluindo que “*a celebração de um tribunal “descolegiado”, ao invocar passivamente tal tradição como álibi, é perniciosa para o Estado de Direito*”.

Posteriormente, em 2016, complementou suas críticas afirmando que o Supremo Tribunal Federal continuava se manifestando como ilhas. Primeiro, porque não havia comunicação entre os votos dos ministros transformando a decisão proferida pelo pleno em um apanhado de votos individuais, um risco reconhecido pela teoria²⁵². Segundo, porque 90% da atuação da corte era por voto monocrático²⁵³. Além disso, sustentou que a adoção do modelo *seriatim* sem a existência interna de deliberação entre os membros da corte, simboliza o fracasso da instituição, criando verdadeiro obstáculo para interpretar e entender a *ratio decidendi*²⁵⁴.

Por sua vez, SILVA diz “*os ministros do Supremo Tribunal Federal não interagem entre si. Nesse ponto, é preciso tornar o STF uma instituição que tenha voz própria, que não seja a soma de 11 vozes dissociadas*” e ainda prossegue seu raciocínio “*parece-me claro que*

²⁴⁹ KLAFFKE, Guilherme; PRETZEL, Bruna. *Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: Aprofundando o diagnóstico das onze ilhas*. Revista de Estudos Empíricos em Direito. vol. 1, n. 1, pp. 89-104, jan./2014 “*metáfora das “onze ilhas” é utilizada para evidenciar os problemas decisórios no Supremo Tribunal Federal. Para essa crítica, os problemas podem ser encontrados tanto no momento de construção da decisão (elaboração individual dos votos e falta de deliberação) como no momento de apresentação do resultado final (dificuldade na identificação de uma ratio decidendi). Critica-se a mera soma de votos como um fator de obscuridade dos acórdãos*”.

²⁵⁰ OLIVEIRA, Fabiana Luci. *Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”*. Revista de Sociologia e Política 20, 139-153 - “*a principal conclusão é que ministros nomeados por um mesmo Presidente da República são mais propensos a votar em conjunto do que a dividir os seus votos e que a coesão verificada entre os ministros nomeados por um mesmo Presidente é maior que a coesão da corte de maneira geral. No período analisado, além das coalizões, foram identificadas duas “panelinhas”, uma delas composta por alguns dos ministros nomeados durante o regime militar, associados aos ministros nomeados pelo presidente Fernando Henrique Cardoso e pelo Presidente Itamar Franco, e a outra composta por três dos ministros nomeados pelo Presidente Luís Inácio Lula da Silva*”.

²⁵¹ MENDES, Conrado Hubner. *Onze ilhas: Se levamos os argumentos do STF a sério, esbarramos numa outra dificuldade: argumentos “do tribunal” quase nunca existem*. Jornal Folha de São Paulo: opinião. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>. Acesso 10.06.2022.

²⁵² ZOBELL, Karl. *Division of Opinion in the Supreme Court: A History of Judicial Disintegration*. Cornell Law Review. v. 44, n. 2, pp. 186-214, 1959.

²⁵³ MENDES, Conrado Hubner. *O STF é refém do capricho dos seus ministros*. Jornal ‘os constitucionalistas’. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>>. Acesso 21.07.2022.

²⁵⁴ _____. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. University of Edinburgh, 2011, p. 130.

*uma unidade institucional é pre-requisito para o diálogo, já que o diálogo constitucional não ocorre entre pessoas, mas entre instituições*²⁵⁵.

São dois os modelos deliberativos mais presentes nas Cortes Constitucionais contemporâneas. O modelo *seriatim* onde ocorre a manifestação individual dos votos dos juízes ou ministros, e ao final o acórdão composto pela votação majoritária, abrindo parêntese e possibilidade para os votos divergentes²⁵⁶. É possível que os votos sejam no mesmo sentido, mas ainda sim continuem divergentes em fundamentação ou argumentos, criando uma dificuldade de racionalização do conteúdo decidido²⁵⁷. Por outro lado, o modelo *per curiam* ocorre através de uma deliberação velada pelos membros da Corte, e ao final é possível a emissão de uma única decisão uníssona denominada de ‘*opinião da corte*’, cabendo também a abertura de um voto divergente colegiado²⁵⁸.

É difícil adotar um dos modelos como o ideal, sobretudo porque cada qual tem suas vantagens e desvantagens, além disso a deliberação interna da Corte Constitucional mantém uma dinâmica pouco estática, assim é possível que uma decisão²⁵⁹, independente do modelo, seja estratégica ou mesmo sem um consenso significativo, sobretudo se houver argumentos divergentes muito consistentes ou se a votação for apertada²⁶⁰, ou se houver influências espúrias aos convencimentos dos membros, ou mesmo influências da sociedade em litígios com desacordos morais, assim não se demonstra coerente sustentar que somente a adoção de um determinado modelo seja a solução para eventuais incoerências da Corte, é preciso entender toda a dinâmica complexa de interação dos membros para, de forma cirúrgica, apontar reformas imprescindíveis.

O modelo *per curiam* mantém uma vantagem de impulsionar maior coerência na decisão da Corte, pois a decisão é proferida de forma uníssona e colegiada por todos os membros, e apesar da possibilidade de se aportar posição divergente, quando essa ocorre, ela também é

²⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo, v. 250, pp. 197-227, 2009.

²⁵⁶ HERNÁNDEZ, Jose Angel Cornielles. *¿Seriatim o per curiam? Modelos de decisiones colegiadas emitidas por las cortes constitucionales*. Civil Procedure Review, v. 11, n. 1: jan.-abr. 2020.

²⁵⁷ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Quando a corte se divide: Coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal*. Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro: UERJ. v. 8, n. 3, pp. 1863-1908, sep./2017

²⁵⁸ VALE, André do. *Argumentação constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília (UnB) em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015. pp. 109-110.

²⁵⁹ PASQUINO, Pasquale. *¿Cómo deciden las Cortes Constitucionales?* Revista Jurídica Precedente. vol. 9 Cali. pp. 9-43. jul.-dic./2016.

²⁶⁰ ZARONI, Bruno. *Julgamento colegiado e precedentes: a problemática da dispersão de votos no STF e as plurality opinions*. In: ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (Coord.). O processo civil: Entre a técnica processual e a tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

colegiada pelos membros divergentes²⁶¹, então em qualquer situação a conclusão tende a ser mais clara e objetiva, por outro lado, o modelo apresenta uma desvantagem deliberativa interna, considerando que todo o debate entre os membros ocorre de forma secreta, o que torna possível maior interferência política ou ao menos maior risco de agir estratégico dos membros para convencer os demais na manutenção da sua posição.

Por sua vez, o modelo *seriatim* mantém uma vantagem de transparência na deliberação interna e essencialmente na condução para a conclusão do julgado²⁶², uma vez que é possível identificar com minúcia o caminho traçado por cada membro individualmente até a confecção final da decisão, em outras palavras, é possível dimensionar todo esforço deliberativo de cada membro para chegar em uma determinada conclusão, entretanto, também uma desvantagem inversa ao modelo *per curiam*, que é a maior disposição procedimental para decisões descolegiadas ou até mesmo incoerente, já que é possível, como no caso do Brasil e.g, existir uma decisão com onze votos completamente distintos, dificultando uma racionalização na conclusão do julgado²⁶³.

Vale destacar apenas que a discordância ou a divergência dos juízes não são elementos de irracionalidade por si só, até porque é possível (e desejável) que o dissenso seja um dos instrumentos facilitadores da deliberação, pois é ele que impulsiona o debate e a sobreposição de argumentações²⁶⁴, até que seja possível se estabelecer um consenso sobreposto, assim o que se deve evitar é que na conclusão do julgado haja um emaranhado de posições conflitantes que impede a inteligibilidade da decisão. Deliberar, racionalizar, argumentar, fundamentar, discordar, se opor, contrargumentar e afins, são elementos fiadores da legitimidade democrática pela ausência de voto.

Além disso, também é possível que a decisão seja unânime, por maioria simples ou por maioria qualificada. A decisão é unânime quando a conclusão do julgado é direcionada para um único ponto, e.g. quando todos os membros concordam em declarar uma lei ou ato normativo inconstitucional. A maioria simples ocorre quando existe a divergência sobre um

²⁶¹ ROBBINS, Ira. *Hiding behind the cloak of invisibility: the Supreme Court and per curiam opinions*. Tulane Law Review, v. 86, jun. 2012.

²⁶² MENDES, 2019, p. 194-196.

²⁶³ PANUTTO, Peter. *A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, v. 18, n. 2, pp. 205-226, may.- ago./2017.

²⁶⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Cortes Constitucionales y Democracia Deliberativa*: Marcial Pons: Madrid, 2019, p. 175.

determinado assunto, mas mais da metade dos membros optam pela mesma conclusão²⁶⁵. Por fim, a maioria qualificada ocorre quando existem diversas discussões e opiniões sobre um determinado tema, mas um ponto de vista especificamente mantém maior quantidade de membros que aderiram²⁶⁶.

Além disso, o número de integrantes da Corte Constitucional também é fator que pode influenciar na deliberação interna da corte, pois, se existe um número muito grande de membros a tendência é que exista mais divergências, e conseqüentemente dificulte uma atuação *per curiam* e torne uma atuação *seriatim* extremamente confusa²⁶⁷, por outro lado, um número muito reduzido de membros, apesar de facilitar a colegialidade na conclusão do julgado, acaba por diminuindo a qualidade da deliberação²⁶⁸, pois as razões canalizadas pelo julgadores tendem a ter maior probabilidade de acordo, o que em regra pode proporcionar um agir estratégico entre os membros, sobretudo em grupos ideológicos²⁶⁹.

A questão é que independente do modelo adotado²⁷⁰, o poder deliberativo da Corte Constitucional necessita da canalização dos argumentos e dos pontos comunicativos com a esfera pública, isso é, a deliberação concentra aos seus argumentos e fundamentações todas as comunicações adquiridas no debate da esfera pública, por sua vez, o poder argumentativo da Corte Constitucional sugere a existência de uma racionalização da decisão, diante da existência de um esforço de justificação do direcionamento da decisão judicial, a partir da canalização trazida pela deliberação e pela racionalização dos argumentos em uma decisão coerente²⁷¹.

Uma corte apta para uma deliberação eficaz é aquela que consegue canalizar as razões trazidas pela sociedade, e com isso também consegue maturar entre seus membros os argumentos, fatos, direito e afins, para posteriormente transmitir aos demais poderes e devolver

²⁶⁵ _____ . *Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF*. In. PORTO, Ronald; BARBIERI, Catarina. *Direito e Interpretação Racionalidade e Instituições*. São Paulo:Saraiva, 2011, p. 337- 361.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 199.

²⁶⁷ CONDORCET, Marquis. *Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-Making*, Select Writings, Idianopolis, Bobbs-Merril, 1967.

²⁶⁸ SHAPIRO, Ian. *Optimal Deliberation*. The Journal Of Political Philosophy, vol. 10, núm. 2, 2002.

²⁶⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Cortes Constitucionales y Democracia Deliberativa*: Marcial Pons: Madrid, 2019, p. 181.

²⁷⁰ PÁDUA, Thiago Aguiar de. *Uma breve abordagem sobre os modelos de deliberação das cortes colegiadas judiciais: Per Curiam vs. Seriatim*. Revista Jurídica da OAB, v. 5, p. 65-68, mar./2015.

²⁷¹ PANUTTO, Peter. *A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, v. 18, n. 2, pp. 205-226, my. -ago./2017. “Esta situação acarreta a necessidade de imediata conscientização do Supremo Tribunal Federal para atuar efetivamente como órgão colegiado, pois a força de nossa Corte Constitucional está em sua colegialidade e não em seus ministros individualmente. Cada liminar concedida em casos de relevância nacional, cada entrevista concedida por ministros abordando temas em pauta, cada acórdão composto de um apanhado de votos díspares, leva à fraqueza institucional de nossa Corte Constitucional”.

à sociedade uma conclusão coerente e uníssona²⁷², desta forma, é possível identificar que a deliberação ocorre em quatro momentos, pré-deliberativa (com a sociedade), deliberativa, pós-deliberativa e dialógica (com os demais poderes).

Apesar do estudo teórico sobre controle de constitucionalidade e separação de poderes em 2004²⁷³, foi em 2008 que MENDES²⁷⁴ debateu o conflito da legitimidade democrática pela ótica de Dworkin e oposta por Waldron²⁷⁵, bem como propôs uma alternativa dialógica entre os poderes –judiciário, executivo e legislativo-, e deliberativa entre os membros da própria Corte Constitucional, com intuito de superar ou minimizar o conflito entre (in) legitimidade democrática.

Na obra “*Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*”²⁷⁶ publicada em 2011, mas debatida desde 2008 no Colóquio Internacional de Direito e Interpretação da FGV, MENDES preludiou o que mais tarde viria a ser sua teoria normativa sobre deliberação na jurisdição constitucional.

O desempenho deliberativo das instituições democráticas é uma saída para as outras duas formas de decisões coletivas – o voto e a barganha -²⁷⁷, já que pode minimizar desacordos, despertar respeito mútuo, gerar justificativa mais racional, ou até mesmo proporcionar maior probabilidade de alcançar resposta adequada, correta ou ao menos minimizar a probabilidade de uma decisão desastrosa²⁷⁸.

Apresenta também algumas medidas qualitativas para maior desempenho deliberativo, como por exemplo: *i*) transparência argumentativa, *ii*) consistência jurisprudencial, *iii*) abertura para deliberação e, *iv*) atitude crítica e construtiva perante a comunidade global de cortes. Além disso, apresenta os momentos da deliberação –pré-deliberação, deliberação e pós-deliberação-,

²⁷² BENVINDO, Juliano; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. *Do solipsismo supremo à deliberação racional*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 50 jan.-jun./2017.

²⁷³ MENDES, Conrado Hübner, *Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF*. In ____ Ronald Porto; Catarina Barbieri (Org.). *Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337-361.

²⁷⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 37.

²⁷⁵ Apesar da ampla bibliografia utilizada em sua tese de doutorado, as principais obras utilizadas para o debate são “Levando Direito a Sério” de Ronald Dworkin, e “A dignidade da Legislação” de Jeremy Waldron.

²⁷⁶ MENDES, Conrado Hübner. In *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições* – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337.

²⁷⁷ Aqui o autor toma como fundamentação teórica Jon Elster, Jurgen Habermas e John Rawls.

²⁷⁸ MENDES, Conrado Hübner. In *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições* – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 344.

esclarecendo que esse método pode ser alternativo, ou pelo menos complementar ao método interpretativo ortodoxo²⁷⁹.

As cortes constitucionais devem ser provedoras das razões públicas, interlocutoras das razões de outros atores institucionais ou mesmo da sociedade civil²⁸⁰, e por último, deliberativas em três níveis: básico, facilitador e limitador²⁸¹.

O nível básico da deliberação é responsável por identificar e estabelecer os procedimentos desta, como escolher membros, identificar etapas e estabelecer critérios procedimentais. O nível facilitador é responsável por verificar pressupostos ou critérios que impulsionem a deliberação, em outras palavras busca informações e parâmetros que proporcionem maior facilidade e eficiência nesta etapa. O nível limitador estabelece limites da deliberação e da atuação da Corte Constitucional, com o intuito de evitar atuação abstrata e ilimitada da corte²⁸².

A deliberação nas Cortes Constitucionais se manifesta em três momentos, ou melhor dizendo; se manifesta em três fases: fase pré-decisão, da decisão e pós-decisão²⁸³. A primeira fase (pré-decisão ou pré-deliberação) pressupõe uma vinculação ao caso formal pré-existente, assim, é iniciada ou impulsionada por um litígio concreto. Nesta fase o autor propõe como requisito a “*discussão pública*”²⁸⁴. A fase “da decisão” ou “da deliberação” é intermediária e pressupõe uma canalização de argumentos e atores para buscar a resposta mais adequada ao litígio estabelecido na primeira fase. O autor coloca como pressuposto desta fase o “*compromisso colegiado*”²⁸⁵. A terceira e última fase é a pós-decisional, na qual aplica-se formalmente a deliberação ocorrida na fase anterior., bem como pressuposto desta fase²⁸⁶ a “*decisão escrita e clara*”²⁸⁷.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 347 - 354.

²⁸⁰ VIOLIN, Jordão. Onde está a segurança jurídica? Colegialidade, polarização de grupo e integridade nos tribunais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 268, jun./2017.

²⁸¹ MENDES, Conrado Hübner. *Cortes Constitucionales y Democracia Deliberativa*: Marcial Pons: Madrid, 2019, p. 129.

²⁸² *Ibidem*, p. 129. Conrado entende que os três níveis estão interligados e são indissociáveis. Tradução livre “*Os três níveis estão interconectados(...).O nível básico não é suficiente para afirmar que a deliberação está prosperando, sem dar conta de como os limites moldam um evento deliberativo em particular, senão o primeiro nível daria lugar apenas a uma fachada para deliberação*”.

²⁸³ MENDES, Conrado Hübner. In *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições* – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 347 - 354.

²⁸⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Cortes Constitucionales y Democracia Deliberativa*: Marcial Pons: Madrid, 2019, p. 132.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 132.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 133.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 133. “*com essas distinções, um tipo ideal de Corte deliberativa é aquele que maximiza a gama de argumentos dos interlocutores e promove a discussão pública na fase pré-decisão ou pré-deliberação; que*

Por discussão pública podemos conceituar como a participação real de todos os atores interessados na Corte Constitucional sobre um determinado tema, ou seja, é preciso que aqueles envolvidos com a matéria tenham a possibilidade de apresentar razões e argumentos para a corte canalizá-las em momento posterior²⁸⁸, assim, é preciso que as cortes tenham canais formais para impulsionar a participação de todos os atores envolvidos²⁸⁹.

Por compromisso colegiado podemos entender a aspiração da Corte Constitucional em estabilizar a decisão ou a deliberação a partir do consenso, sempre buscar minimizar conflitos e estabelecer argumentos e uma ou várias *ratio decidendi*²⁹⁰ coerente e que leve em conta, senão todos, pelo menos a maior quantidade de argumentos apresentados pelos atores²⁹¹. Além disso, pressupõe que cada ator individualizado consiga expressar argumentos coerentes e tenha humildade²⁹² para reconhecer outros argumentos alheios à sua gama.²⁹³

A decisão escrita deve traduzir os compromissos deliberativos, sendo seu foco a comunicação cuidadosa, respeitosa, profunda e clara da tomada de decisão ocorrida na fase intermediária da deliberação. Deve transmitir uma retórica laboriosa, através da qual deve-se buscar transmitir os argumentos técnicos e teóricos de forma a chegar para todos, assim, deve ter um discurso acessível e supralegal. Deve ainda ter despersonalização, ou seja, a Corte Constitucional deve publicitar a decisão sem direcionamento específico a um indivíduo ou grupo de indivíduos, mas a todos os cidadãos sem distinção²⁹⁴.

Além dos requisitos para cada fase da deliberação, há uma ética deliberativa em cada uma das fases que os membros devem seguir, ou seja, existe algumas virtudes que devem ser seguidas para cada fase da deliberação. Na fase da pré-decisão a Corte Constitucional deve observar a curiosidade respeitosa entre os atores, já na fase decisional deve observar se entre os

impulsiona aqueles que devem tomar uma decisão em um processo sincero com participação colegiada na fase de deliberação; e que elabora uma decisão escrita deliberativa e clara na fase última fase” (tradução livre).

²⁸⁸ NUNES, Dierle. *Colegialidade corretiva, precedentes e vieses cognitivos: Algumas questões do CPC-2015*. Revista do Tribunal Regional Federal da 3a Região. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3a Região. Ano XXVII n. 128, pp. 39-55. jan-mar./2016.

²⁸⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Cortes Constitucionales y Democracia Deliberativa*: Marcial Pons: Madrid, 2019, p. 134.

²⁹⁰ Neil McCormick já se posicionou no sentido de ser possível mais de uma *ratio decidendi* em uma única decisão, desde que não sejam conflitantes e que sejam conexas entre si.

²⁹¹ MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes and what these are, in Precedent in Law*. Legal reasoning and legal theory, Oxford, 1987, p. 75.

²⁹² MENDES, Conrado Hübner. *Cortes Constitucionales y Democracia Deliberativa*: Marcial Pons: Madrid, 2019, p. 135.

²⁹³ Tradução livre “A força motriz do compromisso colegiado é, em consequência, três: o esforço para tomar todas as posições que a Corte foi capaz de recolher e conceber; a busca da melhor resposta baseada pelo princípio do consenso; e buscar o mínimo de dissenso” MENDES, 2019, p. 136.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 136-137. “Além desses compromissos o autor indica como deve ser a decisão escrita quando a Corte Constitucional tem forma “*per curiam*” e quando é “*seriatim*”.

membros há colegialidade, a modéstia cognitiva, a ambição cognitiva e a empatia. Por último, na fase pós-decisional deve-se observar a sensibilidade, a clareza e o sentido de factibilidade e provisionalidade da decisão²⁹⁵.

Como princípio da ética deliberativa a *curiosidade respeitosa* na fase pré-decisional, que consiste na escuta ativa, em que os juízes devem evitar tomar partido ou mesmo uma posição antes da oitiva de todos os atores, ou seja, os juízes devem estar abertos a ouvir opiniões, argumentos e posições antes de apegar-se na sua posição final²⁹⁶.

Outro princípio da ética deliberativa é a colegialidade (fase deliberativa ou decisional), que pode ser entendido pelo projeto colaborativo entre todos os atores participantes da deliberação, com intuito de se chegar numa controvérsia cômoda e minimizar os desacordos²⁹⁷. Não se pressupõe que a Corte Constitucional tenha apenas uma única opinião, ou mesmo ignore posições vencidas, mas que não haja desacordos desnecessários, muito menos posições conflitantes por puro ego ou apego ao argumento. É preciso que a Corte se entenda como uma instituição uníssona e que deve proferir uma deliberação também harmoniosa.

A modéstia cognitiva também é um princípio da ética deliberativa, devendo-se evitar posições íntimas antes das fases deliberativas, “*supõe que seus participantes não fiquem restritos a suas disposições íntimas, mas consigam buscar novas posições com outros atores*”²⁹⁸. Assim, os juízes devem ter humildade para buscar fontes de informações e argumentos por todos os meios apresentados pelos inúmeros atores da deliberação.

Por sua vez, a ambição cognitiva pressupõe que os juízes busquem a melhor decisão possível por meio de argumentos que se sobressaiam diante de outros, bem como de argumentos vencedores sobre argumentos vencidos, além disso, pressupõe que os juízes ao tentar superar argumentos alheios busquem mais informações e conhecimentos, assim, haverá, naturalmente, maior profundidade da discussão e da tomada de decisão²⁹⁹.

O último princípio da ética deliberativa na fase decisional é a empatia, diante da qual os juízes devem se colocar no ponto de vista dos atores que apresentam razões e argumentos, bem como no ponto de vista dos outros juízes, assim, deve-se ter a capacidade em entender com profundidade a real situação do interlocutor, sem preconceitos ou predeterminações. É preciso

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 154-168.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 155.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 156 - “*além da respectiva definição o autor apresenta outros conceitos de Kornhauser, Sanger, Edwards, Pasquino, Grim, Ginsburg, Kelman e Coffin sobre compromisso colegiado*”.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 162

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 163.

que os juízes sejam sensíveis com as demandas sociais e com a realidade do país, evitando viver numa bolha intelectual ou social³⁰⁰.

Os três últimos princípios são inerentes à fase pós-decisional, e são: a capacidade de resposta da Corte Constitucional, a clareza da resposta escrita e o sentido de falibilidade e provisionalidade da decisão proferida.

A capacidade de resposta é o princípio da ética deliberativa que impõe a Corte Constitucional que apresente uma resposta adequada e que supra as necessidades da sociedade, e que mais do que uma resposta pública e escrita, consiga prestar contas da atuação da Corte, especialmente sob o corolário da qualidade e equidade. A capacidade de resposta deve ocorrer não apenas à parte da sociedade vencedora do litígio, mas também deve ocorrer de forma respeitosa àqueles que não se lograram vencedores da demanda³⁰¹. Clareza é o princípio que impõe à decisão da Corte Constitucional uma comunicação simples e inteligível. Deve ser bem escrita, e mais, deve ter consciência da necessidade de uma comunicação ampla, e não restrita à comunidade judicial³⁰².

Por último, temos o princípio da falibilidade e provisionalidade da decisão, isso é, apesar de buscar a deliberação ampla em todas as fases, e apesar do esforço da Corte Constitucional para apresentar a melhor resposta, ou pelo menos a resposta mais adequada, apesar dos esforços dos atores externos da Corte Constitucional, é preciso lidar com a possibilidade de falibilidade e provisionalidade da decisão. Falibilidade porque todas as tomadas de decisões são falíveis, isso é, sempre haverá necessidade de uma revisão ou de um controle externo. Provisionalidade porque a decisão pode ser adequada naquele momento, entretanto, com o passar dos anos ou com a reestruturação da sociedade, é possível que a decisão seja revista e alterada³⁰³.

Os princípios éticos da deliberação não garantem sozinhos a deliberação adequada e honesta da Corte Constitucional, e muito menos são avalistas das decisões teratológicas, é preciso compromisso de todos os atores envolvidos na deliberação, mais ainda, é preciso buscar

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 164.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 165.

³⁰² *Ibidem*, p. 166. - “A clareza é uma virtude que pressupõe uma boa escrita, mas vai além. Se deriva, em primeiro lugar, da suposição de que as decisões legais, especialmente as constitucionais, necessitam comunicar-se com um público mais amplo do que aquele da comunidade jurisdicional e profissional”.

³⁰³ *Ibidem*, p. 167.

elementos concretos ou mesmo instrumentos procedimentais que consigam impulsionar que uma deliberação racional e coerente³⁰⁴.

Esses instrumentos não devem passar somente por critérios deliberativos internos da Corte Constitucional, sobretudo porque a necessidade de prestação de contas para agente externo é um instrumento eficaz para impulsionar uma deliberação interna racional, pois a partir do momento em que a Corte precisa encaminhar sua decisão para terceiro participar da deliberação, torna-se imprescindível que essa decisão seja coerente e inteligível, pois do contrário dificultará a participação do agente externo.

No capítulo anterior apresentou-se como a Corte Constitucional pode receber informações externas, sobretudo como canalizar a racionalidade trazida pela sociedade de forma a manter sua característica contramajoritária, bem como sem ignorar elementos sociais imprescindíveis para uma decisão comunicativa, e, portanto, racional. Neste capítulo tratou-se dos elementos da deliberação interna da Corte Constitucional, isso é, os pressupostos essenciais para que os membros deliberem racionalmente entre si e ao final consigam proferir uma decisão coerente.

Receber a racionalidade pública corretamente, bem como deliberar corretamente internamente não esgota a atuação da Corte Constitucional, sobretudo em litígios estruturais, pois em muitos casos a fase pós-decisional é a mais importante, já que ocorre verdadeiramente o controle jurisdicional de políticas públicas, assim é preciso identificar outros instrumentos que vão além da canalização das razões e da própria decisão judicial, é preciso buscar ou mesmo identificar instrumentos de diálogos entre a Corte Constitucional e os demais poderes, especialmente quando parte do julgado se adentra em questões que vão além de controle de lei ou ato normativo.

³⁰⁴ Além dos princípios éticos da deliberação, o autor apresenta alguns critérios que podem impulsionar o desempenho deliberativo, especialmente analisando estruturas, votação, modo, divisão e dinâmica das Cortes Constitucionais.

4. CORTE CONSTITUCIONAL, PODER EXECUTIVO E PODER LEGISLATIVO: DIÁLOGO INSTITUCIONAL E DEFERÊNCIA INTERMITENTE

Como esclarecido em capítulos anteriores a dinâmica de interação da separação de poderes mudou-se nas últimas duas décadas, trazendo algumas competências suplementares para uns poderes e restringindo de outros, de modo que a fricção entre eles avolumou consideravelmente, necessitando de estruturas serem repensadas, instrumentos de freios e contrapesos serem criados, ampliado o conceito de diálogo institucional.

Quando se fala em diálogo institucional no cerne do controle de constitucionalidade, invariavelmente se está falando em compartilhamento do poder, em outras palavras, busca-se diluir a competência (ainda que em parte) da jurisdição constitucional com os demais poderes, de tal modo que consiga impulsionar a legitimidade democrática da tomada de decisão. A jurisdição constitucional padrão já traz em seu cerne essa fricção, que acaba sendo potencializada pelos litígios estruturais, assim, sobretudo no Brasil, se faz necessária uma análise mais apurada para conseguir identificar reformas ou novos instrumentos imprescindíveis para conseguir estabelecer um diálogo institucional legítimo.

Não é de agora que se identificam as dificuldades de interações entre os poderes, sobretudo porque tanto o controle de constitucionalidade concentrado desenhado por Kelsen ou mesmo o difuso desenhado por Marshall tem como foco somente a análise normativa e teórica dos conflitos, deixando de lado questões fáticas e empíricas da democracia, acontece que a fricção não ocorre apenas em questões normativas, mas também na própria realidade da sociedade³⁰⁵, e os litígios estruturais são provas desta afirmação, porque exigem uma dinâmica complexa da jurisdição constitucional.

Desta forma, a democracia até por conta da sua dinâmica não estática, mantém um valor epistêmico carregado de empirismo, onde o “*processo democrático varia, assim, conforme diversos fatores, tais como a amplitude de participação, as condições da participação e a exigência necessária de liberdade e igualdade*”³⁰⁶, em outras palavras, as inúmeras realidades sociais interferem (e devem interferir) nas tomadas de decisões públicas, situação não levada

³⁰⁵ NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa Editora, 1997, p. 261.

³⁰⁶ GODOY, Miguel. *Constitucionalismo e democracia: Uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

em conta pelos instrumentos padrões de controle de constitucionalidade, o que proporciona, inclusive, o questionamento da sua legitimidade democrática³⁰⁷.

A democracia, como dito anteriormente, é dinâmica e não estática, assim seu livre exercício pressupõe alguns compromissos colegiados e sociais daqueles que estão sob sua tutela, aliás referida posição converge integralmente com RAWLS ao estabelecer o princípio de cláusula no exercício de uma democracia efetiva e deliberativa. Em outras palavras, a democracia, a Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito não sobrevivem porque há ato normativo formal, ou por mera imposição legal, mas porque há um compromisso entre todos àqueles que submetem às suas condições.

Assim, é preciso que todos sigam regras e atuem em seus limites constitucionais, o que no âmbito da jurisdição constitucional NINO sugere limitação de atuação para apenas três tipos de demandas, sendo, portanto, exceção sua participação isolada no controle de constitucionalidade: a) o controle do procedimento democrático, b) a autonomia individual e c) a Defesa da Constituição Federal como prática social, de modo que em todos os demais casos, o diálogo institucional torna-se imprescindível³⁰⁸.

Quando se trata preservar o procedimento democrático, ou seja, quando a atuação da Corte é imprescindível para assegurar a democracia, não há qualquer reserva de legitimidade, podendo atuar indiscriminadamente nos limites constitucionais para conseguir a manutenção do Estado Democrático de Direito, pois sem democracia, não há possibilidade da manutenção de uma ordem constitucional operante no país. Assim, “*a intervenção dos juízes é, por natureza, direcionada ao respeito e a ampliação do processo democrático*”³⁰⁹, assegurando o Estado Democrático de Direito e promovendo os princípios constitucionais.

Por ter sua natureza essencialmente contramajoritária, a Corte Constitucional também pode atuar com ampla legitimidade para assegurar o que NINO denomina de “*autonomia individual*”, isso é, ela pode interceder em ações majoritárias que buscam eliminar ou minimizar de tal forma uma minoria a ponto que acabe por completo, ou a tornando nula na participação da sociedade, pois os demais poderes, por estarem no cerne do poder político, tendem a buscar validação da maioria, enquanto a jurisdição constitucional amparada pelo

³⁰⁷ NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa Editora, 1997, p. 269 “*não é verdade que um sistema que não se utilize do controle judicial de constitucionalidade é uma impossibilidade lógica ou que tal sistema nega a supremacia da constituição*”.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 273.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 274.

constitucionalismo, busca a interpretação da norma em igualdade material, e não apenas formal³¹⁰.

Por fim, a atuação da Corte Constitucional para assegurar a defesa da Constituição Federal sob um risco de ruptura democrática, assim, “*ao contrário das outras duas exceções ligada intimamente a eficácia da decisão da norma, e não necessariamente as condições para seu exercício*³¹¹”, pois, “*o propósito deste controle de constitucionalidade é preservar a prática social ou a convenção dentro da qual a decisão opera*³¹²”.

Com exceção dessas três situações, se entende que a atuação da jurisdição constitucional mantém um *déficit* de legitimidade democrática, o qual somente através de uma diálogo institucional, onde haverá, inclusive, certa deferência parcial acerca do tema debatido aos demais poderes, sobretudo se a questão versar sobre desacordos morais, criando um novo pensamento em relação ao conceito de controle de constitucionalidade, que por sua vez, esteja essencialmente ligado a própria ideia de democracia deliberativa, participando na construção da tomada de posição pública, e não somente reservando no dinamismo de um mero instrumento jurídico³¹³.

Para que existe um diálogo institucional inicialmente tem-se dois pressupostos, que não são fáceis de serem cumpridos. O primeiro é que exista o diálogo em si, ou seja, que ambos os poderes tenham condições iguais para se manifestarem sobre um determinado litígio, geralmente isso só será possível se houver a possibilidade de separar o conflito normativo do desacordo moral, entretanto, em litígios estruturais onde a fricção é muito mais ampla, cria-se um certo grau maior de dificuldade. Segundo que além do compartilhamento de competências, inexistam uma decisão com caráter definitivo proferida por um único órgão, é preciso que haja um engenho de todos os participantes para se estabelecer o consenso³¹⁴.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 275.

³¹¹ BEÇAK, Rubens, Mariano-Filho, Jair J. *Proposta Procedimental ao Estado De Coisas Inconstitucional justificação Teórica em Carlos Santiago Nino*. Anais do II seminário de pesquisa “desenvolvimento no estado democrático de direito” 2021 | Ribeirão Preto | FDR-USP.

³¹² NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa Editora, 1997, p. 280.

³¹³ GODOY, Miguel. *Constitucionalismo e democracia: Uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 109 “*Essas diferentes propostas, mecanismos e decisões mostram como é possível se repensar o controle de constitucionalidade de tal forma que ele seja orientado à promoção de um diálogo institucional entre os Poderes e produza, assim, uma decisão epistemicamente mais democrática. Se a versão tradicional e dominante do controle de constitucionalidade (inclusive a brasileira) coloca nas mãos do Poder Judiciário a última palavra sobre a interpretação constitucional, por outro lado, os mecanismos e as decisões mostrados acima tendem a eliminar ou ao menos matizar o déficit democrático da decisão judicial como última palavra*”.

³¹⁴ FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Michigan Law Review, v. 91, 1993, p. 653-655.

Em vias práticas é possível identificar um ‘diálogo’ empírico existente no Brasil, que é a sobreposição de norma pelo legislativo diante de eventual decisão do Supremo Tribunal Federal, e.g. tribunal decide que a lei ordinária é inconstitucional por disciplinar matéria que apenas lei complementar poderia disciplinar, cabe apenas ao legislativo editar nova norma, que automaticamente a decisão da jurisdição constitucional será alterada, entretanto, se diz empírica, pois não é um procedimento formal de sobreposição de opiniões, mas apenas de sobreposição da última palavra na concretude da decisão pública, assim inexistente, de fato, um instrumento de diálogo institucional³¹⁵.

As emendas constitucionais também podem servir de instrumentos ou mecanismos para alterar o entendimento da Corte Constitucional, trazendo novos elementos constitucionais positivados que possibilitem nova interpretação com sentido oposto ao da decisão judicial, além disso, *“a possibilidade de aprovação de emenda constitucional superadora evita que sejam eternizadas decisões de inconstitucionalidade do STF, que produzem efeitos práticos ruins, contribuindo, portanto, para que o sentido futuro da Constituição seja fixado”*³¹⁶.

Vale destacar que tentar utilizar de movimentos políticos para influenciar a jurisdição constitucional, seja através de barganha ou mesmo de ataques institucionais para diminuir a atuação do judiciário não pode ser confundido com diálogo institucional ou mesmo deliberação entre os poderes, qualquer tentativa espúria de usurpar o poder é golpe de Estado e infringe diretamente a separação de poderes e conseqüentemente a Constituição Federal.

Até mesmo uma emenda constitucional, caso tenha versado perante cláusula pétrea³¹⁷ ou mesmo alterando a própria essência da norma constitucional³¹⁸, pode ser considerada inconstitucional ou mesmo, a depender da extensão da alteração, uma tentativa de golpe de Estado indireto³¹⁹.

³¹⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: LumenJuris, 2012, p. 299. *“deve-se reconhecer que a experiência brasileira, no essencial, confirma as credenciais consequencialistas e epistêmicas da teoria dos diálogos constitucionais. Com efeito, a possibilidade de aprovação de emendas constitucionais permitiu que fossem superadas decisões do STF que, embora fundadas em elementos técnicos e textuais, produziam efeitos práticos muito ruins. Já o STF contribuiu bastante para a solução de problemas constitucionais nos quais o Congresso Nacional simplesmente não conseguia cumprir o seu dever constitucional de legislar, ou em que a norma editada não lograva transcender a influência de grupos de “interesses especialmente articulados em sede parlamentar”.*

³¹⁶ *Ibidem*, p. 356.

³¹⁷ ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: the limits of amendment powers*. Oxford University Press, 2017.

³¹⁸ BERNAL, Carlos. *Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: an analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine*. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 2, 2013.

³¹⁹ LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. *University of California Davis Law Review*, v. 47, 2013

Buscar uma deliberação entre poderes e diálogo institucional é querer aprimorar toda tomada de decisão, incentivando a participação plural democrática na construção de um país melhor, não se pode equiparar qualquer tentativa de usurpação de poder como diálogo institucional.

BRANDÃO demonstrou alguns ataques institucionais à Suprema Corte que não podem ser confundidos com diálogos institucionais, e muito menos com uma deliberação democrática entre os poderes, destacando que geralmente referidos ataques estão carregados de alterações inconstitucionais para *“alteração do número de seus membros, a manipulação de suas competências e o impeachment de juízes para fins não disciplinares”*³²⁰.

Retornando ao diálogo institucional legítimo, destaca-se que essa necessidade de se estabelecer um compartilhamento da autoridade constitucional também foi constatado por LORENZETTO e CLÈVE, e mesmo reconhecendo a importância de manter a competência da jurisdição constitucional, defenderam a possibilidade de se estabelecer instrumentos de deferências parciais³²¹. A base argumentativa de suas defesas está no fundamento que *“se todos devem se submeter à posição privilegiada que a Constituição ocupa, deve-se também disseminar a autoridade interpretativa sobre a mesma”*³²².

Essa necessidade de compartilhar competência e poder para propiciar legitimidade à jurisdição constitucional foi constatada em boa parte do mundo, gerando inúmeras teorias sobre diálogos institucionais, com conceitos, instrumentos, pressupostos e características próprias, onde tenta-se criar uma dinâmica que seja possível uma deferência, ainda que intermitente, aos demais poderes para auxiliarem na tomada de decisão. BRANDÃO apresenta algumas dessas teorias³²³.

A primeira teoria sobre diálogos institucionais (ou constitucionais) trata-se naquela estabelecida no Canadá através de Peter Hogg, Allison Busheel e Kent Roach, no qual

³²⁰ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial Versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 281

³²¹ LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada / Supremo Tribunal Federal and the shared constitutional authority*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 142-162, dez. 2017. ISSN 2238-0604 *“mesmo que se possa defender uma posição de maior deferência do Judiciário em dadas circunstâncias – em que outras instâncias deliberativas tenham promovido robustos debates sobre determinado tema, com expressiva participação popular – entende-se que seria arriscado abdicar por completo da supremacia constitucional (que não pode ser confundida com a supremocracia ou com a juristocracia) e do controle de constitucionalidade”*.

³²² *Ibidem*.

³²³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: LumenJuris, 2012, p. 336.

fundamenta a possibilidade de revisão da decisão da Corte Constitucional pelo parlamento através de lei que altere materialmente o conteúdo do julgado, quando este for julgado inconstitucional, pois ao ver dos autores, a Constituição Canadense possibilita a restrição parcial de direitos fundamentais, ou mesmo altere formalmente com edição de normas superiores às leis ordinárias³²⁴.

Essa perspectiva de diálogo demonstrou-se parcialmente eficaz, pois a partir do momento em que um dos poderes deixa de aceitar a posição do outro, a deliberação e o diálogo previamente estabelecidos acabam se perdendo, transformando em verdadeira oposição de argumentos, possibilitando que a última palavra seja do parlamento através de um instrumento denominado *override clause*, contudo, essa conduta apresenta certas limitações políticas e também legais, conforme BRANDÃO “(i) o seu alto custo político evitará o uso corriqueiro, (ii) a saliência política do uso da *override clause* permitirá ao publicar perceber a tentativa do Parlamento de se evadir da decisão da Suprema Corte, (iii) o prazo de validade de cinco anos³²⁵”.

Uma segunda teoria, que parte como base da teoria canadense, e é desenvolvida por Tushnet, sustenta que o melhor caminho ainda é basear-se na versão do controle de constitucionalidade difuso de Madison, onde cada poder continua desempenhando seu papel, sendo fracionado apenas o conflito. Em outras palavras, os desacordos normativos ficam a cargo do judiciário e os desacordos morais são transferidos ao parlamento, ao final, busca-se o consenso entre eles com ambos os poderes compartilhando a autonomia da interpretação constitucional³²⁶.

O objeto analisado pelo poder legislativo dos desacordos morais que fossem deferidos³²⁷, seria a possibilidade de não se vincular os efeitos ao demais poderes, a possibilidade de conceder efeito apenas *inter partes* para a decisão proferida pela Corte

³²⁴ *Ibidem*, 337.

³²⁵ *Ibidem*, 338.

³²⁶ *Ibidem*, p. 339.

³²⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 341 “a coordenação entre ações individuais e a resolução de desacordos morais são razões independentes de conteúdo para a existência do Direito e para sua obrigatoriedade. Cuidar-se-ia de mero corolário dos conceitos de autoridade e de deferência: se um agente público segue decisão judicial por concordar com ela, não há efetivo constrangimento à sua atuação; contudo, se discorda da decisão, mas mesmo assim se sujeira a ela, há, de fato, obrigatoriedade da decisão, e deferência na postura do agente em questão”.

Constitucional, bem como a possibilidade de alterar a decisão através de edição de nova lei (superação normativa ou *legislative override*)³²⁸.

Independente de qual teoria adotar, ou mesmo de qual base teórica utilizar-se para fundamentar o diálogo institucional, algumas técnicas são usadas difusamente pelo mundo para possibilitar uma conversa minimamente deliberativa entre os poderes, buscando um consenso de desacordos morais e normativos, e todas elas passam por uma deferência intermitente e espontânea, onde “*decisões da Corte que, basicamente, visam oferecer espaço para maior e mais adequada discussão dos fatos, especialmente os científicos, e conferir a devida oportunidade par ao debate popular par ao Parlamento decidir*”³²⁹.

Todos os instrumentos dependem da boa vontade da Corte Constitucionais, e alguns são tácitos, onde não há uma deferência clara, contudo, há sim uma oportunidade de o legislativo alterar a norma ou do executivo tomar a conduta necessária para sanar a possível inconstitucionalidade, o instrumento clássico é a suspensão do julgamento com anúncio de retomada.

Não há clara expressão da Corte Constitucional de que está deferindo aos demais poderes a possibilidade de melhorar a norma ou a política pública antes do julgamento de inconstitucionalidade, muito menos o reconhecimento da constitucionalidade da norma, ao contrário, o que há é a suspensão do julgado para que o conteúdo litigioso seja maturado, oportunidade que poderão os demais poderes realizar mudanças normativas ou fáticas, e que conseqüentemente vão alterar o conteúdo final do julgado³³⁰.

Apesar de ser um instrumento válido e legal, é preciso tomar-se cuidado na sua utilização, pois pode-se transformar em uma ação estratégica ou mesmo política, uma vez que não há nenhum compromisso formal do deferimento de competência, apenas uma oportunidade tácita, tornando ao invés de um diálogo institucional, apenas uma conduta negligente da Corte Constitucional³³¹.

Outro instrumento é a decisão de constitucionalidade com reserva, oportunidade que a Corte Constitucional ao suspender o julgamento, mesmo que isso, em regra, imponha no reconhecimento provisório da constitucionalidade da lei ou da política pública, apresente em

³²⁸ *Ibidem*, p. 340.

³²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 309.

³³⁰ *Ibidem*, p. 310.

³³¹ *Ibidem*, p. 311.

suas razões reservas parciais aos efeitos práticos que se está ocorrendo, em outras palavras, é possível que a Corte suspenda parcialmente os efeitos da norma, mesmo ela ainda em vigor, sob fundamento de urgência, risco de danos ou outros argumentos.

A constitucionalidade com reserva acaba sendo um instrumento um tanto mais transparente e conseqüentemente deliberativo, pois demonstra com clareza o entendimento, “*e isso pode ser muito mais adequado do que fixar um abstrato prazo, insuscetível de ser pensado concretamente a partir da real possibilidade de deliberação popular e parlamentar*”³³², pois tanto o parlamento, como a sociedade, pode identificar e destacar exatamente o trecho que é inconstitucional daquele que é constitucional.

Geralmente nesse instrumento a Corte Constitucional decide sobre pontos legais e normativos, e acaba deixando em aberto questões fáticas e desacordos morais, para que em tempo hábil o parlamento, em conjunto com a sociedade, consiga sanar eventuais inconformidades ou inconstitucionalidades, fato que “*o esclarecimento dos fatos ou o retrato da discussão popular poderão influir sobre a formação do juízo necessário à prolação da decisão*”³³³.

Um terceiro instrumento e muito importante é a decisão de constitucionalidade deferente, que busca compartilhar o poder de decisão da jurisdição constitucional aos demais poderes. Ao usar esse instrumento, a Corte Constitucional reconhece que apesar do ato normativo ter passado por uma discussão popular e parlamentar, questões supervenientes podem ocasionar a imprescindibilidade da manifestação popular ou mesmo parlamentar, pois “*há necessidade de aguardar a discussão popular e a deliberação parlamentar para que o processo democrático não seja subvertido, ou, na melhor da hipótese, invertido*”³³⁴.

A característica deste tipo de decisão é de minimalismo, pois ocorre a “*democracy-forcing quando explicitamente transfere as decisões relevantes para as instituições e órgãos democraticamente responsáveis*” assim as Cortes Constitucionais “*não apenas deixam em aberto as mais difíceis e fundamentais e questões constitucionais, como também promovem a responsabilidade democrática e a democracia deliberativa*”³³⁵.

³³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 314.

³³³ *Ibidem*, p. 315.

³³⁴ *Ibidem*, p. 317.

³³⁵ *Ibidem*, p. 318-319.

É um instrumento que pode ser bem eficaz aos litígios estruturais, pois ele possibilita que a demanda seja descentralizada em determinados aspectos, isso é, a Corte Constitucional reconhece a dinâmica não estática da democracia e consegue fracionar o processo deferindo algumas questões, decidindo outras, compartilhando poder com os demais poderes e colocando a sociedade em voga no objeto litigioso, especialmente porque, como dito em capítulos anteriores, esse tipo de litígio tem característica de controle jurisdicional de políticas públicas, carecendo o judiciário, além de outros pontos, de conhecimento adequado para deliberar sobre o assunto.

A deferência não se restringe ao dispositivo da decisão, assim não é possível apenas constar a existência ou não de deferência do julgado, é preciso argumentar e constar na fundamentação do julgado³³⁶ os limites dessa deferência e exatamente em que ponto os demais poderes e a sociedade devem deliberar, evitando uma abstração improvável de cumprimento, sobretudo porque a racionalidade da decisão está em sua fundamentação³³⁷.

Há uma subdivisão desse instrumento com denominação de decisão de constitucionalidade deferente cumulada com recomendação, e ocorre praticamente de forma idêntica à anterior, apenas com o acessório da recomendação, que nada mais é do que, embora a Corte reconheça a deferência e a legitimidade dos demais poderes, sugere que a decisão seja em um sentido específico ou ao menos concede os caminhos e ou argumentos para que a decisão seja proferida por terceiro³³⁸.

Não há uma interferência ou uma imposição vinculativa da Corte Constitucional aos demais, mas apenas uma sugestão de norte deliberativo a ser seguido, com intuito de auxiliar a conclusão do litígio, especialmente se questões fáticas e de direito estão amalgamadas a ponto de ser impossível a análise isolada de uma delas, trata-se de um instrumento de cooperação e

³³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 319 – “a importância da fundamentação vai muito além. Ela não apenas pode auxiliar no esclarecimento de como a votação se deu e colaborar para a descoberta da real intenção da decisão, mas ainda deixa claras à população e às instituições as razões da deferência, delimitando e estimulando a discussão e o debate”.

³³⁷ BEÇAK, Rubens, MARIANO FILHO, Jair J. *Racionalidade, Discurso e Deliberação: a Vinculação do Precedente Constitucional*. Novos Rumos do Processo Civil / Edinilson Donisete Machado & Mario Coimbra, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP, 2020. (Anais do X Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito) - “É exatamente esta deliberação que concede legitimidade e racionalização para decisão proferida pela Corte Constitucional. Enquanto para Dworkin a legitimidade vem ao final, com a suposta resposta correta proferida por Hércules, para Habermas a legitimidade é conferida no meio, isto é, a partir dos discursos e retóricas de cada julgador, ou seja, dos fundamentos e argumentos apresentados por cada juiz”.

³³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 320.

não de coercitividade, com uma “*decisão de constitucionalidade provisória em favor da discussão popular e da deliberação parlamentar*”³³⁹.

Outro instrumento de diálogo é a decisão de inconstitucionalidade provisória, que se assemelha ao primeiro deles, mas que sua conclusão é essencialmente inversa, em outras palavras, a Corte Constitucional decide em prol da participação popular e do parlamento, mas reconhece a inconstitucionalidade ou ao menos seus efeitos, até que uma deliberação extra corte seja realidade de forma adequada.

Nesse caso a Corte Constitucional entende que manter os efeitos da lei podem gerar outras inconstitucionalidades em cascada, podendo ser criadas outras relações suplementares que estão viciadas pela inconstitucionalidade, assim, cessar imediatamente a violação torna-se medida imprescindível para evitar maiores lesões à sociedade, assim “*é relevante esclarece rque a posição de Calabresi não sugere que a Corte decida para constranger o Parlamento*”³⁴⁰.

O que ocorre nesse instrumento é uma suspeita considerável de inconstitucionalidade, pois, como dito, haverá deferência intermitente ao parlamento para que delibere sobre o assunto, assim a palavra inicial da Corte não ser definitiva. A palavra intermitente apesar de não constar expressamente em nenhum teórico, é importante, pois como há grave suspeição sobre a norma ou mesmo sobre a política pública, a decisão do parlamento poderá ser revista em último plano pela própria Corte Constitucional.

Trata-se de uma parcial deferência, pois a ação do parlamento ocorre mais como um órgão consultivo da Corte Constitucional, como efetivamente deliberativo, e isso ocorre porque a suspeição de inconstitucionalidade é muito maior do que a possibilidade de compatibilização da norma com a Constituição Federal.

Mais um instrumento utilizado é a decisão de inconstitucionalidade com solicitação, que é praticamente um acessório daquele anterior, onde a Corte Constitucional pode requerer algo ao parlamento para sanar a inconstitucionalidade ou ao menos indicar qual ponto consta a inconstitucionalidade, assim é possível que o legislativo consiga atuar de forma colaborativa para sanar a irregularidade³⁴¹.

Apesar de não ser coercitiva a decisão provisória ao parlamento, ou seja, apesar de não vincular a decisão que será proferida pelo legislativo, é uma providência bem-vista, pois pode

³³⁹ *Ibidem*, p. 321.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 323.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 326.

demonstrar boa vontade da Corte Constitucional perante a atuação dos demais poderes, sobretudo porque busca uma solução de menor fricção e de compartilhamento de poder e especialmente de responsabilidades³⁴².

O penúltimo instrumento é a decisão de inconstitucionalidade com adiantamento dos seus efeitos, e geralmente é usada através da modulação dos efeitos pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, reconhece-se a inconstitucionalidade, mas condiciona um lapso temporal dos efeitos, para que seja possível adequações práticas na sociedade, além disso, entrega ao parlamento uma deferência para que nova lei seja editada a fim de sanar as inconstitucionalidades³⁴³. MARONINI recorda uma decisão fora do Brasil, especificamente no Canadá, onde a jurisdição constitucional reconheceu a inconstitucionalidade de alguns dispositivos sobre eutanásia, contudo, concedeu prazo de um ano para que o parlamento regulamentasse a situação e conseqüentemente sanasse a inconstitucionalidade³⁴⁴.

Por último, tem-se a decisão de inconstitucionalidade sem eficácia vinculante, que é muito utilizada, e ocorre quando se está diante de um desacordo moral pouco debatido no seio da sociedade e do parlamento, mesmo assim a Corte é instada a se manifestar. Nessa decisão ela reconhece uma inconstitucionalidade ou mesmo a constitucionalidade, mas se tratar de matéria embrionária no cerne da sociedade, acaba deferindo os efeitos da decisão ou sua ratificação final ao parlamento³⁴⁵.

A decisão do parlamento com o auxílio da sociedade é muito importante no caso, pois a questão não versa ou pouco versa sobre norma, todo litígio desagua em desacordos morais razoáveis ou mesmo em questões de costumes e seculares, onde a atuação da Corte Constitucional é limitadíssima³⁴⁶.

Não há uma metodologia para avaliar qual é o melhor instrumento para diálogo institucional, e muito menos para dizer qual é o pior, assim a escolha da Corte Constitucional para qual será utilizado é ampla e discricionária, tal como um método hermenêutico de interpretação da norma, necessitando acima de tudo de uma fundamentação clara, coerente e uníssona em sua escolha.

³⁴² *Ibidem*, p. 327.

³⁴³ *Ibidem*, p. 327.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 327.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 328.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 329.

Alguns países mantêm instrumentos atípicos. A Argentina desenvolveu no litígio estrutural *Mendoza*³⁴⁷ instrumentos de acompanhamento social da execução da decisão, inclusive impondo a obrigatoriedade de uma Agência Reguladora fazer parte da fiscalização do cumprimento da sociedade, além disso parte da sociedade também ficaram responsáveis por acompanhar a execução da decisão proferida pela jurisdição constitucional³⁴⁸. Outro caso, na África do Sul instalam-se comissões sociojurídicas para monitoramento da execução das decisões em litígios estruturais, onde há participação ativa de órgãos de fiscalização e da própria sociedade³⁴⁹.

De qualquer forma, os instrumentos existentes parecem insuficientes para conseguir compatibilizar o processamento dos litígios estruturais na jurisdição constitucional, pois, em certo ponto, a atuação da Corte Constitucional não será de protagonista da demanda, mas de coadjuvante para buscar a resolução do conflito estrutural, assim, imprescindível que sejam pensados instrumentos novos para possibilitar um diálogo institucional adequado, que ao final consiga canalizar, maturar, repassar aos demais poderes e ao final entregar a racionalidade pública.

³⁴⁷ VERBIC, Francisco. *El remedio estructural de la causa "Mendoza". Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación*. ANALES n. 443 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.n.l.p. 2013.

³⁴⁸ PUGA, Mariela. *¿A dónde va la Corte en las causas Verbitsky y Riachuelo? "Ni uñas, ni dientes, intervenciones experimentalistas"*. en Revista del Colegio de Abogados de la Plata. Doctrina-Jurisprudencia Año L-n. 69 pp.151-165, 2008.

³⁴⁹ SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. *Compromisso significativo: contribuições sul-africanas para os processos estruturais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 108.

CONCLUSÃO

A oposição quanto a legitimidade democrática da Corte Constitucional no exercício do controle de constitucionalidade ganhou protagonismo nas últimas duas décadas, sobretudo com o processamento dos litígios estruturais, onde às críticas se agruparam em dois principais fundamentos. O primeiro, que a jurisdição constitucional mantém *déficit* democrático no momento em que seus membros não são eleitos, não passando pelo aval da sociedade. O segundo, que não mantém expertise em políticas públicas, tornando qualquer decisão em litígio estrutural completamente inexecutável.

Por muito tempo tentou-se refutar as críticas com argumentos contrapostos, criando uma dicotomia maniqueísta, onde parte das doutrinas eram favoráveis à jurisdição constitucional exercida pela Corte Constitucional, e parte desfavoráveis, porém, com o avanço do desenvolvimento teórico sobre democracia deliberativa, tentou-se buscar um caminho intermediário para justificar o controle de constitucionalidade.

Essa justificativa abandonou maniqueísmo no sentido de reconhecer se a Corte Constitucional ‘é’ ou ‘não é’ legítima, para buscar elementos teóricos e práticos identificando ‘como’ deve ocorrer o processamento do controle de constitucionalidade pelo judiciário, se apegando muito mais no trajeto da decisão a ser tomada, do que propriamente dito no resultado por ela alcançado, assim, a conclusão do julgado, apesar de continuar sendo importante, não é necessariamente a legitimadora daquela decisão, ao contrário, o caminho de justificação transcorrido no julgamento é quem concede verdadeiramente essa legitimidade.

Especificamente no processamento dos litígios estruturais esse caminho de justificação a ser traçado acaba sendo um tanto mais tortuoso e complexo, pois não se busca o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, mas sim controle jurisdicional de políticas públicas, o que pode ocasionar uma fricção maior com a sociedade e com os demais poderes, sobretudo quando esse controle se depara com questões de desacordos morais e elaboração de políticas sociais.

Buscando uma certa normatividade teórica que proporcionasse um eixo para potencializar esse trajeto de justificação da jurisdição constitucional em litígios estruturais, posições teóricas foram apresentadas e sobrepostas, porém, não se conseguiu identificar um instrumento típico apto a realizar o processamento desses litígios, contudo, conseguiu-se

encontrar elementos deontológicos que podem servir de substância para o desenvolvimento futuro de alguns instrumentos ou procedimentos atípicos.

Identificou-se três elementos deontológicos procedimentais e um material, que se forem aplicados em instrumentos futuros, podem auxiliar na potencialização do processamento de litígios estruturais, proporcionando maior legitimidade e eficiência nas decisões proferidas pela jurisdição constitucional.

O primeiro elemento deontológico procedimental identificado é a necessidade de comunicação externa da Corte Constitucional com a sociedade, assumindo a jurisdição o papel de esfera pública e de canalizadora da racionalidade pública, buscando extrair razões, fatos e argumentos trazidos pela sociedade, a fim de justificar melhor a tomada de decisão, sem que isso descaracterize sua essência contramajoritária, mormente porque a comunicação social e as razões públicas apresentadas em juízo podem estar carregadas de ilegalidades, inconstitucionalidades ou mesmo contrárias a própria natureza democrática do país, ocasião em que a corte deverá refutá-las.

O segundo elemento deontológico procedimental é a necessidade de uma deliberação interna entre os membros da Corte Constitucional, que consiga canalizar as razões públicas, conjuntamente com as razões técnicas e jurídicas, e ao final entregar uma decisão coerente e colegiada, ainda que comportando posição de divergência. É preciso antes de mais nada buscar racionalizar os argumentos maturados em uma conclusão objetiva e lógica, onde apesar de comportar inúmeros argumentos, proporcione um desenredo coerente.

O terceiro elemento deontológico procedimental é a imprescindibilidade de diálogo institucional da Corte Constitucional com os demais poderes, operando, em certos momentos, com deferência intermitente, isso é, levando ao legislativo e ao executivo a possibilidade de participar da tomada de decisão, sobretudo quando o elemento a ser deliberado versa sobre desacordo moral. Ao canalizar a racionalidade publicar, bem como após deliberar internamente, a Corte Constitucional tem aptidão para desaglutinar as questões discutidas em ao menos dois grandes grupos: desacordos normativos e desacordos morais, possibilitando que no segundo exista uma deferência aos demais poderes.

Por último, se tem um elemento deontológico material, que é o reconhecimento pela Corte Constitucional da natureza cíclica dos litígios estruturais e não linear, em outras palavras, é notar que a decisão a ser proferida não encerra o empecilho da inconstitucionalidade

estrutural, necessitando de acompanhamento posterior, sobretudo no que concerne as implementações de políticas públicas.

Com a identificação de tais elementos, deve-se reconhecer que as premissas iniciais demonstrando cinco etapas procedimentais, que foram apresentadas após a hipótese do trabalho, não amparam integralmente todas às necessidades dos litígios estruturais, sendo imprescindíveis novos trabalhos para elaborar, desenhar e confeccionar instrumentos procedimentais e processuais atípicos que consigam abarcar todos os elementos deontológicos apresentados.

REFERÊNCIAS¹

- ABRAMOVAY, Pedro. *Separação de poderes e medidas provisórias*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- ABRUCIO, Luiz Fernando, PÓ, Marcos Vinicius. *A formação da burocracia brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas*. In LOUREIRO, Maria Rita et al. *Burocracia e política no Brasil: Desafios para a ordem democrática no século XXI* – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 27-72.
- ALORETTO, M. F.; MUELLER, B. *O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal: Uma Análise Empírica*. *Economic Analysis of Law Review*, v. 2, n. 1, p. 170-187, 2011.
- ALTMAN, Breno. *De qual lado ficará o STF?* Folha de S. Paulo, São Paulo, 24 set. 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. *Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 225: 109-129, 2001.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro*. *Revista de Processo: RePro*, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.
- ARGUELES, Diego Werneck. *Old Courts, new Beginnings: constitutional transformation and judicial continuity in Argentina and Brazil*. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Yale, New Haven, 2014.
- ARON, Raymond. *Estudos Políticos*. Tradução de Sérgio Bath, 2ª ed. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1985.
- BARAKM, Aharon. *Judicial discretion*. New Haven; Londres: Yale University, 1989.
- BARBOSA, Antônio Ezequiel Inácio, LIMA, Martnio Mont'alverne Barreto Lima. *Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo*. Dossiê - Separação de Poderes e Diálogos Institucionais • Rev. Investig. Const. 5 (1) • Jan-Apr 2018.
- BAUERMANN, Desirê. *Structural injunctions no direito norte-americano*. In. ARENHART et al. *Processos Estruturais*. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Juspodivm, 2022, p. 342-343.
- BARCELLOS, Ana Paula. *STF como fomentador, no ambiente majoritário, do voto com razões*. In. *A Razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso* (Org. VIEIRA, Oscar Vilhena, GLEZER Rubens). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 259-279.
- BARROSO, Luís Roberto. *A Razão Sem Voto: A função Representativa e Majoritária das Cortes Constitucionais*. *Revista Estudos Institucionais: Um Dossiê Sobre Taxonomia Das Gerações De Direitos*. Vol. 2, 2, 2016.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e Ciência Política*. 6ª Ed – São Paulo: Celso Ribeiro Editora 2004, p. 179-190.
- BAYNEs, Kenneth. *The Normative Grounds of Social Criticism: Kant, Rawls, and Habermas*. State University of New York Press, apud. DAVID. M Estlund. *Political Theory*, Volume 20, Issue 4 (nov. 1992).

BEÇAK, Rubens. *Democracia moderna: sua evolução e o papel da deliberação*. Revista de Informação legislativa, Ano 50 Número - 199 jul./set. 2013.

BEÇAK, Rubens. *Democracia: hegemonia e aperfeiçoamento*. São Paulo: editora Saraiva, 2017.

BEÇAK, Rubens; MARIANO FILHO, Jair J. *O Judiciário como Canalizador da Razão Pública: uma Análise do Litígio Estrutural Mendoza da Argentina*. In. Processos Estruturais no Sul Global (Orgs. CASIMIRO, Matheus; CUNHA, Eduarda) – Editora Thoth, 2022.

BEÇAK, Rubens; MARIANO-FILHO, Jair J. *Proposta Procedimental ao Estado de Coisas Inconstitucional justificação Teórica em Carlos Santiago Nino*. Anais do II seminário de pesquisa “desenvolvimento no estado democrático de direito” 2021 | Ribeirão Preto | FDR-USP.

BEÇAK, Rubens; MARIANO FILHO, Jair J. *Racionalidade, Discurso e Deliberação: a Vinculação do Precedente Constitucional*. Novos Rumos do Processo Civil / Edinilson Donisete Machado & Mario Coimbra, organizadores. – 1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP, 2020. (Anais do X Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito).

BENDOR, Ariel L; SEGAL, Zeev. *The Judicial Discretion of Justice Aharon Barak*, 47 Tulsa L. Rev. 465, 2013.

BENHABIB, Seyla. *Democracy and Difference: reflections on the metapolitics of Lyotard and Derrida*. In: THOMASSEN, L. (ed.). *The Derrida-Habermas Reader*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

BENHABIB, Seyla. *Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática*. In: *Democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

BENVINDO, Juliano; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. *Do solipsismo supremo à deliberação racional*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*. n. 50 jan.-jun./2017.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *On the Limits Of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Springer: New York, 2010.

BERNAL, Carlos. *Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: an analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine*. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 2, 2013.

BERNSTEIN, Richards J. *Habermas and Modernity*. Papper MIT PRESS, 1985.

BEZERRA, Rafael. *Direitos para Além da Sala do Tribunal: Um estudo de caso comparado entre Brasil e Colômbia*. – 1ª ed – Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. Ed. New Haven: Yale University, 1986.

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

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional*. 1ª edição, 2ª tiragem, Editora JusPodivm: Salvador, 2016

CARON, David. *Republic of South Africa v. Grootboom. Case No. CCT 11/00. 2000 (11) BCLR 1169 and Minister of Health v. Treatment Action Campaign*. in _____ Cambridge Journal

CAVALCANTI, Themístocles. *O poder executivo no Estado moderno*. In: Revista Do Serviço Público, 107(3), 183-198.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, LORENZETTO, Bruno Meneses. *Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade*. Rev. Investig. Const. 2, Set-Dez 2015.

COHEN, Joshua. “*Procedimento e substância na democracia deliberativa*”. In: Democracia deliberativa. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

COLOMBIA. Corte constitucional: *sentencia SU. 559-97*. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/SU559-97.htm>>, 1997.

COLOMBIA. Corte constitucional: *sentencia T-068/98*. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-068-98.htm>>, 1998.

COLOMBIA. Corte constitucional: *sentencia T-25/04*. Disponível em <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>, 2004.

COLOMBIA. Corte constitucional: *sentencia T-415/18*. Disponível em <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-415-18.htm>>. Decisão reiterando a *sentencia T-302/17*, 2018.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; TALPAI, Bruno Luís. *Um Estudo Sobre a ADPF 709: entre Legitimidade Democrática e Paralisia Decisória*. Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba. V.04, n.61, p.728-732, Out-Dez. 2020.

CONDORCET, Marquis. *Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-Making*, Select Writings, Idianopolis, Bobbs-Merril, 1967.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder judiciário do regime democrático*. Reforma da Justiça, Est. av. 18 (51), 2004.

DAHL. Robert. A. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*. Journal of Public Law, 6 (Fall, 1957), 279–295.

DANNER, Leno Francisco. *Habermas e a ideia da continuidade reflexiva do projeto de estado social: da reformulação do déficit democrático da social-democracia à contraposição ao neoliberalismo*. 2011. 206 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2011.

DA ROS, Luciano. *Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos*. Revista Sociologia Política das instituições judiciais. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p. 57-97.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Artigo publicado in: *Estadão em 19.09.2015*, disponível em < ESTADÃO,

2021: ESTADÃO: JORNAL. *O Estado de Coisas Inconstitucional*. Disponível em <<http://opinioao.estadao.com.br/estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>.

DEWEY, J. “*The public and its problems*”, em Jo Ann Boydston John Dewey: *The Later Works*, (vol. 2: 1925-1953), Carbondale, Southern Illinois University Press, pp. 235-372.

DIDIER, FREDIE et al. *Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro*. In. ARENHART et al. *Processos Estruturais*. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Juspodivm, 2022

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Editora WMF Martins Fontes, 3ª ed., 2010.

ELSTER, Jon. SLAGSTAD, Rune. *Peças e engrenagens das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

ELSER, Jon. *Rationality, economy and society*. In: TURNER, Stephen (Ed.). *The Cambridge companion to Weber* Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press; 1980. 29.

ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. *A tentativa de pautar o Supremo*. In: FALCÃO, Joaquim; PEREIRA, Thomaz; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. (Org.). *O Supremo Tribunal Criminal: O Supremo em 2017*. 1ed. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. *A liquidação de sentença como etapa fundamental ao cumprimento de sentenças estruturais*. In. ARENHART et al. *Processos Estruturais*. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Juspodivm, 2022.

FAORO, Raymundo. *Os donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. 7. ed. Porto Alegre, Globo, 1979.

FELLET, André; NOVELINO, Marcelo. *Separação de poderes: Aspectos Contemporâneos da Relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário*. Salvador: Juspodivm, 2018

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Ed. Paz e Terra, 2021.

FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Michigan Law Review, v. 91, 1993, p. 653-655.

FRIEDMAN, Barry. *The birth of na academic obsession: the history of the countermajoritarian difficulty, part five*. Yale Journal, v. 112, 2002.

FRIEDMAN, Barry. *The Will of the People: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

GODOY, Miguel. *Constitucionalismo e democracia: Uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Roberto Luiz. O consenso na teoria do agir comunicativo de Habermas e suas implicações para a educação. 2005. 159 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação na área de Filosofia, História e Educação, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2005.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?* Princeton University Press, 200.

HABERMAS, Jürgen. *Bestialidade e humanidade. Uma guerra no limite entre direito e moral*. Tradução de Luiz Repa. Revista Cadernos de Filosofia Alemã, p. 77-87

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e Validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural na esfera pública*. 1ª Ed. Editora Unesp, São Paulo, 2014,

HABERMAS, Jürgen. *A nova intransparência: A crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas*. In: HABERMAS, J. Diagnósticos do Tempo: Seis Ensaios. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do Agir Comunicativo*. Vol I – II, 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Revista Lua Nova, n. 36, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. Lisboa: Edições 70, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.

HARTMANN, Ivar, CHADA, Daniel. *A razão sem condições de qualidade*. In. A Razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso (Org. VIEIRA, Oscar Vilhena, GLEZER Rubens). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 169.

HERNÁNDEZ, Jose Angel Cornielles. *¿Seriatim o per curiam? Modelos de decisiones colegiadas emitidas por las cortes constitucionales*. Civil Procedure Review, v. 11, n. 1: jan.-abr. 2020.

HIRSCHL, Ran. *The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide*. Fordham Law Review, v. 75, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Col. Os Pensadores.

HOGAN, Timothy D. *Evaluating the demographic impact of societal events through intervention analysis: the Brown vs. Board of education decision*. Demography, Arizona, v. 4, n. 21, p. 673-677, nov. 1984.

HOGG, P. W; BUSHELL, A.A. *The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charters of rights isn't such a bad thing after all)*. Osgoode Hall Law Journal, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

JUNQUEIRA, Laura; RODRIGUES, Vinícius Henrique. *negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetividade dos processos estruturais*. Encontro de iniciação científica. v. 16, n. 16, 2020. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/8537>.

KALBERG, Stephen. *Max Weber's types of rationality: cornerstones for the analysis of rationalization in history*. The American Journal of Sociology, v. 85, n. 5, p. 1145-1179, mar. 1980.

KLAFKE, Guilherme; PRETZEL, Bruna. *Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: Aprofundando o diagnóstico das onze ilhas*. Revista de Estudos Empíricos em Direito. vol. 1, n. 1, pp. 89-104, jan./2014.

KLUGE, Cesar Henrique. Vitorelli, Edilson. *O processo estrutural no âmbito do sistema interamericano: reflexões a partir do caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala*. In. ARENHART et al. Processos Estruturais. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Juspodivm, 2022.

KOERNER, Andrei. *Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. Dossiê: 25 anos da Constituição Federal • Novos estudos. CEBRAP, n. 96, Jul 2013.

KRITSCH, Raquel, SILVA, André Luiz da. *Considerações acerca da noção de razão pública no debate Rawls-Habermas*. Rev. Sociol. Polit. 2011, vol.19, n.39, pp.67-90. ISSN 0104-4478.

LANDAU, David. *Abusive constitutionalism*. University of California Davis Law Review, v. 47, 2013.

LASSER, Mitchel de S.-O.-L'E. *Judicial deliberations: a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

LEAL, Fernando. *Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução crítica de "A razão sem voto"*. In. A Razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso (Org. VIEIRA, Oscar Vilhena, GLEZER Rubens). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 108-139.

LIMA, Flavia Danielle Santiago, FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. *Repensando o Papel da Jurisdição nos Litígios Estruturais de Interesse Público: do Ativismo Antidialógico à Decisão Compartilhada*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 15. Volume 22. Número 1. janeiro a abril de 2021.

LORENZETTO, Bruno Meneses; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Supremo Tribunal Federal e a autoridade constitucional compartilhada / Supremo Tribunal Federal and the shared constitutional authority*. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 142-162, dez. 2017. ISSN 2238-0604.

LUXEMBURGO, Rosa. *A Revolução Russa*. Introdução, tradução: Isabel Maria Loureiro. – Petrópolis, RJ: Vozes, 199, p. 62.

MACCORMICK, Neil. *Why cases have rationes and what these are, in Precedent in Law*. Legal reasoning and legal theory, Oxford, 1987.

MAGALHÃES, Breno Baía. *O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos*. Rev. direito GV 15 (2) • 2019.

MARIANO FILHO, Jair J. *O controle de constitucionalidade como instrumento de efetivação dos Direitos Fundamentais: o Estado de Coisas Inconstitucional* – Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MELLO do Amaral Junior, J. L. (2021). *Constitucionalismo e Conceito de Constituição*. *Direito Público*, 18 (98). <https://doi.org/10.11117/rdp.v18i98.5583>.

MENDONÇA, Ricardo. Fabrino. *Antes de Habermas, para além de Habermas: uma abordagem pragmatista da democracia deliberativa*. *Sociedade e Estado*, Vol 31 - 741–768, 2016.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. *Teoria Crítica e Democracia Deliberativa: diálogos instáveis*. *Opinião Pública*, Campinas, vol. 19, nº1, p. 49-64, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Cortes Constitucionales y Democracia Deliberativa*: Marcial Pons: Madrid, 2019.

MENDES, Conrado Hübner. *Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF*. In. PORTO, Ronald; BARBIERI, Catarina. *Direito e Interpretação Racionalidade e Instituições*. São Paulo Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. In *Direito e Interpretação: racionalidades e instituições* – São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. *Onze ilhas: Se levarmos os argumentos do STF a sério, esbarramos numa outra dificuldade: argumentos "do tribunal" quase nunca existem*. *Jornal Folha de São Paulo: opinião*. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0102201008.htm>>.

MENDES, Conrado Hubner. *O STF é refém do capricho dos seus ministros*. *Jornal 'os constitucionalistas'*. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>>.

MERQUIOR, José Guilherme. *O liberalismo antigo e moderno*. Editora nova fronteira, São Paulo: 1991.

MISHLER, William; SHEEHAN, Reginald S. *The Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions*. *The American Political Science Review*, Vol. 87, No. 1, 1993 pp. 87-101

NEVES, Marcelo. *Luhmann, Habermas e o estado de direito*. *Revista Lua Nova* n. 37, 1996.

NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democracia deliberativa*. Buenos Aires: Gedisa Editora, 1997.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ José Rodrigo. "Judicialização da política": déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos estud. CEBRAP* (91) • Nov. 2011.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Quando a corte se divide: Coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal*. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro: UERJ. v. 8, n. 3, pp. 1863-1908, sep./2017.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. *Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e "panelinhas"*. *Revista de Sociologia e Política* 20, 139-153.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. *O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF*. *Suprema: revista de estudos constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 82-118, jan./jun. 2021.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. *Uma breve abordagem sobre os modelos de deliberação das cortes colegiadas judiciais: Per Curiam vs. Seriatim*. *Revista Jurídica da OAB*, v. 5, p. 65-68, mar./2015.

PANUTTO, Peter. *A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil*. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória, v. 18, n. 2, pp. 205-226, may.-ago./2017.

PASQUINO, Pasquale. *¿Cómo deciden las Cortes Constitucionales?* *Revista Jurídica Precedente*. vol. 9 Cali. pp. 9-43. jul.-dic./2016.

PENNA. Bernardo Schmidt. *Mais do Ativismo Judicial à Brasileira: análise do Estado de Coisas Inconstitucional e da decisão na ADPF 347*. *Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 11, Nº 1, jan./jun. 2017*.

PÉREZ-LIÑAN, A.; CASTAGNOLA, A. *Judicial Instability and Endogenous Constitutional Change: Lessons from Latin America*. *British Journal of Political Science*, v. 46, n. 2, p. 395-416, 2016.

PUGA, Mariela. *¿A dónde va la Corte en las causas Verbitsky y Riachuelo? "Ni uñas, ni dientes, intervenciones experimentalistas"*. en *Revista del Colegio de Abogados de la Plata. Doctrina-Jurisprudencia Año L-Nº69* pp.151-165, 2008.

PUGA, Mariela. *Litígio Estructural*. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho – Universidad de Buenos Aires, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. -2ª ed - São Paulo: Saraiva, 2015, Seção III.

RAMOS, Elival da Silva *Ativismo judicial e representação política: a crise institucional brasileira*. *Revista de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social*, v.1, e 205200, 2020.

RAWLS, John. *O liberalismo Político*. Editora WMF Martins Fontes, 1ª Edição: São Paulo, 2011.

- RAWLS, John. *The Idea of Public Reason Revisited*. Chicago Law Review, v. 64, n. 3, 1997.
- ROBBINS, Ira. *Hiding behind the cloak of invisibility: the Supreme Court and per curiam opinions*. Tulane Law Review, v. 86, jun. 2012.
- RODRIGUEZ, J. Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Editora FGV, 1ª- Edição: São Paulo, 2013.
- ROUSSEAU, Dominique. *Constitucionalismo e democracia*. Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito. v. 10 n. 3 (2018).
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. In: ____ *Os pensadores*. Tradução de Lourdes Santos Machado. Vol. XXIV. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- ROZNAI, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: the limits of amendment powers*. Oxford University Press, 2017.
- SADEK, M. T. *Magistrados: Uma Imagem em Movimento*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006
- SANTOS, A. M.; DA ROS, L. *Caminhos que Levam à Corte: Carreiras e Padrões de Recrutamento dos Ministros dos Órgãos de Cúpula do Poder Judiciário Brasileiro (1829-2006)*. Revista de Sociologia e Política, v. 16, n. 30, p. 131-149, 2008.
- SARAIVA, Carolina Barros. *Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal*. In: ARENHART et al. *Processos Estruturais*. 4ª. Ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Juspodivm, 2022.
- SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.
- SCHNEIDER, Aaron. *Conflito Político e Instituições Orçamentárias: aprofundando a democracia no Brasil*. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, 24, p. 87-103, jun. 2005.
- SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega. *Processos estruturais e direito à moradia no sul global: contribuições das experiências sul-africana e colombiana*. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, v. 19, n. 32, p. 148-183, set./dez. 2021.
- SHAPIRO, M. M. *Law and Politics in the Supreme Court: New Approaches to Political Jurisprudence*. London: Free Press, 1964.
- SHAPIRO, Ian. *Optimal Deliberation*. The Journal Of Political Philosophy, vol. 10, núm. 2, 2002.
- SILVA, Filipe Carreira. *Habermas e a Esfera Pública: Reconstruindo a História de uma Ideia*. Revista sociologia, problemas e práticas, n.º 35, 2001, p. 117-138.

SILVA, José Afonso. *Estrutura e funcionamento do Poder Legislativo*. Revista de Informação legislativa. Brasília a. 47 n. 187 jul./set. 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Revista de Direito Administrativo, v. 250, pp. 197-227, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *O Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo*. CONJUR e no Conselho Nacional de Justiça do Brasil. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/52cceda6afbc861d257c355ac3c64d2b.pdf>>.

STRECK, Lenio Luiz. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. CONJUR. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>.

SUNSTEIN, Cass; SCHKADE, David; ELLMAN, Lise. *Ideological voting on Federal Courts Of Appeals: a preliminar investigation*, Virginia Law Review, v. 90, n.1, 2014.

TROPER, Michel. *Ensayos de Teoría Constitucional*. - Distribuciones Fontamara, México, 2008, p. 127-129.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Cambridge: Havard University, 1999.

UNITED STATES COURTS, 1954. Disponível em <<https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/history-brown-v-board-education-re-enactment>>. 1954.

UNITED STATES COURTS, 1977. Disponível em <<https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3290&context=ilj>>, 1977.

VALE, André do. *Argumentação constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília (UnB) em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015.

VERBIC, Francisco. *El remedio estructural de la causa “Mendoza”. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación*. ANALES n. 443 - Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales. U.n.l.p. 2013.

VERBIC, Francisco. *Execução de sentenças em Litígios de forma estrutural na república argentina: dificuldades políticas e procedimentais que incidem sobre a eficácia dessas decisões*. Revista de Processo, vol, 2020, Vol. 305, 2020, p. 403-424.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, São Paulo 4(2) | P. 441-464 | JUL-DEZ 2008.

VIOLIN, Jordão. Onde está a segurança jurídica? Colegialidade, polarização de grupo e integridade nos tribunais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. vol. 268, jun./2017.

VITORELLI, Edilson. *Levando os Conceitos a Sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico e Suas Diferenças*. Revista de Processo | vol. 284/2018 | p. 333 - 369 | Out / 2018.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 32-57.

WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. The Yale Law Journal, 115, 2006, p. 1346-1406.

WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas Vocações*. Cultrix – 12ª ed. São Paulo 2011.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo, 1999.

ZARONI, Bruno. *Julgamento colegiado e precedentes: a problemática da dispersão de votos no STF e as plurality opinions*. In: ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel (Coord.). O processo civil: Entre a técnica processual e a tutela dos direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ZOBELL, Karl M. *Division of Opinion in the Supreme Court: a history of judicial disintegration*. In: Cornell Law Quarterly Review, v. 44, p. 186-214, 1959.