RONALDO PORTO MACEDO JR.
CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI

ORGANIZADORES

DIREITO E INTERPRETAÇÃO

RACIONALIDADES E INSTITUIÇÕES

2011

série
DIREITOEMDEBATE
Direito Desenvolvimento Justiça

Editora Saraiva

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
DIREITOGV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

Editora Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SACIUR: 0800 055 7688
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
saraivajur@editorasaraiva.com.br
Acesse: www.saraivajur.com.br

340.132
D598

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE
Rua Costa Azevedo, 56 – Centro
Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE
Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas
Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895
Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)
Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro
Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO
Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga
Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL
SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 – Setor de Indústria e Abastecimento
Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951
Fax: (61) 3344-1709 – Brasília

GOIÁS/TOCANTINS
Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto
Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806
Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO
Rua 14 de Julho, 3148 – Centro
Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS
Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha
Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ
Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos
Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038
Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA
Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho
Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS
Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista
Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)
Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro
Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO
Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel
Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL
Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos
Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567
Porto Alegre

SÃO PAULO
Av. Antártica, 92 – Barra Funda
Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

126.800.001.001

ISBN 978-85-02-10803-5

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Macedo Júnior, Ronaldo Porto
Direito e interpretação : racionalidades e instituições / org. Ronaldo Porto Macedo Júnior, Catarina Helena Cortada Barbieri. — São Paulo : Saraiva, 2011. — (Coleção direito desenvolvimento e justiça. Série direito em debate)

1. Hermenêutica (Direito) I. Macedo Júnior, Ronaldo Porto.

10-12036 CDU-340.132.6

Índice para catálogo sistemático:

1. Interpretação jurídica : Direito 340.132.6

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto
Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia
Gerente de produção editorial Lígia Alves
Editora Manuella Santos de Castro
Assistente editorial Aline Darcy Flor de Souza
Assistente de produção editorial Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Cíntia da Silva Leitão
Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas
Claudirene de Moura Santos Silva
Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati
Mair de Fátima Costola
Maria Cândida Machado
Serviços editoriais Ana Paula Mazzoco
Carla Cristina Marques
Capa Studio BSS
Produção gráfica Marli Rampim
Impressão Assahi Gráfica
Acabamento Assahi Gráfica

Data de fechamento da edição: 1º-2-2011

Dúvidas?
Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

In Memoriam *de Luis Fernando Schuartz e Neil MacCormick, perdas irreparáveis.*

Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF*

*Conrado Hübner Mendes**

1. Introdução

O STF acaba de julgar o caso mais importante de sua história. Esse foi, pelo menos, o consenso disseminado na imprensa e na comunidade jurídica brasileiras no período. No dia 5 de março de 2008, cerca de 1.000 pessoas, de diferentes regiões do país, dirigiram-se ao tribunal para acompanhar sua primeira sessão de julgamento, lotando a sala do plenário e espaços externos preparados com telões. Um exercício de pressão simbólica dos diversos grupos interessados na decisão. Foi também montada uma sala especial para a imprensa, que transmitiu a sessão pela televisão e pela internet e possibilitou que ela fosse acompanhada, ao vivo, em qualquer lugar do mundo. Após dois votos, a sessão foi interrompida por um pedido de vista e retomada, com uma mobilização social e institucional da mesma magnitude, nos dias 28 e 29 de maio do mesmo ano. Por maioria

* Agradeço a Ronaldo Porto Macedo Jr. a oportunidade de participar do "Colóquio Internacional de Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições", realizado na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas nos dias 26, 27 e 28 de março de 2008, onde apresentei as ideias deste capítulo. Agradeço a Cláudio Michelon, Neil MacCormick, Zenon Bańkowski, Neil Walker, Octávio Motta Ferraz e Virgílio Afonso da Silva a troca de ideias que me estimulou a escrever este ensaio, ainda um resumo esquemático de um projeto em desenvolvimento. Agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior pelo apoio financeiro para realização do doutorado.

mínima (6 a 5), reconheceu-se a constitucionalidade integral da lei questionada.

Trata-se da ADIn 3.510, proposta em 31 de maio de 2005 pelo Ministério Público Federal contra o artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005), que permite, "para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias". Alguns fatos da história do caso merecem ser contados rapidamente e são ilustrativos para os propósitos deste capítulo. A Lei de Biossegurança é resultado de um projeto de lei do Governo Federal enviado à Câmara dos Deputados em 2003 (PL n. 2.401/2003); aprovado nessa Casa, em 5 de fevereiro de 2004; aprovado com alterações, em seguida, pelo Senado, em 6 de outubro de 2004; e finalmente aprovado pela Câmara, em 3 de março de 2005, por 352 votos contra 60. Vinte dias depois, em 24 de março, o Presidente sancionou e promulgou a lei. Portanto, após tramitação legislativa de quase dois anos, antecedida por longa discussão interministerial na elaboração do projeto, uma lei aprovada por ampla maioria entra em vigor.

Dois meses mais tarde, a lei foi questionada no STF. Entre a propositura da ação, em 2005, e o início de seu julgamento, depois de quase três anos, dois fatos também chamam a atenção. Em primeiro lugar, a mobilização de diversas organizações não governamentais que entraram no processo na condição de *amici curiae*, uma prática relativamente nova na história constitucional brasileira. Em segundo lugar, a realização, em 20 de abril de 2007, da primeira audiência pública da história do tribunal, da qual participaram geneticistas, médicos, farmacêuticos, antropólogos, biofísicos, biólogos, neurocientistas, militantes de direitos humanos, advogados e jornalistas. Parece plausível supor, ao menos numa visão otimista, que o máximo esforço institucional imaginável foi realizado para que todos os argumentos, de todas as partes interessadas, fossem colocados na mesa.

Nesses mais de 5 anos, há uma linha de continuidade no debate sobre a pesquisa com células-tronco. Passou por três foros institucionais, em paralelo com ampla discussão acadêmica e jornalística alimentada pelas comunidades científica e religiosa. Nesse último foro, porém, a chave do debate passou a se concentrar num único tópico: saber se essa prática viola o direito à vida. Não está mais em jogo o que é mais conveniente para a maioria (a qual, do ponto de vista parlamentar, correspondeu a mais de 85%), qual a melhor solução do ponto de vista da política de regulação de pesquisas científicas, o que melhor produz o bem-estar geral, ou, ainda, qual medida terá melhor impacto no avanço da medicina. Busca-se, exclusivamente, a melhor interpretação sobre a compatibilidade do direito à vida com esses novos métodos de pesquisa. Cláudio Fonteles, procurador da república que originalmente propôs a ação, declarou, após suspensão do julgamento do dia 5 de março: "Nosso país está ensinando o mundo a debater quando começa a vida".

Esse episódio histórico tem características elucidativas para as controvérsias teóricas que saliento aqui. Sob esse pano de fundo, e a partir da provocativa missão de "ensinar a debater" que o STF estaria a promover, sugiro uma primeira pergunta: o que é uma corte constitucional democrática? Essa pergunta parece contraintuitiva, por uma razão: a abordagem dominante da teoria constitucional procurou, na maioria das vezes, defender ou rejeitar a existência mesma do controle de constitucionalidade. A discussão preocupou-se em saber se uma corte constitucional, *per se*, é ou não é democrática. Não se abriu, tradicionalmente, para considerações sobre tipos de cortes que o seriam em oposição a outros tipos que não o seriam[1]. Menos ainda, para os variados graus de aproximação desse ideal, que permitiriam distinguir cortes mais ou menos democráticas.

Defensores desse arranjo tiveram que responder, portanto, às objeções contra o seu suposto caráter antidemocrático: uma instituição não eleita que decide, conforme se entende, contra a vontade da maioria. Os críticos, nessa linha, esforçaram-se por demonstrar que o parlamento é a instituição democrática primária e merece ter a última palavra sobre o significado da constituição. Assim, o cenário teórico predominante costuma opor aqueles que, de um lado, simpa-

1 Esse diagnóstico pode parecer equivocado especialmente para os mais familiarizados com a literatura brasileira sobre controle de constitucionalidade. Tal literatura reconhece, em coro, que o modelo adotado pela Constituição de 1988 transforma radicalmente o STF – de um órgão nitidamente fechado em relação a vários atores sociais, passa a ser um mecanismo mais democrático e aberto a novos atores com poder para provocar o controle abstrato. Mesmo que essa avaliação seja pertinente, refiro-me acima a uma tendência da teoria constitucional que discute o problema num plano mais abstrato. Nesse plano, como disse, não há tanta preocupação em se saber o que é uma corte mais ou menos democrática, mas sim em investigar a legitimidade do controle de constitucionalidade *per se* (ou seja, da simples possibilidade de um tribunal não eleito declarar a inconstitucionalidade de uma lei editada por um parlamento representativo).

tizam e, de outro, atacam a instituição do controle de constitucionalidade, ambos em nome da democracia[2]. Na tentativa de escapar dessa oposição, há alguns que respondem ao problema de desenho institucional por meio de um método de interpretação, ou seja, uma vez atendida uma determinada cartilha interpretativa, a corte seria democrática e ponto final. Fora dessa cartilha, a corte entraria em terreno não democrático.

Nos termos de ambos os debates (aquele que, de um lado, põe a questão à luz do desenho institucional, divergindo sobre quem deve ter a última palavra, e, de outro, o que tenta resolver tal dilema por meio de um método de interpretação), não faz sentido discutir o que é uma corte mais ou menos democrática, pois a corte ou é, ou não é, sem qualificações adicionais. Ressentem-se de uma mesma lógica estática e binária: giram em torno do "sim" ou "não", do "tudo" ou "nada", em vez de "mais" ou "menos". A proposta de um conjunto de variáveis qualitativas para mensurar as gradações de legitimidade de parlamentos e cortes não tem sido um esforço comum de teorias normativas.

Neste capítulo, adoto uma postura gradualista na avaliação de instituições. Assumo um ponto de partida que considero mais produtivo: saber se uma instituição é democrática remete a uma questão de grau, não tanto a uma questão de tipo. Defendo, aqui, três ideias interconectadas. A primeira: democracias precisam de controle de qualidade. Tal demanda se aplica, naturalmente, ao regime como um todo e a cada uma de suas instituições particulares. Para tanto, é necessário refinar e estabilizar minimamente conceitos exigentes sobre o que entendemos por boa democracia, o que nos ajuda a pensar em estágios de desenvolvimento político e a perceber variações no desempenho das instituições. A segunda: uma medida fundamental de desempenho é a deliberativa. Por trás disso, está a suposição de que instituições que buscam maximizar seu desempenho deliberativo se beneficiam de maior legitimidade. A terceira: é possível conceber critérios para perceber o desempenho deliberativo de cortes constitucionais. Eles certamente tangenciam o tema da interpretação, mas não se confundem com ela.

[2] Para os fins dessa distinção, esclareça-se que os "simpatizantes" defendem que o tribunal cumpre uma função institucional indispensável na democracia: a proteção de direitos em oposição à vontade da maioria. Para os "críticos", interpretar o significado dos direitos é missão controversa e sujeita ao desacordo moral. Portanto, não poderia ser exercida por um órgão não representativo.

A partir dessas três ideias, postas aqui de modo esquemático, suscito algumas perguntas sobre a prática decisória do STF. Desconfio que alguns de seus usos e costumes ainda impedem o tribunal de estar à altura de sua responsabilidade deliberativa (ou, para voltar à expressão de Cláudio Fonteles, evitam que o tribunal "ensine a debater").

2. A qualidade da democracia

A democracia é o esperanto político do séc. XX, a língua franca que todos os regimes procuram falar, independentemente de suas diferenças. É, por assim dizer, um empreendimento universal[3]. Nesse sentido, enxerga-se na disseminação e aprofundamento desse regime evidência de progresso político e moral.

A ciência política, principalmente a partir da década de 1950, estimulada por esse consenso histórico, concentrou-se no estudo das causas que (i) levam uma comunidade política a caminhar para a democracia, que (ii) a protegem e conservam, e que (iii) a levam a degradar-se e a romper-se[4]. Estavam preocupados em estudar o fenômeno da mudança de regime, da alteração de tipo. Estabeleceram conceitual e empiricamente uma fronteira, e passaram a chamar de democráticos aqueles regimes que ultrapassassem esse limiar, e de não democráticos todos os outros.

Aos poucos, esse tipo de estudo foi se sofisticando para perceber que a conquista de um padrão minimalista não superava graves problemas que as chamadas democracias enfrentavam. A persistência desses problemas fez com que a ciência política aprimorasse aquele estudo focado somente nas razões da transição e se direcionasse à qualidade e ao desempenho[5]. Deixaram de se acomodar a uma pergunta sobre o que é, no mínimo, democracia, para perguntar

[3] Para aqueles que veem problemas na linguagem do universalismo (porque seria, necessariamente, autoritária, desrespeitosa dos valores comunitários ou de culturas e tradições locais), podemos pensar ao menos nos países que se comprometeram com os dois maiores símbolos de legitimidade na ordem internacional: democracia e respeito a direitos.

[4] Isto é, a transição de um regime autoritário para a democracia, a consolidação da democracia, e a transição inversa – da democracia para um regime autoritário.

[5] Cf. BRUSIS, Martin e THIERY, Peter, "Defects of democracy and options for institutional reform, *Strategic Insights*, v. IV, n. 12, 2005.

o que mais dela poderíamos esperar[6]. Superaram uma questão de tipo, refém de uma dicotomia estanque, e adotaram uma abordagem gradualista, sensível às gradações sucessivas que conduzem ao seu paulatino aprimoramento.

Essa virada para os "estudos de qualidade" produziu diferentes tipos de avaliações da democracia[7]. Beetham nos oferece exemplos dessa variedade. Em primeiro lugar, houve uma avaliação comparativa a partir de variáveis empíricas quantitativas, com o propósito de descobrir o que, historicamente, viria primeiro: desenvolvimento econômico ou político (riqueza material ou democracia). De acordo com esse autor, tal linha de pesquisa, preocupada com conexões causais, produziu resultados pouco conclusivos, geralmente pessimistas e deterministas, nem sempre confirmados pela história.

Um segundo tipo de levantamento empírico teve a intenção de estabelecer notas gerais para cada país e classificá-los em *rankings*. Estes são utilizados como guia por agências de apoio ao desenvolvimento, e, consequentemente, como um incentivo para o próprio país aperfeiçoar-se e superar-se dentro de uma espécie de competição internacional de desempenho democrático (tal como definido por tais agências)[8]. Nessa linha, a quantificação tem um fim em si mesmo e não se preocupa em extrair causalidades. Quer simplesmente instituir uma prática de certificação e de distribuição de selos de qualidade que consigam influenciar cada país a direcionar-se por um caminho considerado mais defensável. Essa corrente, na opinião de Beetham, teria também graves problemas. Primeiro, pela arbitrariedade na tradução de julgamentos qualitativos em medidas

6 Guillermo O'Donnel, relacionando democracia e *rule of law*, dá uma ideia desse *continuum* a partir do qual se deve pensar na qualidade da democracia: "For these reasons I believe that, in assessing the rule of law and its linkages with democracy and democratic quality, one should begin by defining a point below which, though there may be some rule by law, there is no rule of law. Having established more or less approximately such a cutting point, what lies above it is a multidimensional continuum showing the degrees (or levels) to which, along the various dimensions into which the concept has been disaggregated, it may be said that the rule of law exists, especially in its incarnation as a democratic rule of law" (Why the rule of law matters, *Journal of Democracy*, v. 15, n. 14, 2004).

7 David Beetham, Towards a universal framework for democracy assessment, *Democratization*, v. 11, n. 2, 2004.

8 Pode-se mencionar, por exemplo, os relatórios de organizações como *Freedom House, Polity 4, LatinoBarometro* etc.

quantitativas. A quantificação geraria uma aparência de objetividade e neutralidade para julgamentos de valor controversos. Segundo, pela implausibilidade e aparência autocongratulatória das altas notas recebidas por países ocidentais. Estas forçariam o resto do mundo a atingir os supostos parâmetros de excelência dos países ocidentais centrais, exercício que seria etnocêntrico e de mascaramento ideológico[9].

Avaliações comparativas dos regimes democráticos podem cumprir uma série de propósitos, muitos deles justificáveis, outros nem tanto. Algumas tentativas recentes, tais como as descritas acima, apenas mostraram as armadilhas cognitivas e as dificuldades metodológicas presentes na comparação de países a partir de um conceito tão moralmente carregado quanto "democracia". Contudo, não me parece que a alternativa em face desses obstáculos seja abandonar tal pretensão, mas buscar a forma adequada de operacionalizá-la. O antídoto contra a comparação viciada e ideológica encontra-se provavelmente num método que não se limite a identificar, descrever e contrastar diferenças a partir de variáveis neutralizadas, mas de dar transparência à teoria normativa que obrigatoriamente as informa. Os pontos de partida, nesse sentido, não podem ser congelados e blindados contra a crítica. Constituem juízos de valor e posicionam-se no coração das disputas da teoria política. Indicadores de qualidade transparentes são aqueles, portanto, que não se apresentam como autoevidentes, mas arrastam consigo sua fundamentação moral.

Conectar nossos ideais políticos com a prática institucional é o que avaliações de qualidade pretendem fazer. Um exercício mais complicado do que simplesmente delinear um ideal normativo abstrato, pois precisa especificar medidas de aproximação em relação a esse ideal. Para tanto, um *continuum* multidimensional bem construído é o único instrumento teórico capaz de fazê-lo. Este capítulo propõe o acréscimo de um indicador a esse *continuum*.

3. O desempenho deliberativo das instituições democráticas

A teoria política dos últimos 30 anos assistiu ao renascimento de uma velha ideia que sempre permeou a filosofia política clássica: o

9 Jorge Esquirol faz crítica semelhante às tradicionais avaliações sobre o Estado de Direito na América Latina, tradicionalmente tidos como "direito fracassado" (*failed law*). Cf. The Failed Law of Latin America, *American Journal of Comparative Law*, v. 56, 2008.

valor da deliberação como forma de tomada de decisões políticas legítimas[10]. Apesar de inúmeras variações nas teorias contemporâneas da democracia deliberativa, há um mínimo denominador comum que todas compartilham: escolhas políticas, para que sejam legítimas, devem ser o produto de deliberação entre agentes racionais e iguais. Argumentação e persuasão são as virtudes políticas em foco.

Recorro a uma sistematização de Jon Elster para oferecer esse panorama resumido[11]. Nem todas as decisões coletivas ocorrem exclusivamente por meio de deliberação. Há pelo menos duas outras formas bastante comuns pelas quais nossas instituições decidem: a barganha e o voto. Essas três formas puras raramente aparecem sozinhas em processos decisórios reais. É mais comum vermos a combinação de dois ou mesmo dos três elementos. Deixemos a barganha de lado por um momento para nos concentrarmos nas outras duas formas que operam um contraste bastante elucidativo (deliberação e voto). Essa dicotomia é intrinsecamente conectada a uma outra: entre transformação e agregação. Explicando melhor: quando falamos em tomada de decisão por meio do voto, referimos-nos à agregação de posições individuais. A decisão coletiva é o produto da soma dessas decisões individuais e a maioria vence. Quando falamos em deliberação, supomos que os agentes decisórios estão sujeitos a formar e a transformar suas posições políticas no calor do debate, estão dispostos a persuadir e a serem persuadidos. Ou seja, suas posições não são imutáveis e eles não as trazem prontas e acabadas de casa. Constroem-nas em conjunto com os outros, no fórum público.

A prática decisória deliberativa teria algumas vantagens: minimizaria o desacordo, despertaria respeito mútuo, geraria justificativas racionais para as decisões, e teria até, para alguns, um valor epistêmico (ou a maior probabilidade de alcançar a decisão correta). A necessidade de que todos os agentes apresentem publicamente razões que sejam minimamente aceitáveis para todos os outros, mesmo que discordem impõe um limite ao que pode ser decidido, um

[10] Esse renascimento e sua articulação com o ideal da democracia devem-se, inicialmente, às contribuições de John Rawls e Jürgen Habermas.

[11] Cf. ELSTER, Jon, *Deliberative democracy*, p. 5-7. Elster destaca o voto, a deliberação e a barganha como os métodos que predominam na política moderna. Não se deve esquecer que métodos relacionados ao sorteio, rodízio e concurso subsistem em dimensões mais ou menos aparentes dos complexos procedimentos da democracia constitucional.

constrangimento da razão. Na expressão famosa de Jon Elster, a deliberação beneficia-se da "força civilizadora da hipocrisia", ou seja, por mais cínicos que sejam nossos interesses, a necessidade de traduzi-los na linguagem da razão pública lhes imporia limites. A razão pública, supõe-se, não aceita qualquer coisa[12].

Teorias da democracia deliberativa provocam, portanto, uma mirada particular sobre a qualidade da democracia – melhor será esta quanto melhor for seu desempenho deliberativo, e maior será este quanto maior for sua capacidade de oferecer razões públicas para as decisões coletivas. Há variados indicadores de desempenho de instituições democráticas. Uma elaboração abrangente sobre eles não caberia neste capítulo. Ressalto apenas mais um que deveria integrar essa agenda. Esse é um exercício complicado, tanto ou mais que os outros. Lida com uma medida difícil de ser ponderada, pois inclui não só a qualidade dos argumentos em jogo, mas também do processo de debate em si.

Não estamos, pelo ângulo deliberativo, preocupados em observar o impacto das decisões, ou em julgar sua correção (moral, econômica ou política). Tampouco nos satisfazem as potenciais garantias procedimentais disponíveis. A maneira pela qual tais garantias procedimentais foram operadas e, mais do que isso, pela qual os argumentos de cada participante foram pesados no processo decisório é o que mais importa nesse exame.

Não há grande novidade em tudo que foi dito aqui. Parece-me difícil discordar de qualquer uma dessas duas teses. Elas não só permanecem ainda num plano abstrato demais para despertar um desacordo mais afiado, quanto decorrem de certo senso comum bem-intencionado. Supondo-se que a democracia seja a melhor forma de governo, é improvável que se negue a relevância de medir a sua qualidade, o que requer a construção de métodos e medidas para testá-la. Ninguém negaria, também, que uma medida importante de desempenho é a deliberativa. A controvérsia provavelmente se acentua no passo seguinte: como mensurar o desempenho deliberativo de decisões judiciais, legislativas e executivas? A comparação entre o desempenho deliberativo de parlamentos representativos e cortes constitucionais teria algo a acrescentar à secular discussão sobre quem deveria prevalecer (ou ter a última palavra) na interpretação da constituição?

[12] A ideia de "razão pública" recebe seu tratamento contemporâneo mais profundo em John Rawls. Cf. *Political liberalism*.

A disputa pelo direito à última palavra fica em suspenso neste texto. Concentro-me numa questão mais produtiva. Suponho que um bom desempenho deliberativo de uma corte constitucional pode, em grande medida, contribuir para a sua legitimidade (independentemente de o parlamento ser um lugar mais democrático ou não). Cortes constitucionais são instituições consolidadas pela história recente da maioria das democracias, e críticas acadêmicas e teóricas dificilmente as farão desaparecer. Importa, por isso mesmo, pensar na larga margem de variações que pode existir dentro de sua prática decisória. A suposição de fundo é que essas variações fazem as cortes serem mais ou menos democráticas, e, por isso, uma corte que tente maximizar seu desempenho deliberativo estará menos vulnerável às eventuais objeções remanescentes.

Se olharmos a teoria constitucional que defende o controle de constitucionalidade, encontraremos argumentos estritamente conectados com essa singularidade deliberativa da corte. A corte seria um cenário privilegiado, onde o máximo de racionalidade emerge. É a instituição que decide, sobretudo, por meio do argumento. Rawls, ao exemplificar o que seria a sua ideia de razão pública, afirmou que a corte seria uma "instituição exemplar de razão pública"[13]. Dworkin, numa formulação um pouco diferente, defende que a corte seja o "fórum do princípio". Alexy, por sua vez, chega a dizer que a corte realizaria uma "representação argumentativa", que complementaria a representação meramente eleitoral[14]. O julgamento de uma corte constitucional seria o ponto institucional mais próximo da "situação ideal de discurso", um padrão regulativo que concebe um ambiente em que todos os participantes da deliberação tenham igual oportunidade de falar e não sofram constrangimentos de nenhum tipo.

Esses autores não desenvolveram mais detalhadamente o significado dessa especificidade da corte constitucional. Dizem, simplesmente, que por ser uma instituição insulada das disputas da política eleitoral, independente e imparcial, habituada e cobrada a argumentar, teria melhores condições para decidir racionalmente. Valorizam esse especial dever de justificar que se exige da corte, à diferença dos outro poderes. Haveria um refinamento na argumentação judicial que outras instituições não conseguiriam atingir. Ao focarem exclusivamente na boa justificativa da decisão judicial, subestimem o processo de deliberação em si pelo qual a corte, um órgão colegiado, toma decisões. Passo agora para a parte mais exploratória e experimental do texto. Esboço alguns traços principais que compõem o desempenho deliberativo de cortes constitucionais. Não me preocupo, tal como aqueles autores, em demonstrar ou defender o caráter eventualmente superior da deliberação judicial em oposição à legislativa. Proponho apenas verificar o potencial deliberativo de cortes constitucionais e defender que a maximização do desempenho é um valor a ser perseguido independentemente de outras cogitações a respeito do melhor arranjo institucional da democracia.

[13] Cf. *Political liberalism*, p. 231.

[14] Diversos outros autores compartilham desse entusiasmo ou esperança de que a corte possa resistir aos efeitos perversos de uma simples agregação de interesses. Owen Fiss e Frank Michelman são duas outras referências conhecidas, entre outras.

4. As medidas do desempenho deliberativo da corte constitucional

Quais são os indicadores do desempenho deliberativo de uma corte constitucional? Nossa formação não nos acostumou a avaliar a decisão judicial em termos de desempenho. Estamos mais frequentemente preocupados em encontrar a resposta certa. Enredamos-nos na camisa de força da interpretação correta *versus* interpretação errada e habituamo-nos a pensar no juiz como personagem isolado e solitário, que não precisa interagir com ninguém, mas apenas tomar uma decisão soberana conforme sua consciência. Se essa imagem pode parecer plausível para o juiz de primeiro grau, certamente não o é em relação a um tribunal, ainda menos ao constitucional.

Ao conceituar a ideia de desempenho deliberativo e defendê-la como ferramenta necessária de avaliação e aperfeiçoamento da adjudicação constitucional, não proponho substituir uma teoria da interpretação, ou envolvê-la dentro de um conceito mais abrangente. Sugiro que a própria escolha de métodos interpretativos seja um dos motes sujeitos à deliberação aberta e franca entre os juízes que integram um fórum de decisão colegiada. Portanto, apesar de resvalar em eventuais cânones de interpretação, acredito tocar em algo diferente, ainda que conectado a ele.

Que modelo de corte constitucional podemos ter? Qual é o modelo mais compatível com o ideal de instituição deliberativa exemplar? É preciso articular um conjunto abrangente de variáveis qualitativas. Não se trata de uma reunião de indicadores monolíticos e independentes, mas de um grupo de valores que estão em permanente tensão e precisam ser balanceados. Esse balanceamento é certamente controverso, mas a percepção desse conjunto comple-

xo e multifacetado nos fornece um panorama útil sobre o que está em jogo[15].

Uma primeira divisão analítica importante para se perceber as dimensões deliberativas da corte ocorre entre três momentos da adjudicação constitucional. O primeiro refere-se à preparação da deliberação, a todo o processo que antecede e informa o julgamento. Dentro desse espaço, estão em jogo os determinantes institucionais que impactam e condicionam a decisão colegiada. Aqui se pode pensar, entre outras coisas, nas (i) regras processuais que potencializam a canalização de uma pluralidade de argumentos à corte, e nas (ii) condições materiais que impactam o julgamento do caso, tais como o volume de processos ou o tempo disponível para julgar. O segundo momento é a deliberação em si, na qual o órgão colegiado se reúne para, por meio da interação argumentativa, produzir a decisão. O terceiro momento diz respeito ao produto da deliberação: a decisão escrita. Entre os *inputs* trazidos na instrução do processo, e o *output* da decisão escrita, há, portanto, um momento central para o qual prestamos menos atenção, apesar de sua óbvia importância na legitimação dessa instituição num regime democrático.

Tendo em vista esses três estágios, apresento dois tipos de parâmetros qualitativos do desempenho deliberativo[16]. O primeiro corresponde às demandas ou ônus argumentativos que atravessam e se aplicam igualmente aos três estágios. São as fontes genéricas às quais recorremos para a formulação de um argumento constitucional. Não se soma a mais um método interpretativo, mas simplesmente indica alguns elementos aos quais qualquer método deve prestar contas. Faz parte da deliberação, nesse sentido, o debate sobre a própria escolha do método adequado de interpretação. Aponto para quatro ônus de um argumento constitucional.

15 Lon Fuller, p. ex., faz exercício parecido para estabelecer padrões de excelência da decisão legislativa. Segundo ele, melhor será o legislador, e melhores condições terão as regras jurídicas de serem obedecidas quanto mais respeitarem os princípios da generalidade, publicidade, não retroatividade, clareza, não contradição, viabilidade, constância temporal e a congruência entre a regra e a atuação dos agentes públicos. Esses princípios, contudo, podem também entrar em conflito e caberá ao legislador balanceá-los caso a caso (cf. *The morality of law*, p. 46 e s.).

16 Cada um desses ônus ecoa certamente muitos autores de teoria constitucional, mas procurarei indicar apenas alguns dos principais deles.

O primeiro seria a demanda por "transparência e sinceridade argumentativas"[17]. Exige-se do bom juiz explicitação das escolhas morais necessariamente envolvidas na interpretação constitucional, uma "consciência teórica ativada"[18]. Essa exigência decorre de uma suposição: juízes criam, e criam ainda mais na interpretação constitucional. Tal criação, para que se sustente, precisa estar lastreada numa teoria moral consistente. Uma cultura jurídica que escamoteia essas escolhas por trás de uma "cortina de legalismos"[19] não contribui para o Estado Democrático de Direito.

O segundo seria a exigência de "densidade e consistência jurisprudencial", de um esforço para conectar passado, presente e futuro, para desenvolver uma racionalidade incremental e, caso a caso, ao mesmo tempo prospectiva e retrospectiva. Em outras palavras, tal critério defende uma atitude construtiva em relação a precedentes, e a consciência de que a decisão presente firmará um precedente para decisões posteriores. Esse é um requisito para criação de uma cultura jurídica sólida, na qual não permanece tudo em aberto, como se, a cada novo caso, houvesse uma amnésia institucional e um retorno ao ponto zero da história constitucional, ou um compromisso exclusivo com o texto cru da constituição. Um tribunal com consistência jurisprudencial tem sensibilidade histórica, e por isso não ignora que a interpretação está sujeita também ao desenvolvimento e à mutação. Há um dever *prima facie* de construir e respeitar precedentes, mas este não se confunde com obediência cega. Má jurisprudência pode e deve ser rejeitada. É preciso, no entanto, que ela seja costurada, que as conexões com o passado sejam iluminadas mesmo que se rejeite ou se adapte o precedente. Na imagem feliz de Dworkin, o Estado de Direito não deve desprezar a importância de redigir o seu "romance em cadeia"[20].

17 O principal formulador sobre a ideia da necessidade de transparência e sinceridade para um exercício inevitavelmente permeável ao juízo moral é Ronald Dworkin (cf., p. ex., *Freedom's law*).

18 Expressão emprestada de Diego López Medina, que em sua palestra no seminário do qual resulta este livro refletiu sobre a "consciência hermenêutica ativada".

19 Expressão do juiz Handy em seu voto no "Caso dos Exploradores de Cavernas", festejada alegoria escrita por Lon Fuller que apresenta um choque de teorias da interpretação.

20 Aqui, as ideias de "integridade", "força gravitacional dos precedentes" e "romance em cadeia" de Ronald Dworkin, de "consistência" e "coerência" em Neil MacCormick, entre vários outros, são referências fundamentais

O terceiro seria a "abertura para a deliberação interinstitucional". Implica a rejeição de uma atitude imperial oriunda de certo senso comum sobre a supremacia judicial, que não considera os atos legislativos como interpretações constitucionais genuínas, em relação às quais a corte poderia reagir desde que tenha boas razões para tanto. Tal posição é indefensável do ponto de vista teórico, para não dizer ingênua do ponto de vista empírico. Apega-se à imposição de uma última palavra, como se a corte fosse o intérprete exclusivo e monopolista da constituição[21]. Não percebe que, independentemente de suas decisões, respostas legislativas serão sempre possíveis. Num contexto de interação contínua, é mais produtivo considerar o parlamento como participante de uma deliberação interinstitucional, como um agente a ser persuadido mas que também pode persuadir legitimamente. Refiro-me aqui à construção de um modelo de separação de poderes, e, mais especificamente, de relação entre parlamento e corte constitucional que não seja somente adversarial (um braço de ferro institucional), mas também deliberativo (em que nenhum se exime de desafiar o outro, desde que o escute e que apresente novas razões)[22]. Os poderes, nesse segundo modelo, são cobra-

para se entender e construir uma teoria normativa dos precedentes constitucionais que se aplique tanto às tradições do *common law* e do *civil law*, distinção que, no plano do controle de constitucionalidade, faz pouco sentido. O senso comum de que em sistemas de *civil law* um tribunal constitucional não tem nenhum dever de deferência aos seus precedentes, ao contrário do *common law*, é duplamente equivocado: engana-se do ponto de vista da teoria normativa (pois a desconsideração pura e simples de precedentes é incompatível com o *rule of law*), e erra por desinformação histórica (a prática dos tribunais em sistemas de *common law* não é tão acriticamente obediente a precedentes, assim como no *civil law* juízes não são assim desatentos diante de precedentes, independentemente de serem reconhecidos ou não como fontes formais do direito).

21 Há uma literatura ampla sobre diálogo interinstitucional que caminha nesse sentido. Recomendo como ponto de partida para esse debate o texto de BATEUP, Christine,The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006.

22 Cláudio Michelon suscitou uma dificuldade do diálogo entre corte e parlamento ao observar que a corte não pode ouvir todos os tipos de argumento. De fato, o repertório argumentativo do legislador é maior e mais complexo. Mesmo assim, em casos relacionados a direitos fundamentais, ele também pode e deve se comunicar, entre outros, no código dos princípios, próprio da corte. Caso não o faça, está aí uma oportunidade para a corte desafiar o parlamento a fazê-lo.

dos reciprocamente pelas suas responsabilidades deliberativas. Cortes não são apenas um contrapoder, uma força contramajoritária. São também um contra-argumento e oferecem razões em geral independentes da aprovação da maioria[23].

O quarto parâmetro geral seria o de uma "atitude crítica e construtiva perante a comunidade global de cortes". Trata-se de uma preocupação de olhar para a jurisprudência estrangeira ou internacional como um estoque de soluções constitucionais mais ou menos persuasivas para problemas morais e políticos similares. Evita-se uma atitude reverencial a duas ou três cortes canônicas (como a norte-americana ou alemã), comumente usadas como argumento de autoridade, ou a rejeição sumária das não canônicas, como se não tivessem nada a dizer e a ensinar em casos semelhantes[24]. Considera a proteção de direitos como um empreendimento comum das democracias, e, portanto, atenta-se à importância de se conhecer outras experiências de argumentação constitucional em casos similares.

Acrescento a esses quatro parâmetros genéricos alguns que se aplicam especificamente a cada um dos três momentos delineados anteriormente. No momento preparatório, pode-se pensar na "versatilidade procedimental" para canalizar e incorporar a diversidade argumentativa presente na esfera pública. Uma corte que consegue captar tal pluralismo na interpretação de direitos estará mais apta a conhecer e a levar todos esses pontos de vista a sério. Preocupa-me,

23 Alguém poderá perguntar sobre quem decide, enfim, quando ambos poderes discordam. Na Constituição brasileira, a última palavra é, de fato, do STF. Essa percepção, porém, cria um quadro míope e incompleto sobre a interação entre os poderes, e não percebe que última palavra, inevitavelmente, é provisória. Pode parecer uma conclusão contraintuitiva. Essa interação infinita, no entanto, é produto necessário da separação de poderes. Trata-se de uma percepção da política e da legitimidade democrática na perspectiva de longo prazo, que relativiza as conclusões produzidas pela obsessão em saber, numa perspectiva de curto prazo, quem tem a última palavra. Desenvolvi esse argumento na tese de doutorado *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, defendida no departamento de ciência política da USP em 2008.

24 O papel do direito comparado, ou da jurisprudência comparada, na adjudicação constitucional é um debate quente no direito constitucional americano contemporâneo, e que também tem repercussões em outros países. Para começar, vale a pena ver Jeremy Waldron (Foreign law and the modern ius gentium, *Harvard Law Review*, v. 119, 2005) e Anne-Marie Slaughter (A global community of courts, *Harvard International Law Journal*, v. 44, 2003).

aqui, quem argumenta, quem efetivamente tem a chance de apresentar razões.

Para o momento da deliberação propriamente dita, duas seriam as medidas capazes de nos ajudar a avaliar o desempenho da corte. A primeira seria a "diversidade dos deliberadores", ou seja, a composição plural do órgão colegiado. Refiro-me, portanto, a quem delibera[25]. A segunda seria a "qualidade deliberativa interna" (deliberação intrainstitucional), ou seja, a maneira como se delibera, a atitude necessária de cada participante para que a deliberação possa ser bem-sucedida. Abertura para ser convencido e mudar de posição e o uso de razões publicamente defensáveis são requisitos indispensáveis.

Num tribunal, o maior desafio é encontrar uma linha comum de argumentação, identificar e reduzir desacordos, esforçar-se pela convergência sem suprimir a divergência ou o direito do voto vencido (direito que carrega a responsabilidade de demonstrar por que discorda, pois não se vota vencido gratuitamente). Numa boa deliberação interna os juízes prestam atenção a todos os participantes, incorporam os argumentos dos outros em seus posicionamentos, seja para aderir ou para dissentir. Sua posição final não é formada em casa ou na paz do seu gabinete, mas no fórum público (ainda que o "público" limite-se ao colegiado). Não estão obrigados a esconder o desacordo, mas comprometem-se a participar de uma autêntica deliberação, e não de mera agregação de posições individuais. A instituição de um tribunal supõe que o julgamento colegiado tem um valor que não pode ser substituído por um juiz isolado, mesmo que

25 Vários detalhes de desenho institucional estão em jogo aqui. Duas variáveis importantes dentro desse parâmetro são: (a) o processo de nomeação e (b) o tempo no cargo. Há, no direito constitucional comparado, dois modelos paradigmáticos: o norte-americano (que une a nomeação do presidente, a sabatina do senado, e o mandato vitalício) e o europeu/alemão (nomeação do poder legislativo e mandato por tempo determinado). Muito se tem discutido no Brasil sobre a conveniência de reformar o modo de nomeação dos ministros do STF. Recomendações de reforma institucional devem ser feitas com cuidado e com informação empírica criticamente construída, além de cautela no diagnóstico. Formalmente, adotamos o modelo americano, mas ainda não está claro que esse modelo prejudica a qualidade da deliberação do STF. A realidade bipartidária da Suprema Corte nos EUA é bastante diversa, apesar da semelhança formal no modo de nomeação.

sábio, ao modo de Hércules[26]. Supõe, por isso, que a diferença entre o julgamento colegiado e o monocrático não é apenas o número de juízes, mas algum valor presente no processo pelo qual eles decidem. Em poucas palavras, intenta criar um fórum deliberativo, não meramente agregativo[27, 28].

Finalmente, no momento de produção da decisão escrita, deve-se levar em conta que o texto será, necessariamente e em alguma medida, um empobrecimento da deliberação. Como traduzir uma rica deliberação numa decisão escrita? Sugiro que o princípio que deve guiar esse exercício, estritamente conectado com o anterior, é o da "identidade institucional": o esforço de tradução da deliberação colegiada numa decisão supraindividual, que não se confunde com mera soma de opiniões isoladas (sem reprimir, mais uma vez, decisões dissidentes, o que exige o balanceamento do esforço de convergência e do direito de discordar). Dito de outro modo, é a busca de uma autoria institucional, e não individual, de decisões.

26 Não se pode dizer, é verdade, que o juiz singular não delibere em absoluto. O processo judicial de primeira instância tem uma dinâmica em que a interação com as partes estimula um tipo de debate que, por mais diferente que seja da corte constitucional (pois as partes não são propriamente deliberadores neutros, entre outras diferenças procedimentais), pode ser classificado também dentro da escala gradualista da prática deliberativa.

27 Há poucas referências de autores que trabalham com a "qualidade deliberativa interna". Recomendo, para começar, o artigo de John Ferejohn e Pasquale Pasquino (Deliberative institutions, em *Constitutional justice: East and West*, editado por W. Sadurski, Springer), e o livro de Mitchel Lasser (*Judicial deliberations*, Oxford University Press).

28 Esse é também um desafio, tanto de desenho quanto de mentalidade institucional, para encontrar um ponto de equilíbrio entre o modelo de corte inspirada no consenso, como a francesa, e o da corte animada pelo voto majoritário, como a americana. O dilema institucional entre sessão pública e sessão secreta tampouco deve ser subestimado. A possibilidade da demagogia e da retórica judicial quando os juízes falam para o grande público têm que ser levada em conta num desenho ideal. É um problema enfrentado pela democracia desde sua origem. No modelo ateniense de democracia direta, p. ex., prevalecia uma "democracia de oradores", os quais não buscavam convencer uns aos outros, mas somente a plateia. Com a passagem da democracia de praça pública para a democracia de parlamento, criou-se um foro potencialmente mais deliberativo, com os representantes discutindo. Ao mesmo tempo, porém, eles também prestam contas aos eleitores, o que pode prejudicar um engajamento deliberativo genuíno (cf. Jon Elster, *Deliberative democracy*).

O modelo apresentado acima é certamente simplificado e incompleto. Qualquer iniciativa de aperfeiçoamento institucional de uma corte constitucional deve passar, entretanto, por todas essas dimensões. A tabela abaixo permite-nos visualizar melhor os elementos esboçados acima:

Momentos	Parâmetros específicos	Parâmetros gerais
1) Pré-deliberação	Versatilidade procedimental	(i) Transparência e sinceridade argumentativas (ii) Densidade jurisprudencial (iii) Abertura para o diálogo interinstitucional (iv) Abertura para a comunidade global de cortes
2) Deliberação	(i) Diversidade dos "deliberadores" (ii) Deliberação intrainstitucional	
3) Pós-deliberação	Identidade institucional, mas aberta à dissidência	

Em vez de defender um método interpretativo, o modelo apresentado impõe responsabilidades deliberativas. A deliberação é antídoto ao ofuscamento, e não há democracia se as justificativas das decisões coletivas são ofuscadas. Os membros de um tribunal constitucional estão envoltos, entre outras coisas, numa rede de constrangimentos argumentativos. Enquanto juízes individuais, estão sujeitos a deveres de coerência, consistência e racionalidade em geral. Enquanto membros de um órgão colegiado, participam de um processo decisório que supõe haver, na deliberação coletiva, algum valor além da agregação de opiniões individuais. Enquanto membros de instituição que integra a separação de poderes, estão envolvidos numa deliberação com os outros poderes, especialmente com o parlamento, o qual goza de um *pedigree* democrático diferente mas que também interpreta a constituição. Por fim, enquanto tribunal constitucional de um regime democrático que se compromete a proteger direitos, integram um empreendimento transnacional de busca por respostas moralmente bem fundamentadas para o significado dos direitos. Ilumina-se um potencial argumento normativo que pede ao tribunal uma atitude menos olímpica na interpretação da constituição, tarefa na qual o legislador pode, eventualmente, mesmo que não seja sua tarefa rotineira, engajar-se.

Esses são níveis de deliberação dos quais a corte pode se beneficiar se adotar uma postura horizontal e cooperativa: a deliberação entre decisões passadas e presentes; a intrainstitucional; a interinstitucional; e, por fim, a internacional. Concebe-se um ideal político que cobra do juiz constitucional, em nome de sua legitimidade, uma atitude deliberativa consigo mesmo, com seus pares, com os outros poderes e com os tribunais internacionais e estrangeiros. Levar a sério todas essas fontes possíveis do argumento constitucional, aliando-se aos argumentos que considerar adequados e recusando, explicitamente, aqueles que entender impertinentes, é a virtude a ser alcançada e cultivada. A democracia deve estimular uma expectativa deliberativa, e juízes têm um papel central a cumprir na concretização dessa meta.

5. Algumas conclusões e a prática do STF

A teoria normativa que aceita o controle de constitucionalidade de forma mais sofisticada não o compra a qualquer preço. Condiciona tal legitimidade ao sucesso na proteção de direitos, ou então, mais modestamente, ao alcance de um desempenho deliberativo singular. Mesmo nessa segunda hipótese, impõe-lhe um ônus significativo. Mas não foi muito mais longe do que isso para entender o que deliberação significa concretamente (para além de uma sugestão abstrata de "bom argumento"). Um tribunal constitucional costuma ser o principal candidato ao título de instituição deliberativa exemplar. Esse título não se presume nem é automático. Precisa ser conquistado. A corte deve ser interpelada pelo seu desempenho deliberativo, afinal é disso que sua reputação e legitimidade dependem. Desconfio que essa busca passa por alguma combinação dos elementos enumerados acima.

A prática consolidada do STF está à altura de sua responsabilidade deliberativa? Exporei aqui apenas algumas impressões sobre como o STF se insere nessa história. O episódio do julgamento das células-tronco, com o qual abri o texto, pode ser elucidativo.

Esse caso sugere que o STF tem mecanismos eficientes e flexíveis para a preparação da deliberação, ou seja, para o momento 1 do esquema acima (especialmente pelos instrumentos da audiência pública e do *amicus curiae*)[29]. Mais do que isso, o grau de publicidade

[29] Não se pode deixar de observar, contudo, que o entusiasmo recente com o instrumento da audiência pública, celebrada superficialmente como suposta "democratização" da jurisdição constitucional, tem obscurecido a urgência de uma teorização mais rigorosa sobre seu papel e limites, sobre sua potencial função e legitimidade. As poucas experiências até aqui mostram que esse instrumento tem sido usado, numa leitura otimista, simplesmente para coletar argumentos de especialistas ou atores interessados na causa, ou para dar uma mera oportunidade de que eles se manifestem. Numa leitura mais cética, tais eventos têm gerado a suspeita de que seu uso não passa de um exercício diletante que cria uma ilusão de "representatividade

dos seus atos (em geral disponíveis no site do tribunal) permite alimentar discussões bem informadas na sociedade e na esfera pública informal.

Por outro lado, parece haver aspectos problemáticos que dificultam, respectivamente, uma deliberação de boa qualidade e a produção de uma decisão escrita consistente nos momentos 2 e 3. Esses dois momentos escapam da percepção de certo senso comum retórico que exalta as supostas qualidades procedimentais disponíveis no momento 1[30]. Arrisco-me a fazer um diagnóstico resultante

de" e "participação democrática", que traz o risco de sobrepor a retórica e a teatralidade ao debate racional e sereno. Seja qual for a leitura mais fidedigna e verossímil dessa experiência, algumas perguntas deveriam fazer parte dessa agenda de investigação teórica. Qual a melhor forma de o STF garimpar os argumentos de todos os possíveis atores interessados na causa? A audiência pública adiciona algo ao instrumento do *amicus curiae*? Caso a virtude particular da audiência pública seja a deliberação, como selecionar os deliberadores? Qual deve ser sua qualificação? Por que não realizar a audiência pública com os advogados dos *amici curiae*? Qual deve ser o processo e a duração da deliberação? Quais são os argumentos aceitáveis na adjudicação constitucional? Qual autoridade conferir a argumentos científicos e religiosos? Quais religiões merecem consideração? Quem representa tais religiões – seus fiéis ou autoridades da igreja? Faz sentido colocar todos os especialistas – antropólogos, sociólogos, médicos etc. – numa mesma sessão? Se há controvérsias dentro de cada ciência sobre a resposta correta para a questão envolvida na causa, quais e quantos especialistas chamar? Seria uma boa ideia realizar uma série de audiências públicas, cada uma dedicada a provocar a deliberação entre especialistas dentro de uma mesma ciência? Ou é melhor reunir todos juntos numa mesma sessão de poucas horas, tal como ocorreu no caso das células-tronco, e deixar que cada um simplesmente exponha seu ponto de vista? Há deliberação genuína nesse caso? Qual o seu possível valor e utilidade? Tais perguntas, entre muitas outras, precisam ser respondidas pelo tribunal. Até agora não há noção clara sobre o papel da audiência pública para além de um senso comum inconsistente. Mesmo que ela seja convocada e estruturada a partir de uma decisão discricionária, os critérios que orientam tal discricionariedade devem ser postos sob escrutínio público. A versatilidade procedimental à disposição do STF, portanto, deve estimulá-lo a experimentar criticamente as alternativas que gerem uma melhora qualitativa de seu desempenho.

30 Bom exemplo desse senso comum retórico é a passagem do voto do Min. Gilmar Mendes no caso das células-tronco (ADIn 3.510). Parece acreditar que os *inputs* procedimentais são suficientes para a legitimidade do STF e celebra os instrumentos da audiência pública e *amicus curiae*: "O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma

da experiência pessoal de leitura de decisões e acompanhamento dos julgamentos do STF. Se essa percepção individual for empiricamente verossímil, o STF deixaria de atender a diferentes critérios de legitimidade enunciados no texto.

Há, na prática decisória do STF, sintomas preocupantes que sugerem um caráter predominantemente agregativo do tribunal. Em primeiro lugar, gera óbvia suspeita a baixa frequência de mudança de posicionamentos individuais em virtude dos argumentos novos suscitados no julgamento. O fato de que os votos já chegam prontos e são, com muita frequência, meramente lidos na sessão pública, dá alguma medida do descaso relativo à opinião dos outros membros. Parece evidente não haver consciência do valor da convergência de posições individuais quando não se faz sequer um esforço de composição de votos que alcançam um mesmo ponto de chegada, apesar de percorrerem caminhos diversos.

Segundo, a rígida formalidade da sequência de votos, ainda que pareça importante como princípio organizacional do julgamento, inibe uma interação mais livre se seguida a todo custo. Terceiro, o curioso instituto do voto-vista permite que qualquer ministro, sem ter necessariamente ouvido as opiniões de outros ministros, interrompa o julgamento (fato ocorrido na primeira sessão do caso das células-tronco). Essa prática é rotineira e naturalizada na tradição recente do STF. É justificada sob um distorcido rótulo de "direito" do juiz. É um vício que passa quase despercebido e sem interpelação crítica. Ainda mais grave, pode deixar casos importantes por alguns anos "engavetados" (o que não ocorreu com o caso das células-tronco pela pressão social e dos próprios membros do tribunal).

Casa do Povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. (...) Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão que aqui tomamos hoje".

O voto-vista não deve ser uma prerrogativa incondicional do juiz, sem nenhum preço ou ônus argumentativo (que não o trivial "o caso é complexo, é necessário pensar mais"). Pode talvez justificar-se em casos extremos, mas dificilmente sem, antes, um esforço coletivo de deliberação. Entrar num debate sem a certeza da melhor resposta, ou ao menos disposto a revisá-la, é uma atitude inerente à ética da deliberação. Entrar sem sequer alguma inclinação pela solução correta pode também ser decorrência natural de modéstia cognitiva e honestidade intelectual. Interromper, contudo, o debate antes mesmo de ele começar (como um voto-vista solicitado imediatamente após o voto do relator), a título de, sozinho, precisar pensar mais sobre o assunto, é incompatível com tal ética. Deveria ser o último recurso, não o primeiro. A exceção, não a regra. No caso das células-tronco, a rígida sequência de votação ainda agravou o efeito pernicioso do voto-vista, pois todos os outros ministros, preparados para votar, optaram por fazê-lo na sessão seguinte. A suspensão do julgamento pode fazer sentido para estimular novas rodadas do debate público antes da decisão final, mas precisa de uma justificativa especialmente robusta quando feita a título do pedido individual de um juiz. Reformas procedimentais podem amenizar esse problema, mas o atingimento de um bom padrão deliberativo depende também de uma transformação da mentalidade institucional[31].

Há também uma atitude estratégica em relação a precedentes, fontes permanentes de fundamentação da decisão do STF, mas articulados de maneira assistemática e arbitrária. Isso dificulta a percepção e reconstrução de uma linha jurisprudencial mais clara, a identificação de uma *ratio decidendi* que possa ser generalizada.

[31] Virgílio Afonso da Silva, ao refletir sobre possibilidades de aperfeiçoamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, indicou preocupação semelhante: "A primeira delas diz respeito à ideia de deliberação. Como qualquer um sabe, os ministros do STF não interagem entre si. Aqui é preciso tornar o STF uma instituição que tenha voz própria, que não seja a soma de 11 vozes dissociadas. Em sua forma atual, não há deliberação no STF, não há busca de clareza, não há busca de consenso. Se um tribunal, no exercício do controle de constitucionalidade, tem que ser um *locus* privilegiado da deliberação e da razão pública, é preciso repensar a forma de deliberação do STF" (aula proferida por ocasião da prova de erudição do concurso para professor titular de direito constitucional na Faculdade de Direito da USP, em 15 de setembro de 2006; segundo informações do autor, o texto revisado dessa aula será publicado em breve, sob o título "O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública").

Não se pode deixar de mencionar uma certa tendência de estilo que foge aos padrões mais desejáveis de uma boa fundamentação constitucional. Cada voto é geralmente pensado como uma peça de erudição individual, quando não escorrega para exercícios beletristas fora de lugar, ou quando não reproduz o estilo de um manual didático enciclopédico, perdendo qualquer contato com o caso concreto. Há um apego evidente à autoria individual, e não à autoria institucional. Decisões são frequentemente prolixas e apelam para um grande volume de argumentos de autoridade, em prejuízo da formulação de uma posição coesa e transparente, simples e objetiva. Em suma, tudo isso mostra a prevalência do caráter agregativo do tribunal, e é sinal de seu baixo grau de institucionalidade.

Teorias da interpretação não nos ajudam a pensar na natureza, no potencial e nas virtudes de um julgamento colegiado. As responsabilidades particulares que emergem da natureza colegiada do julgamento de uma corte constitucional precisam ser mais bem teorizadas. O julgamento constitucional não é um ato solitário (exceto, talvez, em controle difuso, que não é a preocupação aqui). Continuamos a pensar, contudo, na tal instituição deliberativa por excelência em termos puramente agregativos. Frank Michelman, ao criticar a concepção de direito como integridade de Dworkin, destaca o valor moral subjacente ao colegiado, fundamental para a legitimação da corte constitucional:

> Hércules, o mítico juiz de Dworkin, é um solitário. Ele é por demais heroico. Suas construções narrativas são monólogos. Ele não conversa com ninguém, exceto por meio de livros. Ele não tem encontros. Ele não percebe o outro. Nada o abala. Nenhum interlocutor viola a inevitável insularidade de sua experiência. (...) Dworkin produziu uma apoteose da decisão judicial sem atenção ao que parece a característica institucional mais universal de uma corte, a sua pluralidade. Temos que considerar para que serve a pluralidade. Minha sugestão é que ela serve para o diálogo, em apoio à razão prática judicial, como um aspecto do autogoverno judicial, no interesse de nossa liberdade[32].

[32] "Hercules, Dworkin's mythic judge, is a loner. He is much too heroic. His narrative constructions are monologues. He converses with no one, except through books. He has no encounters. He has no otherness. Nothing shakes him up. No interlocutor violates his inevitable insularity of his experience and outlook. (...) Dworkin has produced an apotheosis of appellate judging without attention to what seems the most universal and striking institutional characteristic of the appellate bench, its plurality. We ought to consider what that plurality is for. My suggestion is that it is for dialogue, in

"Pluralidade" e "diálogo", a serviço da "razão prática judicial", sintetizam de forma satisfatória a mensagem principal deste capítulo. Apresentei-a por meio da sequência de três argumentos: a necessidade de medir a qualidade da democracia; de levar em conta a deliberação como um indicador de desempenho; e de construir parâmetros de aferição do desempenho deliberativo de cortes constitucionais.

Como ponto de partida, suspendi o juízo sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade. A teoria constitucional foi bastante impactada pela "dificuldade contramajoritária", e, periodicamente, faz um novo esforço para responder a essa objeção. Como se sabe, o juiz criativo preocupa, teórica e historicamente, tanto o ideal do Estado de Direito quanto o ideal da democracia: o Estado de Direito não poderia tolerar o juiz imprevisível, impulsivo, arbitrário e voluntarioso; a democracia, o juiz não representativo, não eleito, antimajoritário e elitista.

Essa literatura resulta muitas vezes num exercício estéril de encontrar a instituição democrática por excelência. Cai numa armadilha binária orientada por uma pergunta simplista: quem deve ter a última palavra? A resposta é: cortes ou parlamentos. Sem querer, neste capítulo, posicionar-me nesse debate, proponho uma tarefa complementar, que não resolve, nem é melhor ou mais correta que a questão anterior. Ilumina, entretanto, uma dimensão necessária e muitas vezes subteorizada e mal percebida. É relevante que não se deixe de pensar também no desempenho dessas instituições, variável que impacta de maneira considerável a avaliação de sua legitimidade. Passo de uma chave binária para uma chave gradualista.

Assumamos, por um momento, que essas instituições são um dado da história e tentemos identificar o que elas podem fazer de melhor pelo ideal democrático. Aceitemos que, na macroescala, vivemos num período em que reformas institucionais grandiosas e inventivas, como nos tempos das grandes revoluções, são pouco prováveis. Suponhamos que assistimos a um momento da história política em que as mudanças institucionais ocorrem pelas margens, de

support of judicial practical reason, as an aspect of judicial self-government, in the interest of our freedom" (Traces of self-government, *Harvard Law Review*, v. 100, 1986).

forma gradual e incremental[33]. A teoria política, sem dúvida não pode ser somente isso – uma reflexão resignada sobre a estrutura institucional existente, sob pena de perder sua capacidade de enxergar outros horizontes possíveis. Mas não pode deixar de cumprir a tarefa mais modesta de nos orientar em tempos de relativa normalidade e estabilidade institucional[34]. Não importa que esse juízo sobre a probabilidade de transformações históricas, eventualmente, esteja errado. O exercício de conceber e demandar a melhor atuação possível das instituições tais como elas aparecem hoje continua a ser imprescindível. Pode-se olhar para o seu potencial democrático, em vez de tentar encontrar quem sai vencedor na disputa entre parlamentos e cortes. Se cada um maximizar seu desempenho, teremos um cenário mais atraente do que o contrário.

33 Um exemplo interessante de reflexão que pensa em reformas institucionais graduais, na microescala, é a proposta de Vermeule (Cf. *Mechanisms of democracy: institutional design writ small*, Oxford University Press, 2007, p. 75).

34 Distinguiria, nessa linha, duas tarefas complementares: a teoria política para hoje, com visão de curto alcance, voltada a orientar as instituições presentes, desafiando-lhes a buscar a legitimidade que está ao seu alcance sem questionar a própria existência delas; e uma teoria política para amanhã, de longo prazo, que concebe as melhores instituições possíveis. A primeira não é inteiramente resignada ou conformista, mas politicamente pragmática. A segunda leva às últimas consequências o potencial da imaginação política radical sobre o modelo mais desejável de sociedade, sem concessões a juízos sobre viabilidade histórica.