

**CENTRO UNIVERSITÁRIO INTERNACIONAL - UNINTER  
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO**

**GUSTAVO MARQUES KRELLING**

**O STF COMO VETOR DA DELIBERAÇÃO PÚBLICA: DIÁLOGOS  
INSTITUCIONAIS, AMICUS CURIAE E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JUDICIAIS NA  
DEMOCRACIA BRASILEIRA**

**CURITIBA**

**2021**

**GUSTAVO MARQUES KRELLING**

**O STF COMO VETOR DA DELIBERAÇÃO PÚBLICA: DIÁLOGOS  
INSTITUCIONAIS, AMICUS CURIAE E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JUDICIAIS NA  
DEMOCRACIA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito do Centro Universitário Internacional – UNINTER, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Linha de Pesquisa: Jurisdição e Processo na Contemporaneidade.

Orientadora: Professora Doutora Estefânia Maria de Queiroz Barboza.

**CURITIBA  
2021**

## **BANCA EXAMINADORA**

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Estefânia Maria de Queiroz Barboza  
UNINTER, Brasil – Orientadora

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Milena Petters Melo  
PPGD/FURB, Brasil - UNICAMPANIA, Itália

---

Prof. Dr. Doacir Gonçalves de Quadros  
UNINTER, Brasil

Curitiba, 10 de dezembro de 2021.

Dedico este trabalho aos sujeitos e às instituições que têm procurado a prestação jurisdicional por meio instrumentos de razão pública.

Dedico àqueles e àquelas pessoas em situação de vulnerabilidade ainda distantes do acesso à Justiça.

Com votos de que o STF se torne cada vez mais uma Corte permeável ao debate público.

## O Que É, o Que É?

[...]

Viver  
E não ter a vergonha  
De ser feliz  
Cantar e cantar e cantar  
A beleza de ser  
Um eterno aprendiz

Ah meu Deus!  
Eu sei, eu sei  
Que a vida devia ser  
Bem melhor e será  
Mas isso não impede  
Que eu repita  
É bonita, é bonita  
E é bonita  
[...]

Há quem fale  
Que a vida da gente  
É um nada no mundo  
É uma gota, é um tempo  
Que nem dá um segundo  
Há quem fale  
Que é um divino  
Mistério profundo  
É o sopro do criador  
Numa atitude repleta de amor  
[...]

Viver  
E não ter a vergonha  
De ser feliz  
Cantar e cantar e cantar  
A beleza de ser  
Um eterno aprendiz

**GONZAGUINHA**

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a todas as pessoas que contribuíram para a construção desse trabalho. Em primeiro lugar, à Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz, pela oportunidade de aprendizado e orientação. O seu compromisso com a pesquisa de excelência inspira a todos e, em especial, inspirou-me nessa jornada.

Ao Centro Universitário Internacional – Uninter – pela bolsa integral de pesquisa acadêmica. Aos Professores do Mestrado meu muito obrigado. A todas as pessoas da equipe do Programa de Mestrado em Direito, meu muito obrigado pelo incansável trabalho. Muito obrigado por todo o esforço junto às inúmeras atividades de qualidade do Mestrado.

Aos colegas e aos amigos do Mestrado, em especial aos membros da coalizão rígida: Carol, Lu, Rê e Hellen. Também, agradeço imensamente aos amigos em Castro/PR, o que faço nominando a Claudine. Sem vocês essa jornada não seria igual. Vocês foram especiais em cada minuto, proporcionando o aprimoramento acadêmico e interpessoal.

Aos membros da minha família. À minha amada mãe, Josaura Grimbor Marques. Pelos desafios que passou. E pelos muitos outros que virão. Pelas dores. Pela paixão de viver. Pela firmeza, coragem e dedicação em contribuir com o meu desenvolvimento. À minha irmã, Nicéia Marques Krelling, pelo companheirismo. Ao meu pai, pelas lições de vida. Aos tios e tias. Aos primos e primas. Ao apoio em mais esse ciclo de desenvolvimento pessoal, profissional e acadêmico.

Aos amigos de cada dia. Pelas oportunidades de aprendizado e convivência. Pela confiança inerente aos seus olhos e às suas ações.

A todas as pessoas que contribuíram à sua maneira, meu fraternal muito obrigado.

## RESUMO

Esta dissertação de Mestrado Acadêmico intentou investigar, por meio do método hipotético dedutivo e das técnicas de revisão bibliográfica, se seria possível considerar o Amicus Curiae e as Audiências Públicas Judiciais como instrumentos de democracia deliberativa, a partir das capacidades institucionais da jurisdição constitucional contemporânea. Com isso, pretendeu-se desenvolver uma investigação científica, a partir do método escolhido, a fim de problematizar se o Amicus Curiae e as Audiências Públicas Judiciais podem ser analisados a partir da relação entre o conceito clássico da democracia deliberativa aplicado à jurisdição constitucional enquanto esfera pública jurídica. Nesse viés, pretendeu-se como objetivo geral apresentar o Amicus Curiae e as Audiências Públicas Judiciais como formatos de atuação democrática no contexto do arranjo institucional deliberativo do Supremo Tribunal Federal. Em efeito, ainda guiaram a construção do caminho desta pesquisa os seguintes objetivos específicos: i) discutir a democracia deliberativa no Brasil sob o viés do papel do STF no contexto hodierno; ii) debater sobre a utilização dos institutos dos Amici Curiae e das Audiências Públicas no contexto do Supremo Tribunal Federal; iii) relacionar democracia deliberativa com diálogos institucionais. Por isso, no primeiro capítulo foram apresentadas dimensões da democracia deliberativa e das Cortes Constitucionais como instituições deliberativas. No segundo capítulo, o trabalho focalizou na questão dos diálogos institucionais como meios de deliberação a partir da teoria clássica dos Diálogos Institucionais no Canadá, utilizando como referencial teórico, nessa parte da pesquisa, as publicações científicas de Peter Hogg e Allison Bushell. Já no terceiro capítulo, se apresentou o Amicus Curiae e as Audiências Públicas Judiciais como institutos voltados à aplicação de um ideal de esfera pública jurídica no contexto da jurisdição contemporânea. Assim, se dissertou sobre a forma de utilização de tais institutos jurídicos como métodos de diálogos na jurisdição constitucional brasileira, notadamente no STF. Em síntese, evidenciou-se como o Amicus Curiae e as Audiências Públicas Judiciais podem ser instrumentos de diálogos em um contexto de esfera pública jurídica, posto que, em alguma medida, têm cooperado na construção da razão de decidir constitucional. Como resultado da investigação, demonstrou-se a confirmação da hipótese, no sentido de que é possível considerar o Amicus Curiae e as Audiências Públicas Judiciais como institutos de democracia deliberativa a partir do diálogo entre a jurisdição constitucional e a sociedade.

## PALAVRAS-CHAVE

Diálogos Institucionais. Democracia Deliberativa. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública Judicial. Amici Curiae. Jurisdição Constitucional.

## **ABSTRACT**

This Academic Master's thesis aimed to investigate, through the hypothetical deductive method and bibliographic review techniques, whether it would be possible to consider the Amicus Curiae and the Public Judicial Hearings as instruments of deliberative democracy, based on the institutional capabilities of contemporary constitutional jurisdiction. With this, it was intended to develop a scientific investigation, from the chosen method, in order to question whether the Amicus Curiae and the Public Judicial Hearings can be analyzed from the relationship between the classic concept of deliberative democracy applied to constitutional jurisdiction as a sphere legal public. In this vein, the general objective was to present the Amicus Curiae and the Public Judicial Hearings as formats of democratic action in the context of the deliberative institutional arrangement of the Federal Supreme Court. In effect, the following specific objectives also guided the construction of this research path: i) to discuss deliberative democracy in Brazil from the perspective of the role of the STF in today's context; ii) discuss the use of the Amici Curiae and Public Hearings institutes in the context of the Federal Supreme Court; iii) relate deliberative democracy with institutional dialogues. Therefore, in the first chapter dimensions of deliberative democracy and Constitutional Courts as deliberative institutions were presented. In the second chapter, the work focused on the issue of institutional dialogues as means of deliberation based on the classic theory of Institutional Dialogues in Canada, using as a theoretical reference, in this part of the research, the scientific publications of Peter Hogg and Allison Bushell. In the third chapter, the Amicus Curiae and the Public Judicial Hearings were presented as institutes aimed at the application of an ideal of the legal public sphere in the context of contemporary jurisdiction. Thus, it was discussed how to use such legal institutes as methods of dialogue in the Brazilian constitutional jurisdiction, notably in the STF. In summary, it was shown how the Amicus Curiae and the Public Judicial Hearings can be instruments of dialogue in a context of the legal public sphere, since, to some extent, they have cooperated in the construction of the constitutional reason for deciding. As a result of the investigation, the hypothesis was confirmed, in the sense that it is possible to consider the Amicus Curiae and the Public Judicial Hearings as institutes of deliberative democracy from the dialogue between the constitutional jurisdiction and society.

## **KEYWORDS**

Institutional Dialogues. Deliberative Democracy. Federal Court of Justice. Amici Curiae. Public Hearing. Constitutional Jurisdiction.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	10
<b>1. ORIGENS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA DELIBERATIVA</b>	12
1.1. AS FORMAS DE ESTADO E OS MODELOS DE CONSTITUIÇÃO	13
1.2. A NATUREZA DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE COMO DE <i>CHECKS AND BALANCES</i>	20
1.3. A RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA DELIBERATIVA	23
<b>2. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS</b>	36
2.1. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS PARA P. HOGG E ALLISON BUSHELL	36
2.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIÁLOGO INSTITUCIONAL EM HOGG E BUSHELL	41
2.3. SEPARAÇÃO DE PODERES E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEITURA BRASILEIRA	45
<b>3. OS INSTITUTOS DO AMICI CURIAE E DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS: DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS, TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b>	57
3.1. A DEMOCRACIA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	57
3.2. O INSTITUTO DO <i>AMICI CURIAE</i>	62
3.3. O INSTITUTO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JUDICIAIS	71
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	79
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	88

## INTRODUÇÃO

O contexto político-jurídico hodierno inseriu o Supremo Tribunal Federal no centro do debate público, ainda que haja pouca clareza acerca de seu funcionamento, sua dinâmica e seu papel institucional por parte da sociedade.

O que se observa é um Tribunal que passou a exercer cada vez mais sua competência criminal, inclusive que se viu de certo modo entrincheirado, pela voltagem política do julgamento do mensalão, que se manteve atento às manifestações de 2013 e ainda se mantém enquanto Corte Constitucional, por vezes rodeada pela opinião pública e pela arena política em importantes temas ao debate democrático atual.

Em essência, se vislumbra na atualidade um Tribunal Constitucional cujos integrantes se tornaram, em considerável significativa, conhecidos do grande público, razão pela qual diversos são os Ministros que passaram a considerar cada vez mais a opinião pública e os impactos práticos de suas decisões na arena política como fundamento para seus votos.<sup>1</sup>

A Constituição de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal um papel central no sistema político brasileiro. Com isso, nos últimos anos, poucos foram os dias em que decisões do Supremo Tribunal Federal não se tornaram manchete dos principais jornais brasileiros, seja nos cadernos de política, economia, legislação, polícia, seja mesmo ciência, educação e cultura.

Em efeito, as questões mais relevantes discutidas na sociedade brasileira parecem, ao final, reclamar uma decisão do STF, tornando a sua presença uma constante na vida pública.<sup>2</sup>

A história institucional recente da República, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, denota que o STF pode ter sido consideravelmente inserido no contexto democrático enquanto instituição voltada à garantia dos direitos constitucionais e, por conseqüência, tenha sido colocado na centralidade da arena política brasileira.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises, 2019, p. 12.

<sup>2</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018, p. 161-162.

<sup>3</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018, p. 161-162.

Então, é nesse contexto que se vislumbra a essencialidade de se investigar as audiências públicas e os amici curiae como institutos de promoção dos diálogos institucionais na esfera pública jurídica.

Para tanto, serão apresentadas as balizas centrais do trabalho, no primeiro capítulo. Segundo essas, o Brasil está a viver em um contexto de crise política e jurídica em que o exercício da democracia deliberativa pelas instituições públicas se faz essencial para o constante fortalecimento democrático das instituições.

Já no segundo capítulo, serão apresentadas diretrizes dos diálogos institucionais, tendo como mote a experiência canadense. Por isso, será demonstrado como os diálogos institucionais são vislumbrados para o que se considera neste estudo como sendo a literatura clássica dos diálogos institucionais no Canadá.

Na sequência, será trazida à baila a literatura brasileira sobre os diálogos institucionais, para, após, enfrentar, de forma mais contundente, o problema de como considerar as audiências públicas e os amici curiae instrumentos de diálogos institucionais no Brasil contemporâneo.

Assim, no terceiro capítulo, serão apresentadas as audiências públicas judiciais e os amici curiae no STF como instrumentos de diálogo institucional voltados a concretizar a esfera pública jurídica no contexto de uma democracia deliberativa.

Isso significa argumentar que a baliza do presente trabalho nada mais é do que ter em mente a existência de uma esfera pública jurídica, segundo a qual mecanismos de exercício e participação institucional são essenciais na tomada de decisões públicas.

Por fim, vale dizer, o foco nesse trabalho de dissertação não é investigar até que ponto as audiências públicas judiciais e os amici curiae foram utilizados nas razões de decidir dos Ministros.

O objetivo central desta dissertação é apresentar os institutos das audiências públicas judiciais e dos amici curiae como instrumentos fundamentais ao exercício democrático do diálogo institucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

## 1. ORIGENS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA DELIBERATIVA

De início, é importante consignar a compreensão da premissa basilar desta parte do presente trabalho segundo a qual o constitucionalismo é a orientação que hoje prevalece na teoria e na filosofia do direito. Ele se afirmou sobre a base da profunda inovação na estrutura dos ordenamentos jurídicos da Europa continental que foi a introdução, após a Segunda Guerra Mundial, de constituições rígidas, hierarquicamente superiores à legislação ordinária e dotadas de controle jurisdicional de constitucionalidade. Disso decorreu uma mudança das condições de validade das leis, ligadas não mais apenas às formas e aos procedimentos relativos à sua produção, mas também aos seus conteúdos. Isto é, à coerência dos seus significados com os princípios estabelecidos pelas normas constitucionais, primordialmente os princípios da igualdade e da liberdade e os direitos fundamentais. Essa condição de validade das normas em sentido substancial se relaciona diretamente com a concepção de democracia defendida no constitucionalismo como modelo e como projeto democrático.<sup>4</sup>

Denota-se, pois, que o constitucionalismo contrapõe-se ao Estado absoluto tendo como característica essencial a limitação jurídica ao governo, opondo-se ao arbítrio, ao despotismo, à vontade do rei. A essência do constitucionalismo é, pois, a limitação do governo pela lei.<sup>5</sup>

Assim, neste primeiro capítulo, se intenta demonstrar as origens da jurisdição constitucional, de modo a expor, mesmo que sucintamente, as formas de Estado e os modelos de Constituição nos casos europeu e americano para apresentar a democracia constitucional como ponto de partida.

Em primeiro lugar, se apresenta as origens do modelo europeu de jurisdição constitucional (as formas de estado e os modelos de constituição). Em segundo lugar, este capítulo visa demonstrar as formas de instrumentalização histórica da

---

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Editora RT, 2015.

<sup>5</sup> COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14 n. 14.2 (2013). Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/423>>. Acesso em: 02.fev.21.

jurisdição constitucional americana, expondo as dimensões centrais do caso *Marbury v. Madison* e a ideia de *checks and balances* entre os Poderes. Em terceiro lugar, esta parte do trabalho expõe uma ideia de democracia a ser aplicada para o contexto Brasileiro atual.

Ao final deste capítulo, apresenta-se, então, a premissa da democracia constitucional aos olhos de um Supremo Tribunal Federal cada vez mais colocado à prova pelos sujeitos e pelas instituições brasileiras. Assim, traz-se, nesta última parte do capítulo, o problema do modelo institucional asseverado pelo desenho do STF, de modo a se defender como premissa, no caso brasileiro, a democracia constitucional como ponto de partida e o STF como instituição voltada à promoção de instrumentos de *checks and balances* entre os Poderes. Instituição esta que, na atualidade, se encontra em grandes dificuldades de promover um idôneo diálogo institucional.

### 1.1. AS FORMAS DE ESTADO E OS MODELOS DE CONSTITUIÇÃO

Neste tópico, é importante asseverar com Ferrajoli que o constitucionalismo introduziu na democracia uma dimensão substancial, correspondente à dimensão substantiva da validade das leis e delimitada pelos limites e vínculos jurídicos, de substância ou de conteúdo, impostos aos poderes políticos majoritários.<sup>6</sup>

Maurizio Fioravanti demonstra o Estado moderno (europeu) como uma realidade político-institucional. Tal modelo de estado, em alguma medida, influencia a formação da jurisdição brasileira e, por isso, a relevância de seu estudo.<sup>7</sup>

Na trilha de Ferrajoli, o constitucionalismo impôs uma esfera do não decidível, ou seja, aquilo que nenhuma maioria pode validamente decidir, isto é, a violação ou a restrição dos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode legitimamente deixar de decidir, ou seja, a satisfação dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos.<sup>8</sup>

Desde o século XIV até o século XX (Estado moderno europeu), advieram distintos modelos de constituições, existentes de acordo com cada período histórico.

---

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Editora RT, 2015.

<sup>7</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In FIORAVANTI M. (Org.). *In El Estado Moderno em Europa*: Instituciones y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13-43.

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Editora RT, 2015.

O Estado moderno europeu começa a partir do século XIII quando se torna evidente a necessidade de noções de organização de governo e território. A noção da lei enquanto regra escrita, ou contrato público, visa dispor sobre a participação de cada um do território em busca do bem comum.<sup>9</sup>

Nesse sentido, são diversos os temas que se relacionam com o constitucionalismo, como o surgimento do Estado e seus desdobramentos, a origem da constituição - suas feições - e as experiências político-jurídicas que lhe são próprias, notadamente como movimento de oposição ao absolutismo estatal.<sup>10</sup>

Isto significa dizer, havia um modelo de Estado. Isso porque existiu a noção de povo e território, embora as noções de liberdade, igualdade e outros princípios fundamentais ainda muito estivessem insipientes em relação aos conceitos atuais. O Estado, assim, se concebe em razão de um conjunto de regras e obrigações.<sup>11</sup>

Nesse âmbito, revela-se importante observar o contexto no qual se insere a origem do constitucionalismo, o que se entende por este instituto e as decorrências de seu desenvolvimento, o que se pretende demonstrar a seguir.

Veja-se, então, que o constitucionalismo moderno emerge oposição ao Estado absoluto, surgido na Europa, o qual decorreu da “centralização do poder disperso territorialmente e da concentração dos poderes em um sentido de fusão e autoridade, diferentemente da estruturação medieval”, além da fragmentação geopolítica, da privatização do poder, do modo feudal de produção da riqueza e da prevalência política da Igreja.<sup>12</sup>

Neste percurso, o Estado moderno europeu começa a tomar forma quando um território dá condições para a existência de um governo que se propõe a exercer as funções de império (administração da justiça, imposição de tributos, defesa do território e da paz, dentre outros), com apoio das forças existentes, desde as

---

<sup>9</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In FIORAVANTI M. (Org.). *In El Estado Moderno em Europa: Instituciones y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13-43.

<sup>10</sup> COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14 n. 14.2 (2013). Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/423>>. Acesso em: 02.fev.21.

<sup>11</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In FIORAVANTI M. (Org.). *In El Estado Moderno em Europa: Instituciones y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13-43.

<sup>12</sup> COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14 n. 14.2 (2013). Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/423>>. Acesso em: 02.fev.21.

comunidades rurais de origem feudal até as corporações, através de regras escritas que regulavam a relação existente.<sup>13</sup>

Neste período, sobressai uma constante tensão - e equilíbrio - entre 1) a concentração e a institucionalização dos poderes de império por representante do território; e, 2) a pluralidade das diferentes forças existentes no território. Diante disso, o Estado moderno europeu se desenvolve a partir destas relações de tensão e equilíbrio, de modo a se distinguir principalmente por três distintas formas, quais sejam: a) o Estado jurisdicional; b) o Estado de direito e; c) o Estado constitucional. Assim, na contemporaneidade, tornaram-se inadequadas as tradicionais concepções puramente formais ou procedimentais da democracia enquanto conjunto de regras do jogo, independentes do conteúdo do jogo democrático.<sup>14</sup>

A primeira forma de modelo do conjunto do Estado moderno europeu se trata do Estado jurisdicional, cuja existência é predominante até a Revolução Francesa e as mudanças no final do século XVIII.

Fioravanti afirma que o Estado jurisdicional tem características essenciais como: 1) um território com maior sentido unitário, de modo a necessitar dos diferentes sujeitos integrantes do território, cuja contribuição ativa era considerada necessária para exercer o governo; 2) um direito relacionado ao direito das partes e dos lugares, focado na institucionalização e reforma dos direitos particulares; 3) um governo capaz de atuar em relação ao território em seu conjunto compreendido de forma unitária, através da jurisdição para gerir a realidade territorial da comunidade política com vistas à manutenção da paz entre as forças de poder.<sup>15</sup>

Isto é, a forma jurisdicional passou por uma decisiva etapa quando do absolutismo político dos séculos XVI e XVII, com a tensão e o equilíbrio entre as funções de império e os direitos individuais.

Justamente por isso é preciso colacionar ao debate a ideia segundo a qual a

ordenação do conjunto social consubstanciada na realização de um "contrato" - para referir a teorização do contrato social que dá feição ao Estado - revela a transferência da liberdade do homem para o Estado e a

---

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Editora RT, 2015.

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos*: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Editora RT, 2015.

<sup>15</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In FIORAVANTI M. (Org.). *In El Estado Moderno em Europa*: Instituciones y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13-43.

vontade do soberano transforma-se em norma jurídica, determina preceitos de legalidade e justiça e limita a ação humana.<sup>16</sup>

Em efeito, a ruptura fundamental a essa ideia de Estado Jurisdicional clássico acontece essencialmente a partir da Revolução – a raiz e origem de uma nova forma de Estado, abrindo uma fase totalmente nova ao Estado moderno. Com a Revolução, há uma concepção mais sólida da vontade geral de uma nação. A lei nesta forma de Estado contém a vontade do povo soberano, que delibera pela supressão dos antigos particularismos. Já naqueles tempos há a concepção de que juízes e cortes deveria aplicar de maneira uniforme a lei, o fazendo em consonância com seus ditames, vez que a norma é emanada da vontade pública, cujo respeito é essencial, de modo que juízes não poderiam, em tese, se influenciar por situações particulares, privilegiando uns em detrimento de outrem.<sup>17</sup>

Ainda nessa ideia de forma de Estado jurisdicional pouco, à época, se cogita a necessidade de uma função administrativa diferente e autônoma à jurisdição. Além disso, neste período, há um elo condutor que se estende pelo século XIX, qual seja a ideia de ligação entre território, povo, soberania e direitos individuais, cujas dimensões encontram segurança no poder do Estado, o qual tem a função de, ao mesmo tempo, viabilizar a liberdade e a igualdade no exercício dos direitos.<sup>18</sup>

De outro giro, em avanço ao Estado Jurisdicional, tem-se o Estado de Direito. Já nesse contexto do Estado de Direito, a organização do Estado moderno inspirou o modelo de Estado de Direito. Com efeito, foram às ideologias antiabsolutistas que cunharam os princípios da sociedade erigida sob o contrato social, da ordem jurídica baseada na racionalidade e da submissão estatal à liberdade individual.<sup>19</sup>

Nesse âmbito, essa é a representação da transição do Estado absoluto para o Estado de Direito, que assentou a liberdade individual do homem, instituiu direitos e

---

<sup>16</sup> COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14 n. 14.2 (2013). Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/423>>. Acesso em: 02.fev.21.

<sup>17</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In FIORAVANTI M. (Org.). *In El Estado Moderno em Europa: Instituciones y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13-43.

<sup>18</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In FIORAVANTI M. (Org.). *In El Estado Moderno em Europa: Instituciones y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13-43.

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37.



garantias e limitou o poder estatal, o qual passou a ser organizado e tripartido, de modo a retirar do rei o poder absoluto e a acumulação das funções estatais.<sup>20</sup>

Com Bonavides, é possível avançar na análise do contexto histórico para perceber que esse modelo liberal não resistiu ao que se propunha, especialmente em relação à pretensão de absentéismo estatal e proteção do individualismo. Isso porque desse cenário decorreu crescente concentração de renda e, por conseguinte, exclusão social.<sup>21</sup> Copetti Neto afirma que “as Constituições liberais revelaram indiferença às relações sociais, porquanto fundadas em ideais privatistas e antioletivistas, cuja preocupação remete somente aos direitos da liberdade”.<sup>22</sup>

Noutro sentido, se o direito da lei do Estado é ao mesmo tempo o direito dos indivíduos - e não mais múltiplos poderes e privilégios antes existentes, o direito se torna o elo condutor. O Estado de Direito se consolida, assim, enquanto uma forma de estado. O Estado de Direito será a forma política que dominará a Europa no século XIX e a primeira metade do século XX, a época dos Estados nacionais. Caracteriza-se por uma constituição liberal - que facilita o equilíbrio dos poderes entre monarquias e parlamentos. Neste período, a lei é a fonte dos direitos, sendo o direito ordenado por Código matérias - civil, penal, processual. Além disso, consolida-se a ideia de formação do direito administrativo.<sup>23</sup>

Além disso, com Ferrajoli, Estado de Direito se compreende com um ordenamento em que os poderes públicos são conferidos pela lei e executados com as formas e procedimentos estabelecidos legalmente. São, assim, Estados de Direito, ordenamentos jurídicos modernos, em que os poderes públicos têm uma força e uma forma legal.<sup>24</sup>

O Estado de Direito se refere àqueles poderes públicos que estão sujeitos à lei – e, dessa maneira, estão limitados e vinculados pela lei -, não apenas quanto às

---

<sup>20</sup> COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14 n. 14.2 (2013). Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/423>>. Acesso em: 02.fev.21.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 37.

<sup>22</sup> COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14 n. 14.2 (2013). Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/423>>. Acesso em: 02.fev.21.

<sup>23</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In FIORAVANTI M. (Org.). *In El Estado Moderno em Europa: Instituciones y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13-43.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

formas de execução, mas também nos conteúdos. Assim, Estado de Direito são aqueles ordenamentos em que todos os poderes, inclusive o poder legislativo, estão vinculados a respeito dos princípios substanciais, estabelecidos pelas normas constitucionais, como é o caso da divisão de poderes e dos direitos fundamentais.<sup>25</sup>

Após o período do Estado de Direito, ao longo do século XX, consubstancia-se a ideia do Estado Constitucional, no pós 2ª Guerra Mundial, especialmente com o fortalecimento de ideias de constituições democráticas - entre elas a italiana em 1948. Este período é caracterizado pela dimensão democrática das constituições enquanto normas que regulam poderes, direitos e deveres do estado e dos cidadãos. O Estado caracteriza-se pela presença de elementos constitucionais, em que a existência do Estado - o Estado constitucional – instrumentaliza-se como forte instituição voltada aos anseios comuns e pluralistas, cujo papel do Estado é regulado por meio da ideia de supremacia das constituições.<sup>26</sup>

Neste processo histórico, no século XX, se projetam assembleias constituintes sob a ideia de uma nova forma de constituição, distinta da liberal, denominada de constituição democrática. A Constituição democrática se diferencia da liberal porque não se limita a desenhar a forma de governo e a reforçar a garantia dos direitos. Pretende ir além. Ela contém, em primeiro lugar, os princípios fundamentais que caracterizam o regime político democrático.<sup>27</sup> Sob as constituições democráticas, se instrumentalizam as condições para a supremacia das constituições.<sup>28</sup>

Vanessa Cristina Gavião afirma que o Estado Democrático de Direito há muito apresenta um dilema que parece intrínseco à sua própria natureza. Ou seja, a vontade do povo, cristalizada na democracia representativa e a organização da sociedade a partir de uma ideia de consenso popular se encontra diametralmente oposta à ideia de limitações determinadas por normas de difícil alteração, isto é, os direitos fundamentais.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>26</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In FIORAVANTI M. (Org.). *In El Estado Moderno em Europa: Instituciones y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13-43.

<sup>27</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In FIORAVANTI M. (Org.). *In El Estado Moderno em Europa: Instituciones y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13-43.

<sup>28</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In FIORAVANTI M. (Org.). *In El Estado Moderno em Europa: Instituciones y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 13-43.

<sup>29</sup> GAVIÃO, Vanessa Cristina. A relação entre constitucionalismo e a democracia: uma análise da nova lei de cotas sociais. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 50 Número 199 jul./set. 2013.

Em efeito, o fato é que a supremacia da constituição e o conseqüente amplo papel do controle de constitucionalidade caracterizam os Estados constitucionais modernos.

Assim, as democracias contemporâneas são calçadas em constituições rígidas que não podem livremente ser modificadas e que são tuteladas mediante os instrumentos da jurisdição.

Constituições essas que instrumentalizam a possibilidade de controle judicial ou de revisão judicial das leis. Trata-se, pois, de uma dimensão instrumental essencial ao controle judicial de constitucionalidade.<sup>30</sup>

Nesse contexto, analisada essa trajetória histórica das formas de Estado e da Constituição, importa trazer ao debate acadêmico o fato de que, na medida em que tais direitos foram sendo consolidados, por meio das alterações dos contextos históricos, houve cada vez mais, na história recente, a consolidação de jurisdições constitucionais alicerçadas na garantia dos direitos fundamentais.

A propósito, é importante argumentar o ponto de vista de que tal alicerce de garantias dos direitos fundamentais essencialmente aconteceu em decorrência da adoção das chamadas Constituições Democráticas, na Europa do pós-guerra, na América Latina pós-ditadura, no leste Europeu pós-fim do comunismo e na África do Sul pós-apartheid.

Então, na jurisdição constitucional brasileira contemporânea, resta evidente o papel decisório do Supremo Tribunal Federal como importante engrenagem na consolidação dos direitos fundamentais.

Justamente por isso, o próximo item pretende aprofundar o tema da possível tensão existente entre a ideia de *checks and balances*, constitucionalismo, democracia representativa e democracia deliberativa, tendo como norte a pergunta central desse trabalho no sentido de analisar em que medida as audiências públicas e os amici curiae podem ser consideradas formas de consubstanciar a legitimidade democrática das decisões proferidas pelo STF.

---

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Editora RT, 2015.

## 1.2. A NATUREZA DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE COMO DE *CHECKS AND BALANCES* (PESOS E CONTRAPESOS)

Torna-se imperativo apresentar as características do sistema de controle judicial de constitucionalidade americano para demonstrar como, no que tange as mudanças mais recentes relacionadas à proteção dos direitos humanos e a prevalência do Poder Judiciário, o sistema detém significativas características do sistema de controle baseado na ideia de *checks and balances* no âmbito constitucional.<sup>31</sup> Isso significa dizer que é importante trazer para o debate a ideia de controle recíproco instada no sistema norte americano porque justamente é tal sistema que, após a segunda guerra mundial, tem se expandido pelo mundo ocidental como sistema de controle mais utilizado.

Tem-se, assim, o constitucionalismo americano e a sua importância histórica no caso *Marbury v. Madison* (julgado em 1803), em que se consolida o *judicial review*. Neste modelo de configuração jurídica, a revisão judicial dimensiona o reconhecimento de uma visão jurídica à Constituição, com a possibilidade de sua aplicação direta por todos os órgãos do Poder Judiciário.<sup>32</sup>

Nesta linha, Estefânia Maria de Queiroz Barboza afirma que o princípio da supremacia da Constituição e os limites por ela impostos a todos os poderes do Estado foi defendido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ainda em 1803.<sup>33</sup> Barboza explica ainda o texto escrito em o *Federalista* n. 78, argumentando que “Hamilton já estabelecia que as limitações impostas pela Constituição ao Legislativo somente poderiam ser preservadas na prática por meio das Cortes de justiça”<sup>34</sup>, as

---

<sup>31</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, p. 1456-1486, 2018.

<sup>32</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, p. 1456-1486, 2018.

<sup>33</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, p. 1456-1486, 2018.

<sup>34</sup> HAMILTON et al., 2005, p. 471. Tradução livre: “Enfaticamente a província e o dever do departamento judicial de dizer o que é a lei [...] Se duas leis entram em conflito, os tribunais devem decidir sobre o funcionamento de cada uma. Portanto, se uma lei está em oposição à constituição; se a lei e a constituição se aplicam a um caso particular, de modo que o tribunal deve decidir aquele caso de acordo com a lei, desrespeitando a constituição; ou conforme a constituição, em desacordo com a lei; o tribunal deve determinar qual dessas regras conflitantes rege o caso. Isso é a própria essência do dever judicial. Se então, a constituição é superior a qualquer ato ordinário da legislatura, a constituição, e não tal ato ordinário, deve reger o caso a que ambas se aplicam. Aqueles então que contestam o princípio de que a constituição deve ser considerada, no tribunal, como uma lei suprema, são reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem fechar os olhos para a constituição

quais tinham o dever de declarar nulos os atos contrários ao espírito da Constituição. Barboza afirma que “ao estabelecer a competência das Cortes para declarar nulos os atos do Legislativo contrários à Constituição, não se estava a defender uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo”.<sup>35</sup>

Hamilton esclarece também que se a Constituição é a lei basilar, caberia aos juízes interpretar seus dispositivos do mesmo modo que as leis provenientes do Legislativo, razão pela qual, em caso de colisão entre as normas, deve o juiz aplicar a lei de maior hierarquia. Isso significa dizer que a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, o que seria, então, a intenção da comunidade política constituída sobre a de seus agentes públicos e privados.<sup>36</sup>

Assim, Hamilton enfrenta a questão afirmando que isso não significa que o Judiciário está acima do Legislativo, mas que o poder da população é superior a ambos. Com Hamilton, isso significa dizer que quando a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis se opuser a do povo - declarada na Constituição, as Cortes devem obedecer a Constituição.<sup>37</sup>

Além disso, é possível afirmar que a Constituição Americana estabeleceu uma versão mais moderna do princípio da separação dos poderes, que foi interpretado com a possibilidade de *checks and balances* (pesos e contrapesos). Tal qual pondera Barboza:

A ideia de uma forte fragmentação do poder nos Estados Unidos vai se dar a partir dos ideais federalistas. Primeiro se pensa numa limitação horizontal do Poder, instituindo-se não só a separação de poderes como estabelecida por Montesquieu (2004), mas também desenvolvendo este princípio para a ideia de checks and balances.<sup>38</sup>

---

e ver apenas a lei. Essa doutrina subverteria o próprio fundamento de todas as constituições escritas. Declararia que um ato que, segundo os princípios e a teoria de nosso governo, é totalmente nulo é, na prática, totalmente obrigatório. Declararia que se o legislador fizer o que é expressamente proibido, tal ato, não obstante a proibição expressa, é na realidade eficaz. Seria dar ao legislador uma onipotência prática e real, com o mesmo fôlego que professa restringir seus poderes dentro de limites estreitos. Ele está prescrevendo limites e declarando que esses limites podem ser ultrapassados à vontade. Isso, portanto, reduz a nada o que consideramos a maior melhoria nas instituições políticas - uma constituição escrita - é suficiente, na América, onde constituições escritas foram vistas com tanta reverência por rejeitar a construção”.

<sup>35</sup> BARBOZA, Estefânia M. de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law, *passim*.

<sup>36</sup> HAMILTON et al., 2005, p. 471-472.

<sup>37</sup> HAMILTON et al., 2005, p. 471-472.

<sup>38</sup> BARBOZA, Estefânia M. de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law, *passim*.

Vale dizer, na obra O Federalista n. 48, defende-se que a relação entre o Legislativo e o povo, por ser muito próxima, é a que pode ser mais propensa a cometer abusos.<sup>39</sup>

Se não bastasse isso, imagina-se que qualquer um dos Poderes, sem controle e ilimitado, também poderá cometer arbitrariedades. Nesse contexto, em O Federalista é defendida a ideia segundo a qual caberá ao Judiciário, por suas funções de intérprete da lei, também interpretar a lei quando esta violar a Constituição, por se tratar de simples colisão entre a lei ordinária e a Lei Maior. Sem embargo, deve o Judiciário dar prevalência à Constituição, uma vez que é essa que representa a verdadeira vontade do povo, enquanto a lei representa apenas a vontade dos representantes do povo.<sup>40</sup>

Desta forma, no caso de colisão de uma lei à Constituição, deve esta prevalecer, sob pena de não existir um sistema constitucional. Então, veja-se que a partir da decisão de Marshall no caso Marbury v. Madison há uma afirmação de que caberá ao Poder Judiciário realizar o judicial review dos atos provenientes do Parlamento.<sup>41</sup>

Conforme analisa Barboza:

É importante ressaltar que na formação do Estado Constitucional americano, aliado à fragmentação horizontal do poder, houve também uma preocupação em se estabelecer a divisão vertical do poder, que foi possível a partir da adoção do sistema federalista de Estado. A Federação, ao estabelecer a repartição de competências entre Estados e União, acabou por descentralizar o poder, o que, junto com o princípio da separação dos poderes idealizado pelos checks and balances (controles recíprocos), determinou mais uma forma de divisão e limitação do Poder do Estado. Outro ponto que merece destaque é a proteção dada às liberdades individuais pela Constituição dos Estados Unidos, demonstrando, assim, que o individualismo é a base do constitucionalismo americano. Veja-se que a proteção dos direitos e das liberdades individuais pela Constituição dos EUA e por seu Bill of Rights retrata o contexto histórico vivenciado naquele momento, cuja maior preocupação era de impor limites à Coroa inglesa e garantir direitos de liberdade aos cidadãos do novo continente.<sup>42</sup>

Por isso, é relevante o argumento em que o princípio de *checks and balances* - pesos e contrapesos - traz uma ideia de controles recíprocos entre os poderes. Para os federalistas, não seria possível admitir o princípio da separação

---

<sup>39</sup> O Federalista n. 48, passim.

<sup>40</sup> O Federalista n. 48, passim.

<sup>41</sup> Marshall, no caso Marbury v. Madison.

<sup>42</sup> BARBOZA, Estefânia M. de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law, *passim*.

rígida entre os poderes, isso porque seria o mesmo que permitir que os poderes fossem absolutos, sem qualquer controle.

A interpretação dos federalistas acerca da teoria de Montesquieu foi justamente a de que se qualquer um dos poderes ficasse sem controle, poderia cometer abusos e arbitrariedades. Assim, embora seja possível defender sobre a importância da decisão paradigmática de Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, relevante consignar que os federalistas desenvolveram uma espécie de teoria da separação dos poderes - a partir da ideia de controles recíprocos.

Isso é importante para essa pesquisa porque traz à baila a existência de um sistema de pesos e contra pesos desde o início do Sec. XVII no sistema norte-americano. Além disso, faz valer a ideia segundo a qual as instituições são poderes que devem funcionar por meio de instrumentos de controle recíprocos. E justamente nesse contexto de controle recíproco esta a ideia de realização das audiências públicas e dos *amici curiae* no STF como forma de diálogos. Ou seja, isso significa dizer que na medida em que o tempo foi passando as instituições foram se consolidando, seja no sistema de controle europeu, seja no sistema de controle americano. E decorrente de tal consolidação de sistemas de controle recíprocos advém à ideia das audiências públicas e dos *amici curiae* como institutos constitucionais voltados à garantia dos direitos fundamentais.

Dito isso, o próximo item versa sobre a capacidade institucional do STF em ser uma Corte deliberativa no contexto de uma democracia, a partir da ideia em que a base de suas ações é a jurisdição constitucional de pesos e contrapesos.

### **1.3 A RELAÇÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA DELIBERATIVA**

O presente tópico é essencial para compreender a relação existente entre constitucionalismo e democracia deliberativa, a fim de, com uma dimensão geral dessa ideia a ser apresentada, enfrentar a questão dos diálogos institucionais a partir do papel das audiências públicas e dos *amici curiae* na jurisdição constitucional brasileira atual.

Em efeito, uma das tensões existentes entre constitucionalismo e democracia, decorre da visão acerca de Democracia.

Os teóricos que defendem a democracia deliberativa tendem a argumentar que o constitucionalismo pode ser uma forma de contenção de poderes, por vezes, carente de legitimidade democrática, em razão da ausência de exercício de um debate público sobre os temas decisórios na jurisdição constitucional.

Nesse viés, é importante trazer ao presente debate acadêmico que a democracia deliberativa hodierna tem como um dos seus principais expoentes o filósofo Habermas, para quem não basta que, tal como no positivismo jurídico, o direito tenha sido criado obedecendo ao procedimento previsto nas Constituições para ser legítimo.

Em primeiro lugar, é importante consignar que o constitucionalismo se origina nos Estados Unidos, com a ideia do *Rule of Law*, que implica na preservação de determinadas regras jurídicas limitadoras do poder estatal, em que o constitucionalismo adquire uma posição robusta na qual o governo se encontra limitado a partir de normas jurídico-constitucionais. Isso significa dizer que, por ser a constituição norma, seus princípios devem ser aplicados de maneira a comprometer todas as demais espécies normativas, especialmente através da interpretação que fazem os órgãos públicos legais e o próprio povo.<sup>43</sup>

A propósito disso, é imperativo firmar que esse entendimento não seria suficiente sem a contrapartida democrática, “pois a democracia também exerce o papel imprescindível de não acomodar o constitucionalismo em suas conquistas. Ao contrário, ela o tenciona a todo tempo, provocando-o e renovando-o através da aplicação e reaplicação da Constituição, sua interpretação e reinterpretação, seja pelo povo ou pelo Poder Judiciário”.<sup>44</sup>

Nesse contexto, a abordagem efetuada demonstra que o constitucionalismo surge como forma de limitação do poder e a instituição de direitos e garantias, sendo que no contexto da modernidade pode ser caracterizado como um tipo de positivismo jurídico. Veja-se que tal modelo restou estabelecido pelo pensamento liberal, fundado na racionalização do mundo, no absentismo estatal e no individualismo. Em avanço histórico a esse modelo de constitucionalismo, já no contexto pós-guerra de 1945, o constitucionalismo buscou, então, proporcionar um plano emancipatório, representativo de uma ruptura paradigmática, restabelecendo

---

<sup>43</sup> GODOY, Miguel. G.; CHUEIRI, Vera Karam de. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, v. 6, p. 159-174, 2010.

<sup>44</sup> GODOY, Miguel. G.; CHUEIRI, Vera Karam de. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, v. 6, p. 159-174, 2010.



vínculos entre o Direito e à moral, diante das barbáries justificadas pelos parâmetros de legalidade estrita nas experiências nazistas e fascistas, além de propor-se às novas formas de atuação jurisdicional assumindo o protagonismo na concretização dos direitos.<sup>45</sup>

Nesse cenário, o constitucionalismo garantista proposto por Ferrajoli deve ser compreendido como a ampliação ou reforço do positivismo jurídico, não no sentido meramente formal, mas material, ou seja, é propositivo de uma teoria do direito e da democracia substancial, alicerçado nos direitos fundamentais como parâmetros de vinculação e limites dos poderes públicos e privados, cuja Constituição, dotada de normatividade forte, ordena não só o “ser”, mas o “dever ser” do Direito.<sup>46</sup>

Em efeito, não se trata de uma relação de choque entre o constitucionalismo e a democracia, mas efetivamente de uma relação entre eles, tendo em vista que a manutenção de um de forma válida depende necessariamente da existência do outro. Nesse âmbito, na relação entre o constitucionalismo e a democracia, essa última será legítima exclusivamente se respeitados os direitos constitucionalmente assegurados.<sup>47</sup>

Por isso, relacionado ao constitucionalismo garantista em Ferrajoli, pode estar consubstanciado o ideal de deliberação racional das decisões na Corte Suprema por meio de um debate de razão pública. Razão pública essa que Habermas mui bem defende em sua teoria do discurso.

Nesse sentido, Barboza explica que a teoria do discurso de Habermas sustenta principalmente que existe legitimidade no direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem idênticos direitos. Nesse contexto, é preciso que os cidadãos não só possuam os mesmos direitos, mas que tenham, efetivamente, as idôneas condições de exercício de tais direitos”.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14 n. 14.2 (2013). Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/423>>. Acesso em: 02.fev.21.

<sup>46</sup> COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14 n. 14.2 (2013). Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/423>>. Acesso em: 02.fev.21.

<sup>47</sup> GAVIÃO, Vanessa Cristina. A relação entre constitucionalismo e a democracia: uma análise da nova lei de cotas sociais. *Revista de Informação Legislativa*, Ano 50 Número 199 jul./set. 2013.

<sup>48</sup> BARBOZA, Estefânia. Constitucionalismo e Democracia. *Ibidem*.

Nessa perspectiva, significa dizer que a legitimidade do direito em Habermas está interligada ao princípio democrático, sendo que em tal baliza doutrinária, os destinatários do direito devem se ver como autores desse direito, de forma a haver maior legitimidade e aceite do direito, razão pela qual se diminuiriam os conflitos acerca da norma e da aplicação da norma.<sup>49</sup>

Segundo Habermas é de acordo com a teoria do discurso que se pode pretender validade às normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de atos com premissas desinteressadas, um uma espécie de atos de razão pública.<sup>50</sup> Nesse sentido, para Habermas:

Os direitos políticos procurados têm que garantir, por isso, a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes para a legislação, de modo que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis.<sup>51</sup>

Noutra baila, Kozicki explica que a democracia em Habermas condiciona a legitimidade democrática à realização de um processo público de deliberação, aberto a todos e realizado de maneira razoável e racional, o que significa dizer com isso que não se pode olvidar que Habermas defende uma concepção procedimental da jurisdição constitucional como forma de cumprimento do princípio democrático, razão pela qual a ideia de democracia deliberativa tem como um de seus elementos centrais um ideal de justificação política.<sup>52</sup>

Nesse sentido, Barboza analisa que para Habermas:

A razão funciona como legitimadora do direito, já que se pode medir a legitimidade das regras pelo resgate discursivo de sua pretensão de validade normativa, prevalecendo, em última instância, o fato das regras terem surgido num processo legislativo racional. Ou seja, diversamente da validade social das normas do direito, que segundo Habermas, “é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direitos”, a legitimidade de regras “se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa”, valendo, em última análise, “o fato de elas terem

---

<sup>49</sup> BARBOZA, Estefânia. *Constitucionalismo e Democracia*, p. 32.

<sup>50</sup> HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 1, p. 164, aput, BARBOZA, Estefânia. *Constitucionalismo e Democracia*, p. 32.

<sup>51</sup> HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 1, p. 164, aput, BARBOZA, Estefânia. *Constitucionalismo e Democracia*, p. 32.

<sup>52</sup> KOZICKI, Katya. *Conflito e estabilização*, p. 94, aput, BARBOZA, Estefânia. *Constitucionalismo e Democracia*, p. 32.

surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais.<sup>53</sup>

Assim, a teoria deliberativa busca reconciliar a democracia representativa com processos de participação direta e deliberação nos quais indivíduos racionais participam de amplos fóruns de debate e negociação, com vistas a exercer o controle das instituições e a democratizá-las.<sup>54</sup>

Habermas, portanto, ao elaborar um modelo procedimental de democracia, argumenta que os direitos privados individuais não podem ser formulados adequadamente ou implementados politicamente, se aqueles atingidos por estes direitos não participarem previamente das discussões públicas.<sup>55</sup>

Nesse modelo de democracia deliberativa, as condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, por cumprir-se em seu alcance de modo deliberativo.<sup>56</sup> Nesse procedimento democrático, de debate e de tomada de decisão, cria-se uma coesão interna entre negociações, discursos de autoentendimento e discursos sobre a justiça, direcionados para a busca de um equilíbrio entre interesses divergentes e do estabelecimento de acordos, da checagem da coerência jurídica, a partir de uma escolha de instrumento racional, voltada a um fim específico por meio de uma fundamentação.<sup>57</sup>

A esfera pública na qual se concretizam a participação e a deliberação na proposta original habermaseana está circunscrita a instituições políticas, como poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.<sup>58</sup>

É nesse ponto que Bohman e Cohen dirigem suas críticas ao modelo de democracia deliberativa de Habermas. Para Bohman e Cohen, a existência de uma

---

<sup>53</sup> BARBOZA, Estefânia. *Constitucionalismo e Democracia*, p. 34.

<sup>54</sup> BUHRER, Lilian J. K.; KRELLING, Gustavo M. Democratização das políticas públicas de comunicação social: impactos político-jurídicos da participação cidadã no estado contemporâneo, p. 337-360. *In*: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel W.; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). *Eficiência e Ética na Administração Pública*. Editora Íthala, 2015.

<sup>55</sup> HABERMAS, Jürgen. Três modelos de democracia. *Lua Nova [online]*, n. 36, São Paulo, p. 51, 1995. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf](http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf)>.

<sup>56</sup> HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Editora Loyola, 2002, p. 286.

<sup>57</sup> HABERMAS, Jürgen. *Idem*, p. 285-286.

<sup>58</sup> FARIA, Claudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. *Lua Nova [online]*, n. 50, São Paulo, p. 52, 2000. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452000000200004>>. Acesso em: 12.mai.15.

esfera pública ampliada nas sociedades contemporâneas inclui os fóruns de participação direta do cidadão.<sup>59</sup>

Para Bohman e Cohen, a participação direta do cidadão implica em assumir uma posição ofensiva e não defensiva frente aos subsistemas com os quais interage. Em outras palavras, poder não só sugerir, interagir ou criticar, mas influenciar as instituições públicas, sendo autor no processo de tomada de decisão.

Nesse sentido, os autores propõem novos desenhos institucionais, diante das limitações das instituições do modelo tradicional de democracia, como estratégia para assegurar o diálogo permanente da sociedade com o poder público.<sup>60</sup> Seriam espécies de instâncias participativas, em que se engaja uma pluralidade de vozes no processo de formação da opinião pública. Por meio do exercício do debate deliberativo racional, como proposto por Bohman, é possível um diálogo público e uma atividade cooperativa, mesmo e essencialmente quando não existe acordo entre os participantes.<sup>61</sup>

Em efeito, outra abordagem que se ocupa em conceber a evolução da esfera pública nas democracias mais recentes sublinha o debate sobre a ideia de que ao lado da construção de instituições democráticas - eleições livres, parlamento ativo, liberdade de imprensa etc., a vigência da democracia implica igualmente a incorporação de valores democráticos nas chamadas práticas cotidianas – especialmente se institucionalizadas.<sup>62</sup>

Nesse contexto, Leonardo Avritzer sistematiza tais ideias sobre a emergência de novos públicos nas democracias contemporâneas como os movimentos sociais, microespaços alternativos, subculturas, minorias étnicas, entre outros, como atores capazes de provocar inovações culturais, contestar e transformar padrões sociais e culturais, mesmo na política institucional Legislativa, Executiva e Judiciária.<sup>63</sup>

Isso implica em uma chamada mudança cultural, necessária para incorporação dos valores democráticos. Nesse contexto, Fábio Konder Comparato

---

<sup>59</sup> BUHRER, Lilian J. K.; KRELLING, Gustavo M. *Idem, Ibidem*.

<sup>60</sup> FARIA, Claudia Feres. *Idem*, p. 53.

<sup>61</sup> FARIA, Claudia Feres. *Idem, Ibidem*.

<sup>62</sup> AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, p. 710. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/dados/v47n4/a03v47n4.pdf](http://www.scielo.br/pdf/dados/v47n4/a03v47n4.pdf)>. Acesso em: 15.mai.20.

<sup>63</sup> AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, p. 704. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/dados/v47n4/a03v47n4.pdf](http://www.scielo.br/pdf/dados/v47n4/a03v47n4.pdf)>. Acesso em: 15.mai.20.

sugere a ideia da emergência de uma nova cidadania, cujo centro é a participação social.<sup>64</sup>

Ainda, existem investigações científicas voltadas para o Brasil atual, as quais reforçam que a criação de novos mecanismos de participação e deliberação mais direta e ativa na definição de políticas pode levar a respostas mais eficazes às necessidades sociais, contribuindo no adensamento dos processos de formação da decisão racional inclusive na esfera pública jurídica.<sup>65</sup>

Nesse sentido, já que a judicialização das políticas públicas transferiu as decisões políticas da esfera do legislativo para o Judiciário, é possível também pensar em aumentar a participação deliberativa e democrática no processo decisório das cortes, problema que se passa a enfrentar.

Com isso, se procura esclarecer as tensões que podem existir entre jurisdição constitucional e democracia deliberativa no corpo da ideia de Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas, no intuito de identificar o papel institucional dos Tribunais numa democracia deliberativa é importante demonstrar a origem da palavra deliberação.

Em efeito, a deliberação é uma palavra de raiz latina, originada do termo etimológico *libra*, que remete à unidade de peso, e à balança, por isso metaforicamente foi herdada a “ideia de sopesar ou de ponderar os prós e os contras de uma decisão que deve ser tomada ante uma questão prática”.<sup>66</sup>

Veja-se que, na tradição grega, a utilização do termo estava associada à retórica, como gênero de discurso, assim como ao exercício da prudência e da ética. Na atualidade, tem prevalecido um sentido de deliberação como gênero de discurso público, cujo significado ganha importância no âmbito da filosofia política, notadamente nos debates sobre a denominada democracia deliberativa. Nessa perspectiva, André Vale analisa no sentido de que a deliberação pode ser entendida como uma forma interativa de argumentação prática, na qual se ponderam razões de domínio público. Dito de outra forma, razões compartilhadas além dos domínios

---

<sup>64</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. *Lua Nova [online]*, n. 28-29, São Paulo, p. 92, abr. 1993. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451993000100005>>. Acesso em: 12.mai.15.

<sup>65</sup> COELHO, Vera Schttan P.; NOBRE, Marcos (orgs.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 12.

<sup>66</sup> VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015, p. 89-94.

profissionais e especiais de argumentação, sobre assuntos de interesse geral e com vistas à tomada de decisão de forma colegiada.<sup>67</sup>

Portanto, nos Tribunais Constitucionais, a deliberação é caracterizada pelo desenvolvimento interativo do discurso argumentativo, com fundamento em razões de ordem jurídica ou extrajurídica envolvidas na discussão de determinado caso, nos quais sobressaem os aspectos discursivos dialéticos. Interação argumentativa que geralmente é percebida nas sessões de julgamento dos órgãos colegiados e também pode acontecer em outras ocasiões, nas quais se produza uma interação argumentativa. Nesse sentido, questões relacionadas às formas, contextos, cenários e procedimentos de deliberação nos Tribunais Constitucionais constituem problema fundamental da jurisdição Constitucional. Na ótica que adota o ideal da democracia deliberativa, por isso, os Tribunais Constitucionais devem ser encarados como instituições deliberativas, cujas práticas argumentativas, aliadas aos argumentos postos no caso concreto, trazidos pelos membros da Corte ou pelos membros da sociedade, podem funcionar como um sismógrafo da legitimidade democrática.<sup>68</sup>

A perspectiva que enxerga os Tribunais Constitucionais como instâncias deliberativas está fundada na ideia de que os Tribunais compõem o conjunto institucional de alicerce da democracia deliberativa. Nesse sentido, vale ressaltar que a expressão democracia deliberativa parece ter sido cunhada originalmente por Joseph R. Bessette.<sup>69</sup>

Noutra baila, o termo democracia deliberativa ganharia especial notoriedade a partir do artigo de Joshua Cohen.<sup>70</sup> Com isso, especialmente a partir da década de

<sup>67</sup> VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015, p. 89-94.

<sup>68</sup> VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Idem, ibidem.

<sup>69</sup> Joseph R. Bessette, no artigo: “*Deliberative Democracy: the majority principle in Republican Government*”, in: GOLDWIN, R., SCHAMBRA, W. A. (eds.), *How Democratic is the Constitution?*, Washington: American Enterprise Institute, 1980

<sup>70</sup> Joshua Cohen. “*Deliberation and Democratic Legitimacy*”, in: HAMLIN, A., PETTIT, P. (eds.), *The Good Polity: normative analysis of the State*, Oxford: Blackwell, 1989. Além dele, é importante também citar entre os principais pensadores que abordaram o tema na década de 1980 Cass Sustein, Jon Elster, Bernard Manin, Jane Mansbridge, Frank Michelman e Bruce Ackerman. COHEN, Joshua. *An epistemic conception of democracy*. In: *Ethics*, vol. 97, n. 1, 1986, pp. 26-38. Idem. *Deliberation and Democratic Legitimacy*”, in: HAMLIN, A., PETTIT, P. (eds.), *The Good Polity: normative analysis of the State*, Oxford: Blackwell, 1989, pp. 17-34. SUSTEIN, Cass. *Interest groups in American Public Law*. In: *Stanford Law Review*, vol. 38, 1985, pp. 29-87. Idem. *Beyond the Republic revival*. In: *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, pp. 1539-1590. ELSTER, Jon. *The market and the forum: three varieties of political theory*. In: ELSTER, Jon; HYLLAND, A (eds.). *Foundations of Social Choice Theory*. Cambridge: Cambridge University Press; 1986, pp. 103-132. MANIN, Bernard.

1980, diversos teóricos da democracia começam a desenvolver outras perspectivas a respeito dos ideais regulativos que deveriam compor um modelo ideal de democracia. Essas teorias da democracia não baseiam exclusivamente nas clássicas referências de soberania popular, autogoverno, sufrágio universal e representatividade como modos primordiais de justificação das decisões políticas - democracia representativa.<sup>71</sup> Além disso:

Baseados, em grande parte, em robustos arcabouços filosóficos influenciados principalmente pela teoria do discurso de Habermas, levaram a cabo o que posteriormente ficou marcado como “giro argumentativo” ou “giro discursivo” (*discursive turn*) na teoria democrática, e que consistia, basicamente, em estabelecer a *deliberação pública* como fundamento primordial de legitimidade das decisões políticas. A democracia deliberativa nasceu, dessa forma, como um modelo de justificação e de legitimação das decisões políticas, baseado fundamentalmente na exigência de deliberação (discurso ou argumentação racional) prévia para toda tomada coletiva de decisão. [...] O que na década de 1980 parecia apenas uma nova ideia e um renovado enfoque teórico acabou se transformando, na década de 1990, num impressionante sucesso de difusão acadêmica que fez da democracia deliberativa objeto onipresente em praticamente todas as discussões relevantes em tema de teoria democrática.<sup>72</sup>

Assim, é possível consignar diversas perspectivas teóricas a respeito do que seria a democracia deliberativa - seus contornos conceituais, fundamentos filosóficos, ideais regulativos, perspectivas de aplicação prática - foram rigorosamente desenvolvidas.<sup>73</sup>

E nesse âmbito, vale dizer que assume importante papel o fato de que as pessoas têm a mesma dignidade moral e são iguais em suas capacidades mais elementares, razão pela qual o indivíduo deve ter igual direito de intervir na resolução dos assuntos que afetam a sua comunidade, isso porque todos merecem participar do processo decisório em igualdade de condições.<sup>74</sup>

---

*On legitimacy and political deliberation*. In: Political Theory, vol. 15, n. 3, 1987, pp. 338-368.  
ACKERMAN, Bruce. *Why dialogue?* In: Journal of Philosophy, vol. 86, n. 1, 1989, pp. 5-22.  
MICHELMAN, Frank. *Law's Republic*. In: Yale Law Journal, vol. 97, n. 1, 1988, pp. 1493-1537.

<sup>71</sup> VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Idem, ibidem.

<sup>72</sup> VALE, André Rufino do. Idem, ibidem.

<sup>73</sup> VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional*, Idem, ibidem.

<sup>74</sup> GARGARELLA, Roberto. *Constitución y democracia*. In: ALBANESE, Susana; et al. (Orgs.). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Universidad, 2004, p. 77.

Essa igualdade se faz importante para reafirmar o compromisso democrático com o constitucionalismo e a democracia na contemporaneidade. Assim, a igualdade resulta no fundamento último da democracia e do constitucionalismo.<sup>75</sup>

Nesse sentido, incorpora-se também a ideia de que, para tratar todos como iguais, é necessário fazê-lo nas medidas de suas igualdades e, da mesma forma, nas medidas de suas desigualdades. Ou seja, como expõe John Rawls (1971), implica assegurar que a vida de cada indivíduo depende das escolhas que ele fizer, e não das circunstâncias em que ele nasceu. Este ideal concebido por Rawls, em que se assegura a igualdade e a vida de cada um segundo suas escolhas, sem dúvida se mostra como um ideal regulador e que, destaque-se, está sujeito a violações por ações ou omissões do Estado e também dos particulares.<sup>76</sup>

Godoy analisa que é a partir da igualdade - e/com liberdade - e da existência e fruição de instrumentos que facilitam e permitem atuações e decisões coletivas que se pode pensar em um processo transformador da realidade. Para o autor, é assim que se pode conceber a democracia como um processo orientado à transformação, processo este que, conforme propõe Carlos Santiago Nino (1989), opõe-se à construção social alicerçada no *status quo* e foge da posição individual e egoísta, para atuar em favor de uma posição coletiva.<sup>77</sup>

Dito de outra forma, na atualidade (sobretudo a partir da década de 2000) os principais estudos e debates giram em torno de mecanismos institucionais possíveis para tornar praticamente viável a realização das exigências normativas estabelecidas pelas teorias da democracia deliberativa.<sup>78</sup> Nesse sentido, esclarece Vale:

Apesar de terem se desenvolvido por diversos caminhos e adotado perspectivas muitas vezes opostas e críticas entre si, todas parecem partir de uma ideia básica, segundo a qual uma democracia plena deve ser fundada na possibilidade de que as decisões políticas possam ser o resultado de um processo público e transparente de deliberação que envolva a participação argumentativa, comprometida com os ideais de igualdade, imparcialidade e racionalidade, de todos os possíveis interessados e afetados. *Em suma*, todas concordam que há um núcleo conceitual de democracia deliberativa que exige: (1) a tomada coletiva de decisões com a participação, direta ou por meio de representantes, de todos

<sup>75</sup> DWORCKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 305-369.

<sup>76</sup> GODOY, Miguel. G.; CHUEIRI, Vera Karam de. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, v. 6, p. 159-174, 2010.

<sup>77</sup> GODOY, Miguel. G.; CHUEIRI, Vera Karam de. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, v. 6, p. 159-174, 2010.

<sup>78</sup> VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional*. Idem, ibidem.



que possam ser afetados pela decisão (esta é a parte democrática), (2) por meio de um processo de deliberação pública guiado pelo ideal do discurso ou da argumentação racional (esta é a parte deliberativa).<sup>79</sup>

Assim, em um esforço de síntese do autor, a ideia central é:

Se for possível reduzir os ideais regulativos da democracia deliberativa a uma única ideia central e básica – se a intenção é fugir das discussões no âmbito das teorias da democracia deliberativa em suas diversas vertentes e perspectivas de abordagem –, esta ideia seria a de que, numa democracia ideal, todo ato de poder deve estar justificado não apenas por sua origem direta ou indireta (representação) na soberania popular, mas também por ser fruto de um debate público guiado pelo ideal da argumentação racional.<sup>80</sup>

Nesse caminho, o chamado núcleo conceitual da democracia deliberativa se encontra na noção de discurso ou de argumentação racional, razão pela qual a teoria da democracia deliberativa depende da conjugação de outras teorias do discurso e da própria jurisdição. Como Vale explica a ideia proposta pela teoria deliberativa de Cohen, afirmando que é a partir dela que se construiu uma série de regras, posteriormente utilizadas por Habermas, que em seu conjunto conformam um procedimento ideal - um ideal regulativo - de deliberação e tomada de decisões.<sup>81</sup>

Em essência, as principais regras deliberativas são as seguintes, para Vale:

(1) As deliberações devem ser produzidas em forma argumentativa, pelo regulado intercâmbio de informações e razões entre as partes, que realizam as propostas e as submetem a críticas; (2) As deliberações devem ser “inclusivas” e públicas, de modo que, em princípio, ninguém seja excluído e todos que possam ser afetados pelas decisões tenham as mesmas oportunidades de acesso e participação; (3) As deliberações devem estar imunes a coerções externas, de forma que os participantes sejam soberanos, na medida em que somente estejam vinculados aos pressupostos comunicativos e regras procedimentais da argumentação; (4) As deliberações devem ser isentas de coerções internas que possam restringir a igual posição dos participantes, o que pressupõe que todos tenham as mesmas oportunidades de ser escutados, de introduzir temas, de fazer contribuições e propostas e de criticá-las; (5) As deliberações devem ser dirigidas a alcançar um acordo racionalmente motivado e devem poder, em princípio, prosseguir ilimitadamente e ser retomadas em qualquer momento. De todo modo, as deliberações devem ser terminadas, mediante acordo majoritário (aplicando-se a regra da maioria), quando as circunstâncias obrigam a tomar uma decisão.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional*. Idem, ibidem.

<sup>80</sup> VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional*. Idem, ibidem.

<sup>81</sup> VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional*. Idem, ibidem.

<sup>82</sup> VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional*. Idem, ibidem.

Ainda, para André Rufino do Vale, a deliberação converte-se assim em fonte essencial da legitimidade de toda a emanção do poder em um contexto de democracia constitucional. Chegando-se a este ponto de análise, é salutar afirmar que o fundamento de legitimidade envolve não apenas os atos essencialmente políticos originados dos poderes ditos majoritários ou de representação popular - Poderes Executivo e Legislativo, mas também as decisões - jurídicas e políticas - dos Tribunais Constitucionais.<sup>83</sup>

Em efeito, “levando-se em conta o caráter diferenciado da representatividade democrática” dos tribunais, de diversos tipos, “a exigência de deliberação racional torna-se fundamento essencial da legitimação democrática dos atos da jurisdição constitucional”.<sup>84</sup> Além disso, também explica Godoy:

A democracia deliberativa pode conciliar, sem ignorar a tensão existente, o Estado de Direito e a soberania popular, em que é ele (Estado de Direito) condição de possibilidade da democracia (SOUZA NETO, 2006, p. 57). Nino (2003, p. 154) parte de uma concepção dialógica de democracia, na qual política e moral não se separam, mas determinam o valor da própria democracia. Assim, Nino foge de um modelo de explicação simplista e enfrenta a tensão entre constitucionalismo e democracia. Nino (2003), a partir das considerações de Rawls e Habermas (em especial as feitas nas obras *Uma Teoria da Justiça*, de Rawls, e *Ética do discurso*, de Habermas), mas diferentemente deles, entende que o conhecimento da verdade moral se dá a partir de um procedimento que privilegia a discussão e a decisão intersubjetiva. O intercâmbio de ideias e a necessidade de justificar determinada posição aos outros debatedores/participantes incrementam o conhecimento que o indivíduo possui, detecta defeitos no raciocínio e protege a sua imparcialidade. No entanto, esta prática não exclui a possibilidade da reflexão individual de também produzir soluções corretas, ainda que este método seja o menos confiável, dada a dificuldade de manutenção da imparcialidade em tal plano.<sup>85</sup>

Nesse contexto, Gargarella aduz que a democracia deliberativa possui três elementos essenciais: (i) a inclusão de todos os possíveis afetados no processo de deliberação e decisão; (ii) a deliberação como forma de expressão dos argumentos que servirão de fundamento para a decisão e como meio de correção desses argumentos; e (iii) a igualdade, já que em situações de desigualdade a deliberação coletiva perde seu valor.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> VALE, André Rufino do. Idem, *ibidem*.

<sup>84</sup> VALE, André Rufino do. Idem, *ibidem*.

<sup>85</sup> GODOY, Miguel. G.; CHUEIRI, Vera Karam de. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, v. 6, p. 159-174, 2010.

<sup>86</sup> GARGARELLA, Roberto. *Teoría y Crítica del derecho constitucional*, tomo 1. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 167.

No pensamento de Godoy e Chueiri, a relação entre constitucionalismo e democracia se perfaz se existentes condições jurídicas, que são princípios e regras dispostos na Constituição. Conforme os autores analisam:

É possível concluir, portanto, que a democracia só se realiza se determinadas condições jurídicas estiverem presentes. E essas condições são justamente os princípios e as regras estabelecidos pela constituição. Ao mesmo tempo, a constituição só adquire um sentido perene se está situada em um ambiente radicalmente democrático. Nesse sentido, a tensa e produtiva relação entre constitucionalismo e democracia, fundada na relação entre poder constituinte e soberania, pode ser mais bem compreendida a partir da proposta de democracia deliberativa defendida por Carlos S. Nino e Roberto Gargarella, pois, longe de ignorar a tensão imanente a essa relação, pode e deve, ao contrário, potencializá-la em favor da concretização de direitos e da ampliação do rol democrático.<sup>87</sup>

Isso significa dizer que democracia deliberativa e jurisdição constitucional ficam assim conceitualmente conectadas a partir de um ideal de deliberação democrática na jurisdição constitucional.

E justamente esse debate público guiado pelo ideal da argumentação racional pode ser visto em alguma medida por meio dos diálogos institucionais realizados a partir dos institutos do *amici curiae* e da realização de audiências públicas judiciais, tal qual esse trabalho investiga. Se colocados em posições de igualdade de condições, sujeitos e instituições podem participar do processo racional de tomada de decisão acerca de direitos que lhe atingem por meio do *amici curiae* e das audiências públicas.

E esses institutos não podem ser analisados se antes não forem considerados como instrumentos de diálogos institucionais. Por isso, o próximo capítulo versará sobre a teoria dos diálogos institucionais na jurisdição constitucional.

---

<sup>87</sup> GODOY, Miguel. G.; CHUEIRI, Vera Karam de. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Revista Direito GV*, v. 6, p. 159-174, 2010.

## 2. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Incumbe aqui dizer que a teoria dos diálogos institucionais é fundamental para discorrer sobre o impacto na legitimidade democrática quando da realização de institutos como os *amici curiae* e as audiências públicas nas decisões do STF.

Isso porque, em primeiro lugar, tais institutos se concebem como dimensões de diálogos institucionais, na medida em que viabilizam um debate sobre a interpretação da constituição no enfrentamento de determinada questão constitucional. Em segundo lugar, porque são os diálogos institucionais um avanço na teoria clássica da tripartição de poderes, razão pela qual quando se fala em diálogos institucionais está se falando de contemporâneas formas de divisão de funções no contexto das instituições públicas. Em terceiro lugar, em alguma medida são os diálogos institucionais hoje responsáveis pela tomada de decisão pública acerca de determinado assunto constitucional.

Ou seja, falar hoje de jurisdição constitucional sem falar em diálogo institucional é um erro que este trabalho não pretende cometer. Estão, portanto, o exercício da jurisdição constitucional e o exercício da democracia, interligados através do exercício de um diálogo institucional. Por isso, é tão fundamental dizer que diálogos institucionais são uma forma de cisão dialógica que embasa e alicerça a teoria dos *amici curiae* e das audiências públicas no âmbito da jurisdição constitucional exercida pelo STF, quando da tomada de decisão acerca da última palavra provisória sobre o sentido da Constituição.

### 2.1. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS PARA PETER HOGG E ALLISON BUSHELL

O presente item tem como objetivo analisar os diálogos institucionais a partir da teoria dos desenhos institucionais dialógicos clássicos, tal qual explica Peter W. Hogg e Allison A. Bushell.<sup>88</sup> Os autores visam responder ao argumento de que a revisão judicial da legislação sob a Carta Canadense de Direitos e liberdades é ilegítima porque não é suficientemente democrática. Ao contrário desse argumento, mostram que há casos em que as decisões judiciais sobre a Carta de Direitos

---

<sup>88</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*. *Osgoode Hall Law Journal*, v.35, 1997, p. 75-124.

podem ser consideradas democráticas. Nesse sentido, os autores argumentam que o efeito da Carta raramente é bloquear um processo legislativo objetivo, mas sim influenciar a concepção da legislação de execução, a partir dos diálogos institucionais, causando um debate público em que os direitos protegidos pela Carta têm um papel mais proeminente do que teriam se não houvesse uma decisão judicial dialógica.<sup>89</sup>

Assim, tal processo decisório quando alicerçado no diálogo institucional, é considerado como um processo decisório dialógico entre tribunais e legislaturas. Para HOGG e BUSHELL o conceito de diálogo institucional está relacionado a uma ideia que parece ter sido pouco explorada, especificamente a noção de que a revisão judicial é parte de um diálogo entre os juízes e as legislaturas.<sup>90</sup> Isso significa dizer que, para os autores a palavra diálogo institucional pode descrever a relação entre a Suprema Corte do Canadá e os órgãos legislativos. Porém, para aprofundar o debate acerca do conceito de diálogo, uma questão essencial seria enfrentar o problema se é possível ter um diálogo entre duas instituições quando uma instituição é tão claramente subordinada a outra. Ou seja, é preciso saber se o diálogo institucional não requer um relacionamento entre iguais.<sup>91</sup>

Para responder esse dilema, os autores sugerem que onde uma decisão judicial é aberta à revisão legislativa então é significativo ver como um diálogo a relação entre o Tribunal e o órgão legislativo. Ou seja, o critério de diálogo está na abertura para a revisão legislativa. Como defendem os autores, nesses casos, a decisão judicial causa um debate público em que os valores da *Carta* desempenham um papel mais proeminente do que eles fariam se não houvesse decisão judicial.<sup>92</sup>

Por isso, quando uma decisão judicial derruba uma lei, com base na *Carta de Direitos*, tal decisão pode ser revertida, modificada ou evitada por uma nova lei, sendo assim qualquer preocupação sobre a legitimidade da revisão judicial deve ser superada.<sup>93</sup>

Nesse contexto, a Suprema Corte para ter certeza da decisão, pode forçar um tópico na agenda legislativa que o órgão legislativo tenha que lidar com tais agendas. Assim, os termos precisos de qualquer nova lei teriam sido influenciados

---

<sup>89</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem.*

<sup>90</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem.*

<sup>91</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem.*

<sup>92</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem.*

<sup>93</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem.*

pela decisão do Tribunal, em uma perspectiva de parceria, de modo que o corpo legislativo seria instado a dar maior peso aos valores de fretamento identificados pelo Tribunal na concepção dos meios de realizar os objetivos.<sup>94</sup>

Além disso, o órgão legislativo pode ser influenciado a modificar seus objetivos para acomodar as preocupações do Tribunal. Assim, com essa espécie de diálogo institucional entre a Corte e o legislativo, a decisão final do Tribunal se torna mais democrática.<sup>95</sup>

Nesse sentido, para HOGG e BUSHELL, o diálogo que culmina em uma decisão democrática pode ocorrer se a decisão judicial que visa derrubar uma lei puder ser revertida, modificada ou evitada pelo processo legislativo ordinário. Nessa perspectiva, quando o Tribunal derruba uma lei, pode oferecer uma sugestão de como a lei pode ser modificada para resolver os problemas constitucionais, sendo que o corpo legislativo pode ou não seguir tal decisão sugestiva do Tribunal, em determinados casos.<sup>96</sup>

Diante disso, a *Carta de Direitos Canadense* pode atuar como um catalisador para um intercâmbio bilateral entre o judiciário e o legislativo, sem que haja uma barreira absoluta aos desejos de ambas as instituições democráticas.<sup>97</sup>

Assim, HOGG e BUSHELL afirmam que há quatro características da Carta de Direitos Canadense que facilitam o diálogo. São elas: (1) a seção 33, que é o poder de anulação legislativa; (2) a seção 1, que permite "limites razoáveis" sobre direitos garantidos da *Carta*; (3) os "direitos qualificados", nas seções 7, 8, 9 e 12, que possibilitam uma ação que satisfaça os padrões de justiça e razoabilidade; e (4) a garantia de direitos de igualdade, sob a seção 15, que pode ser satisfeita por meio de uma variedade de medidas corretivas. Na trilha do que explicam os autores, cada uma dessas dimensões pode oferecer ao órgão legislativo competente espaço para avançar seus objetivos ao mesmo tempo em que fomenta o diálogo institucional.<sup>98</sup>

A seção 33 da *Carta* é comumente referida como o poder de anulação legislativa (*notwithstanding clause*). De acordo com a seção 33, a legislatura precisa apenas inserir uma *cláusula não obstante* expressa em um estatuto e este irá liberar o estatuto das disposições da seção 2 e seções 7-15 da *Carta*. A substituição

---

<sup>94</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

<sup>95</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

<sup>96</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

<sup>97</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

<sup>98</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

legislativa é a mais óbvia e direta forma de superar uma decisão judicial que anula uma lei para uma violação dos direitos da *Carta*. A Seção 33 permite, assim, o competente órgão legislativo para voltar a promulgar a lei original sem interferência de os tribunais.<sup>99</sup>

Godoy também explica a chamada “cláusula de notwithstanding” existente no Canadá, prevista pela Carta de Direitos canadense em sua seção 33, sendo que por meio dela é possível que o Poder Legislativo aprove, com maioria qualificada, uma lei “não obstante” com a declaração de direitos prevista em seu texto. Como lembra o autor, há uma limitação temporal de até 05 (cinco) anos para a vigência dessa cláusula e a sua utilização não se aplica a temas de direitos relativos ao regime político-democrático, liberdade de ir e vir, por exemplo. No pensamento de Miguel Godoy, a ideia não é invocar a cláusula *notwithstanding* “a fim de afrontar o Poder Judiciário, mas ao contrário, encará-lo como parceiro na discussão sobre determinada posição em relação a uma lei”.<sup>100</sup>

De outro giro, uma restrição ao uso da seção 33 é que, em virtude de subseção, o efeito de uma cláusula independente expira no final de cinco anos, e tem que ser promulgada para continuar em vigor. Tal qual explicam os autores, essa restrição força uma revisão periódica do uso da seção 33, no período de cinco anos, o que incluirá uma eleição, e muitas vezes, resultará em uma mudança de governo.<sup>101</sup>

Já a Seção I da Carta sujeita os direitos garantidos pela Carta para os limites razoáveis prescritos por lei, como pode ser comprovadamente justificado em uma sociedade livre e democrática.<sup>102</sup>

A experiência com a seção 1 indica que quase todas as leis atendem aos padrões (1), (2) e (4). A disputa quase sempre gira em torno do padrão (3) – o comprometimento mínimo ou requisito de meios menos restritivos. Portanto, quando uma lei é derrubada por violação da *Carta*, quase sempre significa apenas que a lei não perseguiu seu objetivo pelos meios que seria o menos restritivo de um direito da

---

<sup>99</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

<sup>100</sup>GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>101</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

<sup>102</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

*Carta*.<sup>103</sup> Se tivesse acontecido, então a violação do direito da *Carta* teria sido justificada ao abrigo da secção 1.<sup>104</sup>

Mesmo que o tribunal tenha uma compreensão fraca dos aspectos práticos do campo particular de regulamentação, de modo que a alternativa do tribunal não é viável, normalmente será possível para os formuladores de políticas conceberem uma alternativa restritiva praticável.<sup>105</sup>

Outro aspecto que viabiliza os diálogos institucionais são os direitos qualificados. Vários dos direitos garantidos pela Carta Canadense são enquadrados em termos qualificados. Por exemplo, a secção 743 garante o direito à vida, liberdade e segurança da pessoa, mas apenas se uma privação viola os princípios de justiça fundamental. Além disso, a secção 845 garante o direito à segurança contra busca ou apreensão desarrazoada. Já a secção 946 garante o direito de não ser detido ou preso arbitrariamente. Ainda, a secção 1247 prevê garantias contra punições cruéis e incomuns.<sup>106</sup>

Esses exemplos poderiam ser multiplicados, em que as instituições não subverteram os poderes de aplicação, mas sim, forçaram o Parlamento a revisar os poderes de aplicação em estatutos federais para fornecer disposições mais elaboradas à salvaguarda da privacidade individual, por exemplo. Trata-se de casos em que os diálogos institucionais foram fortalecidos por meio democrático, a partir de decisões dos Tribunais que decidiram por sugerir ao Parlamento a qualificação dos dispositivos normativos.<sup>107</sup>

Além disso, temos os direitos de igualdade, que estão alicerçados na Carta de Direitos Canadense notadamente na Seção 15, porque ela proíbe leis discriminatórias, especialmente aquelas em que há eventual previsão de discriminação de raça, nacionalidade, etnia, origem, cor, religião, sexo, idade ou deficiência.<sup>108</sup>

Normalmente, quando uma lei é declarada inconstitucional para uma violação da secção 15 força a legislatura para acomodar o indivíduo ou grupo que foi excluído. No entanto, existem várias maneiras diferentes que permitem aos órgãos legislativos

---

<sup>103</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

<sup>104</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

<sup>105</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

<sup>106</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

<sup>107</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

<sup>108</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.



competentes para definir suas próprias prioridades. Com isso, HOGG e BUSHELL compreendem que a solução mais eficaz é estender o benefício da legislação inclusiva ao grupo excluído.<sup>109</sup>

A Seção 15 deixa espaço para diferentes escolhas legislativas deste tipo, de forma que democraticamente corpos eleitos ainda são, em última instância, responsáveis por definir suas prioridades orçamentais, embora de uma forma que não discrimine grupos desfavorecidos. As decisões da Seção 15, portanto, deixam uma porta aberta ao diálogo entre os tribunais e legislativos.<sup>110</sup>

## 2.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIÁLOGO INSTITUCIONAL EM HOGG E BUSHELL

Na conclusão HOGG e BUSHELL, a revisão judicial não é um veto sobre a política da nação, mas sim é o início de um diálogo sobre a melhor forma de reconciliar os valores individualistas da *Carta* com a realização de políticas sociais e econômicas em benefício da comunidade.<sup>111</sup>

Nessa seara, cabe a análise do artigo considerado como uma sequência do artigo de 1997, aquele intitulado “*The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*”, publicado pelo *Osgoode Hall Law Journal*.

No artigo de 2007, HOGG e BUSHELL procuram revisar várias críticas acadêmicas de sua teoria do diálogo institucional, a qual postula que as decisões da Corte que derrubam as leis não são a última palavra, mas sim o início de um diálogo, porque os órgãos legislativos geralmente são capazes de promulgar legislação subsequente que cumpra o objetivo principal da lei inconstitucional. Nesse sentido, HOGG e BUSHELL também visam examinar o ditame da Suprema Corte do Canadá sobre o fenômeno do diálogo e atualizam o embasamento do artigo de 1997.<sup>112</sup>

HOGG e BUSHELL concluem que o fenômeno do diálogo está fortemente presente nas instituições e que a crítica ao artigo original de 1997 seria basicamente

---

<sup>109</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

<sup>110</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

<sup>111</sup>HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

<sup>112</sup>HOGG, Peter Wardell; THORNTON, Alison A. Bushell; WRIGTH, Wade K. Charter dialogue revisited or “Much Ado About Metaphors”. *In: Osgood Hall Law Journal*. v. 45. nº 01. Toronto: York University, 2007.

muito barulho sobre metáforas. Isso posto, vale dizer que HOGG e BUSHELL, no artigo de 1997, "*The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*", revisaram características estruturais da *Carta* que permitiram às legislaturas limitar, modificar ou anular as garantias normativas. Em 1997, o mais importante a se frisar talvez sejam os limites razoáveis de justificação da seção 1 e as justificativas semelhantes incorporadas aos direitos qualificados nas seções 7, 8, 9 e 12. Naquele artigo, HOGG e BUSHELL também destacaram que a garantia da igualdade da seção 15 poderia ser cumprida de várias maneiras. Ainda, debateram acerca da seção 33, sobre a cláusula de substituição, que permite que a maioria das participações de invalidade seja substituída simplesmente pela inclusão de uma cláusula independente na nova lei.

No artigo de 1997, HOGG e BUSHELL afirmaram que essas características da *Carta* asseguraram que depois que uma lei fosse considerada inválida pelos Tribunais, as Legislaturas normalmente seriam deixadas com uma gama de opções quanto à concepção de legislação corretiva. Nada obstante, a hipótese daquele artigo era que, embora a *Carta* muitas vezes influenciasse o projeto de legislação tendente a violar um direito garantido, raramente poderia ser considerada como uma barreira absoluta aos desejos das instituições democráticas. Isso porque as legislaturas reteriam a responsabilidade primária pelas questões sociais, políticas e econômica, razão pela qual seriam capazes de realizar o objetivo, respeitando os requisitos da *Carta*. Ainda naquele artigo de 1997, para testar a hipótese, HOGG e BUSHELL examinaram as consequências de cada processo judicial em que uma lei foi declarada contrária à *Carta* pela Suprema Corte do Canadá (bem como a maioria dos poucos tribunais inferiores decisões que não foram objeto de recurso para o Supremo Tribunal). Os resultados de HOGG e BUSHELL foram surpreendentes. Os números deixaram claro, em uma extensão muito maior do que se esperava, que essa revisão judicial não foi a última palavra em legislação que foi contestada com sucesso com base na *Carta*. Pelo contrário, na maioria dos casos, a decisão judicial não impediu a legislação que continuou a perseguir os objetivos da lei original.

Nesse sentido, HOGG e BUSHELL, em "Diálogo da *Carta*", se referiram à sequência de novas leis seguindo as decisões da Corte como um diálogo entre os tribunais e legislaturas, embora que com isso os autores expliquem que não estavam sugerindo que Tribunais e legislaturas literalmente estariam conversando umas com as outras. Vale dizer, HOGG e BUSHELL, deixaram evidente que a teoria

dos diálogos institucionais guardava relação com a metáfora do diálogo, a qual dizia respeito às decisões do tribunal nos casos em que a *Carta* geralmente deixava espaço para uma resposta legislativa.

O tema do artigo de 1997 – diálogos com a carta – foi objeto de diversas decisões judiciais, além de ser levado a efeito em discursos de membros do Parlamento e membros do judiciário, bem como ter sido tópico para discussão acadêmica em vários cursos de direito e ciência política.

Nesse contexto, já em 2007, HOGG e BUSHELL objetivaram realizar uma revisão abrangente do crescimento do fenômeno que descrevem como diálogos, desde 1997, e uma análise mais ponderada das opiniões dos críticos, especialmente porque algumas leis foram modificadas em resposta às primeiras decisões da Corte, agora voltando ao Tribunal para uma "segunda análise", fazendo com que a natureza de diálogo entre os tribunais e legislaturas se tornasse mais complexa.

Além disso, o Tribunal foi chamado em muitos outros casos para projetar Remédios da *Carta* e, em particular, para determinar se é apropriado suspender uma declaração de nulidade a fim de dar o legislativo uma oportunidade de responder promulgando uma lei corretiva.

Na publicação de 2007, os autores revisam a hipótese original do artigo de 1997, à luz dos desenvolvimentos na Suprema Corte do Canadá. No final, os autores voltam à conclusão original de que a noção de diálogo representa um sério desafio à objeção antimajoritária à revisão judicial.

Em efeito, no artigo de 2007, os autores debatem as cinco maneiras pelas quais os juízes da Suprema Corte do Canadá usaram a ideia de diálogo.

Em primeiro lugar, juízes invocaram a ideia de diálogo na busca de justificar a revisão judicial (controle de constitucionalidade das leis). Em segundo, juízes defenderam a ideia de diálogo em se opor à redução da legislação em um caso da *Carta*. Em terceiro, houve juízes que invocaram a ideia de diálogo como uma razão para suspender as declarações de nulidade em casos da *Carta*.

Em quarto, observou-se juízes que se fizeram da ideia de diálogo no contexto de um caso considerando o exercício do critério corretivo de acordo com a seção 24 da *Carta*. Em quinto, alguns juízes invocaram a ideia de diálogo em casos de segunda análise, às vezes como motivo para adiar ao legislativo julgamento, e em outras ocasiões para lembrar às legislaturas que os tribunais não irão adiar

automaticamente para a legislatura porque ela revisou e promulgou novamente uma lei inválida.

Ainda, os autores também debateram acerca das quatro principais linhas de crítica da ideia de diálogo. A primeira linha de crítica é que o "Diálogo da *Carta*" não justifica a revisão judicial sob a Carta. Os autores concordaram com as críticas, embora tenham acrescentado a ela a ideia de que o diálogo demonstra que há uma forma fraca de revisão judicial no Canadá, o que torna a revisão judicial mais fácil de superar e, portanto, mais fácil de justificar.

A segunda linha de crítica é que o diálogo não existe, e não pode existir onde a autoridade final para interpretar está investida nos Tribunais. A resposta a essas críticas está no fato de que a maioria das decisões da Corte, embora tenham sido a palavra final provisória sobre o significado normativo no caso concreto, elas deixaram espaço também espaço para uma série de resposta legislativa, e geralmente receberam uma resposta legislativa à decisão da Corte.

A terceira linha de crítica é que o diálogo descartaria, indevidamente, a extensão em que a decisão judicial faz sob a Carta, distorcendo a política e criando um novo *status quo*, além de dar um poder significativo ao Tribunal em colocar questões da agenda legislativa. Nesse sentido, os autores concordam que mesmo uma forma fraca de revisão judicial envolve considerável influência judicial no processo legislativo, mas ressaltam que raramente frustra um objetivo legislativo, e rejeitam a posição extrema de que qualquer influência dos tribunais sobre a formulação de políticas legislativas é ilegítima.

A quarta linha de crítica é que a ideia de diálogo é falha porque pode, e tem sido usada para apoiar tanto a manutenção de leis quanto a derrubada de leis. Nesse aspecto, os autores concordam que ideias de diálogo têm sido usadas pela Suprema Corte com resultados mistos, mas questionam se isso é porque nossa ideia de diálogo é falha ou porque a Suprema Corte está lutando para saber como deve decidir os casos de segunda análise. Acreditam que seja o último, e para por esse motivo, apresentamos algumas de nossas reflexões preliminares sobre como o Tribunal deve decidir tais casos.

Por fim, os autores fornecem uma atualização dos números desde que o artigo "Diálogo da *Carta*" foi publicado. Embora tenha havido uma ligeira redução nas respostas legislativas, descobriu-se que a maioria das decisões desde 1997, em

que o Tribunal derrubou uma lei sobre *fundamentos* ainda são seguidas por uma resposta legislativa.

Diante disso, os autores se voltam à conclusão de que, uma vez que a última palavra quase sempre pode ser - e geralmente é - provisória, a objeção antimajoritária à revisão judicial não é particularmente forte.

E isso é importante para esclarecer em que medida diálogos institucionais podem ser considerados um avanço na teoria clássica da separação dos poderes, ainda que tal teoria seja aplicada no Brasil.

Dito isso, é mister trazer ao debate o conceito dos diálogos institucionais clássicos e pensar em que medida tal conceito se aplica no Brasil atual. É tal relação então, entre diálogos institucionais, separação de poderes e jurisdição brasileira, que se verá no próximo tópico.

### **2.3. SEPARAÇÃO DE PODERES E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DA LEITURA BRASILEIRA**

Nesse item, é importante frisar a doutrina clássica acerca da separação de poderes, o que não se confunde com a ideia de diálogos institucionais, como ficará demonstrado. Veja-se que no campo jurídico estudado no Brasil, a reprodução de categorias clássicas possui um recorrente autor, qual seja Montesquieu.<sup>113</sup> O autor, com sua obra sobre a separação de poderes, constitui-se em sólido referencial doutrinário. Tal teoria clássica, por isso, precisa de um viés mais contemporâneo, que busque resolver os dilemas sociais e institucionais atuais, o que a questão dos desenhos institucionais procura solucionar, pensando além da clássica replicação da fórmula da tripartição de poderes. Nesse viés, Conrado Hübner Mendes explica, a distribuição das faculdades de instituir e/ou das capacidades de vetar conduz a um desenho institucional, contemplando uma distribuição de poderes, com a determinação dos objetivos e dos canais de comunicação entre eles. Nessa arquitetura de diálogo institucional, a separação de poderes deve ser vista de forma ampliada, de acordo com as determinadas capacidades dos agentes públicos e das

---

<sup>113</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

instituições na busca de uma última palavra provisória sobre os sentidos da constituição no caso concreto.<sup>114</sup>

Conrado Hübner Mendes argumenta, que é por meio dos conceitos de “última palavra provisória” e de “rodadas procedimentais”, que se busca dar a exata dimensão da tripartição de poderes na contemporaneidade. Em efeito, as teorias do diálogo, ao observarem o fato da continuidade (da sequência, legislativas, e assim por diante) põem a simples existência da revisão judicial sob a uma nova luz. Com o autor, a última palavra e diálogo, nesse sentido, contemplam-se, por isso, assim como o Direito e a política precisam de “últimas palavras provisórias”, precisam também de continuidade.<sup>115</sup>

Miguel Godoy explica o que seria a chamada rodada procedimental, bem como a intitulada por Conrado Hübner Mendes de última palavra provisória:

Conrado Hubner Mendes chamou de “rodada procedimental” e “última palavra provisória”. A rodada procedimental consiste nos procedimentos estabelecidos para a vocalização de projetos coletivos e solução de conflitos. Esse caminho procedimental tem início, meio e fim. O ponto final, no entanto, será sempre provisório. O resultado, portanto, é uma última palavra provisória. Assim como uma lei aprovada após o devido processo legislativo pode ser derrubada pelo controle judicial de constitucionalidade dessa lei, a decisão judicial pode ser derrubada por uma retomada da rodada procedimental, ou seja, dos processos institucionais de interpretação e aplicação da Constituição.<sup>116</sup>

Clémerson Merlin CLÈVE e Bruno Mendes LORENZETTO afirmam que os processos de modelagem contemporânea das instituições representam um importante avanço na definição teórica e normativa de quais deveriam ser as capacidades ideais de cada um dos Poderes, em determinado tempo e caso concretos. Por isso, novas visões sobre as funções das instituições públicas representam uma importante oportunidade para reflexão a respeito da insuficiência da visão tradicional sobre a separação de poderes, razão pela qual indicam que a busca por determinar fronteiras intransponíveis entre os Poderes é pouco prática e

---

<sup>114</sup> MENDES, Conrado Hübner Mendes. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 132.

<sup>115</sup> MENDES, Conrado Hübner Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 238.

<sup>116</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

também indesejável à resolução ideal das demandas atuais.<sup>117</sup> Os autores aduzem que em substituição a uma leitura tradicional da separação dos poderes, a prática dos diálogos demonstra dois aspectos a respeito da formulação de decisões de casos controvertidos, quais sejam. Em primeiro lugar, trata-se do aspecto segundo o qual as decisões tomadas em qualquer um dos poderes passam a ter um caráter parcialmente definitivo, uma vez que podem ser contestadas em outras instâncias públicas. Em segundo aspecto, cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem no processo de tomada de decisões, o que significa dizer que assim se reafirma a necessidade de canais de diálogo entre as instituições, pois uma pode ter melhores condições que outra para lidar com o caso concreto, conferindo novas rodadas deliberativas.<sup>118</sup>

Já Godoy explica que:

As teorias sobre os diálogos institucionais, em geral, se diferenciam pela abordagem que realizam – quanto ao método (ou empírica) e quanto à estrutura (ou normativa) As abordagens empíricas tratam os diálogos como um produto, resultando, do desenho institucional e da separação entre os Poderes. Uma análise passível, portanto, de verificação prática mediante a atuação das cortes e do acatamento ou superação das decisões judiciais pelos demais Poderes. As abordagens normativas tratam os diálogos como uma demanda, exigência normativa, que estabeleça essa comunicação entre o Poder Judiciário e os demais Poderes. As abordagens empíricas têm a vantagem de mostrar como, na prática, o significado da constituição é construído por meio de um embate, fluxo e refluxo de ideias e concepções.<sup>119</sup>

Nesse caminho, Godoy afirma que é importante encarar os diálogos segundo as características que se sobressaem do processo dialógico, resultado de uma exigência normativa ou fruto de uma atuação no caso concreto.<sup>120</sup> Godoy traz à baila o que diferencia Catherine Bateup acerca das distintas perspectivas dos diálogos conforme suas características mais marcantes. Nessa trilha, os diálogos poderiam ser classificados quanto ao método, isso porque compreendidos como um

---

<sup>117</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Mendes. *Governo democrático e jurisdição constitucional*, p. 144-146.

<sup>118</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Mendes. *Governo democrático e jurisdição constitucional*, p. 131.

<sup>119</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>120</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

comportamento deliberativo em que as instituições são capazes de fomentar um debate com entre os Poderes sobre o significado da constituição.<sup>121</sup>

Tal postura metodológica de fomento ao debate por parte dos juízes pode se manifestar de três formas diferentes: 1. Pela Teoria do Aconselhamento Judicial; 2. Pela Teoria da Atuação Coordenada; 3. Pela Teoria do Equilíbrio.

Assim, de acordo com a Teoria do Aconselhamento Judicial, as instituições judiciais se valem de técnicas interpretativas e decisórias para proativamente recomendarem cursos de ação ou apontarem correções a serem feitas, em leis e atos declarados inconstitucionais. Nesse sentido, as cortes poderiam apontar suas razões e também mostrar alternativas corretivas. Com isso, é possível que o juiz declare a norma constitucional, mas aponte as fragilidades da lei impugnada, dando oportunidade aos entes competentes de corrigirem sanarem dúvidas. Dessa maneira, o Poder Judiciário tende a contribuir com os demais Poderes ao apontar sua compreensão sobre a constituição, sobre como os demais Poderes devem atuar para aprimorar ou corrigir suas ações.<sup>122</sup>

Por outro lado, a Teoria do Aconselhamento Judicial pode se mostrar insuficiente, porque se baseia apenas na voluntariedade do juiz, razão pela qual a ausência de incentivos ou exigências normativas pode ser capaz de que o diálogo institucional não se torne genuíno ou mesmo não aconteça.<sup>123</sup>

De outro giro, uma segunda dimensão a se destacar dos diálogos institucionais é a chamada “teoria da construção coordenada”, a qual compreende a interpretação da constituição como uma tarefa já devidamente compartilhada, na qual cada Poder exerce sua função e competência, de modo que o resultado final é uma compreensão compartilhada sobre o significado da constituição. Isso significaria dizer que quando há uma compreensão equivocada por parte de algum dos Poderes, os demais podem agir.<sup>124</sup>

Neste sentido, a teoria da construção coordenada dimensiona o sistema de pesos e contrapesos da separação entre os Poderes como arranjo apto e promotor

---

<sup>121</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>122</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>123</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>124</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.



dos diálogos institucionais, uma vez que ela se baseia - e também tende a promover uma igualdade de disputa entre os Poderes sobre quem tem a melhor ou mais adequada interpretação sobre a constituição, ao invés de promover um diálogo construtivo entre eles.<sup>125</sup>

Ainda, pondera-se que outra dimensão da chamada teoria do equilíbrio no âmbito dos diálogos institucionais seria a teoria da parceria, tal qual é defendida por Bateup, na seguinte trilha de raciocínio. A teoria da parceria se concentra sobre as diferentes contribuições que cada um dos Poderes - segundo suas competências, para a definição do significado da constituição, sem que se dê uma importância maior à interpretação judicial. Nesse caminho, se por um lado, a teoria da parceria busca estabelecer um debate público na sociedade, por outro, enxerga nos mecanismos institucionais a melhor forma de fortalecer os diálogos interinstitucionais.<sup>126</sup> Outro caminho dialógico seria a existência de uma chamada postura de fusão dialógica, em que se defende a:

Capacidade institucional peculiar de o Poder Judiciário interpretar a constituição e seus princípios por meio da revisão judicial das leis. Mas não para impor suas interpretações, e sim para ser mais uma voz na definição da constituição. As previsões legais de incentivo aos diálogos, tal qual previsto pela Constituição do Canadá, seriam um exemplo de bom incentivo normativo aos diálogos. Assim, deixa-se o Poder Judiciário livre para exercer o controle judicial de constitucionalidade das leis, mas lhe impõe o dever de estar atento e aberto ao diálogo. Por sua vez, o Poder Legislativo fica ciente de que seus atos podem ser revistos e derrubados pelo Poder Judiciário. Antes que isso aconteça, um diálogo entre os Poderes e entre estes e o povo e demais instituições é bem-vindo. E após o eventual controle de constitucionalidade das leis, é importante que ainda existam canais de diálogo e redefinição da interpretação da constituição. [...] Os desafios para essa perspectiva são pensar propostas normativas viáveis, bem como a inserção de outros atores e instituições nesse diálogo.<sup>127</sup>

Miguel Godoy afirma que a ideia de diálogo entre os Poderes defendida por Peter Hogg e Allison Bushell, a partir da seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades

---

<sup>125</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>126</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>127</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

do Canadá, é o exemplo mais invocado de possibilidade normativa para uma relação dialógica entre os Poderes.<sup>128</sup>

Isso porque ao mesmo tempo em que a nova Carta de Direitos representou uma conquista em termos de direitos, ela rejeitou a supremacia judicial através da seção 33, a qual tende a possibilitar ao Parlamento recusar uma decisão judicial que faça a revisão judicial de uma lei. Veja-se que a seção 33 somente foi invocada algumas vezes na história canadense, uma vez que para derrubar uma decisão judicial da Corte se impõe um ônus (político e simbólico) significativo ao Legislativo.<sup>129</sup>

Como Peter Hogg e Alison Bushell explicam, na maioria dos casos, o Parlamento canadense optou por readequar seus atos de acordo com a interpretação dada pela corte e, eventualmente, alterar a lei de acordo com a exigência feita pela Corte. Nesse caminho, tal postura institucional tende a mostrar como o Parlamento aparenta estar aberto e permeável aos entendimentos da corte, apesar da possibilidade de reverter à decisão judicial.<sup>130</sup> Ao invés de forçar um determinado entendimento, se aquiesce o debate, o colóquio acerca da decisão. Noutra palavras, a decisão judicial é não um veto, mas parte integrante de uma comunicação interinstitucional sobre como conciliar direitos individuais e políticas públicas.<sup>131</sup>

Após as críticas e correções, Peter Hogg e Alison Bushell fizeram esclarecimentos sobre suas ideias e posições. Tal qual explica Miguel Godoy, no artigo publicado com a revisão de sua teoria dialógica, em síntese, Peter Hogg e Alison Bushell defendem a ideia de última palavra da corte sobre a interpretação da constituição, embora tenham afirmado que as reações e superações legislativas são inevitáveis, razão pela qual Peter Hogg e Allison Bushell compreendem, assim, o papel do Parlamento como reativo. Noutras palavras, o diálogo é fruto desse

---

<sup>128</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>129</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.149.

<sup>130</sup> HOGG, Peter Wardell; BUSHELL, Alison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). *In: Osgood Hall Law Journal*. v. 35. n.01. Toronto: York University, 1997. p. 101-104.

<sup>131</sup> HOGG, Peter Wardell; BUSHELL, Alison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). *In: Osgood Hall Law Journal*. v. 35. n.01. Toronto: York University, 1997. p. 101-104.

processo, no qual a última palavra constitucional é da Corte, embora na prática seja do Legislativo.<sup>132</sup>

É relevante também explicar que o chamado constitucionalismo do *commonwealth*, que também pode ser um exemplo da realização de reformas institucionais com o estabelecimento de previsões normativas destinadas a proteger direitos. Ainda, no âmbito do direito constitucional comparado, juntamente com o Canadá, também o Reino Unido e a Nova Zelândia compõem experimentações interessantes acerca dos diálogos institucionais aqui instados.<sup>133</sup>

Nesse caminho, para que tal diálogo não acabe por ficar dependente do voluntarismo de cada Poder - ou de seus membros, é imperativo frisar que previsões normativas são necessárias para incentivar e promover esse diálogo. Isso porque previsões normativas dialógicas não podem impor a primazia de um sobre o outro, sendo sim importante que cada órgão institucional seja incentivado, normativamente,

---

<sup>132</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>133</sup> Do ponto de vista do direito constitucional comparado: Miguel Godoy explica as experimentações dialógicas no Reino Unido e na Nova Zelândia. Para o autor "ao invés de apostarem em um modelo forte de controle de constitucionalidade (como o dos Estados Unidos ou o do Brasil, por exemplo), adotaram formas fracas de revisão judicial das leis. A Declaração de Direitos da Nova Zelândia, de 1990, consolida a previsão e proteção de direitos e é parâmetro de avaliação das demais leis, mas não revoga automaticamente leis que estejam em desacordo com seus ditames. Assim, a Declaração de Direitos da Nova Zelândia é uma norma com caráter peculiar, porque ela tem força jurídica menor do que uma lei ordinária, pois não revoga uma lei que esteja em conflito com ela, mas ainda assim é parâmetro de avaliação das leis. Dessa forma, o papel da corte é controlar o significado da Declaração de Direitos e declarar a violação de uma eventual lei ao disposto na Declaração de Direitos. Tal declaração, no entanto, não invalida automaticamente a lei questionada. O legislador, dessa forma, paga o custo político dessa violação, considerada grave<sup>424</sup>. Esse sistema tem funcionado bem e feito dos juízes e das cortes atores fortes e relevantes na proteção de direitos. O Parlamento tem, de certa maneira, a última palavra sobre o significado da Declaração de Direitos, mas a atuação da corte faz com que os legisladores levem a sério as questões de direitos por trás de suas decisões. De forma semelhante, a edição da Declaração de Direitos Humanos do Reino Unido, de 1998, passou a possibilitar que atos de autoridade pudessem ser questionados perante as cortes britânicas à luz da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A simples previsão de uma carta de direitos já representou uma verdadeira revolução na tradição britânica (eminentemente parlamentar)<sup>426</sup>. Além disso, a forma de controle previsto foi original, pois a corte tem o dever de interpretar as leis à luz dos direitos e, assim, o poder de emitir uma declaração de incompatibilidade da lei com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. A declaração de incompatibilidade não revoga automaticamente a lei, mas retira a sua imunidade contra a uma possível anulação, pois a lei não pode confrontar a Convenção Europeia de Direitos Humanos. [...] Não se está aqui a defender a adoção dos modelos do direito comparado, pois o transplante de arranjos estrangeiros em geral recai no equívoco de ignorar demandas institucionais locais. No entanto, eles mostram como se pode estabelecer outra dinâmica institucional em nossa realidade ao invés de se insistir na disputa pela última palavra sobre o significado da Constituição e na velha oposição entre supremacia judicial ou supremacia legislativa. Dessa maneira, pode-se fazer uma análise mais acurada sobre o desempenho de cada Poder na tarefa de interpretação e aplicação da Constituição, pois passamos a avaliar não somente a forma de atuação dos Poderes, mas também as diferentes concepções de legitimidade que informam sua atuação GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

a ser criterioso em sua tarefa interpretativa, atento às proposições vindas dos outros intérpretes da constituição. Dessa maneira, o que se percebe é que as teorias dos diálogos, apesar de invocarem diferentes formas de atuação, se opõem à ideia de supremacia judicial, uma vez que enfatizam que o Poder Judiciário não tem - segundo uma abordagem empírica - e nem deve ter - segundo uma abordagem normativa - a última palavra sobre a constituição. Por isso, as teorias dos diálogos podem mostrar os limites e as insuficiências das teorias da tripartição de poderes e fomentarem a possibilidade de coexistência entre parlamentos e cortes, sem que se tenha que indicar um em oposição ao outro.<sup>134</sup>

Conforme Clève e Bruno, ao analisar HOGG, afirmam que no Canadá há um emblemático caso de diálogos institucionais:

Tome-se o emblemático caso canadense, sublinhando como importante marco no que tange à prática dos diálogos institucionais. Diante da edição da "Carta de Direitos e Liberdades" em 1982 o problema da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade foi suscitado. A resposta para tal dificuldade foi a de que o controle seria parte do diálogo entre juízes e legisladores; por isso, nos casos em que a decisão judicial se abre para correções pelo Legislativo, pode-se dizer que se está a estabelecer um diálogo interinstitucional.<sup>135</sup>

Nesse sentido, as teorias dos diálogos mostram como juízes e cortes, ao realizarem o controle judicial de constitucionalidade das leis, devem se envolver em um debate dinâmico e dialógico sobre o significado das normas constitucionais. Em outras palavras, as decisões judiciais, se vistas como respostas buscadas sobre o significado da constituição, devem ser construídas, e nunca impostas, razão pela qual a interação dialógica deve se constituir um dever, e não uma mera possibilidade.

Significa dizer que o diálogo não decorre somente da manifestação de vontade de um Poder ou apenas por exigência de algum dispositivo normativo. Vai muito além, porque ele deve ser o produto dessa tensão entre empirismo e normativismo, que compreendem a separação entre os Poderes como algo dinâmico, e não estanque. Nesse viés, o diálogo se insere da conjugação entre um

---

<sup>134</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>135</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Mendes. *Governo democrático e jurisdição constitucional*, p. 132.

desenho institucional e uma cultura política de incentivos normativos e de disposição dialógica.<sup>136</sup>

Em avanço a esse debate, Godoy explica que o um desafio importante é mostrar como a insistência sobre quem deve ter a última palavra é algo ilusório além de improdutivo. O que é defendido aqui, então, é que a ideal interpretação sobre a Constituição e a sua consequente melhor decisão não decorrem somente das capacidades de uma ou outra instituição, mas sim da interação deliberativa entre as instituições, na busca pelas melhores razões públicas para justificar suas posturas e julgamentos.<sup>137</sup>

Nesse viés, a teoria dos diálogos interinstitucionais é importante porque mostra como é possível conciliar a provisoriade das decisões judiciais com a continuidade da política democrática.<sup>138</sup> Por isso, as decisões judiciais são importantes, representam um ponto de chegada sobre a interpretação e aplicação da Constituição, posto que são um ponto de chegada provisório e podem se converter em um novo ponto de partida<sup>139</sup>.

Conforme visto anteriormente, o diálogo, no longo prazo é, dessa forma, inevitável, pois as decisões são tomadas, os casos concretos resolvidos, mas os mesmos temas são reprocessados pela comunidade e podem ressurgir, sendo capazes de alterar compreensões até então definidas.

Vale dizer que mesmo dentro da lógica da separação de poderes, aquela instituição que for mais democrática sempre poderá responder a outra instituição. Por isso, há que se falar em última palavra provisória para o ponto de vista dos diálogos institucionais, inclusive no Brasil.<sup>140</sup>

A última palavra sobre direitos, assim, é apenas uma parte da história, não toda ela, conforme defende Conrado Hübner Mendes.<sup>141</sup> Nessa perspectiva, a teoria dialógica defendida por Miguel Godoy pode ser também sintetizada assim:

---

<sup>136</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>137</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>138</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

<sup>139</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

<sup>140</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

<sup>141</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

O que se reivindica, assim, é encarar a Constituição como um documento normativo que, a despeito de suas normas, tem seu significado construído e reconstruído todos os dias, pela atuação dos mais diversos atores e, especialmente, pela atuação de cada um dos Poderes da República. O desafio é não limitar a Constituição a um único método hermenêutico e nem engessar as instituições segundo uma compreensão rígida e estática de separação entre os Poderes. Ao contrário, é preciso fazer da Constituição um documento menos técnico, menos pertencente a juízes, cortes e representantes, e mais popular. É preciso fazer com que as instituições dialoguem entre si e também com o povo, a fim de buscar os melhores argumentos, fundados em razões públicas que possam ser aceitas, ou ao menos respeitadas, por todos. Nesse sentido, o conceito de democracia invocado para fundamentar a atuação das instituições e avaliar a legitimidade de suas decisões é fundamental. Por isso, a dinâmica dialógica apresentada e defendida neste trabalho se funda em uma concepção deliberativa de democracia, pois, a partir desse pressuposto, a interação dialógica entre as instituições tem um potencial epistêmico de alcançar melhores respostas e ao mesmo tempo estabelecer um parâmetro para avaliar a legitimidade de suas decisões.<sup>142</sup>

Em razão disso, tal dinâmica dialógica e deliberativamente interativa possibilitaria cada vez mais Poderes engajados no exercício da persuasão.<sup>143</sup> Nesse âmbito, o Poder Judiciário não atua como um ente reativo e impositivo por meio de suas decisões judiciais. Tampouco o Poder Legislativo se mostra complacente e submisso.<sup>144</sup>

Pelo contrário, as instituições se empenham em maximizar seus desempenhos deliberativos e, assim, persuadir o outro por meio do melhor argumento.<sup>145</sup>

Com isso, a comparação entre a qualidade deliberativa e a legitimidade democrática da decisão de cada um dos Poderes torna-se, assim, mais aferível.<sup>146</sup> E tal espécie de jogo democrático não acontece sem conflitos, embora ele se mostre mais genuíno e transparente, ao encarar os conflitos do processo deliberativo de

---

<sup>142</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>143</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>144</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

<sup>145</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

<sup>146</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

frente, ao invés de se esconder sob retóricas justificativas de supremacia e última palavra.<sup>147</sup>

Assim, o controle judicial de constitucionalidade das leis e as decisões judiciais ganham não apenas um novo potencial qual seja: um potencial democrático-deliberativo; além de uma nova função, que é: uma função deliberativo-legitimadora. Nesse percurso, a guarda da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal não consiste mais em competência de dizer, em definitivo, o que é a Constituição, a guarda da Constituição consiste em competência para decidir e expressar a sua compreensão sobre o significado da Constituição.<sup>148</sup>

Miguel Godoy esclarece que do ponto de vista dos diálogos interinstitucionais defendidos por ele, as instituições judiciais podem ser promotoras do debate democrático, não para impor suas visões de mundo e seus conceitos de bem por meio da revisão judicial das leis e de suas decisões, mas para promover um debate público, robusto, que não se restrinja a oposição entre diferentes lados, e sim um debate que seja democrático pela inclusão ampla de vozes, ampliando a qualidade e a profundidade dos argumentos invocados para justificar a tomada de decisão pública.<sup>149</sup>

Com isso, a legitimidade da sua decisão se funda não no mero exercício formal de sua competência de guarda da Constituição, mas na legitimidade democrático-deliberativa de suas razões. Por esse ponto de vista, a revisão judicial das leis deixa de ser vista como barreira ou limitação ao Poder Legislativo, devendo também funcionar como propulsora de melhores deliberações.<sup>150</sup>

Isso significa afirmar que os diálogos interinstitucionais visam defender que o controle de constitucionalidade não tem a função exclusivamente de “proteger o povo da política quando esta se mostra irracional”, mas o seu papel também é de desafiar a política a se superar em qualidade democrática e deliberativa.<sup>151</sup>

---

<sup>147</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

<sup>148</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>149</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>150</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

<sup>151</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

E como se analisa neste trabalho, a qualidade democrática e deliberativa das decisões do STF pode e deve ser cada vez mais incentivada por meio de instrumentos robustos de interação de argumentos.

Assim, vale dizer que os diálogos institucionais se vistos com os autores aqui estudados podem trazer à baila como sendo mais do que essencial uma perspectiva que considere os *amici curiae* e as audiências públicas como institutos fundamentais à tomada de decisão acerca de determinados temas constitucionais.

Não se trata, aqui, de impor a realização de tais institutos, mas sim de demonstrá-los como sendo fundamentais para romper a barreira de uma alegada ilegitimidade constitucional de suas decisões.

Trata-se, pois, de incentivar a realização de institutos voltados à legitimidade das decisões constitucionais, especialmente em um contexto de relação profícua entre constitucionalismo e democracia deliberativa, como se pretendeu analisar neste trabalho.



### 3. OS INSTITUTOS DO AMICI CURIAE E DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS: DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS, TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

#### 3.1. A DEMOCRACIA E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste item, objetiva-se trazer como tema central o Supremo Tribunal Federal, suas funções e os problemas que a mais alta instância do poder judiciário brasileiro apresenta hodiernamente.

A partir da visão de Conrado H. Mendes<sup>152</sup>, o STF tem atribuições e importância precípua na democracia contemporânea. Historicamente, o STF é um Tribunal que nasce em 1890, no bojo da Proclamação da República como uma forma de criar um novo modelo de separação de poderes, com a extinção do poder moderador que existia na monarquia. Portanto, é um órgão com mais de 130 anos. 130 anos e 7 constituições depois este Tribunal teve várias caras e vários modelos. O STF é um órgão do Poder Judiciário brasileiro, hoje conforme dispõe o art. 92 da Constituição de 1988.

Nesse contexto, o STF possui três significados que se relacionam intrinsecamente. Ao mesmo tempo, o STF é um Tribunal de Cúpula do Poder Judiciário, tendo a palavra final sobre as questões que o Judiciário decide e, como tal tribunal, é possível alcançá-lo por meio de recursos. Sendo assim uma espécie de 4ª instância judiciária. Em segundo lugar, o STF é um Fórum de primeira e única instância, para certas matérias que a Constituição definiu que seria importante o STF - com todo seu status e sua força - decidisse. O maior exemplo é a função de ser um fórum criminal para um tipo de crime político, para agentes políticos que tenham reserva de foro privilegiado por prerrogativa de sua função, como Senadores, Deputados e Presidentes da República com tal foro privilegiado. O terceiro significado - talvez o mais importante - é a sua função de Tribunal constitucional, ou seja, aquele que faz o controle de constitucionalidade das leis, de modo a avaliar se o que o legislador produz é compatível com a constituição. Em suma, nessa combinação de significados, o STF tem a função de ser o guardião da

---

<sup>152</sup> MENDES, Conrado H. Palestra intitulada: *O STF e a Democracia*. Publicado pelo Instituto da Democracia. [institutodademocracia.org](http://institutodademocracia.org). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=TJULz4Cn3q4>>. Acesso em 14.dez.20.

constituição, uma espécie de bússola ou farol do significado da constituição. E nessa função de ser bússola, de um lado, o STF tem a incumbência de ser um órgão de decide sobre direitos fundamentais e, por outro, tem a função de moderar os poderes.<sup>153</sup>

Nessa trilha, Conrado H. Mendes explica que são três os principais problemas do Supremo Tribunal Federal na democracia atual. O primeiro deles é a acumulação de função, o que pode gerar tensões e ser contraproducente, pode canibalizar a própria autoridade do STF. Isso acontece tanto do ponto de vista quantitativo, ou seja, pelo volume de casos e controvérsias que chegam ao STF, que obrigam ao STF dar conta, às vezes de forma inadequada, acasos muitos simples, e outros muito complexos. Mas também tem uma natureza quantitativa. Isso porque há muitos casos, com competências distintas, o que faz com que ele perca a sua capacidade técnica; assim, o primeiro problema é do ponto de vista arquitetônico, do ponto de vista de como o Tribunal está alicerçado para suas competências. Um segundo problema é quem são os Ministros nomeados para o STF. O modo de nomeação, como na maioria dos tribunais do mundo, eles não são eleitos. E há boas razões para eles não serem eleitos, justamente porque a sua função é diferente da função política. Os ministros devem ser um anteparo para os conflitos políticos. Mas, é possível dizer que os impasses relacionados ao STF e aos seus Ministros é como a arquitetura do STF faz com que o Tribunal tenha se fragmentado e se individualizado cada vez mais.<sup>154</sup>

O STF hoje é um tribunal quebrado entre 11 Ministros – a metáfora das 11 ilhas, que não se comunicam e que decidem sozinhas, que decidem de modo monocrático. E isso é um problema para a qualidade das suas decisões, para a previsibilidade de suas decisões e, sobretudo, porque um ministro, sozinho, pode capturar o STF no exercício de sua função monocrática.<sup>155</sup>

Assim, o problema é a arquitetura e o que tal arquitetura libera para a uma função monocrática do STF. E tal função monocrática tende a conflitar com um

<sup>153</sup> MENDES, Conrado H. Palestra intitulada: *O STF e a Democracia*. Publicado pelo Instituto da Democracia. [institutodademocracia.org](http://institutodademocracia.org). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=TJULz4Cn3q4>>. Acesso em: 14.dez.20.

<sup>154</sup> MENDES, Conrado H. Palestra intitulada: *O STF e a Democracia*. Publicado pelo Instituto da Democracia. [institutodademocracia.org](http://institutodademocracia.org). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=TJULz4Cn3q4>>. Acesso em: 14.dez.20.

<sup>155</sup> MENDES, Conrado H. Palestra intitulada: *O STF e a Democracia*. Publicado pelo Instituto da Democracia. [institutodademocracia.org](http://institutodademocracia.org). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=TJULz4Cn3q4>>. Acesso em: 14.dez.20.

avanço do STF no quesito transparência e publicidade de seus atos, a partir da realização dos Amici Curiae e das Audiências Públicas, uma vez que a decisão monocrática acerca da realização de tais institutos tende a deixar de reduzir o déficit democrático que poderia ser alcançado pelo STF quando da aplicação de tais institutos em suas decisões acerca do sentido da Constituição. A decisão monocrática vai de encontro com a possibilidade de diminuir o déficit democrático por meio do diálogo institucional genuíno realizado a partir dos institutos dos amici curiae e das audiências públicas, uma vez que uma decisão monocrática tende a deixar de ouvir menos vozes e sujeitos quando da sua deliberação judicial. Por isso, a redução das decisões monocráticas tende a ampliar a democracia da jurisdição constitucional, inclusive no que tange ao problema enfrentando aqui que são os quesitos de publicidade e transparência alcançados por meio do amici curiae e das audiências públicas, os quais conferem maior legitimidade democrática às decisões do STF.<sup>156</sup>

Conrado explica sobre o problema de incapacidade do STF de desempenhar o seu papel de moderador de conflitos, ao argumentar a dificuldade de ser um ator isento, desacompanhado de parcialidade, com profundidade argumentativa, posto que é composto por 11 ministros e acaba sendo refém dos jogos estratégicos dos 11 ministros, não oferecendo previsibilidade e segurança jurídica em suas duas dimensões. Seja em sua dimensão de conteúdo, que diz respeito à construção de uma jurisprudência, para que se tenha algum tipo de parâmetro em relação às decisões passadas do tribunal, ou também na dimensão do tempo da decisão, pois a sociedade precisa ser capaz de saber se e quando o tribunal vai decidir. E os poderes dos ministros são hoje tão abertos que não se tem sequer segurança de que o tribunal vai decidir e se vai decidir quando vai decidir. Um juiz sozinho pode ser uma espécie de poder de veto. Pedidos de vista, engavetamento de processos, seja pelo relator, seja pelo ministro, seja pelo próprio presidente, que não agenda na pauta, são maneiras de estender indefinidamente a pauta. Um caso do STF pode durar de 20 horas a 20 anos.<sup>157</sup>

---

<sup>156</sup> MENDES, Conrado H. Palestra intitulada: *O STF e a Democracia*. Publicado pelo Instituto da Democracia. [institutodademocracia.org](http://institutodademocracia.org). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=TJULz4Cn3q4>>. Acesso em: 14.dez.20.

<sup>157</sup> MENDES, Conrado H. Palestra intitulada: *O STF e a Democracia*. Publicado pelo Instituto da Democracia. [institutodademocracia.org](http://institutodademocracia.org). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=TJULz4Cn3q4>>. Acesso em: 14.dez.20.

Portanto, para onde caminhar? Como aperfeiçoar? O diagnóstico precisa caminhar o problema da arquitetura – aqui há uma série de questões a se pensar, a começar para sobrecarga de competências do STF que são extremamente contraproducentes. Outra questão se trata sobre o comportamento dos juízes, para que seja mais adequada, posto que o comportamento dos juízes faz com que o STF também tenha sua função problematizada. Aqui, trata-se da ética dos juízes. Ou seja, a atual arquitetura do STF leva a uma atuação que sobrecarrega a atuação ética de seus ministros.<sup>158</sup>

No atual contexto, há quem defenda que o STF estaria vivendo a era da chamada populisprudência. Nesse sentido, o projeto do constitucionalismo democrático depende de mediações institucionais para a tomada de decisões coletivas e construção de uma esfera pública capaz de sujeitar o poder à prestação de contas diante de fatos, evidências e argumentos. Insta-se asseverar que nesse diapasão, as noções de povo e de soberania popular são filtradas e traduzidas num complexo edifício de procedimentos que buscam assegurar o autogoverno e a proteção das liberdades.<sup>159</sup>

Conrado Hubner Mendes afirma que, neste contexto, a democracia tem uma regra de ouro informal, qual seja que adversários - vitoriosos ou derrotados - respeitem as regras do jogo. Para Conrado, trata-se de um pacto de civilidade e de continuidade para que a competição seja desenvolvida entre os diferentes posicionamentos, de modo que a competição seja capaz de continuar inserida na rotina política e na próxima rodada eleitoral. Afirma o autor que o estado de direito depende de um acordo tácito, cujo conteúdo substancial seja capaz de que as autoridades não apenas respeitem a lei, mas também que demonstrem compromisso com o princípio de que a lei vale igualmente para todos. Ou seja, o acordo tácito deve considerar a supremacia da lei e a sua aplicação igualmente para todos os sujeitos e instituições.<sup>160</sup>

Imperativo ponderar que historicamente as cortes são imaginadas como antídotos contra o populismo, não como parceiras ou órgãos auxiliares das maiorias,

---

<sup>158</sup> MENDES, Conrado H. Palestra intitulada: *O STF e a Democracia*. Publicado pelo Instituto da Democracia. [institutodademocracia.org](http://institutodademocracia.org). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=TJULz4Cn3q4>>. Acesso em: 14.dez.20.

<sup>159</sup> MENDES, Conrado H.. A política do pânico e circo. In: ABRANCHES, Sérgio; MENDES, Conrado H.; SINGER, André; VENTURI, Gustavo; Et al. (Org.). *Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil hoje*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2019, p. 230-246.

<sup>160</sup> MENDES, Conrado H.. A política do pânico e circo. *Idem, ibidem*.

posto que são concebidas de instrumentos incumbidos de zelar pela separação de poderes e proteção de direitos. Conforme pondera Conrado, as Cortes, assim, costumam estar entre os primeiros alvos de ataques de líderes autoritários, de modo que devem desempenhar papel relevante na neutralização desse fenômeno em estágios preliminares. Isto significa dizer, ainda com Conrado, que o sucesso das cortes dependerá da reputação e da imagem de imparcialidade que conseguirem construir ao longo do tempo; a capacidade de serem levadas à sério. Conrado Hubner Mendes argumenta que a Constituição prevê mecanismos ao STF para que tal Corte seja capaz de atuar enquanto instituição voltada à busca dos sentidos da Constituição, ou seja, como guardião da Constituição, embora, e em especial no atual contexto político-jurídico, se dependa de um STF hábil e corajoso.<sup>161</sup>

Isto significa dizer, a atuação do STF pode ser i) mais atenta à Constituição e à preservação de sua combatida autoridade - com o necessário respeito aos seus ritos e costumes; bem como ii) na condição de sua agenda, a qual deve ser cada vez mais previsível, pública e transparente; e, por fim, iii) na apresentação de argumentos jurídicos estáveis para as suas razões de decidir. Seriam estas três dimensões para uma melhor estratégia institucional no que tange ao papel do STF no delicado jogo democrático vivenciado no contexto atual brasileiro.<sup>162</sup>

Nesse percurso, a democracia e o processo decisório na jurisdição constitucional estão intrinsecamente relacionados com a realização de institutos como os *amici curiae* e as audiências públicas judiciais. A trajetória institucional de realização das audiências públicas tende a evidenciar que a Corte Suprema pode ter utilizado pouco os critérios de um idôneo sistema de direitos e garantias capazes de viabilizar uma adequada participação do povo na jurisdição constitucional. Primeiro, porque o procedimento convocatório é unilateral e irrecorrível; segundo, porque se desenvolve sem critérios objetivos; e terceiro porque pouco de seu conteúdo dialógico tem sido considerado nas decisões do Supremo Tribunal Federal.<sup>163</sup>

Nessa perspectiva, Godoy analisa até que ponto os *amici curiae* e as audiências públicas têm influenciado nas decisões Supremo Tribunal Federal. Para o autor, a maneira como o Supremo Tribunal Federal tem se valido de tais

---

<sup>161</sup> MENDES, Conrado H.. A política do pânico e circo. *Idem, ibidem*.

<sup>162</sup> MENDES, Conrado H.. A política do pânico e circo. *Idem, ibidem*.

<sup>163</sup> GUIMARÃES, Lívia Gil; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: discurso, prática e lobby*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo. USP: São Paulo, 2017.

ferramentas têm sido pouco dialógica, posto que os *amici curiae* e as audiências públicas têm se limitado à exposição de diferentes posições em relação a um dado caso e têm funcionado mero como espaço de complementação informativa, não se tem fortalecido o debate argumentativo.<sup>164</sup>

A admissão ou a recusa precisa ser mais bem elaborada em termos de fundamentação democrática. Incumbe, atualmente, somente ao relator possibilitar a convocação e a habilitação às audiências públicas. As decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal ainda têm sido tomadas em grande medida de forma individual, sem um engajamento colegiado. Não há um debate público efetivo e um diálogo genuíno e o arranjo institucional atual pouco corrobora para que o Supremo Tribunal Federal se torne uma corte dialógica.<sup>165</sup>

Assim, a revisão bibliográfica proposta examina, em alguma medida, a integridade e a coerência dos diálogos institucionais e das decisões que envolveram a realização dos *amici curiae* e das audiências públicas no STF, de modo a demonstrar subsídios teóricos que venham a corroborar com a investigação da natureza e do sentido de tais institutos no âmbito da jurisdição constitucional, bem como com a construção de uma análise acerca das funções do *amicus curiae* e das audiências públicas judiciais no âmbito do constitucionalismo democrático instado no arranjo institucional brasileiro, notadamente a partir da ideia segundo a qual os diálogos realizados por meio de tais institutos são fundamentais para que o STF atinja o requisito de publicidade e transparência de suas decisões, fazendo com que possa existir uma redução do alegado déficit democrático da jurisdição constitucional, mormente no contexto contemporâneo.

### **3.2. O INSTITUTO DO *AMICI CURIAE***

O papel do *amici curiae* no âmbito investigado tem sido exercido de forma mais semelhante ao modelo histórico do direito inglês. Isso porque assume função crítica e atuante em relação à discussão processual, não servindo apenas para auxiliar o juiz em seu convencimento, atuando de forma a convencer o juiz sobre determinado fato de seu interesse. Trata-se de um mecanismo de participação dos

---

<sup>164</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 1ª. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017.

<sup>165</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 1ª. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017.

interventores da jurisdição nacional. A jurisdição brasileira permite a participação no âmbito processual do *amici curiae* de modo a viabilizar a permeabilidade da atuação da sociedade civil organizada no processo decisório.

A jurisdição contemporânea tem demonstrado importantes avanços nos instrumentos de participação e diálogo institucional. A ciência do direito processual jurisdicional tem passado por um profundo desenvolvimento no Brasil. Neste contexto, novos arranjos institucionais tendem a ampliar as possibilidades de participação na jurisdição, tal qual é o caso da figura do *amici curiae*.

Para além do indicador quantitativo, há que se pensar até que ponto e de que forma o *amici curiae* tem influenciado nas decisões da jurisdição.<sup>166</sup>

Esta abertura reside nas previsões de que o relator pode requisitar informações adicionais, bem como pareceres e sustentações de pessoas e instituições com experiência e autoridade na matéria, ainda que atualmente de modo monocrático e irrecorrível.<sup>167</sup>

Se, por um lado, instituto é meio de intermediar os atores sociais para uma jurisdição democrática; por outro, o modelo pressupõe a possibilidade da jurisdição se valer de elementos técnicos disponíveis para ampliar de modo adequado o direito de participação de terceiros interessados no processo decisório. O *amici curiae* é um instrumento instituído no Brasil que pode ser considerado como importante avanço à ampliação de legitimidade do processo constitucional em sentido democrático.

Importa justificar a relevância dispensada à participação social quando da tomada de decisões pela jurisdição nacional, vez que se confere acesso às pessoas e instituições interessadas na matéria objeto de julgamento, bem como permite maior grau de convencimento do juízo, na medida em que este entra em contato com as pessoas que serão impactadas pela decisão, de modo a permitir maior debate jurisdicional sobre informações complexas.

De outro giro, em alguma medida, a realização do instituto reduz o déficit democrático, uma vez que há uma abertura para outras participações num verdadeiro diálogo. O procedimento garante mais democracia à jurisdição constitucional no STF.

---

<sup>166</sup> GODOY, Miguel Gualano de. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do supremo tribunal federal? E por que isso deve(ria) importar?. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 60, p. 137-159, 2015.

<sup>167</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017.

Tal qual explica Flávia Piovesan, o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos – SIPDH - se desenvolve mediante diálogos a permitir o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível. E é sob tal perspectiva multinível que emergem quatro vertentes do diálogo jurisdicional: 1. diálogo com o sistema global - mediante a incorporação de parâmetros protetivos de direitos humanos; 2. diálogo com os sistemas regionais - envolve a europeicização do sistema interamericano e a interamericanização do sistema europeu; 3. diálogo com os sistemas nacionais - abrange o controle da convencionalidade; e 4. o diálogo com a sociedade - a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social.

Para fins do presente trabalho, o que se está a analisar é o diálogo entre o sistema interamericano e os sistemas nacionais e, em especial, o diálogo entre o sistema interamericano com a sociedade. Na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a figura do *amici curiae* quando do julgamento de casos, é possível admitir a pessoa ou instituição desinteressada.<sup>168</sup> Merece evidência também a atual redação do art. 44, do Regulamento da Corte IDH, cujo conteúdo disciplina a utilização do instituto no órgão.<sup>169</sup> A previsão regulamentar nem sempre existiu, uma vez que a atual versão do Regulamento da Corte foi aprovada em novembro de 2009, a admissão de manifestações na qualidade de *amici curiae* foi consolidada jurisprudencialmente.

---

<sup>168</sup> Artigo 2. Definições. Para efeitos deste regulamento: (...) 3. a expressão “*amicus curiae*” significa a pessoa ou instituição alheia ao litígio e ao processo que apresenta à Corte fundamentos acerca dos fatos contidos no escrito de submissão do caso ou formula considerações jurídicas sobre a matéria do processo, por meio de um documento ou de uma alegação em audiência.

<sup>169</sup> Artigo 44 - APRESENTAÇÃO DE AMICUS CURIAE: 1. O escrito de quem deseje atuar como *amicus curiae* poderá ser apresentado ao Tribunal, junto com seus anexos, através de qualquer dos meios estabelecidos no artigo 28.1 do presente Regulamento, no idioma de trabalho do caso, e com o nome do autor ou autores e assinatura de todos eles. 2. Em caso de apresentação do escrito de *amicus curiae* por meios eletrônicos que não contenham a assinatura de quem o subscreve, ou no caso de escritos cujos anexos não os acompanhem, os originais e a documentação respectiva deverão ser recebidas no Tribunal num prazo de 7 dias contado a partir dessa apresentação. Se o escrito for apresentado fora desse prazo ou sem a documentação indicada, será arquivado sem mais tramitação. 3. Nos casos contenciosos, um escrito em caráter de *amicus curiae* poderá ser apresentado em qualquer momento do processo, porém no mais tardar até os 15 dias posteriores à celebração da audiência pública. Nos casos em que não se realize audiência pública, deverá ser remetido dentro dos 15 dias posteriores à resolução correspondente na qual se outorga prazo para o envio de alegações finais. Após consulta à Presidência, o escrito de *amicus curiae*, junto com seus anexos, será posto imediatamente em conhecimento das partes para sua informação. 4. Nos procedimentos de supervisão de cumprimento de sentenças e de medidas provisórias, poderão apresentar-se escritos de *amicus curiae*.



No âmbito do SIPDH o instituto do *amici curiae* é utilizado em diversos instrumentos, desde casos, consultas e até pareceres, tal qual se demonstra a seguir a partir das leituras da obra de André de Carvalho Ramos intitulada *Direitos Humanos em Juízo*. Além dos regramentos normativos, imperativo compilar alguns casos, tais quais o caso conhecido como (1) "Caso Fairén Garbi e Solís Corrales" - que se originou de representação contra Honduras protocolada na Secretaria da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 14 de janeiro de 1982. Ali, a Comissão, após analisar o caso, ingressou com ação contra Honduras perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no dia 24 de abril de 1985. A Corte sentenciou a referida ação no dia 15 de março de 1989, julgando improcedente a ação da Comissão.

No caso conhecido como (2) "Caso Godinez Cruz" - que se originou de representação contra Honduras protocolada na Secretaria da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 09 de outubro de 1982. A Comissão ingressou com ação contra Honduras perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no dia 24 de abril de 1986. A Corte proferiu sentença sobre as exceções preliminares em 26 de junho de 1987. Em ambos os casos - "Caso Fairén Garbi vs. Solís Corrales" e "Caso Godinez Cruz vs. Honduras" - a Corte ouviu como *amici curiae*, várias organizações não-governamentais, tais como a Anistia Internacional, a Associação Centro-americana de Familiares de Presos-Desaparecidos. Outra interessante utilização da ferramenta do *amici curiae* é a (3) A consulta realizada para análise da filiação obrigatória de jornalistas e a solicitação de parecer consultivo da Costa Rica (1985), submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre a interpretação dos arts. 13 e 29, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação à afiliação obrigatória de jornalistas e sobre a compatibilidade da Lei n. 4.420 de 22 de setembro de 1969 (Lei Orgânica do Conselho profissional de Jornalistas da Costa Rica). Atuaram na consulta o Governo da Costa Rica, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, além de diversas organizações não governamentais como *amici curiae*.

Ainda é possível trazer para análise como experiência relevante uma quarta atuação em que houve (4) parecer consultivo de sobre o direito à assistência consular (1997), em que restou demonstrado - o interesse geral - dos Estados Americanos no pronunciamento da Corte IDH, com expressivo indicador quantitativo de participantes (além de oito Estados membros, também participaram a Comissão

Interamericana e 22 indivíduos e instituições na qualidade de amici curiae). Além deste rol exemplificativo de caos e consultas, imperativo também consignar como quinto exemplo (5) a recente atuação integrada de instituições públicas brasileiras e colombianas para elaborar opinião consultiva perante SIPDH – 2018.

O contributo recente à prática dialógica da figura do amici curiae diz respeito à solicitação de Opinião Consultiva feita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH - acerca dos julgamentos políticos e impeachment, de modo a fomentar e ampliar o debate sobre o tema. Nesse caso, o Núcleo Constitucionalismo e Democracia, que integra o Centro de Estudos da Constituição - CCONS -, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR, e o Departamento de Direito Constitucional da Universidade Externado da Colômbia, ingressaram, em conjunto, como amici curiae e apresentaram esta opinião diante da Comissão Interamericana com o propósito de colaborar, teórica e praticamente, com o SIPDH.<sup>170</sup>

Diante deste contexto, é possível indagar que a intervenção de *amici curiae* nas atividades jurídicas do SIPDH tem se consolidado ao longo do tempo como prática dialógica, seja na sua função consultiva ou contenciosa.

Já no contexto da jurisdição nacional, há importantes avanços nos instrumentos de participação e diálogo institucional por meio do amici curiae. A ciência do direito processual jurisdicional tem passado por um profundo desenvolvimento no Brasil, de tal modo que novos arranjos institucionais tendem a ampliar as possibilidades de participação na jurisdição, tal qual é o caso da figura do *amicus curiae*. Como observam Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal demonstram a inestimável contribuição de Peter Häberle ao desenvolvimento do direito constitucional no Brasil. Para o autor, O direito processual constitucional se transforma assim num instrumento de consolidação da cidadania por meio da emancipação social.

Além disso, a influência de Peter Häberle nos nossos procedimentos do sistema de jurisdição nacional é notória na utilização do amici curiae. Neste contexto, o aumento do número de legitimados a participar do processo decisório no

---

<sup>170</sup> ROA, Jorge Ernesto; CHUEIRI, Vera Karam de et al. *Amicus curiae* sobre a solicitação de opinião consultiva relativa à figura do juízo político ou *impeachment* apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 213-266, abr. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59379>>. Acesso em: 30.jul.18.

controle concentrado de constitucionalidade, litiga em favor da jurisdição contra os argumentos de déficit democrático.

Embora possam existir elementos iniciais da figura do “amici curiae” na Lei 6.616/1978 (Lei que cria a Comissão de Valores Mobiliários – CVM e dispõe sobre este mercado), é apenas com as Leis 9.868/1999 e 9.882/1999 que o instituto ganha maior importância no âmbito da jurisdição nacional.

A figura do amici curiae no âmbito do STF é regulamentada por meio do art. 7º, §2º, da Lei Federal nº 9.868/99, cuja intervenção se dá com base na relevância da matéria e na representatividade dos postulantes. Além disso, prevê o art. 6º, §1º, da Lei Federal nº 9.882/99 – que dispõe sobre o processo e o julgamento da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental -, que poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer, ou ainda, fixar data para declarações em audiência pública de pessoas com experiência e autoridade na matéria. A Lei nº 10.259/2001 - que dispõe sobre os Juizados Especiais em âmbito federal -, conforme disciplina contida no § 7º do art. 14, admite-se a manifestação de eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, quando do incidente de uniformização de jurisprudência. Lei nº 10.259/2001, art. 14:

Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. (...) § 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

Ademais, quando da revisão ou cancelamento de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, é admitida a manifestação de terceiros, conforme § 2º, do art. 3, da Lei nº 11.417/2006:

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: (...) § 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

No âmbito da jurisdição constitucional, o primeiro precedente da utilização do amici curiae se trata de decisão de relatoria do Ministro Celso de Mello, em

fundamentos expostos com clareza, cujo julgamento é datado de 25 de outubro 2000:

E M E N T A: [...] PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO "AMICUS CURIAE": UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. [...] O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do "amicus curiae", permitindo, em consequência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do "amicus curiae", para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. - A ideia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do "amicus curiae" no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. [...] (ADI 2321 MC, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 25/10/2000).

Outra decisão importante é de relatoria do Min. Gilmar Mendes, proferida em 13 de janeiro de 2010:

O Min. Gilmar constata que no processo de controle de constitucionalidade faz-se necessária a “adoção de um modelo procedimental que outorgue ao Tribunal as condições necessárias para proceder a essa aferição. Esse modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros (des) interessados [...]. A participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente relevante no Estado de Direito. A propósito, Peter Häberle defende a necessidade de que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais sejam ampliados, especialmente no que se refere às audiências públicas e às “intervenções de eventuais interessados”, assegurando-se novas formas de participação das potências públicas pluralistas na qualidade de intérpretes em sentido amplo da Constituição (cf. Häberle, 1997, p. 47-48). Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”. (ADI 2316, rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática proferida pelo Min. Gilmar Mendes, em 13/01/2010).

Outra decisão a ser constada é proferida no Recurso Especial n.º 592.891, em 21 de junho de 2012, de origem da Câmara Municipal de São Paulo, proferida em decisão da Min. Rosa Weber, para quem:

Por *amicus curiae* entende-se, em geral, o sujeito que, por determinação da Corte ou por sua própria iniciativa, acolhida pela Corte, colabora com esta, aportando informações e auxiliando o Tribunal na apreciação de qualquer assunto relevante para a solução da lide (CRISCUOLI, Giovanni. “Amicus Curiae”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Ano XXVII, n. 1, março de 1973, p. 189) [...]. Na Inglaterra, o *amicus curiae* contribuiu para reduzir a dependência que os Juízes tinham em relação às provas produzidas pelas partes, enriquecendo o contexto probatório trazido aos autos (SILVESTRI, ob. Cit., p. 684-6). A sua manifestação ocorre mediante o *amicus curiae brief*, documento em que apresenta informações fáticas e jurídicas para auxiliar o julgamento. A despeito da sua origem inglesa, os *amici curiae* assumiram uma importância singular nos Estados Unidos, sobretudo pela codificação do Direito Constitucional e pelo desenvolvimento do controle de constitucionalidade (BISCH, ob. cit., p. 34-5). [...] 2. Em sua expressão contemporânea, o *amicus curiae* não é apenas aquele terceiro absolutamente desinteressado, um técnico que se limita a fornecer informações à Corte, mas sobretudo o terceiro que, apesar de não ser parte no processo, está efetivamente interessado numa decisão favorável à parte com a qual colabora (ABRAHAM, Henry J. *The Judicial Process: an Introductory Analysis of the Courts of The United States, England and France*. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 1975. p. 234). Com base nessa noção, a *Supreme Court* dos Estados Unidos chega a negar a atuação de *amicus curiae* quando o postulante não esteja interessado em algum outro processo que será afetado pela decisão ou em suprir eventual deficiência de representação da parte com que almeja colaborar (TAYLOR, Hannis. *Jurisdiction and Procedure of the Supreme Court of the United States*. Rochester: E. R. Andrews Printing, 1905, p. 645). Apesar das divergências acerca do conceito e das funções do *amicus curiae*, a importância da sua atuação nos processos que envolvem interesses supraindividuais vem sendo progressivamente reconhecida, quer atue como mero informante ou como terceiro efetivamente interessado no desfecho do processo [...] 6. A intervenção de *amicus curiae* no controle concentrado de atos normativos primários destina-se a pluralizar e a legitimar social e democraticamente o debate constitucional, com o aporte de argumentos e pontos de vista diferenciados, bem como de informações fáticas e dados técnicos relevantes à solução da controvérsia jurídica e, inclusive, de novas alternativas de interpretação da Carta Constitucional, o que se mostra salutar diante da causa de pedir aberta das ações diretas [...]. 7. Como dito, a intervenção dos *amici curiae* objetiva enriquecer o debate jurídico-constitucional, mediante o aporte de novos argumentos, pontos de vista, possibilidades interpretativas e informações fáticas e técnicas, o que acentua o respaldo social e democrático da jurisdição constitucional exercida por esta Corte. Os “amigos da Corte” não atuam como assistentes litisconsorciais e não estão legitimados a atuar na defesa incondicional dos seus próprios interesses. Mesmo que os defendam, como usualmente ocorre, devem fazê-lo conscientes de que a sua intervenção é admitida apenas para enriquecer o debate jurídico e contribuir para a Suprema Corte chegar à decisão mais justa [...].

Após estas decisões iniciais, foram proferidas pelo Supremo Tribunal Federal diversas decisões pela legitimidade de atuação do *amici curiae* nos mais

variados temas. Ao menos em termos quantitativos, revela certo avanço. Entretanto, para além do indicador quantitativo, há que se pensar até que ponto e de que forma o *amici curiae* tem influenciado nas decisões da jurisdição.<sup>171</sup>

Se não bastasse isso, o instituto do *amici curiae* foi também ampliado para a utilização nas demais cortes e jurisdições internas, vez que contemplado com previsão normativa no art. 138, do Código de Processo Civil de 2015, em que pese tal previsão normativa em âmbito interno também encontre suas limitações institucionais. Assim dispõe o art. 138, do CPC/15:

#### DO AMICUS CURIAE

O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Esta abertura reside nas previsões de que o relator pode requisitar informações adicionais, bem como pareceres e sustentações de pessoas e instituições com experiência e autoridade na matéria, ainda que atualmente de modo monocrático e irrecorrível.<sup>172</sup> Se, por um lado, instituto é meio de intermediar os atores sociais para uma jurisdição democrática; por outro, o modelo pressupõe a possibilidade da jurisdição se valer de elementos técnicos disponíveis para ampliar de modo adequado o direito de participação de terceiros interessados no processo decisório. O *amici curiae* é um instrumento instituído no Brasil que pode ser considerado como importante avanço à ampliação de legitimidade do processo constitucional em sentido democrático.

Trata-se de um mecanismo de participação dos interventores da jurisdição nacional. A jurisdição brasileira permite a participação no âmbito processual do *amici curiae* de modo a viabilizar a permeabilidade da atuação da

---

<sup>171</sup> GODOY, Miguel Gualano de. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do supremo tribunal federal? E por que isso deve(ria) importar?. *Revista da Faculdade de Direito* (UFPR), v. 60, p. 137-159, 2015.

<sup>172</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017.

sociedade civil organizada no processo decisório.

Importa justificar a relevância dispensada à participação social quando da tomada de decisões pela jurisdição nacional, vez que se confere acesso às pessoas e instituições interessadas na matéria objeto de julgamento, bem como permite maior grau de convencimento do juízo, na medida em que este entra em contato com as pessoas que serão impactadas pela decisão, de modo a permitir maior debate jurisdicional especialmente quando da politização do Poder Judiciário e da necessária integridade de suas decisões.<sup>173</sup>

### 3.3. O INSTITUTO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS JUDICIAIS

Desde o início dos atos judiciais de Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal, em 1999, até a data de 04 de novembro de 2020, foram realizadas 31 Audiências Públicas. Hodiernamente, há um espaço especial no portal do Supremo Tribunal Federal para tratar sobre os atos relativos a tais audiências, o que pode ser acessado pelo link em nota de rodapé.<sup>174</sup>

Na jurisdição constitucional brasileira, as audiências públicas foram previstas pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99, que disciplinam processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, as audiências públicas são também regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009, que atribuiu competência ao presidente ou ao relator, para convocar audiência pública, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante debatidas no Tribunal, nos termos do art. 13, inciso XVII; art. 21, inciso XVII; e art. 154, parágrafo único, do Regimento Interno.

A audiência pública inaugural realizada pelo STF ocorreu no dia 20 de abril de 2007, convocada pelo Min. Ayres Britto, Relator da ADI 3510, que impugnava

---

<sup>173</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018.

<sup>174</sup> STF. *Audiências Públicas no STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>>. Acesso em 23.dez.2020.

dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) e a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias.

Entre 2007 e 2012 foram realizadas 07 audiências públicas na Corte: i. pesquisas com células-tronco embrionárias (2007); ii. importação de pneus usados (2008); iii. interrupção da gestação de fetos anencefálicos (2008); iv. judicialização do direito à saúde (2009); v. políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior (2010); vi. lei seca: proibição de venda de bebidas alcoólicas nas proximidades de rodovias (2012); vii. proibição de uso de amianto (2012).

Em termos quantitativos, o auge das audiências públicas ocorre no ano de 2013, com a convocatória de 07 atos sobre os seguintes temas: i. campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia; ii. novo marco regulatório para a TV por assinatura; iii. queimadas em canaviais; iv. regime prisional; v. financiamento de campanhas eleitorais; vi. bibliográficas não autorizadas; vii. programa mais médicos. Desse modo, entre os anos de 2007 e 2013 – sete anos de vigência do regramento - foram realizadas 14 audiências, sendo que 50% foram convocadas unicamente no ano de 2013.

Nos anos de 2014, 2015 e 2016, a trajetória das audiências públicas no âmbito do STF continua de seguinte forma: no ano de 2014, são realizadas apenas 02 audiências: i) a primeira sobre alterações no marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil no marco da ADI nº 5062 e da ADI 5065, convocada pelo Ministro Luiz Fux; ii) a segunda sobre a internação hospitalar com diferença de classe no SUS, convocada pelo Min. Dias Toffoli (RE nº 581.488); no ano de 2015, são também convocadas 02 audiências públicas: as quais versaram sobre o ensino religioso em escolas públicas: ADI nº 4.439, sob a relatoria do Min. Luiz Roberto Barroso; e sobre o uso do depósito judicial: ADI nº 5.072, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes; já em 2016, é realizada apenas 01 audiência pública, sob a convocação do Min. Luiz Fux, no âmbito das ADI's nº 4.901, nº 4.902, nº 4.903, nº 4.937, cujo objeto central versou sobre o Novo Código Florestal.

Em 2017, foram convocadas 03 novas audiências públicas: i) a primeira tratou do armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos, na instrução do RE nº. 973.837, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes; ii) a segunda foi convocada de maneira conjunta tendo como objeto discutir o Marco Civil da Internet - Lei nº 12.965/2014 (ADI 5.527, Rel. Min. Rosa Weber), bem como a suspensão do aplicativo WhatsApp por decisões judiciais no Brasil



(ADPF 403, Rel. Min. Edson Fachin); iii) a terceira audiência de 2017 teve como referência o RecEx.nº. 10.106.06 e versou acerca da aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, convocada pelo Min. Dias Toffoli. Frisa-se que a convocatória realizada de maneira conjunta tendo como objeto o debate sobre o Marco Civil da Internet e a suspensão do aplicativo WhatsApp pode ser considerada como marco referencial para a construção de um novo ciclo histórico institucional no que tange à realização das audiências públicas e ao próprio tema da participação social no Supremo Tribunal Federal, vez que inova em aspectos substanciais que qualificam a igualdade material na realização da audiência pública, especialmente em termos de diálogos interinstitucionais.<sup>175</sup>

Em 2018, foram designadas outras 3 audiências públicas: a primeira foi sobre a interrupção voluntária da gestação – ADPF 442; a segunda foi versou acerca da política de preços mínimos do transporte rodoviário de cargas – ADI 5.956 e; a terceira tratou da transferência de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias ou controladas – ADI 5.624.<sup>176</sup>

Como vimos, a primeira foi sobre a interrupção voluntária da gestação, ato realizado nos dias 3 e 6 de agosto de 2018, em que as inscrições foram abertas previamente mediante solicitação via e-mail próprio, solicitação essa que deveria conter “(i) a qualificação do órgão, entidade ou especialista, conforme o caso, (ii) a configuração do requisito da representatividade adequada, (iii) a indicação do expositor, acompanhada de breve currículo de até duas páginas, e (iv) o sumário das posições a serem defendidas na audiência pública”. Para esta audiência, a relação dos inscritos habilitados para participar da audiência pública, o modo de instrução da audiência e as perguntas prévias a serem respondidas foram divulgadas antecipadamente - mediante decisão monocrática irrecorrível, como é de praxe - no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Em efeito, o ato jurisdicional de audiência pública foi instaurado segundo informações do portal do Supremo Tribunal Federal, para ouvir o depoimento de autoridades e expertos sobre alegada controvérsia constitucional acerca da recepção dos artigos 124 e 126 do Decreto-lei n. 2.848/1940 (Código Penal), que instituem a criminalização da interrupção voluntária da gravidez (aborto), pela ordem normativa constitucional

---

<sup>175</sup> LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, jan/abr. 2018. <DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56328>.

<sup>176</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Com informações do portal institucional. Acesso: <stf.jus.br>.

vigente. A audiência pública foi transmitida pela TV Justiça e Rádio Justiça (art. 154, parágrafo único, V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - STF), assim como pelas demais emissoras que assim o requereram.

A segunda audiência pública de 2018 foi sobre a política de preços mínimos do transporte rodoviário de cargas sobre a concorrência, ato designado para ocorrer em 27 de agosto de 2018, cujo objetivo expresso foi ouvir oradores indicados por cada um dos seguintes órgãos e entidades: (i) Advocacia-Geral da União; (ii) Ministério dos Transportes; (iii) Agência Nacional de Transportes Terrestres; (iv) Associação do transporte Rodoviário de Carga do Brasil; (v) Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil; (vi) Confederação Nacional da Indústria; (vii) Confederação Nacional dos Transportadores Autônomos; (viii) Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica; (ix) Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência. Neste segundo ato de 2018, foram ouvidos (dois) oradores indicados por cada um dos órgãos acima mencionados e o envio de arquivos a serem utilizados nas exposições deveria ser dirigido exclusivamente para o e-mail: [audiencia.tabelamento.fretes@stf.jus.br](mailto:audiencia.tabelamento.fretes@stf.jus.br). Para o ato, o portal do STF informou que (como em todos os casos) a própria instituição ou pessoa habilitada deverá custear as suas despesas para a participação na audiência pública designada, além de que cada expositor teria o prazo de dez minutos para palestrar sobre as questões controvertidas nesses autos. Já o terceiro ato de 2018 ocorreu no âmbito do debate sobre a transferência de controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias ou controladas – ADI 5.624. A audiência foi realizada em um único dia - 28 de setembro de 2018. As inscrições foram abertas previamente, entre os dias 2 de julho e 15 de agosto de 2018, também por e-mail específico. Conforme divulga o portal institucional do STF, com amparo no art. 9º, § 1º, da Lei 9.868/1999 e no art. 21, XVII, do RISTF, considerando a relevância político-jurídica do tema versado na presente ação, foi convocada a audiência pública em data a ser amplamente divulgada, no intuito de ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade em processos de transferência no tema do controle acionário de empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias ou controladas.

Cada participante teve a obrigação de consignar os pontos que pretendem defender e indicar o nome de seu representante. A audiência também foi transmitida para o público mediante meios de comunicação televisiva e digital.

Em 2019, foi realizada a 26ª Audiência Pública no STF, a qual versou acerca de conflitos federativos sobre questões fiscais dos estados e da união, data designada de 25 de junho, tendo como referência a ACO 3233, convocada pelo Ministro Luiz Fux, para discutir os conflitos federativos relacionados ao bloqueio, pela União, de recursos dos estados-membros em decorrência da execução de contra garantia em contratos de empréstimos não quitados. Participaram representantes da União, dos Estados-membros ou entidades com pertinência temática poderão manifestar intenção de participar e de indicar expositores mediante petições protocoladas nos autos até às 19:00 do dia 12 de junho de 2019. O ato foi transmitido pela TV JUSTIÇA e Rádio JUSTIÇA (art. 154, parágrafo único, V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - STF), assim como pelas demais emissoras que assim o requereram nos autos.

A Audiência Pública nº 27, com datas designadas de 4 e 5 de novembro de 2019, versou sobre liberdades públicas de expressão artística, cultural, de comunicação e direito à informação, sendo convocada pela Ministra Cármen Lúcia para subsidiar a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 614, que trata da liberdade de expressão artística, cultural, de comunicação e de informação e eventual limitação de seu exercício pelo Poder Público. Nos termos da decisão da Ministra, pela relevância jurídica e social da matéria veiculada na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, mostra-se conveniente a audiência de especialistas, de representantes do poder público e da sociedade civil e de pessoas com experiência e autoridade no setor brasileiro responsável pela criação, produção e divulgação de todas as formas democráticas de expressão artística, cultural e de comunicação audiovisual. As inscrições de interessados puderam ser requeridas pelo endereço eletrônico [adpf614@stf.jus.br](mailto:adpf614@stf.jus.br) até 25.10.2019, acompanhadas de breve currículo do expositor e de sumário da apresentação com a justificativa da pertinência do interesse demonstrado com o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 614. Foi considerado habilitado para participar da audiência pública aquele que comprovou ter conhecimento específico na área, ser profissional habilitado ou ter atuação por entidade da área de conhecimento, criação, produção e divulgação do conteúdo específico, e ter reconhecimento que demonstre a pertinência e a representatividade nos limites a serem considerados eficientes pela Relatoria desta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A Audiência Pública nº 28 foi realizada na data de 9 de dezembro de 2019, no âmbito do RE 1238853, e versou sobre candidatura avulsa, sendo convocada pelo Ministro Roberto Barroso, o qual asseverou em sua decisão o seguinte: trata-se de recurso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da candidatura avulsa (sem filiação partidária). Na origem, os recorrentes tiveram indeferido seu pedido de registro de candidatura autônoma à prefeitura do Rio de Janeiro. Os recursos para o Tribunal Regional Eleitoral (TRE) e para o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) foram rejeitados, ao fundamento de que a filiação partidária constitui condição inafastável de elegibilidade, nos termos do art. 14, § 3º, V, CF.

Os interessados deveriam manifestar seu desejo de participar da audiência pelo endereço eletrônico [candidaturaavulsa@stf.jus.br](mailto:candidaturaavulsa@stf.jus.br) até o dia 01 de novembro de 2019, informando (i) a qualificação do órgão, entidade ou especialista, conforme o caso; (ii) a indicação do expositor, acompanhada de breve currículo de até uma página; e (iii) o sumário das posições a serem defendidas na audiência. Ainda, os participantes foram selecionados especialmente pelos seguintes critérios: (i) representatividade, (ii) especialização técnica e *expertise* do expositor, e (iii) garantia da pluralidade da composição da audiência e da paridade dos diversos pontos de vista a serem defendidos.

A Audiência Pública nº 29 foi realizada na data de 10 de fevereiro de 2020, no contexto da ADC nº 51, e versou sobre o controle de dados de usuários por provedores de internet no exterior, sendo convocada pelo Min. Gilmar Mendes, expressamente fundamentada nos termos do art. 9º, §1º, da Lei 9.868/1999, do art. 21, XVII, e art. 154, III, do RISTF, sob o argumento de ser importante colher depoimentos que possam contribuir com esclarecimentos técnicos e jurídicos sobre a aplicabilidade dos procedimentos de cooperação internacional para a obtenção de conteúdos de comunicações privadas sob controle de provedores de aplicativos de internet estabelecidos no exterior. Os participantes foram selecionados pelos critérios de representatividade, especialização técnica, *expertise* e garantia de pluralidade de opiniões, com paridade dos pontos de vista a serem defendidos.

A Audiência Pública nº 30, para fins de instrução da ADPF 708, foi realizada por meio virtual, nos dias 21 e 22 de setembro de 2020. Cada expositor teve um tempo prefixado para sustentar seus pontos de vista sobre as questões suscitadas no item específico nº 19 do despacho de designação, sendo permitida a juntada de

memoriais e versou sobre “Funcionamento do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima (Fundo Clima) e políticas públicas em matéria ambiental”, convocada pelo Ministro Roberto Barroso, a fim de que sejam ouvidos autoridades, instituições oficiais, organizações da sociedade civil, institutos de pesquisa, entidades de classe e outros atores que possam prestar contribuição relevante para o debate. Com isso, “pretendo que o Supremo Tribunal Federal possa instaurar um efetivo diálogo com a sociedade e as autoridades públicas, abrindo-se para os variados pontos de vista que a questão suscita e possibilitando a obtenção de subsídios para o equacionamento da controvérsia constitucional”.<sup>177</sup>

A Audiência Pública nº 31 versou sobre o “Funcionamento do Fundo Amazônia e a implementação de políticas públicas em matéria ambiental” e foi convocada pela Ministra Rosa Weber para esclarecimento das circunstâncias de fato e coleta de informações, a partir da oitiva de entidades e/ou pessoas com experiência e autoridade na matéria, a teor do art. 9º, §1º, da Lei n. 9.868/99, e dos arts. 13, XVII, e 154, III, parágrafo único, ambos do RISTF. Nos termos da decisão de Ministra Rosa Weber, a audiência pública teve caráter instrutório e de saneamento, direcionando-se ao debate das informações apresentadas na fase postulatória, notadamente quanto aos dados estatísticos, contextos fáticos e estruturas defendidas em cumprimento aos deveres de proteção da Amazônia e adimplemento das metas nacionais.<sup>178</sup> Para o cumprimento da finalidade exposta, a Min. Rel. Rosa Relatora assim convocou as seguintes instituições:

com fundamento nos arts. 154, parágrafo único, II e III, e 155, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, convoco para serem ouvidos nesta audiência: a) os entes federados estaduais da Amazônia Legal, representados pelas suas Secretarias de Meio Ambiente; b) o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais – INPE; c) o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA; d) o Instituto de Conservação da Biodiversidade – ICMBIO; e) o Instituto de Pesquisas Ambientais da Amazônia – IPAM; f) o Instituto do Homem e do Meio Ambiente da Amazônia – IMAZON; g) o Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia - INPA; h) Carlos Nobre – Climatologista e ex-pesquisador do INPE; i) Ricardo Galvão – Professor da USP e ex-Diretor do INPE; j) Raoni Guerra Lucas Rajão - Professor Associado de Gestão Ambiental e Estudos Sociais da Ciência e Tecnologia da UFMG; l) o Ministério da Defesa, m) o Ministério do Meio Ambiente e n) BNDES.<sup>179</sup>

<sup>177</sup> ADPF nº 708.

<sup>178</sup> STF. Min. Rosa Weber. Audiência Pública nº 31 versou sobre o “Funcionamento do Fundo Amazônia e a implementação de políticas públicas em matéria ambiental”.

<sup>179</sup> STF. Min. Rosa Weber. Audiência Pública nº 31 versou sobre o “Funcionamento do Fundo Amazônia e a implementação de políticas públicas em matéria ambiental”.

Nessa Audiência Pública ainda foi possível a apresentação preliminar de manifestações com memoriais, evidenciando a síntese dos argumentos a serem aduzidos em Audiência. Vejamos que a Ministra Relatora asseverou aos convocados na audiência pública o envio de suas contribuições, por escrito, até o dia 02.10.2020, para o e-mail [fundoamazônia@stf.jus.br](mailto:fundoamazônia@stf.jus.br). Além disso, fundamentou:

O método de documentação das manifestações apresentadas (como memoriais), na qualidade de informações e argumentos, serve para a adequada identificação e controle dos elementos argumentativos do processo. Todas as petições escritas serão disponibilizadas no processo como documentos resultados da audiência, em observância às regras constitucionais da publicidade e transparência.<sup>180</sup>

Outra novidade é que a Audiência Pública foi realizada nos dias 23.10.2020 e 26.10.202, das 14h às 19h, em formato virtual, na modalidade de videoconferência, pela plataforma do zoom.

Com isso, percebe-se uma crescente permeabilidade da jurisdição constitucional ao debate de razão pública, estabelecendo aos julgamentos do STF maior publicidade e transparência, inclusive com a realização de audiências públicas virtuais, como é o caso da audiência nº 31, realizada em outubro de 2020. Há uma diferença peculiar que demonstra certo avanço na permeabilidade de corpos técnicos à jurisdição.

É o fato de que nessa última Audiência Pública instituições foram intimadas previamente acerca da realização da Audiência Pública e intimadas a participar do ato jurisdicional, também mediante prévia apresentação de memoriais, tal qual se depreende do despacho convocatório.

O que se observa, então, é um avanço do STF no quesito transparência e publicidade de seus atos, a partir da realização das Audiências Públicas.

---

<sup>180</sup> STF. Min. Rosa Weber. Audiência Pública nº 31 versou sobre o funcionamento do Fundo Amazônia e a implementação de políticas públicas em matéria ambiental.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Findo o estudo, se conclui, com base em Habermas, que por meio do princípio do discurso se pode pretender trazer validade às normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais.<sup>181</sup> Posto que, para Habermas, os direitos procurados têm que garantir a participação em todos os processos de deliberação e de decisão relevantes, de modo que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis.<sup>182</sup>

Assim é o pensamento de Kozicki *apud* Barboza, para quem a democracia em Habermas condiciona a legitimidade democrática à realização de um processo público de deliberação, aberto e realizado de maneira razoável e racional.<sup>183</sup>

Logo, isso significa dizer que a democracia deliberativa “pretende funcionar como um método de tomada de decisão que seja em si mesmo legítimo ou que justifique o exercício do poder<sup>184</sup>, tendo como pressuposto que o processo deliberativo seja realizado entre sujeitos de direitos livres e em igualdade de condições. Para Bohman e Cohen, a participação direta do cidadão implica em assumir uma posição ofensiva e não defensiva frente aos subsistemas com os quais interage.<sup>185</sup>

Poder significa não só sugerir, interagir ou criticar, mas significa poder de influenciar as instituições públicas, sendo autor no processo de tomada de decisão. Nesse sentido, os autores propõem novos desenhos institucionais, diante das limitações das instituições do modelo tradicional de democracia, como estratégia para assegurar o diálogo permanente da sociedade com o poder público.<sup>186</sup>

---

<sup>181</sup> HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, v. 1, p. 164, *apud*, BARBOZA, Estefânia. Constitucionalismo e Democracia, p. 32.

<sup>182</sup> HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade, v. 1, p. 164, *apud*, BARBOZA, Estefânia. Constitucionalismo e Democracia, p. 32.

<sup>183</sup> KOZICKI, Katya. Conflito e estabilização, p. 94, *apud*, BARBOZA, Estefânia. Constitucionalismo e Democracia, p. 32.

<sup>184</sup> KOZICKI, Katya. Conflito e estabilização, p. 92, *apud*, BARBOZA, Estefânia. Constitucionalismo e Democracia, p. 33.

<sup>185</sup> BUHRER, Lilian J. K.; KRELLING, Gustavo M. Democratização das políticas públicas de comunicação social: impactos político-jurídicos da participação cidadã no estado contemporâneo, p. 337-360. *In*: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel W.; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). *Eficiência e Ética na Administração Pública*. Editora Íthala, 2015.

<sup>186</sup> FARIA, Claudia Feres. *Idem*, p. 53.

Seriam espécies de instâncias participativas, em que se engaja uma pluralidade de vozes no processo de formação da opinião pública. Há investigações científicas voltadas para o contexto brasileiro, as quais reforçam que a criação de novos mecanismos de participação e deliberação mais direta e ativa na definição de políticas pode levar a respostas mais eficazes às necessidades sociais, contribuindo no adensamento dos processos de formação da decisão racional inclusive na esfera pública jurídica.

Diante desse contexto, no âmbito dos Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas, a deliberação é uma palavra de raiz latina, originada do termo etimológico *libra*, que remete à unidade de peso, e à balança. Por isso, metaforicamente, foi herdada a ideia de sopesar ou de ponderar os prós e os contras de uma decisão que deve ser tomada ante uma questão prática.<sup>187</sup> Veja-se que, na tradição grega, a utilização do termo estava associada à retórica, como gênero de discurso, assim como ao exercício da prudência, em sentido ético. Na atualidade, tem prevalecido um sentido de deliberação como gênero de discurso público, significado que ganhou importância no âmbito da filosofia política, nos debates sobre a denominada democracia deliberativa.<sup>188</sup>

Em um poder de síntese, para Vale, as principais regras deliberativas são as seguintes: (1) As deliberações devem ser produzidas em forma argumentativa, pelo regulado intercâmbio de informações e razões entre as partes, que realizam as propostas e as submetem a críticas; (2) As deliberações devem ser “inclusivas” e públicas, de modo que, em princípio, ninguém seja excluído e todos que possam ser afetados pelas decisões tenham as mesmas oportunidades de acesso e participação; (3) As deliberações devem estar imunes a coerções externas, de forma que os participantes sejam soberanos, na medida em que somente estejam vinculados aos pressupostos comunicativos e regras procedimentais da argumentação; (4) As deliberações devem ser isentas de coerções internas que possam restringir a igual posição dos participantes, o que pressupõe que todos tenham as mesmas oportunidades de ser escutados, de introduzir temas, de fazer contribuições e propostas e de criticá-las; (5) As deliberações devem ser dirigidas a

---

<sup>187</sup> VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015, p. 89-94.

<sup>188</sup> VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional*, 2015, p. 89-94.



alcançar um acordo racionalmente motivado e devem poder, em princípio, prosseguir ilimitadamente e ser retomadas em qualquer momento. De todo modo, as deliberações devem ser terminadas, mediante acordo majoritário (aplicando-se a regra da maioria), quando as circunstâncias obrigam a tomar uma decisão. Em suma, a deliberação se converte em fonte essencial da legitimidade de toda a emanção do poder numa democracia constitucional.<sup>189</sup>

Nos Tribunais Constitucionais, a deliberação é caracterizada pelo desenvolvimento intersubjetivo e interativo do “discurso argumentativo”, com fundamento em “razões de ordem jurídica ou extrajurídica envolvidas na discussão de determinado caso, nos quais sobressaem os aspectos discursivos dialéticos e retóricos”.<sup>190</sup>

Trata-se de uma espécie de interação argumentativa que geralmente é percebida nas sessões de julgamento dos órgãos colegiados e também pode acontecer em outras ocasiões, nas quais se produza uma interação argumentativa. Nesse sentido, questões relacionadas aos contextos, cenários e procedimentos de deliberação nos Tribunais Constitucionais constituem problema fundamental da jurisdição Constitucional.<sup>191</sup>

Na ótica que adota o ideal da democracia deliberativa, os Tribunais Constitucionais devem ser encarados como instituições deliberativas por excelência, cujas práticas argumentativas (que requerem ser analisadas empiricamente) podem funcionar como um sismógrafo da legitimidade democrática de suas decisões.

Em efeito, “levando-se em conta o caráter diferenciado da representatividade democrática” dos tribunais, de diversos tipos, a exigência de deliberação racional torna-se essencial à legitimação democrática da jurisdição constitucional.<sup>192</sup>

Isto significa dizer que democracia deliberativa e jurisdição constitucional ficam assim conceitualmente conectadas a partir de um ideal de deliberação democrática na jurisdição constitucional.

Na sequência, objetivou-se analisar os diálogos institucionais a partir da teoria dos desenhos institucionais dialógicos instada por Peter W. Hogg e Allison A. Bushell, na obra *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures*. *Osgoode Hall Law Journal*, v.35, 1997, e revisada na obra de 2007. Nas citadas obras, os

---

<sup>189</sup> Idem, ibidem.

<sup>190</sup> Idem, ibidem.

<sup>191</sup> Idem, ibidem.

<sup>192</sup> Idem, ibidem.

autores visam responder ao argumento de que a revisão judicial da legislação sob a Carta Canadense de Direitos e liberdades é ilegítima porque não é suficientemente democrática. Nesse sentido, os autores argumentam que o efeito da Carta raramente é bloquear um processo legislativo objetivo, mas sim influenciar a concepção da legislação de execução, a partir dos diálogos institucionais, causando um debate público em que os direitos protegidos pela Carta têm um papel mais proeminente do que teriam se não houvesse uma decisão judicial dialógica.<sup>193</sup>

Assim, tal processo decisório é considerado pelos autores como um processo decisório dialógico entre tribunais e legislaturas.<sup>194</sup> Os autores exploram a ideia de que há quatro recursos que facilitam o diálogo institucional entre a Corte e as Legislaturas, quais sejam: (1) a seção 33, que é o poder de anulação legislativa; (2) a seção 1, que permite "limites razoáveis" sobre direitos garantidos da *Carta*; (3) os "direitos qualificados", nas seções 7, 8, 9 e 12, que possibilitam uma ação que satisfaça os padrões de justiça e razoabilidade; e (4) a garantia de direitos de igualdade, sob a seção 15, que pode ser satisfeita por meio de uma variedade de medidas corretivas. Na trilha do que explicam os autores, cada uma dessas dimensões pode oferecer ao órgão legislativo competente espaço para avançar seus objetivos, ao mesmo tempo que fomenta o diálogo institucional.

De acordo com a seção 33, a legislatura precisa apenas inserir uma cláusula não obstante expressa em um estatuto e este irá liberar o estatuto das disposições da seção 2 e seções 7-15 da *Carta*. A substituição legislativa é a mais óbvia e direta forma de superar uma decisão judicial que anula uma lei para uma violação dos direitos da *Carta*. A Seção 33 permite, assim, o competente órgão legislativo para voltar a promulgar a lei original sem interferência de os tribunais.

A Seção I da Carta sujeita os direitos garantidos pela Carta para os limites razoáveis prescritos por lei, como pode ser comprovadamente justificado em uma sociedade livre e democrática.<sup>195</sup>

Em princípio, todos os direitos garantidos, e certamente todos aqueles expressos de forma não qualificada termos, pode ser limitado por uma lei que atenda aos padrões judicialmente prescritos para a seção I. A experiência com a seção 1 indica que quase todas as leis atendem aos padrões (1), (2) e (4). A disputa

---

<sup>193</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem.*

<sup>194</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem.*

<sup>195</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem.*

quase sempre gira em torno do padrão (3) –o comprometimento mínimo ou requisito de meios menos restritivos. Portanto, quando uma lei é derrubada por violação da Carta, quase sempre significa apenas que a lei não perseguiu seu objetivo pelos meios que seria o menos restritivo de um direito da Carta.<sup>196</sup>

Vários dos direitos garantidos pela Carta são enquadrados em termos qualificados. Por exemplo, a seção 743 garante o direito à vida, liberdade e segurança da pessoa, mas apenas se uma privação viola os princípios de justiça fundamental. Além disso, a seção 845 garante o direito à segurança contra busca ou apreensão desarrazoada. Já a seção 946 garante o direito de não ser detido ou preso arbitrariamente. Ainda, a seção 1247 prevê garantias contra punições cruéis e incomuns. Esses exemplos poderiam ser multiplicados, em que as instituições não subverteram os poderes de aplicação, mas sim, forçaram o Parlamento a revisar os poderes de aplicação em estatutos federais para fornecer disposições mais elaboradas. Trata-se de casos em que os diálogos institucionais foram fortalecidos por meio democrático, a partir de decisões dos Tribunais que decidiram por sugerir ao Parlamento a qualificação dos dispositivos normativos.

Os direitos de igualdade estão alicerçados na Carta de Direitos Canadense especialmente na Seção 15, porque ela proíbe leis discriminatórias, especialmente aquelas em que há eventual previsão de discriminação de raça, nacionalidade, etnia, origem, cor, religião, sexo, idade ou deficiência. A Seção 15 deixa espaço para diferentes escolhas legislativas deste tipo, de forma que democraticamente corpos eleitos ainda são, em última instância, responsáveis por definir suas prioridades orçamentais, embora de uma forma que não discrimine grupos desfavorecidos. As decisões da Seção 15, portanto, deixam uma porta em aberto ao diálogo entre os tribunais e legislativos.

Embora seja geralmente o caso em que as decisões da Corte deixam algumas opções abertas ao órgão legislativo competente e permitem um diálogo para ocorram entre os tribunais e legislaturas, deve-se reconhecer que pode haver algumas circunstâncias em que o Tribunal irá ter a última palavra. Parece haver três situações em que isso seja o caso: (1) onde a seção 1 da Carta não se aplica; (2) onde um tribunal declara que o objetivo da legislação contestada é inconstitucional;

---

<sup>196</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem.*

e (3) onde as forças políticas tornam impossível para a legislatura para formar uma resposta à decisão da Carta do tribunal.

Na conclusão de Hogg e Bushell, fica evidente que a crítica à Carta baseada na legitimidade democrática não pode ser sustentada, uma vez que as decisões do Tribunal podem deixar espaço para uma resposta legislativa, e geralmente obtêm uma resposta legislativa.<sup>197</sup> Se a vontade democrática existe, o objetivo legislativo ainda poderá ser realizado, embora com algumas novas salvaguardas para proteger o indivíduo dotado de direitos e liberdades.<sup>198</sup>

Nesse âmbito, a revisão judicial não é um veto sobre a política da nação, mas sim é o início de um diálogo sobre a melhor forma de reconciliar os valores individualistas da Carta com a realização de políticas sociais e econômicas em benefício da comunidade.

Avançando sobre a teoria dos diálogos institucionais e a separação de poderes, pretendeu-se fazer uma análise de tais conceitos a partir da literatura brasileira. Veja-se que no campo jurídico estudado no Brasil, a reprodução de categorias clássicas possui um recorrente autor, qual seja Montesquieu. O autor, com sua obra sobre a separação de poderes, constituem-se em sólido referencial doutrinário.<sup>199</sup>

Na teoria clássica, por isso, precisa de um viés mais contemporâneo, que busque resolver os dilemas sociais e institucionais atuais, o que a questão dos desenhos institucionais procura solucionar, pensando além da clássica replicação da fórmula da tripartição de Poderes.

Nesse viés, Conrado Hübner Mendes explica, a distribuição das faculdades de instituir e/ou das capacidades de vetar conduz a um desenho institucional, contemplando uma distribuição de poderes, com a determinação dos objetivos e dos canais de comunicação entre eles. Nessa arquitetura de diálogo institucional, a separação de poderes deve ser vista de forma ampliada, de acordo com as determinadas capacidades dos agentes públicos e das instituições na busca de uma última palavra provisória sobre os sentidos da constituição no caso concreto.<sup>200</sup>

---

<sup>197</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

<sup>198</sup> HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *Idem, Ibidem*.

<sup>199</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>200</sup> MENDES, Conrado Hübner Mendes. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 132.

Conrado Hübner Mendes argumenta que é por meio dos conceitos de “última palavra provisória” e de “rodadas procedimentais”, que ele vislumbra dar a dimensão e limitação da pergunta sobre a separação dos poderes. Para o autor, as “teorias do diálogo, ao observarem o fato da continuidade (da sequência, legislativas, e assim por diante) põem a simples existência da revisão judicial sob a uma nova luz”. Ou seja, “última palavra e diálogo, nesse sentido, contemplam-se. Assim como o Direito e a política precisam de últimas palavras provisórias, precisam também de continuidade”.<sup>201</sup>

Miguel Godoy explica o que seria a chamada rodada procedimental, bem como a intitulada por Conrado Hübner Mendes de última palavra provisória. Assim, a rodada procedimental consiste nos procedimentos estabelecidos para a vocalização de projetos coletivos e solução de conflitos. Esse caminho procedimental tem início, meio e fim. Entretanto, o seu final será provisório. Esse resultado é, dessa forma, considerado a última palavra provisória. Por exemplo, como uma lei, aprovada após o processo legislativo, pode ser derrubada pelo controle judicial de constitucionalidade, a decisão judicial, tal qual, pode ser derrubada por uma retomada da rodada procedimental no contexto dos processos institucionais de interpretação da Constituição.

De outro giro, Clémerson Merlin Clève e Bruno Mendes Lorenzetto afirmam que os “processos de modelagem das instituições representam um importante passo na definição não apenas teórica e normativa de quais deveriam ser as funções idealizadas de cada um dos poderes”. Por isso, eles apresentam um convite para a reflexão a respeito da “insuficiência da visão tradicional sobre a separação de poderes e indicam que a busca por determinar fronteiras intransponíveis entre eles não apenas é pouco prática, mas indesejável”.<sup>202</sup>

Miguel Godoy afirma que “a ideia de diálogo entre os Poderes criada por Peter Hogg e Alison Bushell a partir da seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá é o exemplo mais invocado de possibilidade normativa para uma relação dialógica entre os Poderes”.<sup>203</sup>

---

<sup>201</sup> MENDES, Conrado Hübner Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 238.

<sup>202</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Mendes. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Editora Fórum, 2016.

<sup>203</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

Ainda, é relevante explicar que o chamado “constitucionalismo do *commonwealth*” também pode ser um exemplo da “realização de reformas institucionais e do estabelecimento de previsões normativas destinadas a proteger direitos”. Juntamente com o Canadá, também o Reino Unido e a Nova Zelândia compõem experimentações interessantes acerca dos diálogos institucionais no âmbito do direito constitucional comparado.

Vale dizer que mesmo dentro da lógica da separação de poderes, aquela instituição que for mais democrática sempre poderá responder a outra instituição. Por isso, há que se falar em última palavra provisória para o ponto de vista dos diálogos institucionais, inclusive no Brasil. A última palavra sobre direitos, assim, é apenas uma parte da história, não toda ela, conforme defende Conrado Hübner Mendes.<sup>204</sup>

Nessa perspectiva, em síntese, a teoria dialógica defendida por Miguel Godoy reivindica encarar a Constituição como um documento normativo que tem seu significado construído e reconstruído, pela atuação dos mais diversos atores e, especialmente, pela atuação de cada um dos Poderes da República. Com isso, o desafio é não limitar a Constituição a um único método hermenêutico e nem engessar as instituições segundo uma compreensão rígida e estática de separação entre os Poderes.<sup>205</sup> Nesse viés, como explica o autor, é preciso fazer da Constituição um documento menos técnico, menos pertencente a juízes, cortes e representantes, e mais popular.<sup>206</sup>

E para isso, é fundamental que as instituições dialoguem entre si e também com o povo, a fim de buscar os melhores argumentos, fundados em razões públicas que possam ser respeitadas pela comunidade política e jurídica.

Para isso, o conceito de democracia deliberativa invocado para fundamentar a atuação das instituições e avaliar a legitimidade de suas decisões é fundamental.

Em efeito, a dinâmica dialógica apresentada e defendida neste trabalho se funda em uma concepção deliberativa de democracia, pois, é a partir desse pressuposto que se constrói uma interação dialógica entre as instituições que tem um potencial de estabelecer um parâmetro para avaliar a legitimidade de suas

---

<sup>204</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 149.

<sup>205</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 149.

<sup>206</sup> GODOY, Miguel Gualano. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Editora Fórum, 2017, p. 149-180.

decisões. Assim, do ponto de vista dos diálogos interinstitucionais defendidos neste trabalho Cortes podem ser promotoras de um debate democrático, para instar um debate público robusto - que não se restrinja a oposição entre diferentes lados.

Cortes podem integrar um debate público democrático com a inclusão ampla de vozes que não se restrinjam aos espaços judiciais e parlamentares, imbuído pela qualidade dos argumentos invocados para justificar a tomada de decisão em um contexto de esfera pública jurídica.

Objetivou-se, assim, apresentar a trajetória histórica e normativa do Amicus Curiae e das Audiências Públicas na jurisdição como possibilidades de diálogos institucionais no Poder Judiciário e essencialmente no Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, é imperativo concluir que tanto o instituto do Amicus Curiae quanto o instituto das Audiências Públicas possuem previsão normativa e trajetória histórica de consolidação institucional, estando aptos a serem utilizados pela Corte como forma de diálogos institucionais voltados ao debate de razão pública no enfrentamento de determinada questão constitucional, ainda mais se pensarmos no contexto de uma esfera pública jurídica, que é o que se defende na presente dissertação.

Assim, tal esfera pública jurídica alinhada aos diálogos institucionais em uma democracia deve possuir como elemento central a possibilidade de debate no enfrentamento das questões constitucionais julgadas no STF. Debate que é fortalecido por meio do instituto do Amicus Curiae e das Audiências Públicas, conforme se pretendeu confirmar nesta investigação científica, limitada no seu espaço e no seu tempo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVRITZER, Leonardo; COSTA, Sérgio. Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, p. 710. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/dados/v47n4/a03v47n4.pdf](http://www.scielo.br/pdf/dados/v47n4/a03v47n4.pdf)>.

BARBOZA, Estefânia M. *Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BARBOZA, Estefânia M.. É importante o modo como os juízes decidem os casos? *Revista Império do Direito*. Publicado em: 22.nov.17. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/e-importante-o-modo-como-os-juizes-decidem-os-casos-por-estefania-maria-de-queiroz-barboza>>. Acesso em: 01.mar.19.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do civil law e do common law. *Revista Quaestio Iuris*, v. 11, p. 1456-1486, 2018.

BUHRER, Lilian J. K.; KRELLING, Gustavo M. Democratização das políticas públicas de comunicação social: impactos político-jurídicos da participação cidadã no estado contemporâneo, p. 337-360. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel W.; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). *Eficiência e Ética na Administração Pública*. Editora Íthala, 2015.

CAPECCHI NUNES, Daniel; BRANDÃO, Rodrigo. O STF e as Entidades de Classe de Âmbito Nacional: a sociedade civil e seu acesso à jurisdição constitucional. *Revista Direito da Cidade*, v. 10, p. 164-196, 2018.

CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Mendes. *Governo democrático e jurisdição constitucional*. Editora Fórum, 2016.

COELHO, Vera Schttan P.; NOBRE, Marcos (orgs.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. *Lua Nova* [online], n. 28-29, São Paulo, p. 92, abr. 1993. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451993000100005>>. Acesso em: 12.mai.15.

COPETTI NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o constitucionalismo jurídico. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14 n. 14.2 (2013). Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/423>>. Acesso em: 02.fev.21.



FARIA, Claudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. *Lua Nova* [online], n. 50, São Paulo, p. 52, 2000. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452000000200004>>. Acesso em: 12.mai.15.

FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In FIORAVANTI M. (Org.). *In El Estado Moderno em Europa: Instituciones y derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

GODOY, Miguel Gualano de. As audiências públicas e os *amici curiae* influenciam as decisões dos ministros do supremo tribunal federal? E por que isso deve(ria) importar?. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 60, p. 137-159, 2015.

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

GUIMARÃES, Livia Gil; VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: discurso, prática e lobby*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo. USP: São Paulo, 2017.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Editora Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos de democracia. *Lua Nova* [online], n. 36, São Paulo, p. 51, 1995. Disponível em: <[www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf](http://www.scielo.br/pdf/ln/n36/a03n36.pdf)>. Acesso em: 12.mai.15.

HOGG, Peter Wardell; BUSHELL, Alison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). In: *Osgood Hall Law Journal*. v. 35. n.01. Toronto: York University, 1997.

HOGG, Peter Wardell; THORNTON, Alison A. Bushell; WRIGTH, Wade K. Charter dialogue revisited or "Much Ado About Metaphors". In: *Osgood Hall Law Journal*. v. 45. n.01. Toronto: York University, 2007.

KOZICKI, K.; BARBOZA, Estefânia M. *Jurisdição Constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Florianópolis: *Revista Sequência*, nº 56, p. 151-176, jun., 2008.

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 331-372, jan./abr., 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56328.

MENDES, Conrado H. Conferência Online. *O STF e a Democracia*. Publicado pelo Instituto da Democracia. [institutodademocracia.org](http://institutodademocracia.org). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=TJULz4Cn3q4>>. Acesso em 14.dez.20.

MENDES, Conrado H.. A política do pânico e circo. In: ABRANCHES, Sérgio; MENDES, Conrado H.; SINGER, André; VENTURI, Gustavo; et al. (Org.).

*Democracia em risco?: 22 ensaios sobre o Brasil hoje.* São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2019.

MENDES, Conrado Hübner Mendes. *Controle de constitucionalidade e democracia.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação.* São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PETINELLI, Viviane. As Conferências Públicas Nacionais e a formação da agenda de políticas públicas do Governo Federal (2003-2010). *Revista Opinião Pública*, v. 17, n. 1, Campinas, Unicamp, p. 247-248, Jun. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v17n1/v17n01a08.pdf>>. Acesso em: 17.abr.15.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises,* 2019.

ROA, Jorge Ernesto; CHUEIRI, Vera Karam de et al. *Amicus curiae* sobre a solicitação de opinião consultiva relativa à figura do juízo político ou *impeachment* apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 213-266, abr. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/59379>>.

STF. *Audiências Públicas no STF.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>>. Acesso em 23.dez.20.

VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais.* Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela com a Universidade de Alicante (UA), Espanha, 2015.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. *Quem somos: a magistratura que queremos.* Rio de Janeiro: AMB, 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional.* São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2018.