

# Até que ponto é possível legitimar a jurisdição constitucional pela racionalidade? Uma reconstrução crítica de “A razão sem voto”

*Fernando Leal\**

## 1. Introdução

No instigante e ambicioso trabalho do professor Barroso, as relações entre jurisdição constitucional, democracia e racionalidade estão no centro. Mais especificamente, Barroso pretende oferecer um modelo de justificação da jurisdição constitucional em regimes democráticos que se sustenta sobre a necessidade de satisfação de algumas exigências de racionalidade nos processos de tomada de decisão do Supremo Tribunal Federal.

Neste breve comentário, pretendo problematizar as chances de êxito dessa empreitada, que (i) reconhece que processos de tomada de decisão jurídica são afetados por altos níveis de incerteza, (ii) precisa confiar nos potenciais de métodos e na operacionalização adequada de teorias complexas para garantir níveis aceitáveis de previsibilidade e de controle da discricionariedade judicial, (iii) pressupõe que as mensagens enviadas pelo Supremo a outras instituições são propostas de diálogo e que as reações dessas instituições, sobretudo do Congresso, podem ser compreendidas como efeitos da capacidade de convencimento vinculada à qualidade das decisões do Tribunal e (iv) tende a superestimar as capacidades dos juízes para obter e processar informações para a solução de problemas que poderiam ser enfrentados por

---

\* Professor da FGV Direito Rio. Pelos comentários e sugestões feitas a versões anteriores deste trabalho agradeço a Thomaz Pereira, Leandro Molhano Ribeiro e Diego Werneck Arguelhes.

outros poderes. Para tanto, argumentarei que um modelo de legitimação como o proposto por Barroso pode estimular o aumento da complexidade dos processos decisórios, dificultar a compreensão das interações entre poderes como efetivos diálogos, ser excessivamente exigente do ponto de vista epistêmico e, ainda que indiretamente, conceitual e normativamente incompatível com uma concepção de democracia deliberativa.

## 2. Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade: duas abordagens

O tipo de articulação proposto por Barroso entre jurisdição constitucional, democracia e racionalidade, ao menos do ponto de vista teórico, não é completamente novo. É possível pensar em tentativas de legitimar a jurisdição constitucional na democracia com base em pressupostos de racionalidade em pelo menos dois sentidos.

O primeiro deles parte da compreensão da Constituição como um pré-compromisso racionalmente fundado sobre questões que devem ser colocadas fora da deliberação política de curto prazo. A criação de um documento que retira certos arranjos e direitos do espaço de deliberação da política ordinária é, no fundo, uma decisão de segunda-ordem<sup>1</sup> necessária para evitar que a influência de paixões momentâneas ou miopias decorrentes de vieses cognitivos imperceptíveis estaticamente possam levar a decisões pontuais irracionais.<sup>2</sup> Um ato de vinculação prévia como o de criação de uma Constituição é, nesse sentido, o produto de uma estratégia de autoproteção cuja racionalidade se extrai exatamente da consciência de que certos objetivos podem ser mais adequadamente realizados por meio da adoção de mecanismos de busca *indireta* de resultados.<sup>3</sup> Nessa linha, a imagem de Ulisses sendo

<sup>1</sup> ELSTER, J. *Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University, 1986. p. 92. Ver também SUNSTEIN, C. R.; ULLMANN-MARGALIT, E. Second-order decisions. In: SUNSTEIN, Cass (ed.). *Behavioral law & economics*. Nova York: Cambridge University, 2000.

<sup>2</sup> ELSTER, J. *Ulysses unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints*. Nova York: Cambridge University, 2000. p. 271 e segs.

<sup>3</sup> J. Elster, *Ulysses and the sirens*, op. cit., p. 37; SUNSTEIN, C. R. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University, 2001. p. 97.



amarrado ao mastro do seu navio para não sucumbir ao canto das sereias é explorada por Elster como o parâmetro de comparação por excelência para que se possa compreender que tipo de problema de decisão enfrenta uma comunidade política quando precisa estabelecer as bases para o desenvolvimento das suas práticas democráticas.<sup>4</sup> Nesse quadro, a Constituição é concebida como um *limite* racionalmente justificável, enquanto o potencial exercício da jurisdição constitucional é visto como crucial em um sistema constitucional saudável, na medida em que pode assegurar que os representantes da sociedade não seguirão as suas paixões momentâneas.<sup>5</sup> Neste primeiro sentido, portanto, a jurisdição constitucional se justificaria pelas limitações de racionalidade dos próprios cidadãos e dos seus representantes para adotar sempre os comportamentos ótimos para manter a possibilidade de autogoverno.

Em uma segunda possibilidade, a legitimidade da jurisdição constitucional em uma democracia está intimamente conectada com a *qualidade* das decisões dos órgãos jurisdicionais competentes para aplicar a Constituição e invalidar decisões majoritárias. A legitimidade, neste caso, depende da possibilidade de aferição da *racionalidade* dos julgados. Como se nota, ao contrário do que ocorre na primeira relação, a tentativa de legitimar racionalmente a jurisdição constitucional exercida por tribunais não parte de limitações cognitivas ou irracionalidades dos seres humanos e não tem como foco a tomada de decisão por agentes políticos no funcionamento ordinário da democracia. Ao contrário, a legitimidade da jurisdição constitucional nesse modelo pressupõe a realização efetiva de exigências de racionalidade durante o processo de fundamentação de decisões e se preocupa prioritariamente

<sup>4</sup> J. Elster, *Ulysses and the sirens*, op. cit., p. 94: "The Ulysses strategy is to precommit later generations by laying down a constitution including clauses that prevent its being easily changed". Elster posteriormente revê e expande o argumento de autovinculação desenvolvido em *Ulysses and the sirens*. De acordo com o próprio autor, a mudança se deu especialmente a partir de uma crítica recebida de Jens Arup Seip, de acordo com a qual "in politics, people never try to bind themselves, only to bind others". A ideia de que constituições pretendem vincular terceiros passa a ser mais próxima da corrente do que a visão de autovinculação. Ver J. Elster, *Ulysses unbound*, op. cit., p. ix e 277-278. Apesar da mudança de posição, creio que isso não afeta o argumento desenvolvido, que se sustenta sobre limitações da racionalidade humana para justificar barreiras para a tomada de decisões de primeira ordem.

<sup>5</sup> C. R. Sunstein, *Designing democracy*, op. cit., p. 100.

riamente com a atividade jurisdicional. O problema a ser enfrentado deixa de ser, portanto, como lidar com limitações de racionalidade e passa a ser como buscar a maior realização possível da racionalidade em processos de tomada de decisão judicial, enquanto, ao mesmo tempo, a base de referência de justificação do argumento passa do povo para o Judiciário.

Em seu texto, Barroso explora fundamentalmente o segundo sentido das relações entre racionalidade, democracia e jurisdição constitucional. Não é, por isso, surpreendente que a imagem do Tribunal constitucional como representante argumentativo da sociedade, tal qual concebida por Robert Alexy, apareça como um dos referenciais tanto descritivos como normativos do argumento central do texto. Os movimentos teóricos básicos são apresentados com a clareza e a objetividade típicas do estilo do autor: a indeterminação estrutural do direito, potencializada pela complexidade das relações sociais, pela afirmada conexão conceitual entre direito e moral e pela impossibilidade de o direito, por meio de suas regras, estabilizar soluções predefinidas a ponto de reduzir ou manter sob controle o número de casos difíceis, torna a atividade de interpretação das disposições constitucionais e de concretização dos seus compromissos fundamentais não apenas mais comum como mais incerta. Nesse cenário, o juiz se torna "coparticipante do processo de criação do direito" e assume o ônus de fornecer fundamentos para as suas visões sobre a resposta constitucional mais adequada para questões específicas.<sup>6</sup> Para lidar com as dificuldades metodológicas e o déficit democrático vinculados a esse novo papel do Judiciário, sobretudo quando é chamado a resolver questões constitucionais, a interpretação constitucional incorpora teorias e métodos sofisticados capazes de orientar racionalmente o processo de construção de soluções jurídicas para problemas que envolvem a aplicação da Constituição. A ponderação de princípios e os ditames de uma teoria da argumentação jurídica apresentam-se, neste ponto, como os principais candidatos a realizar essa tarefa. O quadro se fecha, finalmente, pela crença de que o manejo adequado desses métodos e teorias é capaz de garantir um grau de aceitabilidade das decisões do Supremo suficiente para superar os déficits de legitimidade iniciais da atuação do tribunal nos casos em que a resposta constitucional para uma determinada questão não é clara.

<sup>6</sup> L. R. Barroso, "A razão sem voto", neste livro, p. 37.



Como se nota, a racionalidade das decisões do Supremo, sejam elas contramajoritárias ou representativas, é considerada condição necessária para a legitimação da atuação do Tribunal.<sup>7</sup> Por trás dessa construção, está, como referencial normativo permanente, uma concepção de democracia deliberativa, no âmbito da qual “o exercício do poder e da autoridade é legitimado por votos e por argumentos”.<sup>8</sup>

### 3. Três estratégias de justificação

O modelo de justificação proposto por Barroso, a meu ver, não se limita a insistir na possibilidade de a qualidade das decisões do Tribunal constitucional ser uma resposta consistente para enfrentar a tensa relação conceitual entre jurisdição constitucional e democracia. Para mim, a proposta original do argumento oferecido por Barroso está no recurso a três estratégias de justificação diferentes e pretensamente complementares para construir seu argumento de legitimação da jurisdição constitucional na democracia, sintetizado na fórmula “a razão sem voto”: pela qualidade do processo de fundamentação, pela satisfação das condições para a implementação de um diálogo institucional e pelos resultados alcançados por meio das decisões. Todas elas se voltam a lidar com os pontos mais sensíveis contra a legitimidade da jurisdição constitucional na democracia: a indeterminação da Constituição, a tese da supremacia judicial na determinação das respostas constitucionais mais adequadas em uma ordem jurídica e a afirmada dificuldade contramajoritária da atuação dos tribunais.<sup>9</sup>

Indo mais a fundo, a originalidade do argumento decorre também da possibilidade de se relacionar, a cada uma dessas estratégias, uma concepção diferente de racionalidade. No primeiro caso, a referência é uma concepção *substantiva* de racionalidade; no segundo, uma racionalidade *discursiva*; no terceiro caso, finalmente, uma concepção *instrumental* de racionalidade.

<sup>7</sup> L. R. Barroso, “A razão sem voto”, op. cit., p. 39.

<sup>8</sup> Ibid., p. 54.

<sup>9</sup> Em sentido próximo, TREMBLAY, L. R. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures, *Icm*, Nova York, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

Cada uma das estratégias de justificação do argumento parece-me, porém, problemática para levar a uma aceitação tão imediata das teses de que a legitimidade das decisões do Supremo *pode* ser extraída e, pelo menos em alguma medida, *já se extrai* da qualidade do processo de fundamentação dos julgados da Corte ou dos resultados sociais positivos alcançados pela atuação do STF nos últimos anos. Ao longo das próximas páginas, tentarei apresentar questões que deveriam ser enfrentadas para que cada estratégia de justificação oferecida por Barroso pudesse fornecer uma resposta convincente para o problema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. O objetivo deste comentário, no fundo, não é negar completamente a importância que o investimento em estratégias de racionalização das decisões do Supremo pode ter para lidar com as tensões conceituais e reais existentes entre jurisdição constitucional e democracia. Ao contrário, o que se pretende prioritariamente é apontar alguns limites para que a proposta de Barroso possa ser considerada suficiente para garantir a legitimidade da atuação do Supremo na democracia brasileira.

### 3.1 A legitimidade pela qualidade da fundamentação

Um dos desafios permanentes para o reconhecimento da legitimidade da jurisdição constitucional em arranjos institucionais democráticos está relacionado com a própria estrutura normativa das constituições. Não é raro encontrar expressões vagas e compromissos não necessariamente harmônicos nos textos constitucionais que possam ser usados para sustentar visões diferentes — às vezes contraditórias — para a solução de um mesmo problema. Ao mesmo tempo, não parece incomum — ao menos se tomarmos como referência a realidade brasileira — que tribunais constitucionais rejeitem estratégias formalistas de aplicação da Constituição<sup>10</sup> e que processos de tomada de decisão orientados na Constituição apelem para sentidos ou aspirações que não encontram respaldo imediato no texto constitucional, o que pode tornar no mínimo questionável o seu *pedigree* democrático.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> No caso brasileiro, ver L. R. Barroso, "A razão sem voto", op. cit., p. 34.

<sup>11</sup> L. B. Tremblay, *The legitimacy of judicial review*, op. cit., p. 622.



Conjugados com o fato de a Constituição ser o fundamento positivo último de validade de uma ordem jurídica, o que impede o recurso a “normas superiores” para orientar o processo de superação das indeterminações das provisões constitucionais, esses fatores já seriam suficientes para justificar a visão de que “a dificuldade do direito constitucional é que [nele] ninguém sabe o que conta como argumento”.<sup>12</sup> Nesse cenário de incerteza, torna-se, portanto, facilmente questionável por que um órgão não eleito deveria ser o responsável por dar a última palavra sobre o sentido da Constituição em uma democracia.

Apostar na racionalidade das decisões do tribunal é uma maneira de lidar com o problema da indeterminação do direito e com as consequentes margens amplas de discricionariedade presentes nos processos de interpretação e aplicação da Constituição. Na vinculação mais forte entre legitimidade e racionalidade, a segunda se torna uma condição necessária para a primeira. Este é, por exemplo, exatamente o tipo de relação que Alexy tem em mente quando precisa enfrentar o problema da legitimidade da *ponderação* — para Barroso, uma das protagonistas da “nova hermenêutica constitucional” — na tomada de decisão jurídica. Para Alexy, “a legitimidade da ponderação no direito depende da sua racionalidade. Quanto mais racional é a ponderação, mais legítimo, portanto, é ponderar. Para a racionalidade da ponderação, porém, decisiva é a sua estrutura”.<sup>13</sup> E o conhecimento da estrutura é, por sua vez, crucial para o desenvolvimento de *métodos* ou *estruturas de argumentação* capazes de orientar o processo de justificação de decisões. A legitimidade de julgados de um tribunal que apela para a metáfora de ponderação de razões torna-se, assim, dependente do manejo adequado de métodos, os quais são os principais responsáveis pela racionalidade das decisões. Em um sentido mais geral, qualquer arbitrariedade metodológica, seja em relação à inobservância generalizada de algum método, seja em relação à variação

<sup>12</sup> GERHARDT, M. J.; ROWE, T. D. *Constitutional theory: arguments and perspectives*. Charlottesville: Michie Company, 1993, p. 1.

<sup>13</sup> ALEXY, R. Die Gewichtsformel. In: JICKELI, J.; KREUTZ, P.; REUTER, D. (Org.). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlim: De Gruyter Recht, 2003, p. 771-779, p. 771, tradução livre.

da aplicação de diferentes métodos pelo Tribunal, é um problema porque tenderia a erodir a autoridade do Tribunal constitucional.<sup>14</sup>

A meu ver, a relação *legitimidade-racionalidade-método* não só pretende se apresentar como a tentativa mais sofisticada para manter sob controle os níveis de incerteza vinculados a processos de decisão de casos difíceis, como me parece ser a principal base de sustentação do argumento de Barroso. Mais do que isso, parece-me que o tipo de legitimação pela racionalidade defendido por Barroso precisa, do ponto de vista normativo, pressupor uma conformação específica entre os elementos dessa relação. E é exatamente neste ponto que se localiza uma potencial fraqueza: para que o argumento de legitimidade possa efetivamente funcionar, é preciso *confiar fortemente* na aptidão de métodos decisórios para produzir resultados que satisfaçam demandas de racionalidade não só de um diálogo orientado pelo alcance de resultados intersubjetivamente aceitáveis,<sup>15</sup> como também de condições de racionalidade próprias do direito. O meu argumento para a defesa dessa posição pressupõe, já que Barroso não apresenta uma definição de racionalidade, uma premissa endossada explicitamente pelo autor: decisões judiciais precisam ser reconduzidas a algum elemento do sistema jurídico para que possam ser produtos de empreendimentos de construção, e não de invenção de respostas constitucionalmente adequadas para problemas específicos.<sup>16</sup> Assim, para que o magistrado demonstre que uma determinada solução é um resultado constitucionalmente possível — ainda que não o único — para um problema jurídico-constitucional, não seria necessário apenas que qualquer razão fosse fornecida como suporte da decisão. Tampouco seria suficiente satisfazer as condições de algum tipo de procedimento moral para a tomada de decisões práticas para que os resultados fossem imediatamente aceitáveis. Uma legitimação *democrática* das decisões judiciais estaria vinculada, em um sentido não trivial (como o de simples referência a passagens vagas da Constituição), à possibilidade de justificação de que as respostas

<sup>14</sup> Assim, em referência específica ao poder do Tribunal constitucional alemão, LERCHER, R. *Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis*. In: PETER, B.; DREIER, H. (Org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 333-361. p. 335.

<sup>15</sup> Sobre o tema v. 3.2, *infra*.

<sup>16</sup> L. R. Barroso, "A razão sem voto", *op. cit.*, p. 39.



dadas por um tribunal como o Supremo têm suporte no próprio *texto* constitucional.<sup>17</sup>

Um arsenal de métodos e técnicas de decisão disponibilizado por uma “nova hermenêutica constitucional” precisaria, nesse quadro, garantir a racionalidade das decisões de tribunais constitucionais em pelo menos dois sentidos. De um lado, ainda que esses métodos não levem a níveis absolutos de objetividade, seu manejo adequado deveria ser capaz de conduzir a níveis satisfatórios de *previsibilidade* das respostas para questões constitucionais controvertidas; por outro, esses métodos, ainda que não levem a níveis plenos de certeza, deveriam *reduzir a subjetividade* de tomadores de decisão, na medida em que deveriam submeter sua atuação à satisfação de deveres de argumentação previamente determinados que (i) filtrassem os fatores relevantes para a justificação de decisões, (ii) tentassem definir o peso de cada um deles na argumentação, (iii) fossem minimamente aderentes à prática decisória consolidada do Tribunal e, por fim, (iv) incluíssem a observância de roteiros argumentativos institucionalizados e (v) o respeito a precedentes. Como se nota, os níveis de determinação das respostas vislumbrados pela aplicação de métodos decisórios estão longe de serem ideais. Mas disso não se extrai necessariamente a sua irracionalidade.<sup>18</sup>

O fato de a aplicação adequada de métodos decisórios não permitir que se possa chamar qualquer resultado a eles vinculado de irracional não significa, contudo, que os níveis efetivamente *realizáveis* de racionalidade sejam suficientes para legitimar democraticamente a jurisdição constitucional no sentido pressuposto por Barroso. O que se pretende denunciar, com outras palavras, é algum tipo de assimetria entre aquilo que o modelo de legitimação oferecido por Barroso pressupõe como realizável e aquilo que o manejo adequado de métodos de decisão pode efetivamente fornecer em termos de racionalidade. Eu tentarei apontar dois aspectos capazes de sustentar a plausibilidade dessa afirmação.<sup>19</sup> Eles estão, respectivamente, relacionados com

<sup>17</sup> Ver a respeito a contribuição de Joaquim Falcão para este livro.

<sup>18</sup> No mesmo sentido sobre as disputas sobre a racionalidade da ponderação, ver LEAL, Fernando. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 58, p. 177-209, 2014.

<sup>19</sup> É certamente possível incluir nessa lista problemas reais relacionados com os processos de justificação de decisões no Supremo Tribunal Federal. O recurso constante a princípios vagos

os efeitos negativos de uma *confiança excessiva* nos métodos e com o possível reconhecimento do caráter *excessivamente exigente* dos mesmos.

No primeiro caso, o principal risco de uma confiança excessiva no potencial de instrumentos metodológicos como a proporcionalidade ou nas regras materiais e procedimentais oferecidas por uma teoria da argumentação jurídica é o de produção do efeito *oposto* ao visado pelo desenvolvimento e pela aplicação consistente de métodos que pretendem conduzir processos decisórios reais: em vez de reduzir os níveis de indeterminação do direito, a superestima dos potenciais de métodos e técnicas de decisão cria incentivos para o seu uso frequente, o que conduz, por sua vez, a uma *indeterminação radical* do direito. Isso porque, por um lado, não se deve olvidar que o manejo adequado de métodos como a proporcionalidade ou de teorias complexas sobre a interpretação constitucional envolve a superação de custos de decisão comumente elevados. Se se parte da compressão de que métodos decisórios não funcionam como algoritmos que levam diretamente a um único resultado, mas que eles funcionam como esquemas gerais de argumentação, operacionalizá-los envolverá, pelo menos, algum esforço de concretização ou harmonização de normas, seleção e justificação de teses sobre fatos, aplicação de conceitos ou construções dogmáticas ou o manejo adequado de precedentes. No caso do recurso a teorias abrangentes, como uma teoria da justiça ou uma teoria sobre a natureza do direito que ofereça uma teoria da decisão jurídica, deveres de coerência entre decisão e pressupostos teóri-

---

para fundamentar decisões sem a superação de quaisquer obstáculos de concretização, a banalização da dignidade humana, a referência comum à regra da proporcionalidade sem a aplicação das sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito e a existência de uma cultura ainda incipiente de precedentes no país são evidências de que a prática decisória do Tribunal ainda está distante da realização mesmo de níveis modestos de racionalidade. Ver a respeito desses problemas, respectivamente, SUNDFELD, C. A. Princípio é preguiça? In: SUNDFELD, C. A. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 60-84; LEAL, Fernando. Argumentando com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 41-67, 2007; SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, abr. 2002; e VOJVODIC, A. M.; MACHADO, A. M. E.; CARDOSO, E. L. C. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 21-44, 2009. Sobre a necessidade de instituição de uma prática saudável de precedentes no país ver também os votos dos ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki na ADI 4.335/AC.



cos poderiam ainda ser agregados. Por outro lado, é preciso também levar a sério o fato de que, ainda que os custos decisórios possam ser satisfeitos, a aplicação desses métodos e teorias não é capaz de eliminar completamente a subjetividade do tomador de decisão, especialmente quando a formulação do que se possa chamar de uma “teoria da tomada de decisão jurídica constitucionalmente adequada” inclui diversas variáveis em si complexas e entre si muito diferentes, como a consideração de “aspectos externos ao ordenamento jurídico”<sup>20</sup> e, como “coordenadas específicas”, “a justiça do caso concreto”, a “segurança jurídica e a dignidade humana”.<sup>21</sup> Mesmo controlável, haverá incerteza sobrepassando processos decisórios reais.

No argumento apresentado por Barroso, a confiança excessiva em métodos e teorias decisórias é inevitável. E aí está o seu problema central. Se a legitimidade das decisões de tribunais constitucionais em um modelo de democracia deliberativa depende da qualidade da fundamentação das construções das cortes, acreditar na utilidade de métodos e teorias para orientar a tomada de decisão constitucional torna-se uma necessidade em um ambiente jurídico e social marcado por elevados níveis de indeterminação e complexidade, tal qual é, para Barroso, o “mundo contemporâneo” no qual se pratica o direito.<sup>22</sup> Isso porque, se processos de tomada de decisão constitucional são caracterizados pela presença de elementos morais e de “outros domínios do conhecimento” e se orientam em princípios e comandos de sentido vago como “dignidade humana”,<sup>23</sup> elementos textuais deixam de ser parâmetros definitivos para a tomada de decisão, e se tornam simples referências derrotáveis pela possibilidade de realização de outros compromissos constitucionais, estejam eles explícitos ou implícitos, sejam eles ou não fruto daquilo que o próprio tribunal entende ser o propósito da Constituição e seu papel na ordem constitucional vigente.<sup>24</sup> Parece-me ser isso que Barroso tem

<sup>20</sup> L. R. Barroso, “A razão sem voto”, op. cit., p. 39.

<sup>21</sup> Ibid., p. 43 e segs.

<sup>22</sup> Ibid., p. 34 e segs.

<sup>23</sup> Ibid., p. 35.

<sup>24</sup> Sobre a importância desses aspectos, que estão para além do manejo adequado de métodos de decisão, nos processos de interpretação constitucional, ver P. Lerche, *Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis*, op. cit., p. 333-361.

em mente quando afirma que “[a] doutrina pós-positivista [...] busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto”.<sup>25</sup>

Os principais riscos dessa visão são o da diluição do principal limite jurídico para a tomada de decisões — o *texto* das disposições jurídicas, algo já bastante difícil para a decisão constitucional em razão das indeterminações típicas da linguagem do constituinte — e o da consequente redução dos processos de tomada de decisão constitucional à aplicação de referências vagas (como ponderação, razoabilidade e dignidade humana) ou teorias de complexa operacionalização (como uma teoria da justiça ou a que sugere uma *leitura moral* da Constituição)<sup>26</sup> que não garantem os graus desejáveis de controle da discricionariedade e de previsibilidade exigidos pela manipulação de tanta complexidade e indeterminação.<sup>27</sup> Nesse cenário de incerteza a respeito das respostas que um tribunal pode dar para problemas constitucionais, a confiança em métodos decisórios se torna indispensável para que algum nível de racionalidade para as decisões, ao menos nos sentidos de organização do processo decisório e garantia mínima de previsibilidade e administração da subjetividade judicial, possa ser obtido. Métodos de decisão não deveriam ser apenas um caminho possível para lidar com as incertezas da decisão constitucional; eles precisam ser, ao lado de mecanismos próprios do desenho institucional, a aposta de um projeto normativo preocupado com a racionalidade dos julgados.<sup>28</sup>

Ademais, as crenças (i) de que a legitimidade de decisões constitucionais depende prioritariamente da aplicação adequada desses métodos e (ii) de que essa aplicação adequada é possível podem gerar incentivos para um

<sup>25</sup> L. R. Barroso, “A razão sem voto”, op. cit., p. 35.

<sup>26</sup> A referência mais clara para o tema é DWORKIN, R. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1996. Especialmente p. 1-38.

<sup>27</sup> Ver SCHIAUER, F. Balancing, subsumption and the constraining role of legal text. In: KLATT, Mathias (Org.). *Institutionalized reason. The jurisprudence of Robert Alexy*. Nova York: Oxford University, 2012. p. 307-318; e Fernando Leal, Irracional ou hiper-racional?, op. cit., p. 189-197. Sobre os riscos do uso recorrente da ponderação para um modelo consistente de regras, ver também ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, 2009. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf)>. Acesso em: 6 abr. 2015.

<sup>28</sup> Sobre o papel do desenho institucional para lidar com essas dificuldades, ver o comentário de Diego Weirneck nesta obra.



apelo recorrente à Constituição na solução de todos os problemas jurídicos (afinal, para o autor, “[t]oda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional”<sup>29</sup>).<sup>30</sup> No entanto, dado que, como se aprofundará, os níveis de racionalidade pressupostos pelo modelo não são plenamente realizáveis, a transformação efetiva de todos os casos jurídicos em problemas constitucionais inunda ainda mais os processos jurídicos de incertezas. Este ponto nos leva ao segundo problema relacionado com a confiança excessiva nos potenciais de métodos de decisão.

A dificuldade de garantir níveis satisfatórios de racionalidade por meio do desenvolvimento de metodologias pretensamente seguras de decisão como a proporcionalidade decorre não só dos custos de decisão envolvidos — que se elevam radicalmente quando (i) a Constituição é compreendida a partir de um amálgama complexo de compromissos vagos e funções indeterminadas que podem entrar em conflito concretamente e (ii) o uso da Constituição se torna frequente —, mas das limitações de qualquer tomador de decisão para obter e processar as informações requeridas para o funcionamento ideal desses modelos. Métodos de decisão capazes de produzir os níveis desejáveis de racionalidade para que fosse possível legitimar o exercício da jurisdição constitucional apenas pelo processo de fundamentação provavelmente exigiriam pressupostos epistêmicos faticamente não realizáveis.

A crítica a pressupostos hiper-racionalistas de métodos decisórios não é nova. Os esforços de Alexy, por exemplo, para conduzir a ponderação por meio de uma “fórmula do peso” são alvos típicos desse tipo de objeção.<sup>31</sup> Por um lado, reconhece-se que palavras mágicas como “ponderação” ou expressões muito amplas e moralmente carregadas como “igualdade”, “liberdade” ou “dignidade” não são suficientes para conferir, por si sós, acordos intersubjetivos a respeito da adequação de respostas constitucionais. É preciso definir os caminhos argumentativos capazes de orientar ponderações ou os parâmetros de aplicação adequada de termos muito abrangentes ou teorias complexas. Neste momento, duas questões diferentes precisam ser enfren-

<sup>29</sup> L. R. Barroso, “A razão sem voto”, op. cit., p. 36.

<sup>30</sup> Ver LEAL, Fernando. Todos os casos jurídicos são difíceis? Sobre as relações entre efetividade, estabilidade e teorias da decisão constitucional. *Revista de Direito do Estado*, v. 16, p. 87-116, 2010.

<sup>31</sup> Fernando Leal, Irracional ou hiper-racional?, op. cit., p. 197-203.

tadas. A primeira diz respeito à possibilidade de desenvolvimento desses métodos e parâmetros para a satisfação dos níveis de racionalidade exigidos por um modelo de justificação como o de Barroso. O segundo, relevante neste ponto, diz respeito à possibilidade de tomadores reais de decisão, com as suas habilidades e limitações específicas, *operacionalizarem* bem esses elementos, às vezes construídos para funcionarem em “condições ideais”, as quais, por sua vez, são usadas como referenciais normativos que exigem não mais do que a *aproximação* de processos decisórios reais dos processos decisórios que seriam desenvolvidos em condições perfeitas.<sup>32</sup> Como se intui, o risco de uma confiança excessiva em métodos e teorias de decisão pode estar na pressuposição de que certas aproximações não realizáveis faticamente *são* possíveis. Existe, nessa linha, a possibilidade de idealização das capacidades epistêmicas de juízes para, por meio da aplicação de métodos, chegar-se a respostas constitucionais com um nível tal de racionalidade capaz de neutralizar os déficits democráticos relacionados com sua atuação e os outros aspectos que atuam sobre processos de interpretação do direito que não se limitam à manipulação de normas jurídicas.<sup>33</sup> E, se há idealização, retornando ao ponto inicial, em vez de métodos e teorias decisórias cumprirem seus propósitos de racionalização de julgados, eles trazem apenas mais incerteza.

Se, portanto, é correto afirmar que um modelo de legitimação racional da jurisdição constitucional precisa confiar em métodos e teorias de decisão, é preciso não desconsiderar as limitações epistêmicas dos responsáveis pela sua aplicação efetiva e a tentação de tornar todo e qualquer problema jurídico uma questão constitucional ou, ainda, a de compreender todo problema constitucional como um tipo de problema que exige a manipulação de muitas variáveis, como elementos morais, aspectos econômicos, o “sentimento

<sup>32</sup> Ver, por exemplo, os pressupostos da teoria do discurso e um modelo ideal de julgador, como o Hércules de Dworkin.

<sup>33</sup> Sobre idealizações sobre as capacidades epistêmicas de membros do Poder Judiciário, ver VERMEULE, A. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Massachusetts: Harvard University, 2006. p. 40. Para o autor, “[a] familiar shorthand for asymmetrical institutionalism is the *nirvana fallacy*, in which an excessively optimistic account of one institution is compared with an excessively pessimistic account of another”. Parece-me possível defender que Barroso cai em um nirvana institucional ao comparar virtudes e problemas do Legislativo e do Judiciário brasileiros. Para Vermeule é preciso não negligenciar o fato de que “judges, like other decisionmakers, are never fully rational”. *Ibid.*, p. 155.



social, o espírito do [...] tempo e o sentido da história”, a ponderação de princípios, a concretização de compromissos constitucionais vagos e mesmo a consideração de regras incidentes.<sup>34</sup> Sem métodos confiáveis de decisão capazes de garantir algum tipo de racionalidade — em termos de previsibilidade e controle da discricionariedade — para decisões baseadas na consideração de tantos aspectos, provavelmente a legitimidade da jurisdição constitucional tornar-se-ia uma função exclusiva da virtude dos tomadores de decisão. Superar essa possibilidade me parece ser o primeiro limite para o êxito de uma tentativa de legitimar, pela racionalidade acoplada à fundamentação das decisões, a jurisdição constitucional em uma democracia.

### 3.2 O argumento do diálogo institucional

A segunda possibilidade de legitimação democrática da jurisdição constitucional a partir de traços do processo de fundamentação das decisões localiza-se na compreensão dos processos de interpretação e aplicação da Constituição como expressões de um *diálogo* entre o Tribunal constitucional e as instituições majoritárias, notadamente o Parlamento. Em um modelo de democracia deliberativa, em que voto e razão andam lado a lado, a importância de motivar ou “apresentar razões” decorre da visão de que a decisão do Tribunal constitucional corresponde à emissão de uma mensagem sobre como compatibilizar opções majoritárias com os compromissos da Constituição. A jurisdição constitucional poderia ser entendida, assim, como “a parte de um diálogo entre juízes e legisladores”.<sup>35</sup> A metáfora do *diálogo institucional*, porém, se sustentaria não só sobre a ideia de que as decisões do Tribunal constitucional são mensagens, diretas ou indiretas, transmitidas ao Parlamento, mas, sobretudo, sobre a possibilidade real de legisladores reagirem a essa mensagem, acatando as sugestões da corte (v.g., promulgando novas leis que atendam aos parâmetros fixados pela Corte em um processo de declara-

<sup>34</sup> J. R. Barroso, “A razão sem voto”, op. cit., p. 69.

<sup>35</sup> HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997, p. 79.

ção de inconstitucionalidade ou atendendo aos “apelos ao legislador” feitos pelo tribunal) ou superando as suas decisões, primordialmente por emendas constitucionais. Na primeira hipótese, poder-se-ia dizer, a adesão do Parlamento às manifestações do Tribunal expressaria a visão de que os legisladores foram *persuadidos* pelos argumentos trazidos pela Corte a respeito da maneira apropriada de equilibrar as opções do constituinte com decisões majoritárias. Na segunda, a reversão de entendimentos de um tribunal como o Supremo contribuiria para desfazer a tese da *supremacia judicial*, uma das dificuldades para a compatibilização da jurisdição constitucional com a democracia. Nas palavras do próprio Barroso: “[o] que se deduz desse registro final [o fenômeno dos diálogos institucionais] é que o modelo vigente não pode ser caracterizado como de supremacia judicial. O Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de ser o intérprete final do direito [...], mas não é o dono da Constituição”.<sup>36</sup>

O argumento dos diálogos institucionais é certamente uma estratégia poderosa de legitimação da jurisdição constitucional na democracia. Sua força principal decorre do fato de que a metáfora do diálogo não só se apresenta como a síntese de um argumento *normativo* capaz de enfrentar as objeções comuns feitas à compatibilização entre jurisdição constitucional e democracia, mas, sobretudo, como uma maneira de explicar um tipo especial de interação entre Judiciário e Legislativo com grande apelo *empírico*.<sup>37</sup> Diálogos entre o Tribunal constitucional e o Parlamento seriam, assim, não apenas desejáveis, mas se dariam efetivamente.

Barroso indica ao longo do texto exemplos de possíveis diálogos entre o Supremo e o Congresso,<sup>38</sup> embora não apresente dados suficientes para que se possa afirmar se essas interações são frequentes ou excepcionais. Ademais, ainda que o processo de seleção das decisões a serem analisadas reproduzisse os critérios fixados por Hogg e Bushell, as principais referências

<sup>36</sup> L. R. Barroso, “A razão sem voto”, op. cit., p. 68.

<sup>37</sup> No importante estudo de Hogg e Bushell, 65 casos foram analisados. Segundo os autores, “[t]hese include all of the decisions of the Supreme Court of Canada in which a law was struck down, as well as several important decisions of trial courts and courts of appeal which were never appealed to the Supreme Court of Canada”. Ver E. W. Hogg e A. A. Bushell, *The charter dialogue between courts and legislatures*, op. cit., p. 81 e segs.

<sup>38</sup> L. R. Barroso, “A razão sem voto”, op. cit., p. 67 e segs.



da teoria dos diálogos no Canadá, para sustentar a conclusão de que existe efetivamente um diálogo entre a Suprema Corte canadense e o Legislativo, algumas críticas poderiam ser feitas.<sup>39</sup> Finalmente, como a teoria normativa que está por trás das análises é que funciona como uma *lente* para a leitura proposta para os dados, sejam eles obtidos com base nos mesmos critérios de Hogg e Bushell ou de qualquer outra maneira, me limitarei a desenvolver algumas questões que possam afetar a força do argumento do diálogo institucional para lidar com as premissas *normativas* subjacentes à crítica democrática à jurisdição constitucional.<sup>40</sup>

O primeiro problema para o reconhecimento de um efetivo diálogo entre o Supremo e o Congresso, no entanto, é, em larga medida, de natureza empírica. Se o argumento do diálogo institucional, ao menos no sentido apresentado por Barroso, pressupõe uma interação substantiva baseada na qualidade da mensagem do Tribunal constitucional, uma questão prévia à determinação do que conta como uma mensagem racional — e até mesmo se uma mensagem racional o suficiente para legitimar democraticamente as decisões da Corte é possível — diz respeito à *clareza* da própria mensagem. Quando um tribunal como o Supremo decide uma determinada questão constitucional, qual é, afinal, a mensagem transmitida ao Congresso? Essa não é uma questão irrelevante se se parte da estrutura do processo decisório do STF, em que as manifestações da Corte são o resultado da soma das manifestações individuais dos seus membros, há baixo grau de colegialidade, poucos incentivos para deliberação e as ementas nem sempre expressam exatamente os votos dos ministros.<sup>41</sup> Como, portanto, nem sempre é claro precisar *a que, por que e como* o Tribunal chegou a determinado resultado, não parece ser tão simples inferir da prática do Supremo a tentativa constau-

<sup>39</sup> Ver, por exemplo, MANFREDI, C. P.; KELLY, J. B. Six degrees of dialogue: a response to Hogg and Bushell, *Osgoode Hall Law Journal*, v. 37, n. 3, p. 513-527, 1999. Especialmente p. 515-522. O trabalho de Hogg e Bushell é explicitamente citado por Barroso na p. 65, nota 107, de "A razão sem voto", *op. cit.*

<sup>40</sup> Para outras críticas a esse argumento ver a contribuição de Joaquim Falcão nesta obra.

<sup>41</sup> Ver a respeito SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating, *Ison*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013; e A. M. Vojvodin, A. M. F. Machado e E. L. C. Cardoso, Escrevendo um romance, *op. cit.*, p. 21-44.

te de estabelecer um diálogo com o Congresso que parte da *instituição*, e não de esforços isolados — ainda que louváveis — de alguns dos seus ministros.

O segundo problema é de ordem conceitual. Assim como Barroso não deixa claro ao longo do texto o que entende por *racionalidade* ou *decisão racional*, não há uma definição precisa do que se deve entender por *diálogo*. Tal qual ocorre naqueles casos, há, aqui, não mais do que algumas pistas para a construção de um sentido. Tendo em vista essa obscuridade, tentarei propor um conceito amplo, a partir do qual algumas questões para a consistência do argumento do diálogo institucional possam ser levantadas. É neste momento que acredito que uma concepção diferente de racionalidade entra em cena.

Em um sentido geral, pode-se estipular que um diálogo se caracteriza como uma espécie de interação que se dá em um espaço de sentidos intersubjetivamente compartilhados e é condicionada por algumas regras e pressupostos.<sup>42</sup> Para o direito, porém, é fundamental entender que o desenvolvimento de diálogos, sobretudo aqueles que envolvem a atuação do Judiciário, diz respeito à solução de problemas *práticos*, isto é, problemas sobre questões relacionadas com a determinação do que pode ou não ser feito ou o que deve ou não ser feito.<sup>43</sup> Com base nesse aspecto, é possível dizer que uma noção de diálogo relevante para o direito deve incluir também uma referência aos seus *propósitos*. Nesse sentido, no caso de um diálogo que se inicia a partir de uma decisão judicial, pode-se estabelecer, ainda em um sentido geral, que seu objetivo é convencer o destinatário da mensagem a respeito da aceitabilidade da justificação oferecida, já que o ponto de partida para essa espécie de interação é um desacordo, linguístico e/ou substantivo, a respeito de uma determinada interpretação.<sup>44</sup> No caso do diálogo institucional, um desacordo sobre a resposta constitucional apropriada para um determinado problema.

É certo que essa não é uma definição única e tampouco não problematizável de diálogo. Hogg e Bushell, por exemplo, oferecem uma alternativa bem mais modesta e instrumental à definição proposta, a qual, pode-se

<sup>42</sup> L. B. Tremblay, *The legitimacy of judicial review*, op. cit., p. 630.

<sup>43</sup> ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 263.

<sup>44</sup> Nesse sentido, AARNIO, A. *Reason and authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Aldershot: Ashgate, 1997, p. 201.



dizer, pressupõe algum tipo de *racionalidade discursiva*.<sup>45</sup> Para os autores canadenses, se uma decisão judicial estiver “aberta a reversão, modificação ou anulação legislativa, então faz sentido encarar a relação entre a Corte e o órgão legislativo competente como um diálogo”.<sup>46</sup> Como se nota, a definição é tão pouco exigente que a simples *possibilidade de reação* do destinatário da mensagem é considerada condição suficiente para a existência de um diálogo institucional. Apesar dessa possibilidade de caracterização, porém, as referências feitas por Barroso a teorias da argumentação jurídica, à reabilitação da racionalidade prática,<sup>47</sup> a noções como a de auditório,<sup>48</sup> à concepção de Alexy sobre o papel do Tribunal constitucional em uma democracia<sup>49</sup> e o endosso de uma concepção de democracia deliberativa na qual a legitimação das decisões do Tribunal constitucional depende da “capacidade de demonstrar a racionalidade, a justiça e a adequação constitucional da solução que construiu”<sup>50</sup> levam-me a crer que o sentido de diálogo pressuposto em seu texto é bem mais robusto do que aquele oferecido por Hogg e Bushell.<sup>51</sup>

Pois bem. Se é possível afirmar que existe algum tipo de convergência entre a estipulação de diálogo apresentada e o que Barroso tem em mente quando recorre à metáfora do diálogo institucional, então alguns pressupostos para a operacionalização das interações sugeridas pelo modelo de justificação desenvolvido em “A razão sem voto” deveriam ser satisfeitos para que se pudesse tanto *descrever* as relações entre Supremo e Congresso como um efetivo diálogo como *orientá-las normativamente* para que elas possam se aproximar de verdadeiros diálogos institucionais. É exatamente nesse ponto que é possível levantar uma terceira objeção ao argumento.

<sup>45</sup> Para Peczenik, “a racionalidade discursiva de uma conclusão significa que ela não poderia ser refutada em um discurso perfeito [ou ideal]”. Ver PECZENIK, A. *On law and reason*. Dordrecht: Reidel, 1989, p. 57.

<sup>46</sup> P. W. Hogg e A. A. Bushell, *The charter dialogue between courts and legislatures*, op. cit., p. 79.

<sup>47</sup> L. R. Barroso, “A razão sem voto”, op. cit., p. 35.

<sup>48</sup> Ibid., p. 39.

<sup>49</sup> Ibid., p. 57.

<sup>50</sup> Ibid., p. 39.

<sup>51</sup> Para Tremblay, um tipo de *diálogo deliberativo*, como parece ser o proposto por Barroso, é o único que tem o potencial para legitimar a jurisdição constitucional na democracia. Ver L. B. Tremblay, *The legitimacy of judicial review*, op. cit., p. 633.

Duas condições que me parecem cruciais para o desenvolvimento de diálogos nos termos propostos por Barroso são o reconhecimento recíproco dos participantes da interação como *iguais* e a *predisposição* das partes envolvidas para serem persuadidas pelo melhor argumento. A primeira condição está explicitamente presente mesmo em um modelo pouco exigente como o de Hogg e Bushell;<sup>52</sup> a segunda parece-me claramente endossada por Barroso quando, ao se referir à visão do Tribunal constitucional como representante argumentativo da sociedade, afirma que “[p]essoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos”.<sup>53</sup> Fixados esses pressupostos, a grande questão é saber se eles são implementados ou implementáveis.

Um primeiro óbice à satisfação dessas condições diz respeito à posição do Tribunal constitucional como o detentor do monopólio da última palavra sobre o sentido da Constituição.<sup>54</sup> Mesmo sendo “relativamente baixo o número de dispositivos de leis federais efetivamente declarados inconstitucionais sob a vigência da Constituição de 1988”,<sup>55</sup> a mera possibilidade de declaração de inconstitucionalidades de manifestações majoritárias, incluindo emendas constitucionais — uma possibilidade, ressalte-se, construída a partir de uma interpretação da Constituição, e não uma prerrogativa conferida textualmente ao Tribunal<sup>56</sup> —, já tende a colocar o Supremo em uma posição de superioridade relativamente ao Congresso. O fato de ser possível contra-argumentar que o Supremo *usa* esse poder excepcionalmente ou com parcimônia ou que o recurso a essa prerrogativa depende de fatores políticos conjunturais não afeta o ponto, que não é de natureza pragmática, mas conceitual. Igualdade na participação pressupõe a inexistência de hie-

<sup>52</sup> P. W. Hogg e A. A. Bushell, *The charter dialogue between courts and legislatures*, op. cit., p. 79. No âmbito da teoria do discurso, ver ALEXY, Robert. *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*. *ARSP — Archiv für Recht- und Sozialphilosophie*, v. 95, n. 2, p. 151-166, abr. 2009.

<sup>53</sup> L. R. Barroso, “A razão sem voto”, op. cit., p. 57.

<sup>54</sup> Este não é um argumento original. Sobre este problema no Canadá, ver C. P. Manfredi e J. B. Kelly, *Six degrees of dialogue*, op. cit., p. 523.

<sup>55</sup> L. R. Barroso, “A razão sem voto”, op. cit., p. 50.

<sup>56</sup> Ver ARGUELHES, D. W. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas Jus*, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014.



rarquias, sejam elas definidas explicitamente pelo desenho constitucional,<sup>57</sup> sejam elas *construídas* a partir do modo como uma instituição entende seu papel em uma democracia constitucional.<sup>58</sup> No caso das relações entre o Tribunal Constitucional e o Legislativo, um “genuíno diálogo existe apenas se as legislaturas são reconhecidas como intérpretes legítimos da Constituição e possuem meios *efetivos* de afirmar essa interpretação”.<sup>59</sup>

Do ponto de vista teórico, a dificuldade está em compatibilizar a visão de que o Tribunal constitucional está em uma posição privilegiada para tomar decisões práticas constitucionalmente adequadas — tanto é que ele é o *representante argumentativo* da sociedade —, a *pretensão de correção* erigida por suas manifestações e a *autoridade* das suas decisões com algum tipo de predisposição da Corte para rever suas posições em um diálogo com o Legislativo. Essa possibilidade é conceitualmente problemática porque tende a diminuir a importância dos elementos responsáveis, no próprio quadro teórico desenhado por Barroso, pela legitimidade *moral* da atuação dos órgãos do Poder Judiciário.<sup>60</sup> Por esse motivo, seria inconsistente pressupor que as decisões de um tribunal são mensagens encaminhadas para o Legislativo que esperam reações e novos argumentos até a fixação da melhor resposta constitucional, por qualquer uma das instituições, para um determinado problema. Na verdade, à luz daqueles elementos, uma decisão direcionada ao Legislativo é um comando que espera a adesão, voluntária ou não, exatamente porque ergue a pretensão de ser a melhor leitura constitucional para a questão levada à Corte. Na mesma linha, as interações entre um tribunal constitucional e o Parlamento poderiam ser mais adequadamente compreendidas como ações *unilaterais* — e não dialógicas — de uma instituição que quer fazer sua visão prevalecer em razão da pretensão de autoridade

<sup>57</sup> Apenas para fins de argumentação, este *poderia* ser o caso da ordem institucional brasileira quando o constituinte declarou que compete ao Supremo, “precipuamente, a guarda da Constituição” (art. 102, CF).

<sup>58</sup> Para uma leitura de como a interpretação constitucional pode afetar o desenho institucional, sobretudo o modo como o Supremo Tribunal Federal serviu-se da interpretação constitucional para ampliar e consolidar posições ante outros poderes, ver D. W. Arguelhes, *Poder não é querer*, op. cit.

<sup>59</sup> C. P. Manfredi e J. B. Kelly, *Six degrees of dialogue*, op. cit., p. 524.

<sup>60</sup> No mesmo sentido, L. B. Tremblay, *The legitimacy of judicial review*, op. cit., p. 638 e segs.

legítima erguida por suas decisões. Torna-se, assim, muito difícil pressupor uma relação de igualdade entre o Tribunal constitucional e o Legislativo.<sup>61</sup>

No caso brasileiro, especificamente falando, a efetividade de uma interpretação da Constituição pelo Congresso está condicionada, ao menos potencialmente, a algum tipo de *anuência* do Supremo. Isso porque, no limite, *qualquer* decisão do Congresso dentro da ordem constitucional vigente pode ser anulada pelo Tribunal com base nas suas leituras sobre o sentido mais apropriado da Constituição. Adicionando a esse fato o monopólio da última palavra, tem-se que a abertura do diálogo depende em larga medida da predisposição da Corte em dialogar e de efetivamente propor um diálogo com o Legislativo. Por esses motivos, nada necessariamente leva a crer que a melhor *leitura* para o que acontece quando o Congresso reage a uma manifestação do Supremo é a de um diálogo entre as instituições, e não (i) de uma *concessão* excepcional feita pelo Tribunal ou, no caso do Congresso, (ii) a de *aquiescência* decorrente de relações de *subordinação* ou mesmo de acatamento *estratégico* do resultado, seja por receio de posterior anulação de escolhas majoritárias (quando, por exemplo, o Legislativo opta por adotar, em lei nova, exatamente a medida usada pelo Tribunal para sustentar o caráter não necessário do meio escolhido na lei declarada inconstitucional após a realização de um exame de proporcionalidade), seja por receio das consequências que podem ser produzidas caso determinado assunto seja decidido definitivamente pelo Tribunal constitucional (situação em que o Legislativo, por exemplo, atua quando a Corte comunica uma omissão e opta por ainda não criar a regra constitucional aplicável ao problema levado a seu conhecimento antes de determinado prazo). Todas essas hipóteses alternativas de explicação do que acontece quando o Supremo provoca uma interação com o Congresso e este reage a manifestações da Corte, como se vê, não dependem necessariamente da qualidade dos argumentos apresentados na decisão tomada, o que enfraquece substancialmente a possibilidade de legitimação da jurisdição constitucional na democracia pela racionalidade. Na mesma linha, ainda que se insista em chamar todas essas interações de “diálogos”, não parece claro se todas elas são compatíveis com o marco teórico proposto por Barroso.

<sup>61</sup> E nada leva a crer que seria diferente nas relações entre o STF e o Executivo, pouco citado por Barroso.



O caso que Barroso cita como exemplo “muito significativo” de diálogo institucional — o MI 943/DF, que tratava da regulamentação do art. 7º, XXI, CF — parece ser, na linha exposta, muito mais um exemplo de ação estratégica do Congresso do que o produto de um convencimento racional, por parte dos legisladores, da tese sustentada pelo Supremo. Em primeiro lugar, porque não é claro que o Supremo pretendia efetivamente *dialogar* com o Legislativo. É verdade que o ministro Gilmar Mendes sugere uma reflexão sobre “um novo modelo de diálogo institucional mais efetivo, que estimule o Congresso Nacional a adotar solução adequada para os impasses que frustram a plena eficácia da norma constitucional”.<sup>62</sup> No entanto, ao mesmo tempo, o voto do ministro traça uma evolução da compreensão da Corte sobre o Mandado de Injunção e sobre o papel do Supremo para efetivar comandos constitucionais ainda carentes de atuação positiva do legislador que atinge o ápice na defesa da possibilidade de tomada de decisões *aditivas*, aceitas “quando a solução adotada pelo Tribunal incorpora [na linguagem de Rui Medeiros] ‘solução constitucionalmente obrigatória’”.<sup>63</sup> Para Mendes, no caso sob discussão “revelou-se inócua a simples declaração de omissão constitucional, cabendo a esta Corte concretizar o direito constitucional assegurado desde 5.10.1988 e reconhecido há quase 20 anos por esta Corte”.<sup>64</sup> Como se nota, não havia “diálogo” possível: ou o Congresso editava a lei exigida pelo art. 7º, XXI, CF, ou o Supremo o faria no caso concreto.

Problema, porém, surgiu ao se iniciarem os debates no plenário sobre a maneira mais apropriada de regulamentar o direito não concretizado pelo legislador. Com efeito, “tendo em vista a quantidade e a diversidade de sugestões oferecidas” pelos ministros, indicou o ministro Gilmar Mendes, com o consentimento do plenário, “o adiamento do julgamento, para consolidar as propostas apresentadas e formular solução conciliatória quanto à forma de concretização do aviso prévio proporcional”.<sup>65</sup> Foi exatamente nesse meio-tempo que se publicou a Lei nº 12.506/2011, que regulamentou o tema. Assim, em segundo lugar, parece ser difícil conceber o caso como o

<sup>62</sup> Voto do min. Gilmar Mendes no MI 943/DF, p. 11 do acórdão.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 9 do acórdão.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 43 do acórdão.

de um efetivo diálogo entre as instituições porque a reação do Congresso se deu não só após o Supremo mostrar-se claramente disposto a, ele mesmo, criar a regra aplicável ao caso, como já ter iniciado as discussões sobre os parâmetros que deveriam ser aplicados para a concretização do aviso prévio proporcional. Teria, portanto, o Congresso atuado com mais de 20 anos de atraso por se sentir efetivamente persuadido pela fundamentação do Tribunal? Ou teria o Congresso legislado por não saber que parâmetros o Tribunal adotaria e ter eventualmente que se ver obrigado a reverter uma decisão do STF ou mesmo a ter que conviver com uma regulamentação diferente da que julga mais apropriada para o caso? E o Supremo, que tendo em vista a edição da referida lei optou por acatar exatamente os parâmetros fixados pelo legislador? Teria o Tribunal integrado a manifestação do Congresso em sua decisão em respeito às margens de conformação legislativas, por entender constitucionalmente adequada a escolha do legislador ou simplesmente para evitar lidar com os custos decisórios vinculados a uma apreciação mais cuidadosa dos critérios fixados pela lei?

Como se percebe, não há resposta clara que permita inferir o empreendimento de um efetivo diálogo institucional no sentido anteriormente apresentado. O início de interações entre instituições pode ser fruto de meras concessões ou escolhas deliberadas motivadas por fatores exógenos à busca pela melhor resposta constitucional para determinado problema. Da mesma forma, as reações a mensagens enviadas por uma instituição não são necessariamente adesões sustentadas pela racionalidade da argumentação apresentada em favor de certo ponto de vista. Se esses argumentos são plausíveis, então a segunda condição apontada para a efetivação de um diálogo institucional — a predisposição das partes para serem persuadidas pelo melhor argumento — também não é facilmente realizável. De fato, ainda que fosse possível neutralizar completamente o processo decisório de um tribunal como o Supremo de influências e motivações políticas, certamente seria difícil crer que deputados e senadores, quando tomam decisões que podem tocar em aspectos constitucionais, estão motivados apenas pela realização mais adequada dos compromissos fundamentais da Constituição. Esse é um segundo óbice para a sustentação do argumento do diálogo institucional como capaz de legitimar, pelo tipo de racionalidade discursiva que precisa pressupor, a jurisdição constitucional na democracia: para funcionar, o argumento pre-



cisa retirar da noção de diálogo os interesses e as relações de poder inerentes às interações entre Judiciário e Legislativo. Tribunais e legislaturas divergem sobre a maneira mais apropriada de conceber e implementar decisões majoritárias sem colocar em risco direitos fundamentais ou a própria democracia. Isso é corriqueiro. O problema do argumento do diálogo institucional, porém, está na pressuposição de que, nesses casos, a política ordinária e o tribunal constitucional estão juntos em uma mesma empreitada e dispostos a acatar opiniões ou mudar suas visões apenas em função da racionalidade das manifestações de cada um. Barroso mesmo reconhece que a lógica de atuação do Legislativo e do Executivo é, muitas vezes, “mais complexa e menos cartesiana” do que a que nortearia uma “racionalidade judicial”.<sup>66</sup> Isso já seria suficiente para afirmar o caráter contraintuitivo da teoria por trás da metáfora do diálogo institucional para explicar como se dão e orientar como deveriam se dar as interações entre um tribunal como o Supremo e o Congresso. Esse é mais um ingrediente que contribui para afirmar que, dos pontos de vista descritivo, normativo e conceitual, o argumento do diálogo institucional, apesar do apelo, parece não ser de defesa tão simples para legitimar a jurisdição constitucional em uma ordem democrática.<sup>67</sup>

### 3.3 A legitimação pelos fins

Na terceira e última estratégia de justificação, Barroso parece abandonar tanto a concepção de racionalidade substantiva por trás do argumento da qualidade da fundamentação das decisões do Tribunal constitucional como a concepção de racionalidade discursiva subjacente ao argumento do diálogo institucional, passando a recorrer a uma concepção *instrumental* de ra-

<sup>66</sup> L. R. Barroso, “A razão sem voto”, op. cit., p. 57.

<sup>67</sup> Com argumentos semelhantes aos apresentados neste tópico, Tremblay defende que, ainda que seja possível uma forma de diálogo entre tribunais e legisladores, as limitações para o estabelecimento de um diálogo em que as partes estão em condição de igualdade, a dificuldade de reconhecer a predisposição das duas instituições para a persuasão pelo melhor argumento e os traços da atividade jurisdicional que lhe conferem méritos morais impedem que o tipo de diálogo necessário para conferir força legitimadora para a prática da jurisdição constitucional exista e possa existir. Ver L. B. Tremblay, *The legitimacy of judicial review*, op. cit., p. 619.

cionalidade. Neste ponto, a decisão constitucional é considerada um meio para o alcance de fins. E é exatamente da realização de determinados objetivos considerados socialmente relevantes — entendidos nos processos de interpretação da Constituição como *constitucionalmente* relevantes — que se extrairia a legitimidade das decisões de um tribunal constitucional na democracia. Esse parece ser o caso quando Barroso afirma que “a jurisdição constitucional [...] tem *servido bem ao país*”<sup>68</sup> ou, em relação à fidelidade partidária, que a decisão da Corte que determinou a perda de mandato do parlamentar que mudasse de partido “[e]mbora tenha sofrido crítica por excesso de ativismo, [...] fora de dúvida [...] *atendeu a um anseio social* que não obteve resposta no Congresso”.<sup>69</sup>

A racionalidade instrumental parece ser o tipo de racionalidade evocado para legitimar o papel *representativo* do Supremo, certamente o mais controvertido. Um objetivo possível relacionado com o uso desse tipo de racionalidade está no seu potencial para neutralizar os problemas criados pela pergunta “*quem* deve ser o responsável por implementar medidas destinadas a realizar finalidades sociais relevantes?”, precisamente o tema que tende a tornar um órgão não eleito como o Tribunal constitucional um corpo estranho dentro da democracia. Essa dificuldade, contudo, é minimizada quando se reduz o fator de legitimidade vinculado à existência e à atuação desse tribunal à realização efetiva de estados de coisas. Assim, desde que finalidades consideradas importantes sejam atingidas, a pergunta sobre quem as realizou adquire um papel secundário. Da mesma forma, torna-se menos importante problematizar que tipo de postura judicial inspira a busca por resultados socialmente desejáveis. Em um modelo instrumental de legitimação das decisões, posturas ativistas ou de autocontenção são igualmente defensáveis, já que, quando elas são postas sobre a mesa, o apelo pragmático da realização de fins valiosos atua como uma espécie de trunfo capaz de obstruir o avanço da discussão de fundo.

Barroso certamente não simplifica o problema da legitimidade da jurisdição constitucional na democracia a ponto de limitá-lo a um cálculo pragmático. Os resultados importam, mas a atuação do Supremo deve se dar

<sup>68</sup> L. R. Barroso, “A razão sem voto”, op. cit., p. 65. Grifo acrescido.

<sup>69</sup> Ibid., p. 59. Grifo acrescido.



para proteger direitos fundamentais, a própria democracia e uma postura de protagonismo pode ser bem-vinda nos casos de omissão legislativa.<sup>70</sup> O esforço, porém, não me parece suficiente para tornar o argumento da racionalidade instrumental secundário, uma vez que os três parâmetros fornecidos, por não necessariamente convergirem para pontos comuns, são capazes de legitimar tanto atuações contramajoritárias quanto representativas do Tribunal.<sup>71</sup> E, se o Supremo, ao menos teoricamente, pode tudo, saber se o uso desse poder tem gerado benefícios líquidos para a sociedade brasileira superiores aos custos atrelados ao reconhecimento do protagonismo judicial como motor para o desenvolvimento social torna-se um tema irresistível.

O fato, porém, de diversas conquistas terem sido possíveis graças à atuação do Supremo não impede que seja também possível levantar objeções ao emprego de uma racionalidade instrumental para sustentar a legitimidade da jurisdição constitucional em uma democracia. Eu gostaria de brevemente apontar três problemas nesse sentido.

O primeiro aspecto controvertido diz respeito à própria consistência interna do argumento geral oferecido pelo texto. Isso porque o recurso a uma legitimidade orientada para a realização de fins tende a diminuir a importância da fundamentação das decisões. Não é o caso de se afirmar uma tensão entre a primeira e a terceira estratégias de justificação de Barroso, mas simplesmente de reconhecer que esta pode levar aquela a um papel meramente subsidiário para a defesa da legitimidade da atuação de um tribunal constitucional em um ambiente democrático. Afinal, para uma concepção de racionalidade instrumental, a legitimidade se extrai dos resultados efetivamente atingidos por meio das decisões da Corte, o que independe da existência ou da qualidade da sua fundamentação, e não da aptidão dos julgados para atingir fins socialmente relevantes, mesmo que essa aptidão seja adequadamente justificada.

<sup>70</sup> L. R. Barroso, "A razão sem voto", op. cit., p. 66.

<sup>71</sup> Para uma crítica semelhante, mas amparada no argumento do diálogo institucional e baseada no processo decisório da Suprema Corte canadense, ver CAMERON, J. Dialogue and hierarchy in charter interpretation: a comment on R. v. Mills. *Alberta Law Review*, v. 38, n. 4, p. 1051-1068, 2001, p. 1067. Para o autor, o argumento do diálogo institucional pode sustentar tanto posturas ativistas como de autocontenção da Corte.

Os demais aspectos estão todos relacionados com as dificuldades relacionadas com a tomada de decisões prospectivas, que partem precisamente da compreensão da decisão judicial que se toma *agora* como um meio para a realização de fins que só serão perceptíveis em algum lugar do *futuro*.<sup>72</sup> Esse processo de antecipação de relações causais é envolto por incertezas necessárias, já que o futuro presente não necessariamente corresponde ao presente futuro.<sup>73</sup> Porque essa assimetria é insuperável, argumentos como o de que a jurisdição constitucional tem promovido valores importantes para a sociedade brasileira são, mesmo mantidos constantes todos os demais fatores que possam explicar o sucesso da atuação da Corte, ainda marcados por níveis não desprezíveis de *contingência*. Por esse motivo, o recurso a resultados positivos não é capaz de impedir que se levem a sério alguns problemas estruturais que afetam a aplicação de raciocínios orientados para a realização de finalidades em processos decisórios reais.

Nesse quadro, o segundo problema que se poderia levantar contra o argumento da legitimidade pelos fins é o da determinação das finalidades dignas de serem perseguidas. Barroso sustenta que “a jurisdição constitucional [...] tem servido bem ao país”. Mas o que define o que serve bem ao país? A Constituição por meio de seus compromissos genéricos e princípios vagos, que permitem não mais do que acordos gerais, mas são incapazes de servir como referência para a superação de desacordos particulares?<sup>74</sup> Mas como lidar com a possibilidade real de um único meio realizar e restringir, ao mesmo tempo, estados de coisas almejados pela Constituição? O Supremo seria o responsável por aferir a proporcionalidade das suas próprias escolhas?

Finalmente, o terceiro problema do argumento da racionalidade instrumental consiste no pressuposto que aparece acompanhá-lo de que o tribunal constitucional possui vantagens epistêmicas ou, no mínimo, as mesmas condições dos poderes Executivo e Legislativo para lidar com as incertezas

<sup>72</sup> Para um inventário desses problemas, ver LEAL, Fernando. *Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens*. Baden-Baden: Nomos, 2014. B.IV.

<sup>73</sup> LUHMANN, N. Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive. *Neue Hefte für Philosophie*, Göttingen, v. 20, p. 1-30, 1981. p. 6-7.

<sup>74</sup> Sobre esse problema ver ALEXANDER, Larry. “Comigo é tudo ou nada”: formalismo no direito e na moralidade. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *A justificação do formalismo jurídico*. Tradução de Thalia Simões Cerqueira. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 165-200. p. 167.



vinculadas às prognoses que sustentam a escolha dos meios que levarão à realização de fins.<sup>75</sup> É esse tipo de pressuposto que poderia justificar por que o povo deveria deixar as decisões sobre como lidar com os *riscos e as responsabilidades* das escolhas sobre a realização de estados de coisas futuros a um poder não eleito, em vez de compartilhá-los nos órgãos majoritários. Mas o que levaria a crer que órgãos do Poder Judiciário possuem essas vantagens? E, se o tivessem, qual seria o papel da democracia em um modelo de legitimação pelo resultado? Como o voto se relacionaria com a razão? Se essas e as demais questões levantadas fazem sentido, então, mais uma vez, não parece tão simples legitimar pela racionalidade — desta vez por uma racionalidade instrumental — a jurisdição constitucional na democracia.

#### 4. Conclusão

A proposta de Barroso é cercada de méritos. Nesta conclusão eu gostaria de destacar dois deles. O primeiro é de natureza acadêmica. Nesta obra, Barroso, professor antes de ministro da mais alta corte do país, submete à discussão pública as suas ideias e sabe, desde o início, que não receberá só elogios. A crítica, ao contrário do que parece ser a impressão amplamente compartilhada no debate acadêmico nacional, quando se preocupa com os argumentos apresentados, levando-os a sério — idealmente em sua melhor leitura possível —, e tem por objetivo o avanço do debate em torno de um tema problemático, não é um ataque pessoal. Divergir e levantar questões não respondidas tampouco significa formular um juízo implícito de demérito do trabalho. O julgamento sobre a qualidade de um texto acadêmico e a possibilidade de criticá-lo são coisas diferentes. No caso de “A Razão sem voto”, a qualidade é inegável. Nesse aspecto, o segundo mérito da proposta de Barroso está exatamente em sua utilidade para, por meio de uma proposta pretensamente original e voltada à compreensão da realidade nacional, contribuir positivamente para o debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional na democracia brasileira.

<sup>75</sup> Especificamente sobre esse problema em processos de interpretação da Constituição, ver P. Lerche, *Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis*, op. cit., p. 360.

Neste comentário, tentei apresentar os problemas mais graves que consegui localizar para a sustentação consistente de uma tese sobre a possível legitimidade da jurisdição constitucional em um ambiente democrático com base em três concepções distintas de racionalidade. Mas todos os limites apontados não devem ser vistos como uma obstrução ao caminho trilhado por Barroso. O investimento em transparência e deveres de fundamentação, a busca por interações cada vez mais frequentes entre o Supremo e outros poderes e a possibilidade de as decisões do Tribunal contribuírem para a satisfação de anseios sociais deveriam seguir na pauta de um debate preocupado com o exercício saudável da jurisdição constitucional, mesmo que, no fundo, essas não sejam condições suficientes para sua legitimação democrática. Ainda assim, se as questões levantadas fazem sentido, talvez elas possam contribuir para que a proposta de Barroso supere problemas permanentes relacionados com o exercício da jurisdição constitucional e, ao mesmo tempo, não sirva para legitimar a visão de que as decisões do Supremo seguem uma espécie de “barômetro político”,<sup>76</sup> que, dependendo do momento institucional e dos interesses da Corte, pode justificar tanto posturas ativistas quanto de autocontenção; atuações representativas e contramajoritárias. Enfim, justificar, por meio de decisões com racionalidade meramente aparente, que o Supremo pode tudo na nossa recente democracia.

## Referências

- AARNIO, A. *Reason and authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*. Aldershot: Ashgate, 1997.
- ALEXANDER, Larry. “Comigo é tudo ou nada”: formalismo no direito e na moralidade. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *A justificação do formalismo jurídico*. Tradução de Thalia Simões Cerqueira. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 165-200.
- ALEXY, R. *Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

<sup>76</sup> A expressão é de J. Cameron, *Dialogue and hierarchy in charter interpretation*, op. cit., p. 1063.



- \_\_\_\_\_. Die Gewichtsformel. In: JICKELI, J.; KREUTZ, P.; REUTER, D. (Org.). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*. Berlim: De Gruyter Recht, 2003. p. 771-779.
- \_\_\_\_\_. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts, *ARSP — Archiv für Recht- und Sozialphilosophie*, v. 95, n. 2, p. 151-166, abr. 2009.
- ARGUELHES, D. W. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. *Universitas Jus*, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014.
- ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, 2009. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf)>. Acesso em: 6 abr. 2015.
- BARROSO, L. R. A razão sem voto. Neste volume.
- CAMERON, J. Dialogue and hierarchy in charter interpretation: a comment on R. v. Mills. *Alberta Law Review*, v. 38, n. 4, p. 1051-1068, 2001.
- DWORKIN, R. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1996.
- ELSTER, J. *Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality*. Cambridge: Cambridge University, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Ulysses unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints*. Nova York: Cambridge University, 2000.
- GERHARDT, M. J.; ROWE, T. D. *Constitutional theory: arguments and perspectives*. Charlottesville: Michie Company, 1993.
- HOGG, P. W.; BUSHELL, A. A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.
- LEAL, Fernando. Argumentando com o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 41-67, 2007.
- \_\_\_\_\_. Todos os casos jurídicos são difíceis? Sobre as relações entre efetividade, estabilidade e teorias da decisão constitucional. *Revista de Direito do Estado*, v. 16, p. 87-116, 2010.
- \_\_\_\_\_. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 58, p. 177-209, 2014a.

- \_\_\_\_\_. *Ziele und Autorität: Zu den Grenzen teleologischen Rechtsdenkens*. Baden-Baden: Nomos, 2014b. B.IV.
- LERCHE, P. Stil und Methode der verfassungsrechtlichen Entscheidungspraxis. In: PETER, B.; DREIER, H. (Org.). *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. p. 333-361.
- LUHMANN, N. Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive. *Neue Hefte für Philosophie*, Göttingen, v. 20, p. 1-30, 1981.
- MANFREDI, C. P.; KELLY, J. B. Six degrees of dialogue: a response to Hogg and Bushell. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 37, n. 3, p. 513-527, 1999.
- PECZENIK, A. *On law and reason*. Dordrecht: Reidel, 1989.
- SCHAUER, F. Balancing, subsumption and the constraining role of legal text. In: KLATT, Matthias (Org.). *Institutionalized reason*. The jurisprudence of Robert Alexy. Nova York: Oxford University, 2012. p. 307-318.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.
- \_\_\_\_\_. Deciding without deliberating, *Icon*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.
- SUNDFELD, C. A. Princípio é preguiça? In: \_\_\_\_\_. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 60-84.
- SUNSTEIN, C. R. *Designing democracy: what constitutions do*. Nova York: Oxford University, 2001.
- \_\_\_\_\_; ULLMANN-MARGALIT, E. Second-order decisions. In: SUNSTEIN, Cass (Ed.). *Behavioral law & economics*. Nova York: Cambridge University, 2000.
- TREMBLAY, L. B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures, *Icon*, Nova York, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.
- VERMEULE, A. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Massachusetts: Harvard University, 2006.
- VOJVODIC, A. M.; MACHADO, A. M. F.; CARDOSO, E. L. C. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 21-44, 2009.