

QUEM DELIBERA? REPRESENTAÇÃO, IMPARCIALIDADE E LEGITIMIDADE NA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

WHO DELIBERATES? REPRESENTATION, IMPARTIALITY AND LEGITIMACY IN DELIBERATIVE DEMOCRACY

*Sylvio Alarcon**

SUMÁRIO: Introdução. 1 Democracia deliberativa: uma aproximação. 2 Deliberação, representação plena e imparcialidade. 3 Imparcialidade e legitimidade nas democracias contemporâneas: em busca da representação plena. 4 Poder judiciário, representação argumentativa, deliberação e imparcialidade. Conclusão. Referências.

RESUMO: A democracia deliberativa tem despertado a atenção de muitos cientistas políticos e filósofos nas últimas décadas, oferecendo novas perspectivas sobre esse regime político. Não obstante, aquele enfoque não substitui um elemento-chave das democracias modernas: a representação política. Assumindo que os mecanismos de representação política permanecem, na essência, os mesmos desde as origens dos regimes democráticos modernos, discute-se a democracia deliberativa à luz do problema da representação política. Aponta-se a insuficiência dos meios de representação atuais, em termos de imparcialidade das decisões tomadas no processo político democrático, e propõe-se que o Judiciário seja considerado um novo espaço deliberativo, buscando traçar, em adição, meios para estimular e aprimorar a deliberação judicial.

Palavras-chave: democracia deliberativa. representação. imparcialidade. Poder Judiciário.

ABSTRACT: The deliberative democracy has attracted the attention of many political scientists and philosophers in the last decades, providing new perspectives in this political regime. Notwithstanding, that approach does not substitute a key element of all modern democracies: the political representation. Assuming that the mechanisms of representation remain the same since the origins of the modern democratic regimes, one discusses the deliberative democracy in light of political representation. One points out the insufficiency, in terms of impartiality, of the current mechanisms of representation, and one proposes the Judiciary to be deemed as a new deliberative space, seeking to define, in addition, means to stimulate and improve the judicial deliberation.

Keywords: deliberative democracy. representation. impartiality. Judiciary.

INTRODUÇÃO

A democracia deliberativa é tema que está na ordem do dia das pautas de estudos da filosofia política e da ciência política, e passa a despertar cada vez mais atenção nos cultores do direito constitucional. Nas últimas décadas, a democracia deliberativa tem recebido atenção renovada por parte dos estudiosos do fenômeno político, animados,

* Doutorando em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Núcleo de Pesquisas Avançadas em Direito Processual Civil brasileiro e comparado (NUPAD-Unesp).

sobretudo, pelas obras de autores como Bernard Manin (1997), Jürgen Habermas (1998), John Rawls (1993) e Carlos Santiago Nino (1996). O reavivamento do tema é demonstrativo do anseio por meios alternativos – mas não necessariamente inéditos – ao modelo tradicional de democracia agregativa, meios pelos quais se torne o processo político democrático mais legítimo por meio da (re)valorização do discurso, da persuasão e, sobretudo, da justificação das decisões políticas através de um procedimento inclusivo de expressão de preferências, troca de argumentos, convencimento e busca do ideal de consenso.

O tema da democracia deliberativa abre-se para diversas abordagens. É possível, em uma rápida exemplificação, realçar o caráter epistêmico da democracia deliberativa (COHEN, 1997, p. 67-91; HABERMAS, 1999; NINO, 1996); analisar as condições essenciais à deliberação (COHEN, 1999, p. 185-231), trabalhando com um conceito normativo de “procedimento deliberativo ideal” (COHEN, 1997, p. 67-91); discutir sua aplicação aos processos constituintes (ELSTER, 1999, p. 97-122); contrastar procedimento e substância na democracia deliberativa (COHEN, 1997, p. 407-437); desenvolver um critério epistêmico para avaliação da democracia (ESTLUND, 1997, p. 173-204); tecer críticas aos pontos-chave da democracia deliberativa, sob o argumento de seu excessivo idealismo (DRYZEK, 2002, p. 8-30, 31-56 e 57-80) etc. A pretensão deste trabalho é mais modesta, mas sua temática nem por isso é menos importante. Pretendemos abordar a problemática da representatividade na democracia deliberativa, tendo como premissa que a garantia da representação plena é fundamental para a legitimação da concepção deliberativa da democracia. Considerando que os regimes democráticos contemporâneos, mesmo pensados sob enfoque deliberativo, não deixam de ser formas representativas de governo, a indagação que intitula este trabalho – “quem delibera?” – está longe de ser trivial.

Este ensaio estrutura-se em cinco partes. A primeira corresponde a esta Introdução. Na Seção 1, procedemos, com a devida brevidade, a uma aproximação geral à democracia deliberativa, já lançando algumas questões relativas à representação. A problemática da representatividade no modelo democrático deliberativo, em associação com a questão da imparcialidade das decisões políticas, é efetivamente trazida à baila e discutida na Seção 2. Em conexão com essa questão, na Seção 3, a partir de considerações de cunho histórico e teórico, argumentamos que as formas tradicionais de representação são insuficientes, nas sociedades

modernas, para assegurar imparcialidade às decisões políticas, e, na Seção 4, propomos que um novo espaço de deliberação seja amplamente valorizado para se aumentar a representatividade no processo político democrático e, conseqüentemente, a imparcialidade das decisões políticas: o Poder Judiciário. Algumas conclusões, dirigidas à realidade brasileira, são lançadas ao final do trabalho, na Conclusão.

O objetivo desta exposição não é fornecer uma solução acabada para a problemática da representação na democracia deliberativa, mas, antes, indicar alguns caminhos possíveis para enfrentar as críticas endereçadas à legitimidade do importante modelo democrático deliberativo, sem perder de vista a realidade político-institucional brasileira.

1 DEMOCRACIA DELIBERATIVA: UMA APROXIMAÇÃO

Começamos por uma definição. Democracia deliberativa é uma noção que pode ser apreendida em muitos conceitos, cada qual realçando determinado aspecto do enfoque. Como, neste trabalho, não pretendemos trabalhar especificamente com um desses aspectos, uma definição mais geral parece ser suficiente para encaminhar o desenvolvimento de algumas ideias sobre deliberação e representação. Destarte, entendemos por democracia deliberativa (a) o processo de tomada de decisão política de que participam todos os afetados pela decisão ou seus representantes, em condição de igualdade, (b) processo este que se dá por meio de argumentos oferecidos por e para todos os participantes, que estão mutuamente comprometidos com a racionalidade e a imparcialidade da decisão. Com efeito, a primeira parte de nossa definição enfatiza o componente democrático do enfoque; a segunda, acentua o componente deliberativo. Prossigamos sem perdê-la de vista.

Como dito no princípio deste trabalho, o reavivamento do enfoque deliberativo da democracia tem ocupado e entusiasmado muitos estudiosos da política nas últimas quatro décadas. Ressaltamos que se trata de um reavivamento porque a democracia pensada deliberativamente não é nenhuma novidade. Em verdade, a forma deliberativa é tão antiga quanto a própria democracia. A famosa democracia de Atenas, sob o comando de Péricles, no século V a.C., não era mais do que a realização, na prática, dos (hoje) ideais de discussão, debate e persuasão como etapas prévias e necessárias à tomada de decisão política. Como se sabe, esse processo não era nem universal, já

que a cidadania era restrita a poucas centenas de homens, frente à numerosa população ateniense, nem imune a críticas, pois a deliberação, embora festejada por uns como o meio para a tomada da boa e correta decisão, também era atacada por abrir espaço à demagogia e à manipulação (ELSTER, 1999, p. 1-2).

A democracia encontrou seu fim em Atenas em 322 a.C., mas, quando reintroduzida na modernidade como o regime político mais afeto aos anseios liberais de descentralização e limitação do poder político, encampados pelo constitucionalismo, algumas de suas características modificaram-se em relação à sua forma primitiva. A mais óbvia é o fim da forma direta de participação política, que é substituída pela representação política dos cidadãos. O tamanho das sociedades modernas, se comparado à reduzida dimensão da sociedade de cidadãos atenienses, tornou impraticável o processo político pela via direta. Não restou alternativa à democracia moderna senão a representação, relegando-se a via direta, em geral, a um plano secundário, reservada, portanto, a decisões políticas muito específicas e pouco frequentes. Com a mudança, na esmagadora maioria das decisões políticas, os cidadãos não mais se reúnem para discutir, argumentar, persuadir uns aos outros, buscar o consenso e tomar tais decisões. Ao contrário, elegem representantes para fazê-lo.

Como não poderia deixar de ser, a adoção da democracia representativa em substituição à democracia direta repercutiu na forma pela qual se dá a deliberação. É interessante lembrar que, na democracia ateniense, os debatedores ofereciam argumentos para persuadir a plateia de cidadãos, e não um ao outro, estando, portanto, sujeitos e limitados a aduzir argumentos que convencessem seus pares. Já na democracia representativa moderna não há audiência para ser persuadida, pois o eleitorado não está imediatamente envolvido no processo político. A atenção à opinião da plateia (entenda-se, do eleitorado), na democracia representativa, não interfere de maneira tão direta e decisiva no processo político quanto na democracia ateniense, funcionando antes como um mecanismo de antecipação do controle retrospectivo do eleitorado nas eleições, ou seja, a possibilidade de não serem eleitos nas próximas eleições faz com que os representantes pensem com cuidado ao tomar decisões que afetem os interesses dos representados/eleitorado (ELSTER, 1999, p. 2-3).¹

¹ Já o controle prospectivo dos representantes, cujo principal instrumento é o mandato imperativo, foi sumariamente recusado nas três sociedades em que foi cogitado: na

Nesse sentido, a introdução da representação e da consequente figura do eleitorado alteraram radicalmente as bases do regime e do processo político democrático, com repercussões significativas na esfera deliberativa. Ao mesmo tempo em que os representantes adquirem importância como peças centrais no jogo político, o eleitorado também passa a não ser ignorável, já que (a) são os seus interesses que estão em disputa na arena política, e, em decorrência disto, (b) os representantes não podem ignorar as preferências de seus eleitores no momento da deliberação e da decisão. Como se vê, a substituição, na democracia representativa moderna, dos cidadãos atenienses pelos representantes políticos, com o eleitorado permanentemente em foco, não significa necessariamente um empobrecimento do regime democrático.

Assim, uma das principais decorrências da substituição da via direta pela representação corresponde à ligação inescapável entre deliberação e representação. Não há deliberação sem representantes, e não é outro o objetivo da representação que não discutir e deliberar acerca dos interesses dos representados. Se a deliberação persiste sendo parte integrante e altamente desejável do processo político, e a representação é o meio para que a discussão se desenvolva, a representação passa a ser um dos elementos centrais da legitimidade das decisões.

Todavia, a questão representativa na democracia, à luz do enfoque deliberativo, não é tão simples. Em termos de representatividade, a legitimidade de uma decisão política não advém somente de haver representantes políticos aptos à discussão e à persuasão. Somente será legítima, na democracia, a decisão tomada a partir das considerações dos argumentos retratando as preferências e interesses de todos os segmentos que compõe a sociedade. Esse é um problema que não se fazia sentir ou tinha pequena dimensão na sociedade democrática ateniense, dada a grande homogeneidade de interesses e preferências de seus cidadãos. Ao ser reavivada nas sociedades modernas, a democracia necessariamente tem que levar em conta a representatividade de todos os interessados na decisão, sob pena de se produzirem decisões parciais, isto é, que consideram as opiniões e as expectativas somente de parte dos

Inglaterra, como demonstra o discurso de Edmund Burke em Bristol, de 1774; na Assembleia Constituinte francesa de 1789, como atestam as colocações de Sieyès; e nos Estados Unidos, durante a primeira legislatura do Congresso, em que foi proposta e sumariamente recusada a introdução, no “Bill of Rights”, do direito dos cidadãos de darem instruções a seus representantes.

interessados, e/ou que se fundamentem em razões aceitáveis apenas para uma parcela desses interessados. Vista sob o prisma da representatividade, portanto, a democracia deliberativa somente será legítima, porque apta a produzir decisões imparciais, se todos os interesses encontrados na sociedade estiverem adequadamente representados na arena política, e se as decisões assim tomadas se fundamentarem em razões aceitáveis como válidas para todos esses interessados.

2 DELIBERAÇÃO, REPRESENTAÇÃO PLENA E IMPARCIALIDADE

Nesta Seção, pretendemos realçar a importância da deliberação e da representação para a denominada “imparcialidade” das decisões democráticas. Como aponta Williams (2000, p. 126-127), o princípio regulativo das teorias da democracia está no ideal de imparcialidade das decisões políticas. Essa imparcialidade significa não que as decisões servirão aos interesses de todos os cidadãos, mas que se fundarão em razões aceitáveis como válidas para todos eles. A chave da imparcialidade está na participação, direta ou indireta, sempre em condições de igualdade, de todos os interessados, no processo deliberativo de tomada de decisão. Por isso, Gutmann e Thompson (1996, p. 53) destacam que a ideia central da democracia deliberativa pode ser traduzida no “princípio da reciprocidade”, que move os cidadãos a buscarem formas justas de cooperação entre iguais, com vistas àquele ideal de imparcialidade.

Nesta Seção, buscaremos tornar mais explícito por que o binômio deliberação-representação plena é fundamental à legitimidade, em termos de imparcialidade, do processo político democrático.

Iniciamos pela deliberação. Cinco razões principais podem ser alinhadas para fundamentar a importância da deliberação em termos de promoção da imparcialidade das decisões tomadas no processo político.

Em primeiro lugar, e mais obviamente, a deliberação evita a parcialidade porque cria condições para que os interesses e as preferências de todos os interessados na decisão sejam conhecidos e levados em consideração. No mesmo sentido, a deliberação é também essencial não apenas por permitir a todos que expressem suas preferências e opiniões, mas também por fazer com que essas opiniões e preferências sejam contrastadas pelas visões dos outros, além de

possibilitar que crenças e opiniões tidas como universalmente aceitas sejam desafiadas ou postas em dúvida pelos sujeitos discordantes. Em síntese, a democracia deliberativa favorece a imparcialidade das decisões a partir da inclusão no processo político dos argumentos de todos os interessados, com igual peso e sem restrições (WILLIAMS, 2000, p. 129-130).

Em segundo lugar, a deliberação favorece a imparcialidade por induzir cada pessoa a modificar seu argumento ou opinião de modo a torná-lo mais aceitável aos outros. Com isso, os sujeitos do processo deliberativo passam a filtrar seus argumentos e preferências meramente pessoais e a ajustá-los às demandas coletivas. Ao fazer com que razões que embasam preferências pessoais tornem-se aceitáveis para todos os interessados, isto é, ao buscar generalizar os argumentos, a democracia deliberativa contribui para que a decisão política resultante seja mais imparcial (ELSTER, 1997, p. 6-7; WILLIAMS, 2000, p. 130).

Em terceiro lugar, a deliberação tem um efeito educativo sobre como agir imparcialmente. Basta lembrar que a essência da deliberação é a troca de argumentos, a exposição de preferências e das razões que as sustentam, o que envolve ouvir, atentar às razões alheias e mudar de opinião diante de um argumento melhor, o que aumenta a capacidade de conviver com posições diferentes (COHEN, 1997, p. 67-91). Por isso, como alerta Melissa Williams (2000, p. 130-131), a imparcialidade das decisões produzidas deliberativamente não depende apenas da estrutura das instituições e do conteúdo do discurso político, mas também da virtude dos cidadãos. Eles têm que estar comprometidos em ouvir e julgar as razões alheias tanto quanto estão empenhados em defender seus próprios pontos de vista, estando igualmente abertos a, diante de um argumento convincente, mudar de opinião (GUTMANN; THOMPSON, 1996, p. 82-83).

Em quarto lugar, a estrutura deliberativa induz a imparcialidade das decisões políticas porque é, em si, imparcial. Não há vantagens institucionais em favor de um ou de alguns participantes, que estão em posição de igualdade e simetria uns em relação aos outros. Todos têm as mesmas oportunidades de manifestar-se, questionar, responder, opinar e reabrir discussões. Assim estruturada, a deliberação dá preferência à persuasão dos argumentos oferecidos pelos participantes face às relações de poder subjacentes a eles (WILLIAMS, 2000, p. 130).

Por fim, a deliberação contribui para a imparcialidade das decisões políticas na medida em que auxilia cada participante a clarificar,

purificar e aprimorar sua posição, ao, por exemplo, aumentar as informações disponíveis sobre determinada situação e tornar mais amplo o horizonte de alternativas, ou, como lembra Gargarella (1999, p. 261), auxiliar os sujeitos a descobrir erros factuais e lógicos em seus argumentos. Essa seria uma das “funções negativas” da deliberação, que atua, entretanto, em favor da imparcialidade.

De outra parte, a representação plena é condição de possibilidade inescapável para a imparcialidade das decisões políticas. Nesse sentido, a representação plena, em primeiro lugar, auxilia na solução de um “problema epistêmico”, referido linhas atrás, relacionado à democracia deliberativa e à imparcialidade das decisões políticas: todos os agentes do processo político devem considerar as preferências expressadas pelos outros como se fossem próprias, ou seja, é preciso que os argumentos e preferência tenham, para todos aqueles agentes, o mesmo peso e idêntico valor. É somente a partir dessa assunção que se pode encetar a deliberação e a troca de argumentos, e, assim, alcançar uma solução imparcial.

Ocorre que, se os “outros” não estiverem representados no debate, é possível (se não muito provável) (a) que suas opiniões não sejam totalmente conhecidas, e (b) que a tentativa dos agentes que não partilham dessas preferências em levá-las em consideração na discussão falhe, pois nem sempre é fácil assumir a posição do outro, sobretudo quando este é contrário ao interesse próprio (GARGARELLA, 1999, p. 261-262). A representação plena evita essa dificuldade, pois, ao dar voz a todos os interesses, não exige que os participantes assumam a posição dos não-participantes.

Em segundo lugar, a representação plena é relevante para a imparcialidade por uma questão de motivação: se conhecemos bem as opiniões e preferências dos outros, o que é alcançado somente pela representação plena, somos induzidos a respeitar e a levar essas preferências e opiniões a sério, porque, como diz Gargarella, “os ‘outros’ estarão ‘lá’ para nos fazer respeitá-los” (1999, p. 262, tradução livre).

Por fim, há uma terceira razão a considerar, em conexão com as duas anteriores. O argumento é posto por Will Kymlicka em termos de confiança (GARGARELLA, 1999, p. 262). Os interessados podem conhecer os argumentos uns dos outros, mas isto não resulta necessariamente em uma relação de confiança entre aqueles que participam da deliberação e os que não dela não tomam parte, sobretudo se entre estes grupos houver uma segmentação profunda, o que denota

um possível conflito de interesses. Assim, numa exemplificação generalíssima, os brancos podem conhecer as preferências e as opiniões dos negros, mas os primeiros podem não ser confiáveis aos olhos dos últimos para defender e promover suas reclamações. Por outro lado, se a representação é plena, isto é, se abrange brancos e negros, a problemática da desconfiança posta no exemplo sequer se apresenta.

A consideração de que somente a deliberação em associação com a representação plena garante imparcialidade às decisões tomadas no processo político democrático não é recente. Em verdade, essa é uma preocupação tão antiga quanto as próprias democracias modernas. Já no século XVIII, Edmund Burke, na Inglaterra, e os *Founding Fathers*, nos Estados Unidos, expressavam suas preocupações em combinar deliberação e representação plena para obter um sistema político legítimo.

Para Burke, a deliberação era o meio se alcançar a decisão correta, e o Parlamento, o fórum em que representantes se reuniam para deliberar e definir os verdadeiros interesses da nação. Segundo Burke, os cidadãos detêm simples opiniões, razão por que devem ser excluídos do debate político direto. Já os representantes têm a capacidade de identificar e concretizar os “verdadeiros interesses” do povo, o que justifica (a) a exclusividade de sua atuação no processo político, sempre em nome dos interesses do povo, e (b) a completa independência dos representantes em relação aos cidadãos (BURKE, 1999, p. 3-14). Como se vê, deliberação e representação plena são conceitos-chave no pensamento de Burke, combinando-se para criar condições ideais à tomada das melhores decisões políticas e ao regime político legítimo: a deliberação é o meio para a definição da decisão racional, que pressupõe, por sua vez, que todos os interesses da sociedade sejam levados em consideração, donde o papel da representação plena. Destaque-se por fim que, para Burke, importa que todos os interesses sejam representados, não necessariamente todos os segmentos sociais. Burke preocupa-se antes com o número de argumentos do que com a quantidade de representantes.

É verdade que, para Burke, os argumentos que realmente importam são os de interesses dos proprietários – mercadores, fazendeiros, industriais, profissionais liberais etc. –, o que confere à sua ideia de representação plena uma alta dose de elitismo. Por sua vez, as preocupações dos *Founding Fathers* dos Estados Unidos com a deliberação e a representação aproximavam-se muito do pensamento

burkeniano, mas com um caráter menos elitista e conservador. Os *Founding Fathers* concebiam a nação americana segmentada em dois grupos, que eram homogêneos internamente: os proprietários e os não-proprietários, ou os credores e os devedores. Mas, diferentemente de Burke, os *Founding Fathers* preconizaram a inclusão de ambos no processo de tomada de decisões políticas, e o sistema político estadunidense foi arranjado de maneira a garantir que os interesses de ambos os grupos fossem representados nas deliberações, em condições de igualdade. Para tanto, o sistema de freios e contrapesos foi fundamental. Assim, as eleições diretas garantiriam a representação da maioria, e as indiretas, da minoria. Distritos grandes e mandatos longos assegurariam que os interesses coletivos e não-imediatistas tivessem ressonância no processo político, protegendo a minoria em face dos anseios momentâneos da maioria. Se o interesse próprio, como consideravam os *Founding Fathers*, era a mais importante motivação humana, era preciso que o sistema político contivesse mecanismos desmotivadores do egoísmo, especialmente para impedir que a maioria dominasse a minoria. Para os *Founding Fathers*, a representação dos interesses da maioria estaria naturalmente garantida pela dinâmica das eleições; já os mecanismos asseguradores da preservação dos interesses da minoria estariam contidos no próprio arranjo político-institucional do Estado, cabendo sobretudo ao Judiciário, mas também ao Executivo e ao Senado, principalmente através do poder de veto, proteger a minoria contra maioria (GARGARELLA, 1999, p. 264-269).

3 IMPARCIALIDADE E LEGITIMIDADE NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS: EM BUSCA DA REPRESENTAÇÃO PLENA

Como resta evidente a partir de um ligeiro olhar sobre o processo político dos dias atuais, o estado de coisas modificou-se substancialmente desde o século XVIII. Não obstante, mesmo que as sociedades democráticas atuais sejam infinitamente mais complexas do que as do passado, nem por isso, pensamos, o binômio deliberação-representação plena deixa de ser importante para fins de se produzirem decisões políticas imparciais. Se a essência da deliberação (discussão, troca de argumentos e persuasão) permanece a mesma, a noção de representação plena modificou-se radicalmente nos últimos três séculos. Se, no passado, a representação de toda a sociedade era quase tangível, na

atualidade ela não passa de um ideal. Passamos a tentar demonstrar, brevemente, a partir de três aspectos, como as mudanças na sociedade verificadas desde Burke e os *Founding Fathers* tornaram a questão da representação plena deveras complexa e delicada.

Em primeiro lugar, é bastante claro que as sociedades ocidentais contemporâneas não podem mais ser caracterizadas como sendo compostas por dois grupos diferentes e bem definidos – uma maioria e uma minoria. Como assinala Rawls, em vez disso, as sociedades contemporâneas se caracterizam por uma multiplicidade de crenças religiosas, filosóficas, políticas e morais abrangentes, que constituem mais do que uma condição história, sendo uma característica permanente da cultura pública da democracia (1993, p. 36). Esses diferentes grupos formam diferentes coligações conforme a questão em jogo. Por exemplo, um grupo que se encontra unido por uma opinião política comum, formando uma maioria, pode fragmentar-se completamente na seara religiosa. Assim, as sociedades contemporâneas compõem-se de tantas maiores e menores quantas forem as questões colocadas em discussão.

Em segundo lugar, também é deveras evidente que, mesmo nos grupos unidos por uma crença religiosa, filosófica, política ou moral, há uma heterogeneidade interna em cada qual que não se pode ignorar. Se os *Founding Fathers* podiam ir além das diferenças internas e identificar dois grupos, os credores e os devedores, hoje essa generalização é impossível. Para dar um singelo exemplo, grupos unidos pela causa ambiental podem distinguir-se radicalmente entre si: enquanto uns adotam meios pacíficos e defendem o caminho da educação como forma de transformar as práticas de consumo individuais, outros, assumindo a ineficácia dessas medidas, partem para o chamado “ecoterrorismo”. Essa heterogeneidade interna, somada à heterogeneidade externa, apontada acima, faz com que surja um número elevadíssimo de grupos de interesse, cada qual com argumentos e opiniões prontas para serem lançadas e discutidas na arena política.

Como consequência dessa pluralidade, há um terceiro e último fator a considerar: a representação plena de todos os grupos no ambiente deliberativo torna-se altamente dificultosa. É dizer, nas sociedades contemporâneas, dadas suas características de pluralismo e heterogeneidade externa e interna, a representação plena no processo político é algo distante. A situação é mais grave quando se pensa que, desde a fundação do edifício político norte-americano, os mecanismos institucionais de representação continuam praticamente os mesmos, e isto

nas democracias todas. É claro que alguns outros espaços de deliberação política surgiram, mas nenhum deles modificou a essência do sistema representativo e os seus respectivos mecanismos, que permanecem os mesmos: eleições diretas ou indiretas, uso do poder de veto, defesa das minorais pelo Judiciário por meio do controle de constitucionalidade, etc.

Se os mecanismos tradicionais não dão conta de fazer com que todos os múltiplos e complexos interesses sociais encontrem ressonância eficaz no processo político, as virtudes da deliberação e da própria representação ficam ameaçadas, a começar pela virtude epistêmica que a representação plena, em associação com a deliberação, produz na democracia. Se o sistema é incapaz de promover o conhecimento dos pontos de vista de todos os interessados na decisão, as chances de levá-los a sério em consideração na discussão e na tomada de decisão diminuem drasticamente, comprometendo a imparcialidade da decisão. Por igual, a “virtude motivacional”, na terminologia de Gargarella, também resta comprometida, já que não há razões para crer que os detentores do poder terão incentivos para defenderem e promoverem os interesses dos outros como se fossem seus próprios (1999, p. 271), porque, nesse caso, invertendo uma afirmação de Gargarella, citada linhas atrás, os “outros” (ou melhor, nem “todos os outros”) não estarão lá para motivar os representantes a respeitar seus interesses.

De toda sorte, poder-se-ia levantar algumas objeções a essas considerações pessimistas quanto à representação plena nas democracias atuais. Expomos e refutamos, a seguir, algumas dessas objeções, apenas para reforçar a argumentação geral deste ensaio.

Em primeiro lugar, pode-se sustentar uma concepção neoburkeniana de “verdadeiros interesses” dos cidadãos, que caberiam os representantes identificar e promover. Todavia, esse não parece ser um argumento razoável, nem na época de Burke, nem na atualidade, pela simples razão de que não há uma diferença qualitativa tal entre representantes e representados, de sorte que apenas aos primeiros seria dado o dom da sabedoria e da virtude políticas.

Em segundo lugar, um argumento mais realista consideraria que os representantes são altruístas, e não defendem, portanto, somente os seus interesses. Essa é uma qualidade que pode ser verdadeira em alguns casos, sobretudo em questões menos polêmicas e de pequeno impacto global, mas o altruísmo é antes uma exceção do que uma regra na política contemporânea (GARGARELLA, 1999, p. 272).

Também se poderia depositar esperanças em teorias que fornecem

uma orientação para o comportamento político dos representantes, mas, como essas teorias carecem de aprimoramento e podem falhar, porque, em geral, o comportamento político não se guia apenas pela razão, esse também não é um argumento válido.

Por fim, é possível sustentar que a representação plena pode ser garantida nas democracias contemporâneas pelo mecanismo de antecipação do controle retrospectivo do eleitorado nas eleições, de que tratamos acima. Poder-se-ia argumentar que, receosos de não serem reeleitos no pleito eleitoral seguinte, os representantes tentariam ser leais aos interesses de toda a sociedade, debatendo os mais variados pontos de vista e tomando decisões imparciais. Todavia, a distância temporal entre as decisões e as eleições, decorrência da duração dos mandatos, somada ao grande número de representantes e à ausência de publicidade acerca da maioria de seus atos, faz com que o controle retrospectivo dos representantes pelo eleitorado seja deveras difícil (GARGARELLA, 1999 p. 272). O argumento torna-se mais forte se lembrarmos que o eleitorado, em geral, pouco se interessa pelas atividades de seus representantes políticos, sobretudo no período em que os pleitos eleitorais estão distantes. Por outro lado, a assunção de posturas altruístas, para lembrar um argumento anterior, pode infundir nos representantes o receio de que não estejam sendo fiéis às propostas feitas a seus eleitores, reduzindo, por conseguinte, as chances de obterem seus votos na eleição seguinte. Sob essa perspectiva, o mecanismo de antecipação do controle retrospectivo do eleitorado nas eleições trabalha contra, e não a favor da imparcialidade.

Assim, se a representação continua sendo uma exigência para democracia legítima, e se o ideal deliberativo somente pode atingir seus objetivos se as opiniões e os reclamos de todos os interessados nas decisões puderem ser levados em consideração, como podemos contornar o problema da representação plena nas sociedades complexas atuais? Conforme sugere Gargarella, algo importante que deveríamos fazer é abandonar a ideia de que a política – e, acrescentamos, a deliberação – começa e termina no Parlamento. Devemos passar a conceber espaços extraparlamentares de discussão e deliberação, conferindo-lhes a importância semelhante a que costumamos atribuir à política parlamentar. Também é preciso pensar em mecanismos para institucionalizar a política desenvolvida fora do Parlamento (GARGARELLA, 1999, p. 273), isto é, fazer com a deliberação extraparlamentar também adentre e tenha importância no processo político global.

Nessa ordem de ideias, passamos a analisar, a partir da ideia de representação argumentativa, proposta por Robert Alexy, a possibilidade de os tribunais constituírem uma nova arena de deliberação e discussão de questões políticas, aptos a ampliar a representação dos interesses sociais na arena política em sentido amplo.

4 PODER JUDICIÁRIO, REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA, DELIBERAÇÃO E IMPARCIALIDADE

Um importantíssimo espaço de deliberação extraparlamentar, que pode tornar a representação mais ampla e, com isto, produzir decisões políticas imparciais, é – talvez para a surpresa de muitos – o Poder Judiciário. Contramajoritário por excelência, o Judiciário é, desde o esquema dos *Founding Fathers*, a instituição à qual cabe defender os interesses da minoria contra o “rolo compressor” da maioria. Se é assim, não deveria causar espécie a consideração do Judiciário como um ator político fundamental para possibilitar que todos os interesses, notadamente as da minoria, encontrem espaço no processo político, assegurando a imparcialidade das decisões tomadas através dele. Na temática da deliberação e da representação no âmbito judiciário, é oportuno começar trazendo à baila as ideias de Robert Alexy sobre a chamada “representação argumentativa”.

Alexy insere a representação entre um dos cinco conceitos que compõe sua teoria do constitucionalismo discursivo. De acordo com Alexy, o controle jurisdicional de constitucionalidade, que é expressão da autoridade estatal, é legítimo somente se compatibilizar-se com o princípio democrático segundo o qual todo poder emana do povo. Mas, não sendo os juízes eleitos pelos cidadãos, o que lhes conferiria uma legitimidade democrática direta, como compatibilizar o controle jurisdicional de constitucionalidade com o regime democrático? Em face dessa secular, mas nada superada indagação, Alexy assume que a única maneira de conciliar o controle jurisdicional de constitucionalidade com a democracia é considerar que também os juízes são representantes do povo, e introduz o conceito de representação argumentativa. Segundo o autor, na representação parlamentar há duas ordens de representação: a representação “volitiva”, relacionada à tomada de decisão política, viabilizada pelos conceitos de eleição e regra da maioria, e a representação argumentativa, relativa à institucionalização do discurso e da deliberação como meios para a tomada das decisões. Na representação

judicial, porém, não sendo os juízes eleitos pelo povo, não há a representação “volitiva”, mas somente a representação argumentativa (ALEXY, 2005, p. 578-579).

Para que a representação argumentativa em sede judicial seja efetiva, Alexy assinala que os tribunais devem, por um lado, utilizar argumentos correspondentes aos argumentos do povo, e que, por outro, um número suficiente de pessoas deve aceitar esses argumentos como razões de correção. Assumindo que somente pessoas racionais podem aceitar um argumento com base em sua correção, Alexy estabelece duas condições fundamentais para a representação argumentativa no âmbito judiciário: (1) a existência de argumentos convincentes e corretos; e (2) a existência de pessoas racionais. Com isso, conclui o autor que

[c]onstitutional review can be successful only if the arguments presented by the constitutional court are sound and only if sufficient number of members of the community are able and willing to exercise their rational capacities. If these conditions are fulfilled, the answer to the question, raised above, as to why purely argumentative representation shall have priority over representation based on election and re-election is no longer difficult. Discursive constitutionalism, as a whole, is an enterprise of institutionalizing reason and correctness. If there exist sound and correct arguments as well as rational persons, reason and correctness are better institutionalized with constitutional review than without it (2005, p. 580-581).

Assim, é fundamental assinalar que também as cortes, por meio de expedientes como a representação argumentativa, podem ser vistas como espaços importantes de representação de interesses e, conseqüentemente, integrando-se ao processo político democrático, aumentar a imparcialidade das decisões políticas. Em verdade, as cortes, como observou Rawls, são ambientes altamente favoráveis à deliberação e à razão pública, pois o debate nelas travado, diferentemente dos demais poderes políticos, não pode girar em torno, por exemplo, da religiosidade ou da moralidade dos participantes, mas tem que fundar-se em argumentos racionais e generalizáveis (1993, p. 231 e ss.). Portanto, a democracia deliberativa desenvolvida com a inclusão dos tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, em que as questões são transcendentais e os interesses em jogo são verdadeiramente coletivos, constitui uma pauta que merece ser vista como complementar (mas nada

secundária) à tradicional democracia deliberativa parlamentar.

É claro que os tribunais, *per si*, não asseguram que as opiniões e preferências de todos os interessados serão necessariamente incluídos e levados em consideração no processo político. É preciso investir no aprimoramento também da representação argumentativa, de sorte a tornar o maior número possível de interesses sociais ressonante no processo político por meio das cortes. Nesse sentido, tanto a deliberação interna, relativa à troca de argumentos e à discussão no âmbito interno das cortes, como a deliberação externa, que envolve a debate e a persuasão entre os tribunais e os demais atores políticos e sociais, devem ser objeto de atenção.²

No tocante à deliberação interna, o modelo europeu-continental de controle de constitucionalidade, em que as discussões são feitas a portas fechadas, raramente há audiências dos juízes com advogados e, muitas vezes, a possibilidade de voto divergente não existe, é mais favorável à deliberação, pois os juízes constitucionais são forçados a dialogar internamente, trocar argumentos e estar abertos à persuasão, já que a decisão tem que expressar o consenso. Por outro lado, o modelo estadunidense do controle de constitucionalidade, mais aberto ao público, parece reunir condições menos favoráveis à deliberação interna, uma vez que os juízes votam separadamente e não tem a necessidade de persuadir seus pares (SILVA, 2009, p. 211), pois a decisão é tomada a partir da soma dos votos, e não do consenso. Se não há necessidade de se alcançar o consenso, não há o incentivo institucional ao diálogo e à tentativa de convencimento acerca da correção dos argumentos, ou seja, não há um grande incentivo institucional à deliberação interna – o que não quer dizer que ela não exista, apenas que costuma não ser tão intensa.

Nem por isso, todavia, se pode dizer que o modelo estadunidense seja pior que o europeu-continental nesse particular. Basta lembrar que o primeiro, por ser mais aberto, garante um controle social mais efetivo do que o último, além de proporcionar maior participação popular no debate, por meio de audiências públicas, por exemplo, o que assegura maior representatividade dos interesses em jogo e imparcialidade das decisões

² Sobre a distinção entre deliberação interna e externa, cf. FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: toward an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (org.). **Constitutional justice, East and West: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. Den Haag: Kluwer, 2002, p. 35 e ss., apud SILVA, 2009, p. 210.

produzidas. Nesse particular, do ponto de vista do incentivo institucional, o modelo americano parece ser mais favorável à deliberação externa.

Com efeito, uma das mais interessantes perspectivas que se abrem no tocante à deliberação externa diz respeito ao chamado diálogo constitucional. Essa perspectiva recusa-se a aceitar que os tribunais tenham a última palavra na interpretação constitucional e nas questões que decidem, e aceita que a interpretação judicial e as questões decididas pelo Judiciário podem ser revisitadas pelo Legislativo ou pelo Executivo, em uma nova rodada deliberativa. Sob a perspectiva do diálogo constitucional, se o Legislativo entender que determinada decisão do tribunal constitucional é equivocada – uma decisão declaratória da inconstitucionalidade de uma lei, por exemplo –, pode aprovar diploma normativo que disponha novamente sobre a matéria, mesmo que em idênticos termos ao diploma anterior, reacendendo assim a discussão sobre a constitucionalidade desse regramento hipotético.

Isso não quer dizer nem que a matéria debatida penderá sempre de uma decisão final, criando uma situação de insegurança jurídica, nem que o controle de constitucionalidade perderá sua efetividade, vulnerando a garantia da supremacia constitucional, já que a palavra final ficará com o Parlamento. Essas duas objeções podem ser superadas se pensarmos, fundamentalmente, que, a cada rodada deliberativa, surgirá um ônus deliberativo maior para cada um dos agentes políticos, ônus que nem sempre é fácil de ser superado. Imagine-se, por exemplo, no cenário político-jurídico brasileiro atual, o ônus, perante a sociedade, a comunidade acadêmica e a imprensa, que o Congresso Nacional teria que arcar caso resolvesse reeditar, com idêntico conteúdo, a chamada Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967), reputada incompatível e, portanto, não recepcionada pela Constituição de 1988, na ADPF 130-DF. É certo que, acaso reeditada, a antiga Lei de Imprensa não escaparia dos vícios de inconstitucionalidade apontados pelo Supremo Tribunal Federal e sua invalidade fatalmente seria pronunciada. Mesmo assim, essa situação hipotética ilustra com precisão a dificuldade política, posta pela existência de uma decisão anterior, em se rediscutir e tomar uma nova decisão sobre um problema já solucionado, máxime quando a solução antes estabelecida conta com amplo respaldo social.³ É, pois, essa

³ Note-se, outrossim, que o ônus deliberativo pode pesar também sobre o Judiciário em face das decisões legislativas ou executivas (não se trata, portanto, de ônus que recai exclusivamente sobre o Legislativo ou o Executivo face a decisões judiciais). Recordemos, por exemplo, os julgamentos sobre a validade e a aplicabilidade da Lei

dificuldade política que perfaz o ônus argumentativo aqui referido. Também é ela que assegura que a garantia da Constituição e a segurança jurídica não serão ameaçadas pelo diálogo constitucional.

Note-se, porém, que o ônus deliberativo é um ônus, um encargo, um gravame, mas não um impedimento, uma vedação. O ônus deliberativo é um obstáculo transponível, portanto, ainda que acarrete certo custo e sacrifício para quem o assume. Dessa forma, ao contribuir para desacelerar o processo político e assim favorecer o amadurecimento das decisões, como observa Virgílio Afonso da Silva, o diálogo constitucional trabalha com “últimas palavras provisórias”⁴, que podem ser sempre desafiadas pelos demais poderes políticos. Sem implicar a supremacia de um poder sobre os demais, a perspectiva do diálogo constitucional implica aceitar que a interpretação da Constituição de todos os poderes possui igual importância e peso, isto é, as soluções hermenêuticas adotadas por um poder não são mais importantes do que as interpretações da Constituição e as soluções aventadas pelos demais poderes do Estado. Se todos os poderes estão igualmente adstritos à Constituição, a interpretação constitucional de um desses poderes não pode assumir maior importância e ter prevalência sobre a interpretação dos demais. O diálogo constitucional reforça essa igualdade, reafirmando, com um olhar renovado, o princípio da separação de poderes, em especial a vertente do equilíbrio entre os poderes.

O diálogo constitucional não existe apenas na imaginação de

da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010), em que parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ainda que implicitamente, não deixou de considerar e ponderar em sua argumentação o clamor da imprensa e o suposto desejo da sociedade em ver referida Lei aplicada da forma mais ampla e irrestrita possível. Nesses casos, o ônus deliberativo foi enfrentado de diferentes formas pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento em que se decidiu pela inconstitucionalidade da aplicação da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010, por violação o art. 16 da Constituição Federal (cf., entre outros, STF – Pleno – RE 633.703, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 23-3-2011), o ônus foi enfrentado e vencido pela maioria dos ministros. Já no julgamento das Ações Diretas em que se discutiu a constitucionalidade das restrições, criadas pela Lei da Ficha Limpa, à elegibilidade de pessoas condenadas por decisão ainda não transitada em julgado, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que tais restrições não violam a garantia constitucional da presunção de inocência (cf. STF – Pleno – ADC 29, ADC 30 e ADI 4578 [julgamento conjunto], rel. Min. Luiz Fux, j. em 16-2-2012). Nesse caso, a Corte não arcou com o ônus de derrubar a regulamentação legislativa, não obstante existissem precedentes do próprio Supremo Tribunal em sentido contrário à interpretação da presunção de inocência adotada nessas Ações Diretas.

4 Para uma análise instigante do diálogo constitucional, cf. MENDES, 2008.

cientistas políticos e teóricos do direito constitucional. A experiência empírica mais conhecida de diálogo constitucional encontra-se no Canadá, cuja Carta de Direitos e Liberdades, na Seção 33, prevê a possibilidade de o Parlamento ou as legislaturas estaduais declararem que um ato permanece em vigor a despeito da decisão judicial de inconstitucionalidade que pese contra sua validade, preservando sua eficácia e até imunizando-o temporariamente contra futuras decisões judiciais de inconstitucionalidade, renovando, caso queiram, essa imunização de cinco em cinco anos. A possibilidade de diálogo é facilmente identificável a partir desse desenho institucional: o legislador pode aceitar a decisão de inconstitucionalidade da corte, mas também pode rediscuti-la, reabrindo o debate mediante a preservação da lei, tida inconstitucional pela corte, no ordenamento jurídico. Esse mecanismo, posto à disposição do legislador, tem sido denominado, em alusão à prática de superação de precedentes judiciais, de “legislative override”, e, ao contrário do que uma interpretação apressada poderia sugerir, tem sido empregado com extrema parcimônia pelo Parlamento canadense (SILVA, 2006, p. 212-214). Quer dizer, a possibilidade de uma decisão judicial de inconstitucionalidade ser superada pelo Legislativo não implica necessariamente a ruína da segurança jurídica e a vulneração da supremacia constitucional, como referido acima.⁵⁻⁶

A experiência constitucional do Canadá, juntamente com a da Nova Zelândia e a da Inglaterra pós-*Human Rights Act* de 1998, são

5 Para a discussão de alguns argumentos dessa conclusão, cf. SILVA, 2009, p. 213-214.

6 Marco Aurélio Sampaio (2007) identifica que também no Brasil o diálogo constitucional vem sendo praticado, e desde 1988. Esse diálogo não ocorre, porém, entre o Judiciário e outro poder, mas entre o Executivo e o Legislativo, no âmbito das medidas provisórias. Segundo Sampaio, esse diálogo constitucional foi fundamental para moldar a separação de poderes brasileira pós-Constituição de 1988 e consolidar o chamado “presidencialismo de coalização”. Em sua interpretação, as medidas provisórias não representam uma usurpação, pelo Presidente da República, da função legislativa do Congresso, mas um importante instrumento de governo que a Constituição Federal de 1988 depositou nas mãos do Presidente. Todavia, para empregá-la eficientemente, o Presidente necessita da participação do Legislativo, pois a validade das medidas provisórias carece da apreciação favorável do Congresso. Por isso, na sugestiva interpretação de Sampaio, a medida provisória, além de importante instrumento de governabilidade, representa um meio indutor de diálogo constitucional há muito existente no Brasil. Para a perspectiva deste trabalho, a hipótese de Marco Aurélio Sampaio é importante porque ressalta a inter-relação dos poderes no processo de decisão política, demonstrando ser o diálogo constitucional o meio possibilitador da busca por um acordo político (imparcial) que acomode as preferências de ambos.

exemplos do que se tem chamado de formas alternativas (ou fracas) de controle de constitucionalidade, que são caracterizadas pelas práticas, por vezes institucionalizadas no ordenamento, que objetivam promover o reinício do debate sobre questões constitucionais decididas pelas cortes, com a possibilidade superação dessas soluções judiciais pela maioria parlamentar (TUSHNET, 2003, p. 2785-2786). Nesse caso, não há uma instituição que se arrogue “a guardiã” da Constituição, detendo a palavra final em sua interpretação, mas uma missão compartilhada de interpretá-la e concretizá-la, o que é feito em etapas e de acordo com regras de procedimento. As “palavras finais” existem, mas são provisórias e podem ser desafiadas pelos órgãos não satisfeitos com a decisão tomada na rodada deliberativa anterior, desde que arquem com os respectivos ônus deliberativos. Trata-se de uma possibilidade encartada no próprio sistema normativo.

Consideramos que o diálogo constitucional é importantíssimo para o ponto central deste trabalho: a representação plena dos interesses sociais no processo político democrático. Já que nem o Parlamento, por excelência o lócus de expressão da maioria, nem o Judiciário, encarregado de proteger a minoria, podem expressar, isoladamente, as preferências e opiniões de todos os interessados nas decisões políticas, induzi-los ao diálogo naturalmente eleva as chances de que haja representação plena desses interesses na arena política. Ao ser objeto de discussão e deliberação no ambiente parlamentar e na esfera judicial, e por mais de uma vez, em diferentes momentos, as decisões políticas podem ser tomadas sob o influxo de pontos de vista e opiniões as mais plurais. Assim, entendemos que, se Legislativo e Judiciário dão conta de representar interesses apenas parcialmente no processo político (generalizando, os interesses da maioria e da minoria, respectivamente), fazê-los dialogar pode tornar plena – ou mais plena – essa representatividade e contribuir para alcançar decisões imparciais – ou mais imparciais.

CONCLUSÃO

A título de conclusão, procuramos fazer algumas considerações, partindo da aceitação da ideia do Judiciário como um novo lócus deliberativo, sobre a realidade judiciária brasileira, pensada sob a perspectiva da democracia deliberativa.

Há pontos positivos a destacar. Por ter suas raízes fíncadas no

modelo estadunidense de controle jurisdicional de constitucionalidade, o sistema brasileiro de jurisdição constitucional, máxime o controle abstrato de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, é um sistema essencialmente aberto, em que as sessões de julgamento são públicas, as discussões, descerradas, e com ampla possibilidade de deliberação externa. Recentes inovações, como a introdução das audiências públicas e do *amicus curiae*, são mecanismos importantíssimos para viabilizar a deliberação externa, estabelecida entre o Supremo Tribunal Federal e os outros atores políticos e sociais. Além disso, esses instrumentos enriquecem a qualidade da deliberação, pela ampliação das perspectivas argumentativas da Corte, e criam condições para a imparcialidade das decisões do Supremo Tribunal Federal, na medida em que muitos dos interessados na matéria em apreciação podem expressar suas opiniões e preferências, o que, por sua vez, permite ao Supremo Tribunal identificar razões, aceitáveis como válidas por todos os interessados, em que fundamentar suas decisões. O televisionamento das sessões de julgamento, a despeito das críticas embasadas no efeito espetaculoso que se diz provocar nos ministros, também joga a favor da legitimidade das decisões da Corte, já que facilitam o controle social da atividade do Supremo Tribunal Federal.⁷

⁷ Uma questão importante emerge dos pontos positivos, em termos de incentivo à deliberação, do desenho institucional do sistema brasileiro de jurisdição constitucional. Como é sabido, há vários juristas e autoridades públicas que defendem a adoção de um sistema concentrado de controle de constitucionalidade no Brasil, ou o progressivo estreitamento do controle incidental e concreto em prol do alargamento do controle direto e abstrato. Todavia, essas propostas não defendem a adoção das características típicas do método decisório dos sistemas concentrados, ou seja, não postulam que os julgamentos sejam feitos a portas fechadas, que as decisões sejam tomadas por unanimidade, ressalvada a possibilidade de voto vencido (que consiste, porém, em uma manifestação unitária), que seja vedada a audiência de advogados com os juizes constitucionais e que não exista a participação de interessados, como *amici curiae*, por exemplo. Ao contrário, os mesmos propositores que defendem a implementação do controle concentrado destacam e elogiam a abertura do processo decisório do controle de constitucionalidade brasileiro. Nenhum deles propõe, por exemplo, que as decisões sejam tomadas por unanimidade ou que o instituto do *amicus curiae* seja extinto. Há, portanto, uma postura um tanto ambígua entre os defensores da concentração da competência jurisdicional constitucional: defendem o arranjo institucional do controle concentrado, em seus aspectos “exteriores”, mas repudiam várias de suas características “internas”, relativas ao procedimento decisório desse modelo. A nosso ver, essa ambiguidade, além de demonstrar que a adoção do modelo europeu-continental de controle de constitucionalidade não é tão simples quanto parece, indica que o melhor caminho é corrigir as falhas e desenvolver as

Observando o plano positivo, há no Brasil um espaço fértil e pouco explorado de diálogo constitucional entre o Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, e o Legislativo. Lembremos que o Senado possui competência, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, para suspender a execução de lei ou ato normativo declarado definitivamente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle incidental e concreto de constitucionalidade. Assim, se discordar da interpretação do Supremo e entender que a lei ou ato não é contrário à Constituição, poderia o Senado deliberar e decidir não suspender sua execução, rechaçando expressamente a interpretação constitucional da Corte. Na seara do controle direto e abstrato de constitucionalidade, o espaço para o diálogo constitucional é preservado pela não vinculação do Poder Legislativo às decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal, nos termos do regramento constitucional-legal do efeito vinculante (art. 102, § 2º, da Constituição Federal; art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/1999; art. 10, § 3º, da Lei 9.882/1999). Com isso, o Legislativo pode rediscutir e redecidir matérias já enfrentadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal: pode, por exemplo, arcando com o respectivo ônus deliberativo, aprovar lei de idêntico teor material a diploma normativo anteriormente declarado inconstitucional em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Pode, ainda, sendo detentor da competência para alterar o texto constitucional, “constitucionalizar” a matéria declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, isto é, modificar a Constituição Federal de maneira a tornar a lei, antes inconstitucional, compatível com a Constituição.

Embora essas opções legislativas, sobretudo a primeira, possam ser vistas como uma afronta à autoridade do Supremo Tribunal Federal, ou um desrespeito ao “guardião da Constituição”, elas não encontram qualquer obstáculo jurídico-constitucional (o Congresso está tão vinculado à Constituição Federal quanto o Supremo Tribunal Federal, e nada assegura que a interpretação constitucional do segundo é mais

potencialidades do atual sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, e não “transplantar” modelos estrangeiros prontos, como se isso resolvesse magicamente todos os nossos problemas. Do ponto de vista deliberativo, o arranjo institucional brasileiro atual favorece a deliberação externa. As atenções deveriam se voltar, agora, para o aprimoramento da deliberação interna, mas, para tanto, não é preciso chegar ao ponto de importar um novo modelo de controle de constitucionalidade. Práticas completamente informais, como a disposição dos ministros para a persuasão, para a mudança de opinião e para a busca do consenso, podem ser muito mais importantes, do ponto de vista deliberativo, do que mudanças institucionais.

correta que a do primeiro) e são destacadamente legítimas do ponto de vista deliberativo.

Mas as mesmas raízes norte-americanas, que a introdução do controle pela via de ação direta não teve o condão de remover, trazem algumas imperfeições, no aspecto deliberativo, ao nosso sistema de jurisdição constitucional. Em primeiro lugar, destaca-se a ausência do incentivo institucional à discussão e à persuasão: como nos Estados Unidos, as decisões no Brasil são tomadas a partir da somatória dos votos, e não por consenso, o que não favorece a deliberação. As sessões de julgamentos arrastam-se por horas (por vezes, dias), que são gastas não na troca de argumentos, na tentativa de convencimento ou na busca do consenso, mas na leitura dos votos, que já vêm ao plenário previamente redigidos pelos ministros. Quase não se veem mudanças de voto, contrastando com a existência, absolutamente frequente, de votos vencidos e “placares” apertados. Esses sintomas demonstram que, sobretudo nos casos que envolvem questões de desacordo moral, justamente as que deveriam ser um palco da busca do consenso, os ministros não têm mostrado disposição para discutir, persuadir e se deixar convencer pelos argumentos alheios, sempre em busca daquele ideal de consenso.

Além disso, como pontua Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 217 e 219-220), não sendo expressão do consenso, mas uma somatória das vozes que o compõem, as decisões do Supremo Tribunal Federal perdem seu caráter unitário e institucional, o que dificulta o diálogo constitucional, que se dá entre instituições, não entre pessoas. Se o Supremo Tribunal Federal não possui “uma voz”, o diálogo com as demais instituições política torna-se difícil em termos de coerência e estabilidade.

Se as condições para a deliberação e para o diálogo constitucional não são favoráveis, a representação argumentativa que caberia às cortes promover no processo político é severamente limitada. Se não há deliberação, ou se ela é muito restrita, a discussão e o debate sobre as opiniões dos interessados ficam comprometidos, de nada valendo a representação argumentativa. E se não há diálogo entre as instituições (Parlamento e Judiciário, por exemplo) que representam interesses distintos (maioria e minoria), um desses interesses acabará preponderando sobre o outro, resultando em decisões parciais. Aproveitando que a reforma política está na ordem do dia do debate público, é preciso pensar também em novas mudanças na esfera

judiciária, sobretudo na questão dos processos decisórios, de sorte a incentivar a discussão, a troca de argumentos entre os julgadores e a busca do consenso, como condições de possibilidade da representação argumentativa eficaz, do diálogo constitucional e da consequente imparcialidade das decisões políticas.

Por fim, e com igual propósito, outra importante alteração diz respeito à forma de composição dos tribunais superiores, notadamente do Supremo Tribunal Federal. A imparcialidade da deliberação judicial passa pela representatividade dos membros dos tribunais. Assim, se se deseja garantir que as cortes contribuam com a representação plena e com a imparcialidade das decisões políticas que lhes são apresentadas, é necessário que a indicação de seus membros não seja monopolizada por um único poder.⁸ No caso brasileiro, possibilitar que o Legislativo, o próprio Judiciário e o Ministério Público, além de entidades da sociedade civil, como a Ordem dos Advogados do Brasil, tenham participação na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal, pode tornar mais plena a representatividade da Corte, favorecendo a imparcialidade de suas decisões.

Um derradeiro ponto a assinalar é que a problematização e o estímulo à deliberação judicial, propostos aqui, não devem ser vistos como uma defesa do ativismo judicial ou de qualquer sorte de voluntarismo político das cortes. O Judiciário é mais um ator político, que não ostenta primazia sobre os demais e não tem, necessariamente, que atuar criativamente. Na seara do controle de constitucionalidade, a representação argumentativa que cabe às cortes não substitui – e não tem a pretensão de substituir – a representação política dos membros do Parlamento. Este, ao menos em tese, colhe sua legitimidade diretamente dos pleitos eleitorais, pelos quais o povo elege seus representantes. Críticas à parte acerca de sua efetividade, essa fonte de legitimidade não assiste às cortes, o que não quer dizer, todavia, que o Judiciário não tome parte na política, ou que não deva fazê-lo. Tudo depende da maneira e do momento em que as cortes intervêm na política. “Simples” decisões de

⁸ A despeito de, no Brasil, as indicações dos ministros dos tribunais superiores pelo Presidente da República terem que ser aprovadas pelo Senado, é lamentavelmente notório que a Casa Alta não faz uma autêntica inquirição dos candidatos a ministro, como se faz nos Estados Unidos, de onde provém essa forma de composição das cortes. Assim procedendo, o Senado desvaloriza e torna quase irrelevante sua participação nesse processo de escolha, abrindo mão do controle que lhe cabe exercer sobre o processo de composição dos tribunais superiores.

inconstitucionalidade, sem ingredientes interpretativos ou aditivos, são tão importantes para o funcionamento regular do processo político democrático quanto decisões de perfil mais criativo, em contextos excepcionais (*e.g.*, negação, na via parlamentar ordinária, de certos direitos a uma minoria pela maioria).

O Judiciário, procuramos ressaltar, não está à margem do processo político, que se torna mais plural e apto a produzir decisões imparciais com a participação dos tribunais. Isso não significa, porém, que o Judiciário deva estar sempre à frente da política, mesmo em matérias socialmente sensíveis, como a concretização de direitos sociais. Apesar de não se darem conta, as cortes se encontram emaranhadas em enormes dificuldades institucionais para atuarem adequadamente nesse domínio, das quais as “dificuldades deliberativas” apontadas aqui são apenas as mais evidentes. Investir no aprimoramento deliberação judicial não é sinônimo, portanto, de defender sua primazia na deliberação política. É, antes, uma tentativa de aperfeiçoar uma das arenas políticas da democracia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, New York, ano 3, v. 4, p. 572-581, out. 2005.

ARAÚJO, Cicero. Razão pública, bem comum e decisão democrática. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs.). **Participação e deliberação**: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 157-169.

BURKE, Edmund. Speech to the electors of Bristol. In: BURKE, Edmund. **Miscellaneous writings**: select works of Edmund Burke. Indianapolis: Liberty Fund, 1999. p. 3-14.

COHEN, Joshua. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). **Deliberative democracy**: essays on reason and politics. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1997. p. 67-91.

COHEN, Joshua. Procedure and substance in deliberative democracy. BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). **Deliberative democracy**:

essays on reason and politics. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1997. p. 407-437.

_____. Democracy and liberty. In: ELSTER, Jon (Ed). **Deliberative democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 185-231.

DRYZEK, John S. **Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations**. New York: Oxford University Press, 2002.

ELSTER, Jon. The market and the forum: three varieties of political theory. In: BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). **Deliberative democracy: essays on reason and politics**. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1997. p. 3-33.

_____. Introduction. In: ELSTER, Jon (Ed). **Deliberative democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 1-18.

ESTLUND, David. Beyond fairness and deliberation: the epistemic dimension of democratic authority. In: BOHMAN, James; REHG, William (Eds.). **Deliberative democracy: essays on reason and politics**. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1997. p. 173-204.

FISHKIN, James S. **Democracy and deliberation: new directions for democratic reform**. New Haven: Yale University Press, 1991.

GARGARELLA, Roberto. Full representation, deliberation, and impartiality. In: ELSTER, Jon (Ed.). **Deliberative democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. p. 260-280.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Democracy and disagreement**. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discursive theory of law and democracy**. Cambridge, Mass.: The MIT Press, 1998.

MANIN, Bernard. **The principles of representative government**. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

NINO, Carlos Santiago. **The constitution of deliberative democracy**. New Haven and London: Yale University Press, 1996.

RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

SAMPAIO, Marco Aurélio. **A medida provisória no presidencialismo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ano 63, v. 250, p. 197-227, jan./abr. 2009.

TUSHNET, Mark V. Alternative forms of judicial review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 101, n. 8, p. 2781-2802, ago. 2003.

WILLIAMS, Melissa S. The uneasy alliance of group representation and deliberative democracy. In: KYMLICKA, Will; NORMAN, Wayne (Eds.). **Citizenship in diverse societies**. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 124-152.

