



Licenciado sob uma licença Creative Commons  
ISSN 2175-6058  
DOI: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v23i2.2214>

# O FUTURO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DIÁLOGOS ENTRE MUDANÇA INSTITUCIONAL E TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO

*THE FUTURE OF THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION:  
DIALOGUES BETWEEN INSTITUTIONAL CHANGE  
AND THEORIES OF INTERPRETATION*

Lenio Luiz Streck  
Ziel Ferreira Lopes

## RESUMO

Neste artigo, buscamos oferecer um panorama dos debates sobre o futuro da jurisdição constitucional, analisando criticamente as principais posições e tomando partido na sua disputa. Para atingir esse objetivo, procedemos da seguinte maneira: 1) diagnosticamos alguns dos problemas jurídicos relacionados às disfuncionalidades nos países democráticos; 2) identificamos as mudanças institucionais defendidas nesse período; e 3) discutimos como seria a jurisdição constitucional adequada aos problemas que diagnosticamos, correlacionando esse debate sobre novos arranjos institucionais ao estado da arte sobre teorias da interpretação.

**Palavras-chave:** Jurisdição constitucional. Desacordos. Instituições. Interpretação.

## ABSTRACT

In this article, we seek to provide an overview of debates on the future of judicial review, analyzing critically the main positions and taking sides in their dispute. To achieve this objective, we proceeded as follows: 1) we diagnosed some of the legal problems related to dysfunctions in democratic countries;

2) we identified the institutional changes advocated in this period; and 3) we discuss how the judicial review would be adequate to the problems we diagnose, correlating this debate on new institutional arrangements to the state of the art on theories of interpretation.

**keywords:** Judicial review. Disagreements. Institutions. Interpretation.

## INTRODUÇÃO

Jurisdição constitucional e(m) crise: esse parece ser o cerne do Direito nas últimas décadas. Novos problemas, novas teorias? O que é isto – desenhos institucionais? Esses parecem ser pontos de saída para o enfrentamento das demandas das democracias contemporâneas.

A tão falada crise das democracias contemporâneas tem renovado o debate sobre a jurisdição constitucional. Novos problemas são diagnosticados, demandando teorias que possam guiar ajustes fundamentados nos desenhos institucionais. “Instituições importam” parece ter virado um mote universal nas ciências sociais. E, de fato, elas importam, como inúmeras pesquisas têm demonstrado. Por outro lado, a (bem-vinda) atualização nos termos do debate corre o risco de desprezar rico conhecimento acumulado sobre o que “é” e sobre como “*deveria ser*” uma decisão judicial, no plano interpretativo. Isto implica questionar o valor e a importância que vem sendo dada à decisão jurídica. Como se decide? A depender da resposta, o Direito pode escapar por entre os dedos dos sistemas democráticos. Há diferentes maneiras de se pensar em instituições e o direito não pode correr o risco de se ver colonizado por perspectivas institucionais puramente políticas ou economicistas, que desprezem o seu elemento de legitimação substantiva dos julgamentos.

Neste artigo, buscamos oferecer um panorama destes debates sobre o futuro da jurisdição constitucional, analisando criticamente as principais posições e tomando partido na sua disputa. Para atingir esse objetivo, procedemos da seguinte maneira: 1) diagnosticamos alguns dos problemas jurídicos relacionados às disfuncionalidades nos países democráticos; 2) identificamos as mudanças institucionais defendidas nesse período; e 3) discutimos como seria a jurisdição constitucional adequada aos problemas

que diagnosticamos, correlacionando esse debate sobre novos arranjos institucionais ao estado da arte sobre teorias da interpretação.

## **OS PROBLEMAS: O DIREITO NA CRISE DAS DEMOCRACIAS**

Na vasta literatura atual sobre a crise das democracias, parece haver uma grande convergência: não estamos mais na era dos simples golpes de Estado *manu militari* (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). As democracias passaram a ser ameaçadas a partir de dentro, em processos de erosão das instituições causados por suas próprias dinâmicas sociais, radicalizadas a ponto de se tornarem autodestrutivas. Ou seja: os desacordos inerentes à convivência numa sociedade plural deixam de ser bem canalizados institucionalmente para uma disputa regrada, e começam a corroer os termos que estabilizavam a disputa.

Nesse ponto, ganha cada vez mais importância o conceito de “polarização afetiva” (IYENGAR; SOOD; LELKES, 2012) (o aumento de desafeto entre grupos rivais), usado pelos cientistas políticos para estabelecer uma distinção quanto ao mais conhecido fenômeno da “polarização ideológica”. Na polarização afetiva, ao invés de uma divergência nas ideias – teoricamente abordável por uma troca de argumentos racionais –, tem-se uma separação entre grupos marcada pela busca de identificação interna em relação ao grupo a que se pertence e de negação externa do grupo rival. Esse tipo de fenômeno, de alto teor emocional, leva a uma radicalização crescente na qual ocorre adesão ou rejeição automática a posições, conforme elas sejam vistas como típicas do grupo aliado ou do grupo rival. As posições se tornam impermeáveis a argumentos racionais, podendo até se radicalizar ainda mais diante deles, num processo compensatório típico da dissonância cognitiva.

Cabe registrar que, para a ocorrência da polarização, não é necessário que os dois lados da disputa radicalizem de igual modo. Com efeito, as pesquisas empíricas têm apontado nesse momento para uma polarização assimétrica por parte de setores ligados à extrema-direita na maior parte do mundo, inclusive no Brasil (FUKS; MARQUES, 2020).

A polarização afetiva se torna muito maior do que a ideológica, a reboque do fenômeno da guerra cultural, na medida em que coloca pautas moralistas no centro das disputas públicas, e vincula sua imposição ao resto da comunidade como necessárias à sobrevivência de grupos conservadores, em termos de uma ameaça existencial. Dessa maneira, não pode haver troca de argumentos racionais ou negociação política com outros grupos. Há disputa, mas não há debate.

No plano da teoria da democracia, isso torna atual o diagnóstico pessimista de um Carl Schmitt sobre a política ser uma disputa na lógica amigo-inimigo. Com todas as devidas ressalvas ao que defendia esse autor, mesmo pensadores democratas e de esquerda (MOUFFE, 1999) fazem concessão hoje ao acerto descritivo do que pregava Schmitt, sendo a deliberação racional muito mais frágil para guiar as democracias do que sonhavam pensadores como Jürgen Habermas e John Rawls. Por isso, modelos de democracia e de tomada de decisão pública precisam ser elaborados levando em consideração a importância dessa dimensão afetiva do debate público, evitando presumir (ou mesmo ambicionar) uma hiperracionalidade dos agentes. Pessoas de carne e osso possuem limites cognitivos e motivacionais para a deliberação. Entretanto, essa concessão não precisa levar a um ceticismo total e uma defesa da irracionalidade do direito e da política. Diante dos problemas diagnosticados, nosso pressuposto metodológico é tão somente: ajustar o modelo teórico aos limites e possibilidades fáticos.

No plano da teoria do direito, todo esse quadro intensifica um diagnóstico que já havia sido feito por Cass Sunstein<sup>1</sup> nos anos 90 sobre os problemas que afetavam o debate jurídico, especialmente a jurisdição constitucional: o aumento dos desacordos e o refluxo social (*backlash*) causado por decisões judiciais progressistas bem-intencionadas, mas que – pelo modo ambicioso e paternalista como muitas vezes foram tomadas – terminaram inflamando o debate público e levando a uma reação política destrutiva, sobretudo para os grupos vulneráveis que se tentou inicialmente proteger.

Deve-se registrar a existência de perspectivas mais otimistas, tanto sobre os efeitos positivos do papel desempenhado pela Suprema Corte (como a de Ronald Dworkin, 2010, p. 71-107), quanto sobre o papel

construtivo dos desacordos (como a de Rober Post e Reva Siegel, 2007). Elas deram lugar a um estimulante debate acadêmico com Sunstein a respeito do tema, especialmente sobre como calibrar a atuação da Suprema Corte para obter os melhores resultados, levando em conta essas circunstâncias. A validade do debate continua e aumenta de importância, conforme os problemas diagnosticados parecem se agravar, chegando agora à derrubada do precedente estabelecido em *Roe v. Wade* (1973) por uma Suprema Corte pós-Trump. O impacto desse refluxo pode estar ocorrendo também em nosso Supremo Tribunal Federal e os próximos anos mostrarão o impacto das nomeações para a Corte feitas pelo atual presidente, que reproduz as estratégias trumpistas.

Tradicionalmente, os juristas gostam de ver o debate jurídico como algo distinto da mera disputa de poder. Sob esse prisma, a jurisdição constitucional seria uma instância reflexiva para a sociedade, na qual os conflitos seriam enfrentados como questões de justiça decididas por argumentos de princípio, diferentemente da barganha política admissível no Executivo e no Legislativo<sup>2</sup>. Contrariando essa visão mais idealizada, os novos movimentos sociais podem fortalecer o argumento de que o direito seria, afinal, também uma disputa de poder que não se resolve por critérios racionais distintos da política. O próprio direito seria, sob essa visão mais pessimista (ou realista), parte da política. Proliferam-se conceitos como: legalismo autocrático (SCHEPPELE, 2018), constitucionalismo abusivo (LANDAU, 2013), *constitutional hardball* (TUSHNET, 2003), etc. Todos apontam para um uso politicamente orientado do direito que compromete a democracia. A necessidade de controlar esse processo terá influência fundamental nas respostas institucionais que muitos autores têm defendido, pensando num direito adequado a essa nova era do dissenso.

## **AS PROPOSTAS: NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS EM DEMOCRACIA DIVIDIDAS**

Partindo dos problemas jurídicos apontados, há várias mudanças institucionais sendo defendidas. Passamos a traçar um panorama crítico

delas, identificando as mudanças e suas controvérsias, reservando-nos uma tomada de posição para o próximo item.

A mais radical e famosa mudança institucional defendida no debate sobre teoria do direito é a abolição do *judicial review*. A tese não é nova, sendo defendido por historiadores americanos que a competência construída pela Suprema Corte em *Marbury vs. Madison* contrariava frontalmente o que pretendiam os *Founding Fathers* (KRAMMER, 2004). Atualmente, foi sustentada com grande sofisticação por autores como Jeremy Waldron (2006, p. 1346-1406), sob o argumento básico de que o Judiciário não seria a melhor instância para resolver desacordos profundos da sociedade. Isso seria criar uma discussão pseudo-jurídica sobre dilemas que são fundamentalmente de moralidade pública, transferindo para 9 cabeças iluminadas (nos EUA) o que seria nossa responsabilidade como sociedade discutir e resolver. Deveríamos assumir o ônus democrático de enfrentar esses problemas pelas vias institucionais adequadas, num debate público que tende a ser muito mais qualificado e a produzir aprendizado social duradouro. Waldron cita exemplos bem sucedidos de seu país natal, a Nova Zelândia, cuja solução legislativa a favor dos direitos reprodutivos das mulheres foi superior à que resultou de ativismos judiciais em outros países. Dessa perspectiva, o argumento que apela para um papel contramajoritário desempenhado pelas Cortes incorreria em uma falácia, ao ignorar que os tribunais também decidem por maioria, por sinal, fazendo a contagem de votos numa amostragem muito menor da população do que um Parlamento o faria. A proposta encontra resistências de diferentes tipos, desde uma oposição de princípio na linha dworkiniana – baseada na ideia de que os tribunais estariam mais bem posicionados institucionalmente e mais capacitados profissionalmente para a defesa de direitos fundamentais – até oposições pragmáticas como os elevados custos de transição que uma mudança institucional nessa escala causaria (VERMEULE, 2006, p. 263). Também é possível assumir a defesa da tese de Waldron em um quadro institucional saudável, mas conceder sua ineficácia em países com Legislativos altamente disfuncionais – argumento muito utilizado com relação ao caso brasileiro.

Outra possível mudança institucional é aquela que não defende a abolição total, mas um enfraquecimento significativo da

jurisdição constitucional, por meio de um compartilhamento dessa competência com outros Poderes.

Nesse plano, temos o fenômeno de uma nova interação entre Poderes da República, os famosos “diálogos institucionais” (HOGG; BUSHELL,1997). O fenômeno origina-se da experiência canadense, onde a Carta de Direitos criou um arranjo no qual as capacidades decisórias não se achavam suficientemente alocadas num só Poder. Diante disso, a Suprema Corte passou a construir uma prática decisória colaborativa junto ao Executivo e Legislativo, de modo que grandes decisões eram tomadas em mais de uma rodada, em caráter incremental e mediante diálogo entre os Poderes. Práticas de espírito semelhante ocorreram nos EUA, no âmbito da execução dos chamados litígios estruturais, nos quais a Suprema Corte americana teria optado em alguns casos por deixar pontos em aberto de suas decisões, para serem resolvidos pelos atores políticos mais diretamente ligados à sua concretização (FISS, 1979). Tais experiências bem-sucedidas se transformaram num modelo normativo, muitas vezes idealizado ou invocado de modo retórico – sem que houvesse verdadeira decisão compartilhada – para legitimar o que se denominou no Brasil de “ativismo dialógico”<sup>3</sup>.

Na esfera micro, das mudanças institucionais de pequena escala, vale registrar também a agenda de pesquisa voltada a aumentar a deliberação intra-institucional, no colegiado da própria Corte. Isso envolveria repensar várias condicionantes, como os sistemas de votação – decisão unificada da Corte (per curiae) ou por somatório dos votos individuais (opinion seriatim) –, os pedidos de vista, o televisionamento das sessões, etc. Todas essas medidas concretas seriam avaliadas sob o critério da melhoria na troca de argumentos racionais pelos atores. Uma ressalva já pode ser estabelecida aqui, no sentido de evitar que se termine pervertendo o ideal da colegialidade, admitindo sob seu manto a formação de consensos coagidos, que sufoquem argumentos de votos minoritários.

Voltando ao plano macro, cabe mencionar a ascensão nos EUA do Administrative State, que já se faz sentir também na Europa e, ainda timidamente, no processo de “agencificação” do direito administrativo brasileiro. Embora teoricamente ligadas ao Executivo, Agências Administrativas com cada vez mais autonomia se erigem como uma

espécie de quarto Poder a combinar competências típicas de todos os outros: elas administram, regulamentam e julgam questões das mais diversas, o que nos EUA vai das ferrovias aos direitos civis. Diante da maior capacidade institucional e maior legitimidade política – já que tais agências contam com corpos técnicos altamente preparados, além de processos de representação e participação popular –, a Suprema Corte dos EUA já consolidou uma doutrina de deferência ao realizar o *judicial review* sobre o que elas decidiram, no famoso caso *Chevron v. Natural Resources Defence Council* (1984). Por outro lado, não se devem minimizar as críticas a tal arranjo, sobretudo considerando os riscos de captura dessas agências por *players* do mercado.

No Brasil, as agências ainda não gozam do mesmo poder que em outros países, mas tendem a aumentar sua importância no desenvolvimento das instituições locais, sobretudo pela complexificação dos processos regulatórios e do novo papel que o Estado contemporâneo tem assumido em relação ao domínio econômico. Para além das agências, nota-se a difusão de teses tendentes a repensar a estrutura da Administração Pública, rumo a todo um desenho mais policêntrico (BINENBOJM, 2008, 257-317). No que diz respeito à jurisdição constitucional, coloca-se o debate sobre a possibilidade de seu exercício pelo Executivo. Embora minimizada pela doutrina tradicional, a necessidade de que se faça um controle de legalidade – que hoje não pode ser facilmente desconectado da Constituição – leva a impasses diante dos quais o gestor teme ser penalizado por não aplicar a lei ou por aplicá-la em desarmonia com a Constituição. A possibilidade de acionar o Supremo Tribunal Federal para controlar essa constitucionalidade, além de não estar presente em todos os casos – como o dos municípios, já que prefeitos não são legitimados para o controle de constitucionalidade concentrado –, esbarra também nos limites operacionais de uma Corte já completamente sobrecarregada e que demora a dar direcionamento sobre casos práticos que demandam respostas imediatas. Sem afastar aqui a revisão judicial na qual será dada a última palavra, cabe perguntar: a interpretação da Constituição deveria ser um monopólio do STF? Não poderia/deveria a Administração Pública realizar tal controle (como já faz em relação à legalidade), sujeito à revisão judicial? (ABBOUD, 2020. p. 1253-1306)

Há, é claro, pressões menos técnicas pela quebra desse monopólio. Uma delas é a frequente tentativa de submeter as decisões do Supremo a uma espécie de referendo ou controle pelo Legislativo, submetendo assim o debate jurídico ao político. O ponto passa a ser: qual o critério de legitimidade capaz de oferecer esse “ponto de parada” à mudança de arranjos institucionais. Ou seria tudo apenas uma questão de comparar empiricamente desempenhos, sob perspectiva quantitativa, na alocação de competências decisórias? Esse é o ponto para o qual nossa discussão deve convergir.

## **AS TESES: MUDANÇAS INSTITUCIONAIS E TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO DITANDO OS RUMOS DE UMA NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL?**

A jurisdição constitucional não é um fato da natureza. Tampouco é uma necessidade conceitual das democracias constitucionais<sup>4</sup>, como o provam diferentes arranjos concretos e funcionais, na Inglaterra, na Nova Zelândia, etc. Existem diferentes maneiras de se estabelecer um guardião da Constituição. E, certamente, esse debate será enriquecido por comparações entre o desempenho institucional de diferentes arranjos, informado por pesquisas empíricas.

Contudo, a tese mínima que se espera avançar aqui é que esse debate não ocorre num vácuo de teorias da interpretação judicial, não evita discussões sobre justiça e legitimidade das decisões e não precisa assumir uma postura moralmente não cognitivista<sup>5</sup>.

Afinal, por mais que algumas soluções institucionais defendidas para o problema dos desacordos busquem contornar a dimensão substantiva sobre legitimidade, ela torna a aparecer em perguntas como: deve-se igualar todo debate jurídico ao debate político, transferindo quaisquer controvérsias sobre direitos nas Cortes para a arena eleitoral? Ou, em outras palavras: decisões judiciais devem ser fundamentadas por argumentos corretos avaliados por juristas ou são mera questão de escolha?

A resposta tende a ser que há limites quanto ao que se pode transferir do direito para política, porque as respostas jurídicas envolvem uma

questão de certo ou errado que difere das escolhas políticas, sendo mais bem avaliadas no âmbito de um tribunal. Por maior que seja a desconfiança com relação aos juízes, não se registra uma corrente jurídica expressiva que defenda o fim do direito e do Judiciário como um todo. O “ponto de parada” para os cortes na jurisdição parece ser inescapavelmente de ordem substantiva. Acreditamos em uma dimensão de justiça distinta da política, que é contemplada pelo argumento jurídico. E esse tipo de crença compartilhada gera efeitos concretos, determinando a maneira como nos relacionamos em sociedade, levando-nos progressivamente dos ordálios aos julgamentos fundados em provas e aplicação de leis democraticamente elaboradas. A busca por um direito racionalmente controlável levou a um “progresso jurídico”, com um refinamento institucional das formas de resolução de conflitos<sup>6</sup>.

A defesa dessa dimensão substantiva da racionalidade obviamente não põe a perder o debate sobre arranjos institucionais, mas nos leva a realizá-lo sem ignorar o debate sobre o que se espera da interpretação jurídica. Com efeito, juristas defensores de uma teoria da interpretação cética sobre a correção de juízos principiológicos tenderão a defender a abolição da jurisdição constitucional, e admitirão a realocação das competências decisórias para outras instituições com maior representatividade ou melhor corpo técnico. Já defensores de teorias da interpretação altamente confiantes na capacidade dos juízes de asserirem verdades morais tenderão a uma visão extremamente expansionista da jurisdição constitucional, negando-a a quaisquer outras instituições.<sup>7</sup> Entre os dois extremos, há muitas teorias interpretativas possíveis e muitos arranjos institucionais com elas compatíveis.

Uma visão moderada pode defender a jurisdição sem colocar os juízes como seres com um acesso privilegiado a verdades morais<sup>8</sup>, mas apenas como profissionais mais treinados no uso do argumento de princípio para a resolução de casos concretos, manejando leis, precedentes e doutrinas a partir de critérios como coerência<sup>9</sup>. Essa tese reconhece os limites cognitivos e motivacionais dos juízes, sem ignorar o progresso social ocorrido desde que se submeteram os antigos soberanos absolutistas a controles por Cortes independentes.

Justificada minimamente tal posição interpretativa, dela se poderiam extrair as seguintes consequências institucionais: (i) é desejável que esses desacordos jurídicos de fundo moral sejam apropriados pelo debate público e suas instituições representativas e participativas, mas eles também serão necessariamente enfrentados pelos tribunais no plano da efetivação de direitos, que não são auto-evidentes e moralmente neutros; (ii) tais desacordos podem ser resolvidos racionalmente pelas Cortes, a partir de critérios como coerência principiológica, cuja participação bem fundamentada pode ajudar a promover a deliberação democrática; (iii) o controle de constitucionalidade realizado por uma Corte Suprema apresenta vantagens significativas se comparado ao desempenhado por outras instituições meramente políticas, em termos de qualidade da argumentação jurídica e diminuição de influências eleitoreiras ocasionais<sup>10</sup>; (iv) esse controle deve ser enriquecido por diálogos intra-institucionais e inter-institucionais, que incrementem sua qualidade deliberativa; (v) as Cortes podem exercer a deferência em relação à capacidade técnica ou a legitimidade política de outras instituições, se elas superarem a Suprema Corte na qualidade dos argumentos apresentados, fomentando uma troca pública de argumentos, ao invés de uma disputa politqueira por competências; (vi) há vantagens em estender esse diálogo sobre a interpretação constitucional para outros centros de decisão, no âmbito dos julgamentos realizados pela Administração Pública, desde que minimizados em seu risco político por dependerem de pareceres técnicos de órgãos jurídicos – por exemplo, precisando o chefe do Executivo de um parecer da procuradoria para fazer tal controle – e sujeitos à revisão final pelo Judiciário<sup>11</sup>.

Cabe aqui uma nota final sobre alguns modelos interpretativos que voltaram a estar em voga atualmente, sobretudo no debate sobre jurisdição constitucional: o originalismo e o textualismo/formalismo (STRECK, 2022). Tais modelos se propõe a restringir significativamente a jurisdição constitucional, sem que seja necessária uma mudança institucional.

Com relação ao originalismo, é sintomática sua ressurreição por juristas ligados à extrema direita, servindo justamente à desconstrução de uma série de direitos de grupos minoritários. Ao defenderem o sentido público original dos textos legais, não o fazem por uma teoria sincera

da interpretação, mas por estratégia política em que se busca retornar a um passado no qual o direito protegia privilégios de uma parcela da sociedade. Mesmo se tomado a sério, como teoria da interpretação sincera, o originalismo tem dificuldades de se justificar. Defender o retorno ao sentido público original de textos legais, num país com recente histórico escravagista, pode gerar resultados aberrantes, mesmo para os setores mais radicais da direita.

Já o debate sobre textualismo/formalismo tende a ser mais sofisticado. Essa teoria já não é mais defendida nas bases de um essencialismo do sentido, mas numa versão mais prática, como uma simples preferência pelo sentido superficial dos textos, evitando-se tanto quanto possível especulações interpretativas obscuras. É o modelo preferido por Jeremy Waldron (1991), por redirecionar a resolução dos desacordos morais para o Legislativo. Também era a preferência de Adrian Vermeule (2006), fundamentado numa análise institucional. Seria o modelo interpretativo mais adequado à: (i) “capacidade institucional” do Judiciário – inferior a outras instituições, por exemplo, para avaliar impactos regulatórios ou pesquisar históricos legislativos –; e (ii) os “efeitos sistêmicos” das decisões – por facilitar a coordenação das decisões entre vários juízes, algo que seria inviável, por exemplo, com vários juízes fazendo análises econômicas do direito por conta própria. Existem várias evidências, critérios e argumentos para se disputar nessas comparações que não caberiam nesse espaço. O contra-argumento central que vale reafirmar aqui é (LOPES, 2020, p. 246): falar que o juiz deve parar diante do significado superficial do texto não evita o debate hermenêutico, já que esse ponto não é auto-evidente. Defensores de teorias hermenêuticas também não defenderão ir além do ponto necessário ao esclarecimento do sentido da norma aplicável ao caso concreto. Identificá-lo é justamente a tarefa do intérprete para a qual se buscam oferecer critérios, o que o textualismo se recusa deliberadamente a fazer. A análise institucional dos modelos interpretativos não pode simplesmente evitar o problema básico da interpretação.

É possível, contudo, considerar variantes institucionais na comparação entre modelos interpretativos sem tomar a questão do sentido por auto-evidente. É o que busca fazer o minimalismo de Cass Sunstein (2018 e 1999). Embora defenda que os juízes decidam tanto quanto possível de

modo raso (evitando princípios demasiadamente abstratos) e estreito (evitando abarcar a análise de vários casos ao mesmo tempo), não chega ao ponto de tomar o sentido como algo fixável superficialmente no texto. Mais do que isso, admite que em vários casos tal postura minimalista deve ser abandonada, em prol de uma decisão maximalista, em cenários nos quais a interpretação for confiável e o Judiciário se saia bem na promoção de direitos, se comparado aos demais Poderes. O debate com Dworkin foi uma ótima oportunidade de aparar as arestas de sua posição. Dworkin (2010, 71-107) vai bem ao lembrar que o que determina quando podemos parar de interpretar é o próprio caso, o que Sunstein (1997) admite. Analisando esse debate, é possível (LOPES, 2020, p.178-196) defender uma combinação entre os modelos desses dois autores, tomando o integracionismo de Dworkin por base e lançando mão de heurísticas decisórias catalogadas por Sunstein, que buscam apenas deflacionar o debate tanto quanto possível, evitando a necessidade da escalada justificadora rumo a princípios mais abstratos.

Afinal, a complexidade que advém da combinação entre as dimensões institucional e hermenêutica do debate sobre jurisdição constitucional pode nos levar a transcender o tradicional debate sobre autores e admitir cada vez mais os modelos combinados. Esta pode vir a se estabelecer como uma agenda comunitária, para a qual serão necessários pesquisadores de diferentes áreas contribuindo para a coleta de evidências e a formulação de critérios inter-teóricos para avaliá-las. Neste empreendimento coletivo, o papel de uma crítica hermenêutica das instituições não será reivindicar a última palavra, mas vigiar o solo interpretativo no qual a disputa é travada.

Por outro lado, as teorias da interpretação jurídica também são impactadas pelo chamado giro institucional, defendido por Sunstein e Vermeule (2002). Nossos modelos não podem pressupor apenas atores individuais, hiperracionais e atuando em cenários idealizados, sem limite de tempo, etc.

Não há como negar que atores jurídicos interpretam no âmbito de instituições formais, precisam coordenar suas ações com muitos outros atores, possuem vieses cognitivos e atuam em cenários imperfeitos, repletos de limitações operacionais.

Tudo isso favorece o desenvolvimento de recursos decisórios modestos e sensíveis à prática jurídica, que possam organizar o debate e auxiliar a processo de tomadas de decisão.

Essas heurísticas decisórias podem ser compatíveis com uma visão hermenêutico-interpretativista, na medida em que não estabelecem um ambicioso método, como garantia prévia e absoluta de acesso à verdade. Contudo, as heurísticas serão incompatíveis se buscarem reduzir a complexidade da decisão apelando para critérios arbitrários - e há vários defensores de heurísticas nesse sentido.

Nesse sentido, pode-se citar como uma heurística os critérios desenvolvidos por um dos autores desse artigo (STRECK, 2017), consistente em 5 princípios interpretativos, 3 perguntas para distinguir ativismo judicial e judicialização da política e 6 hipóteses de não aplicação da lei.

## À GUIA DE CONCLUSÃO

Relações sociais e democracia estão evidentemente entrelaçadas. A crise nas e das democracias pode vir a desestabilizar essas relações. E por vezes, as relações sociais fraturadas-fragilizadas desestabilizam a democracia. Em vez de golpes militares, uma erosão motivada pelo acirramento dos conflitos políticos que as instituições democráticas visavam canalizar para resolução deliberativa.

A polarização de caráter afetivo atinge também os desacordos jurídicos que eram objeto da jurisdição constitucional, dificultando seu debate racional pelas Cortes e levando a uma percepção de que não se distinguiria de uma pura disputa de poder. Além disso, o caráter assimétrico da polarização (maior no sentido de uma radicalização de extrema-direita) leva a um violento refluxo com relação a decisões judiciais de importância histórica em defesa de minorias.

Em resposta a tais dilemas, as instituições vem se transformando. Cada vez mais, aposta-se em uma diluição da função das Cortes, por meio da defesa do aumento da importância de outras instituições que supostamente teriam maior capacidade técnica e maior legitimidade política para resolver desacordos jurídicos de grande apelo político-moral.

Como vimos, alguns autores defendem a própria abolição da jurisdição constitucional, em prol de arranjos onde vige a supremacia do Parlamento. Outros defendem seu enfraquecimento, por vias como os diálogos institucionais, abertura das Cortes à atuação de outros Poderes em litígios estruturais, deferência a Agências Reguladoras e controle de constitucionalidade pela Administração Pública.

Cada uma das mudanças mencionadas tem rendido vasta literatura acadêmica. Sem descer a tais pormenores, esse artigo focou num ponto central: de que modo as mudanças institucionais devem dialogar com o debate interpretativo sobre o que se espera de uma decisão judicial.

Defendeu-se aqui que o argumento jurídico manejado pelas Cortes contempla uma dimensão de justiça distinta da escolha política, de modo que a jurisdição constitucional – embora não seja uma necessidade conceitual ou um fato da natureza – apresenta vantagens sobre modelos que igualam essas instâncias de debate. Mostramos que isso pode ser feito ao mesmo tempo que se reconhece o benefício de um modelo dialógico, no qual a Corte não detenha monopólio interpretativo, mas possa se abrir (e ser deferente, quando for o caso) aos contributos argumentativos de outras instituições. Indo além, reconheceu-se a importância da dimensão institucional do debate sobre jurisdição constitucional, desde que isso não leve a uma supressão artificial da dimensão interpretativa que a questão envolve.

Isto posto, cabe uma palavra final sobre o futuro da jurisdição constitucional no contexto brasileiro, especialmente no que diz respeito a seu órgão de cúpula. O acirramento de nossa crise institucional vem sendo marcado por um novo desenho da relação entre os Poderes da República.

Nesse processo, tem surgido frequentemente a pauta de impeachment de ministros do STF e ampliação do seu número de vagas. O tema é de alta voltagem política, mas isso não deve lançar a pecha de viés político-partidário aos críticos dessas medidas. É evidente o risco populista que representam, fazendo parte do atual roteiro da erosão democrática em diversos países.

O debate teórico analisado aqui serve para demonstrar que existem propostas fundamentadas para mudança institucional no Judiciário e seu poder de controle de constitucionalidade, sem levar a uma intervenção

autoritária, que lhe incapacite de cumprir seu papel em nosso sistema de freios e contrapesos.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Os problemas são mencionados em vários textos esparsos da época, aparecendo sistematizados já em: SUNSTEIN 1993.
- <sup>2</sup> Pense-se aqui no tribunal como fórum de princípios, para Dworkin (DWORKIN, 2005. p. 41-104), ou na ideia de que ele exerce uma representação argumentativa, para Alexy (ALEXY, 2007). Contra isso, Jeremy Waldron acusa a maioria dos juristas de superestimarem o Judiciário e subestimarem o Legislativo quanto à capacidade de fazer um debate sobre direitos (WALDRON, 2003).
- <sup>3</sup> Criticando essas distorções: TASSINARI; LOPES, 2018; NEVES; LOPES, 2018; e LOPES, 2019.
- <sup>4</sup> Discordando aqui de ADLER; DORF, 2003.
- <sup>5</sup> Para os fins dessa discussão, não cognitivismo moral pode ser definido como a posição que tende a negar a possibilidade de conhecimento sobre questões do plano do dever ser, negar a aptidão para esse tipo de conhecimento ser do tipo verdadeiro/falso e negar a possibilidade de que sua veracidade ou falsidade sejam racionalmente demonstradas a outras pessoas.
- <sup>6</sup> Aqui, nos inspiramos no “argumento do progresso moral” formulado por Hillary Putnam. Nesse sentido, veja-se: COITINHO, 2022.
- <sup>7</sup> É evidente que nem todas as teorias da interpretação apostam nessa “capacidade moral” dos juízes. Uma coisa é apostar nessa espécie de privilégio cognitivo dos juízes; outra é fazer apostas na jurisdição a partir de interpretação judicial obedecendo critérios com robusta teoria da decisão. Isto porque a aposta no privilégio cognitivo representa um eterno retorno às posturas realistas – forma de positivismo fático-sociológico. Nesse sentido, as críticas ao voluntarismo e às interpretações discricionárias feitas pela Crítica Hermenêutica do Direito, que podem ser vistas em STRECK, 2020.
- <sup>8</sup> A crítica a esse acesso privilegiado é um ponto importante para Waldron (2009). Também o é para nós, na medida em que a defesa de uma jurisdição constitucional forte, no sentido de efetivação de direitos fundamentais, não precisa se confundir com a defesa do ativismo judicial, em termos de um voluntarismo de juízes (por mais bem-intencionados que eles se julguem). O controle público da fundamentação dessas decisões deve ser viabilizado por instituições democráticas e por uma cultura jurídica democrática, que exerça um “constrangimento epistemológico” sobre os juízes (STRECK, 2020).
- <sup>9</sup> Sunstein conclui pela superioridade da atuação dos juízes profissionais, justificada nesses termos, em pesquisa empírica comparando a atuação de juris e de juízes profissionais. Avaliando seus resultados (e com grande honestidade intelectual), cogita que a teoria de Dworkin retrate melhor o que ocorre na prática jurídica americana do que seu próprio modelo decisório. SUNSTEIN; KAHNEMAN; RITOV; SCHKADE, 2002.
- <sup>10</sup> Nesse sentido, as Cortes poderiam ser vistas como instituições da democracia representativa cuja independência do processo eleitoral traria algumas vantagens, e não apenas um déficit de legitimidade, como muitos acusam. A principal dessas vantagens seria sua aptidão a exercer uma “representação argumentativa”, legitimada por argumentos com base no direito existente, e não uma “representação volitiva”, que respondesse de modo populista a qualquer maioria de ocasião (ALEXY, 2007. p. 153). Usando outra terminologia, a defesa que Dworkin (e a maioria dos autores) faz do judicial review veicula ideias semelhantes.
- <sup>11</sup> Defendendo essa visão: ABBOUD, 2020. p. 1253-1306 e TOMAZ DE OLIVEIRA; STRECK, 2014.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 1253-1306.

ADLER, Matthew; DORF, Michael. C. **Constitutional Existence Conditions and Judicial Review**. *Virginia Law Review*, vol. 89, n. 6, 1105-1202, Oct. 2003.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COITINHO, Denis. **O argumento do progresso moral**. Estado da arte, São Paulo, 27 jun. 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/argumento-progresso-moral-coitinho/>. Acesso em: 09 out 2022.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2005.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term – foreword: forms of justice. **Harvard Law Review**, v. 93, p. 1-58, 1979.

FUKS, Mario; MARQUES, Pedro. **Afeto ou ideologia: medindo polarização política no Brasil**. In: ENCONTRO DA ABCP, 12., 2020, João Pessoa. Anais eletrônicos [...], João Pessoa, Universidade Federal da Paraíba, 2020. p.1-15.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights Isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, [S. l.], v. 35, n. 1, p. 81, Mar./June. 1997.

IYENGAR, S.; SOOD, G.; LELKES, Y. **Affect, Not Ideology: A Social Identity Perspective on Polarization**. *Public Opinion Quarterly*, vol. 76 n. 3, p. 405-431, set. 2012.

KRAMMER, Larry. **The people themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. Oxford University Press. 2004.

LANDAU, David, Abusive Constitutionalism (April 3, 2013). 47 UC **Davis Law Review** 189 (2013); FSU College of Law, Public Law Research Paper No. 646.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How Democracies Die**: What History Reveals About Our Future. New York: Crown, 2018.

LOPES, Ziel FERREIRA. **Onde habita o juiz Hércules?** Uma aproximação entre teorias da interpretação e questões institucionais. 2020. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2020.

LOPES, Ziel Ferreira. O minimalismo poderia melhorar as relações entre Judiciário e Legislativo?. In: **Anais Sociology of Law 2019**: o direito na sociedade tecnológica, 2019, Canoas/RS. O Direito na sociedade tecnológica. Canoas/RS: Unilassale, 2019. v. 1. p. 2508-2529.

MOUFFE, Chantal. Deliberative democracy or agonistic pluralism? **Social Research**, [S. l.], v. 66, n. 3, p. 745-758, Sept./Dec. 1999. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/40971349.pdf?seq=1>. Acesso em: 05 mar. 2020.

NEVES, Isadora Ferreira ; LOPES, Ziel Ferreira. Desafios aos diálogos institucionais no Brasil: o papel do STF na relação entre Poderes.. In: **Sociology of Law**, 2018, Canoas. O direito entre o caos e desconstrução. Canoas: UNILASSALLE, 2018. v. 1. p. 1256-1265.

POST, Robert; SIEGEL, Reva B. **Roe Rage**: democratic constitutionalism and backlash. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, New Haven, v. 42, p. 373-434, 2007. Disponível em: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel\\_RoeRageDemocratic](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Siegel_RoeRageDemocratic)

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. **The University of Chicago Law Review**, Vol. 85, 2018, p. 545-583.

STRECK, L. L.. O que é isto — textualismo e originalismo? O que é, afinal, interpretar?. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1 - 4, 30 jun. 2022.

STRECK, Lenio. Constrangimento epistemológico. In: **Dicionário de hermenêutica jurídica**: 50 verbetes fundamentais de teoria do direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUNSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. Harvard University Press, 1993.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. From theory to practice. Order of the coif lecture: response. **Arizona State Law Journal**, [S. l.], v. 29, p. 389-404, 1997. Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12283&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12283&context=journal_articles). Acesso em: 10 dez. 2017.

SUNSTEIN, Cass R.; KAHNEMAN, Daniel; RITOV, Ilana; SCHKADE, David. Predictably incoherent judgments. **Stanford Law Review**, [S. l.], v. 54, p. 1156-1157, 2002. Disponível em: [http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12414&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12414&context=journal_articles). Acesso em: 10 dez. 2017.

SUNSTEIN, Cass. **Legal reasoning and political conflict**. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2018.

TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel Ferreira. Os diálogos institucionais são o remédio para o ativismo judicial?. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1 - 1, 19 maio 2018.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; STRECK, Lenio Luiz . Fiscalização da constitucionalidade não é vedada ao Conselho Nacional de Justiça. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 ago. 2014.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **The John Marshall Law Review**, vol. 37, p. 523-553, 2003.

VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty**: an institutional theory of legal interpretation. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1991.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review, **Yale Law Journal**, n. 115, 2006.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law**, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 2-24, Jan. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mon035>. Acesso em 25 fev. 2020.

Recebido em: 17 -11 - 2022

Autores convidados

### ***Lenio Luiz Streck***

Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor titular da Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS/RS) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ). Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional — ABDConst. Coordenador do Dasein — Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Advogado. Ex-Procurador de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

### ***Ziel Ferreira Lopes***

Doutor (com bolsa CNPq) em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, na linha de pesquisa em Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, sob orientação do Professor Doutor Lenio Luiz Streck. Mestre (com bolsa Capes/PROEX) em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, na linha de pesquisa em Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, sob orientação do Professor Doutor Lenio Luiz Streck. Graduação em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Professor adjunto na UNIVASF e no Mestrado Profissional em Administração Pública em Rede Nacional (PROFIAP). Coordenador e professor do Curso de Direito da UNIFAN – Casa Nova/BA. É integrante do grupo de pesquisa Hermenêutica Jurídica, vinculado ao CNPq, do DASEIN - Núcleo de Estudos Hermenêuticos, e do Historiar! Núcleo de Estudos Hermenêutico-Constitucionais. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual. E-mail: [zf.lopes@hotmail.com](mailto:zf.lopes@hotmail.com)

### **Universidade do Vale do Rio dos Sinos**

Av. Unisinos, 950 - Cristo Rei,  
São Leopoldo - RS, 93022-750