



A PERFORMANCE DELIBERATIVA DA CORTE CONSTITUCIONAL E A EFICÁCIA DA DECISÃO ESTRUTURAL NO CONTEXTO DA EROSÃO DEMOCRÁTICA

The Constitutional Court's deliberative performance and the efficacy of the structural decision in the context of democratic erosion

Emanuel Melo

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN)/Professor Assistente. – Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6362433441956640> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6802-5704>

E-mail: emanuelmelo@uern.br

Trabalho enviado em 14 de junho de 2022 e aceito em 07 de outubro de 2022



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.04., 2022, p. 2420-2445.

Emanuel Melo

DOI: 10.12957/rqi.2022.68229

RESUMO

O presente artigo busca investigar em que medida a concepção de Corte Constitucional como agente capaz de deliberar, no sentido atribuído por Conrado Hubner Mendes, pode favorecer a eficácia da respectiva decisão especificamente em casos de inconstitucionalidade estrutural no cenário da atual erosão democrática. Em tais casos, poderosas estruturas baseadas em preconceito, na manipulação do medo ou no ódio podem se opor às mudanças sociais pretendidas pela Corte, fazendo com que a noção em torno da moralidade constitucional da comunidade, desenvolvida por Wil Waluchow, mostre-se relevante para o enfrentamento de meras opiniões morais inconstitucionais. A questão central da pesquisa, assim, é: como a deliberação pode contribuir para a formação de um precedente capaz de resistir às forças políticas autoritárias, opositoras à transformação social pretendida? A metodologia da pesquisa congrega as teorias mencionadas com um específico estudo de caso levando em conta a realidade brasileira nos presídios, a partir do estado de coisas inconstitucional declarado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347. O texto conclui sustentando a possibilidade de a deliberação interna da Corte contribuir para a eficácia, a partir da formação de precedentes formal e materialmente fortes, no âmbito interno da deliberação, e a partir da busca efetiva por parceiros na política e na sociedade com interesse em cooperar com a execução da decisão, no âmbito externo.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade estrutural; deliberação; estado de coisas inconstitucional; erosão democrática;

ABSTRACT

This paper seeks to investigate in what extent a Constitutional Court as a deliberative agent, in the sense developed by Conrado Hubner Mendes, may contribute to the efficacy of a judicial decision in a case concerning structural unconstitutionality. In this scenario, powerful structures founded on prejudice, manipulation of fear of even hate may oppose the social changes aimed by the Court, attracting the importance of Wil Waluchow's community constitutional morality in the context of the struggle against the mere unconstitutional moral opinions. The question of this research is: how deliberation may help the creation of a precedent able to resist those non-democratic political forces which opposes the social transformations? The methodology mixes the theories before mentioned with a case study very important in the Brazilian reality concerning the penitentiary system and the unconstitutional state of affairs declared by the Brazilian Supreme Court in the ADPF 347. The text concludes sustaining that Court's internal deliberation may contribute to the efficacy by creating strong precedents and, in the external aspect, contributing to find political and social partners interested on the cooperation with the Court on the implementation of the decision.

Key-words: structural unconstitutionality; deliberation; unconstitutional state of affairs; erosão democrática;

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca investigar em que medida a concepção de Corte Constitucional como agente capaz de deliberar no exercício do controle de constitucionalidade pode favorecer a eficácia¹ da respectiva decisão especificamente em casos de inconstitucionalidade estrutural² em contextos marcado pelo processo de erosão democrática. Em tais conflitos, esse tipo de inconstitucionalidade demonstra-se a partir de uma sistemática ofensa aos direitos fundamentais de diversas pessoas ou grupos por um período de tempo capaz de tornar a execução da decisão que a declare bastante dificultosa, ainda mais quando, em diferentes medidas, os próprios Poderes tenham contribuído para tal situação.

O texto parte da premissa de que a política desempenha papel ainda mais importante nesses casos de inconstitucionalidade estrutural, pois a solução efetiva do caso, com a posterior execução da decisão, vai demandar algum tipo de cooperação entre os Poderes, afastando-se da concepção em torno da supremacia judicial e da última palavra definitiva no Judiciário. Tais demandas estruturais, por outro lado, põem em relevo a necessidade de se desenvolver alguma forma de diálogo efetivo entre as instituições, marcadas pelo extremismo num cenário no qual, no caso brasileiro, busca-se negar os direitos humanos dos presos a partir de ideologia a qual desafia própria Constituição de 1988.

Investiga-se, como dito, se e em que medida a performance deliberativa da Corte pode favorecer esse tipo de interlocução num contexto de considerável animosidade política e de desacordos não razoáveis, pois: a) caso os demais Poderes, de algum modo, tenham contribuído para a formação da estrutura inconstitucional, por ação ou omissão, eles já estão numa posição de, pelo menos,

¹ A eficácia do direito é tema típico de sociologia do direito, interessando a qualquer investigação específica que busque delinear o impacto de uma norma ou decisão judicial na sociedade. Assim, é recorrente a diferenciação entre a eficácia instrumental e a eficácia simbólica o direito. Garavito, por exemplo, sustenta que através da primeira, tem-se diretamente a mudança social pretendida, com o cumprimento específico da obrigação elencada na norma jurídica, seja na lei ou numa decisão judicial (GARAVITO; FRANCO; 2010, p, 18-19; 24-25). Através da segunda, por outro lado, não se alcança tal objetivo, mas sim efeitos extrajudiciais relacionados à: a) educação da sociedade a partir da visibilização de problema antes ignorado; b) mudança na opinião pública, a qual seria capaz, a longo prazo, capaz de criar as condições para a eficácia instrumental. Como decorrência desses efeitos, ter-se-ia, por exemplo, a criação de um campo de atores, como membros da sociedade civil ou associações, que se agregam para buscar solucionar o problema (GARAVITO; FRANCO; 2010, p, 61). Desse modo, a referência à eficácia no decorrer do texto deve ser entendida no aspecto instrumental, no sentido de que a política, ao se contrapor à determinada ideologia contrária aos direitos fundamentais, possa garantir o maior cumprimento possível da prescrição contida na decisão estrutural.

² Prefere-se a utilização da expressão inconstitucionalidade estrutural ao invés de processos estruturais ou litígios estruturais, mais comuns da doutrina, porque a presente pesquisa não limita o controle de tal inconstitucionalidade aos Tribunais, para os quais expressões como “processo” ou “litígio” são mais comuns. Levando em conta que a tarefa do jurista deve ser, também, colocar o povo no centro da discussão jurídica (UNGER, 2017, p. 71-72), o texto admite a interpretação extrajudicial da constituição (WHITINGON, 2001.), ou seja, a possibilidade e o dever de os demais Poderes buscarem caminhos para a superação das mais diversas estruturas inconstitucionais existentes na sociedade, incluindo aquelas evidenciadas através de decisão judicial, a qual vai demandar, necessariamente, algum tipo de diálogo ente os Poderes.

demonstrarem falta de interesse na solução da questão, a qual, por isso mesmo, precisara ser judicializada; b) esse problema pode se agravar ainda mais se, ao invés de mero desinteresse, os demais agentes políticos atuarem, abertamente, para o descumprimento da decisão, em situação de grave polarização política com a Corte, quando estão em jogo, por exemplo, preconceitos ou medo na tomada de decisão coletiva. Em situações desse tipo, a deliberação pode auxiliar na eficácia da decisão? Eis a questão central do texto.

Para enfrentar a questão dos desacordos não razoáveis no contexto da polarização política que explore o medo ou o preconceito das pessoas, a noção em torno da moralidade constitucional da comunidade, desenvolvida por Wil Waluchow, será testada como instrumento capaz de enfrentar a polarização, quando se diferencia uma mera opinião moral repleta de preconceitos, de um verdadeiro comprometimento moral ou, finalmente, da moralidade constitucional da comunidade. A partir dela, assim, será possível demonstrar como os desacordos entre aqueles que buscam a manutenção de uma estrutura inconstitucional não são razoáveis, precisamente porque baseados em preconceito, medo ou ódio.

Em seguida, uma das propostas mais promissoras para se colocar em prática a luta pela superação de opiniões morais preconceituosas, qual seja, o modelo deliberativo proposto por Conrado Hübner Mendes será desenvolvido. Tal proposta corresponde a um modelo “pragmático, ainda que principiológico”, sustentando a necessidade de fundamentação adequada à Constituição, a qual, portanto, deve ser baseada em princípio, com a necessária possibilidade de execução da decisão, levando a sério a política do controle de constitucionalidade.

A metodologia empregada na pesquisa conjuga teoria, a partir, principalmente, dos respectivos referenciais citados anteriormente, com estudo de caso, voltado especialmente para a situação prisional brasileira. Nessa linha, tem-se que o tema é relevante e atual, pois diz respeito ao Estado de Coisas Inconstitucional³ declarado pelo Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347, em relação ao sistema penitenciário nacional. O mérito do caso não foi julgado ainda, mas a decisão liminar proferida em 2015 apresenta problemas na implementação quando se constata, por exemplo, a não implementação efetiva das audiências de custódia (BRASIL, 2016).

O texto inicia caracterizando a realidade brasileira em torno do avanço do processo de erosão democrática, sendo importante para situar os obstáculos políticos da Corte diante de eventual decisão

³ Deve-se advertir que o ECI não é o único caso de inconstitucionalidade estrutural decidido pelo STF e, muito menos, pelo Judiciário brasileiro. Questões relacionadas à judicialização da saúde, por exemplo, ostentam características muito semelhantes ao ECI ao determinar a tomada de medidas estruturais pelos Poderes. Roberto Gargarella, por exemplo, também elenca como exemplo de processos estruturais, justamente, o caso de judicialização da saúde no Brasil. (GARGARELLA, 2014, p. 112)

estrutural que contrarie algum interesse importante do regime. Em seguida, investiga-se os limites para aplicação da moralidade constitucional da comunidade como instrumento para superar os desacordos não razoáveis, amplamente difundidos em cenários políticos como o descrito anteriormente. Finalmente, continua com a explanação necessária acerca do caráter deliberativo da Corte Constitucional, perquirindo quais as vantagens que tal modelo pode oferecer para a eficácia da decisão especialmente na fase pós-decisória na qual a interação com os demais Poderes vai se mostrar mais proeminente. A partir da necessidade em torno da deliberação externa, o processo de erosão democrática será retomado, investigando-se a importância de uma série de precedentes coerentes entre si para possibilitar a eficácia pretendida.

2. A POLÍTICA AUTORITÁRIA NO CONTEXTO DA EROSÃO DEMOCRÁTICA PÓS-PANDEMIA

O projeto constitucional de 1988 está sob forte ataque levado a cabo por diversas condutas desenvolvidas por agentes públicos e privados que desafiam o caráter social e inclusivo preconizado pelos constituintes. No âmbito do sistema penitenciário, tal ataque é ainda mais fortemente sentido quando se constata a existência de um grupo minoritário o qual ameaçou a ordem pública, valor fundamental para o conservadorismo. Tal processo erosivo, além de disseminado pela sociedade e instituições, ocorre aos poucos, como bem explica Emílio Peluso Neder Meyer:

A erosão constitucional significa uma prolongada situação no tempo onde diferentes desafios para a estrutura constitucional de um país repetidamente ocorrem, sem, isoladamente, romperem por completo o sistema constitucional. Mesmo assim, a partir de análises individuais, todos esses desafios minam algum aspecto primordial do projeto definido na Constituição. A erosão constitucional não pode ser simplesmente comparada com uma simples ruptura, como seria equivalente a uma destruição constitucional – por exemplo, numa situação de golpe de estado militar. A erosão constitucional descreve circunstâncias nas quais o sistema é continuidade desafiado, atingindo a possibilidade de a identidade constitucional permanecer a mesma. (MEYER, 2021, p. 8-9)

No Brasil, o avanço da extrema direita vivenciado em outros países tem sido levado a cabo pelo bolsonarismo⁴, o qual tem buscado, lentamente, corroer diversas políticas públicas as quais

⁴ Pode-se considerar a eleição de Jair Bolsonaro como um acontecimento chave para a erosão constitucional brasileira (MAFEI; BUSTAMANTE; MEYER, 2021, p. 1), pois, muito embora o autoritarismo brasileiro seja tratado um fenômeno histórico que precede tal vitória política, é importante considerar a influência que tal liderança assumiu para movimentos já existentes, como, por exemplo, os de defesa aos persistentes legados da ditadura militar. A expressão “bolsonarismo” já tem sido utilizada nas pesquisas em Ciência Política (AVRITZER; KERCHER; MARONA, 2021) e no Direito (MAFEI; BUSTAMANTE; MEYER, 2021) para caracterizar esse específico traço da erosão constitucional brasileira.

concretizavam a Constituição de 1988. Um exemplo marcante no cenário do estado de coisas inconstitucional referiu-se à tentativa de dismantelar o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura a partir do Decreto 9.831 do Presidente da República ao prever que o trabalho dos respectivos peritos passaria a ser desenvolvido de modo voluntário, inviabilizando, na prática, a fiscalização da tortura no ambiente prisional⁵. Atos desse tipo contribuem, paulatinamente, para a perda da identidade constitucional, pois diversos direitos fundamentais previstos justamente para preservar o ser humano da tortura, um dos mais graves legados da ditadura militar, são fragilizados pelo próprio poder político.

O contexto da gradual fragilização das instituições, incluindo a penitenciária, como será demonstrado na última seção deste texto, restou ainda mais dramático a partir da pandemia do COVID-19. Em situações de emergência, há um risco considerável de que direitos ou mesmo o sistema constitucional como um todo sejam afetados irreversivelmente em razão da ameaça, a qual pode compreender desde agressões estrangeiras e guerras até calamidades naturais de grande proporção. Nesse sentido, as constituições normalmente regulamentam os poderes excepcionais que alguma autoridade, como o Executivo, poderá empregar nessas situações, definindo a exata medida necessária de arbítrio para superar a crise. Isso mostra que há um aspecto estritamente conservador na competência emergencial conferida ao detentor do poder, que não poderá, por exemplo, promover mudanças institucionais nos demais órgãos do Estado ou adotar qualquer medida estranha à situação enquanto perdurar o estado de excepcionalidade⁶ (FEREJOHN; PASQUINO, 2004, p. 210-212).

Buscando caracterizar o fenômeno bolsonarista enquanto conceito político, pode-se citar três elementos chave :a) o elogio ao tipo ideal do “cidadão de bem” que se posiciona contra a corrupção, a vitimização, a esquerda ou a dependência da assistência estatal, difundido mesmo diante da certa heterogeneidade dos apoiadores do movimento; b) o presidencialismo de coalizão, no sentido de o Poder Executivo depender do apoio de múltiplos partidos na relação com o Legislativo; c) a relação complexa entre Executivo e Judiciário pois, se por um lado o Presidente da República não tem conseguido controlar o STF, tal Corte e outros juízes parte são em parte responsáveis pela erosão constitucional brasileira, na medida em que produzem decisões não devidamente fundamentadas em casos relevantes para o Direito Constitucional (MAFEI; BUSTAMANTE; MEYER, 2021, p. 1). É precisamente devido ao ponto que diz respeito à relação entre os Poderes que este artigo investiga a difusão do bolsonarismo nas instituições através da política que se contrapõe à uma decisão estrutural do STF.

⁵ Levando em conta a magnitude dos trabalhos a serem desempenhados pelos peritos num território extenso como o brasileiro, é fácil concluir que tal função somente poderá ser desempenhada adequadamente se for efetivada de modo remunerado, tendo em vista a profissionalização e continuidade que merece. Alterar a disciplina regulamentar para atribuir um caráter voluntário à tal atuação equivale a esvaziar o órgão na exata medida em que as pessoas com preparo técnico para tal função não se sentirão mais atraídas para tanto. A remuneração ainda é um fator que garante independência na função a ser desempenhada. Nesse sentido, tem-se a afirmação de Deborah Duprat de que, em relação ao papel desempenhado pelos peritos, que “é o êxito dessa atuação, e não o seu fracasso ou o seu baixo resultado, a razão das alteração [*sic*] agora promovidas na remuneração de seus peritos” (BRASIL, 2019, p. 11).

⁶ A doutrina aponta que as atuais ideias e estipulações normativas em torno dos poderes de emergência decorrem em grande medida da configuração da ditadura romana, sendo especialmente impactante o trabalho do antigo historiador Polybius e dos pensadores Maquiavel, Montesquieu, Rousseau. No plano normativo, as Constituições de Weimar, na Alemanha de 1919 e a Constituição Francesa de 1958 são também sempre lembradas como exemplos de positivação de tais medidas (FEREJOHN; PASQUINO, 2004, nota de rodapé 3, p. 211). Uma diferença marcante entre o modelo clássico e o moderno, no entanto, refere-se à titularidade do poder ditatorial, pois, enquanto em Roma ele recairia sobre um homem não necessariamente ligado aos ofícios públicos, bastando que fosse detentor de habilidades

Como sustenta Gabor Átila Tóth, uma das maneiras de se identificar o autoritarismo refere-se a esse empoderamento do Executivo em contextos emergenciais; especificamente, quando alguma concepção autoritária é colocada em prática e os poderes do Executivo não conseguem ser limitados à situação que ensejou a exceção, passando tal Poder a ser o único ou mais poderoso “guardião da Constituição”. Nesse contexto, a declaração de emergência representa, assim, um passo decisivo para, na verdade, formar ou ampliar o poder de um regime autoritário (TÓTH, 2019, p. 58).

O negacionismo de Jair Bolsonaro quanto à pandemia do COVID-19 parte de uma implícita reivindicação moral não devidamente analisada pela teoria política contemporânea, qual seja, a ideia de uma liberdade sem a devida responsabilidade correspondente, a qual libera seus seguidores de quaisquer deveres que poderiam ser exigidos numa perspectiva liberal ou mesmo comunitária (BUSTAMANTE; MENDES, 2021, p. 181). Desse modo, trata-se de uma concepção de liberdade que se aproxima da tese de Thomas Hobbes, diferindo desta, no entanto, na medida em que, para o bolsonarismo, as concepções de liberdade em si não seria negociáveis através de contrato social, eis que dotadas de valor moral intrínseco (BUSTAMANTE; MENDES, 2021, p. 181).

É a partir dessa concepção de liberdade que podem ser pensadas respostas adequadas aos apoiadores do bolsonarismo (BUSTAMANTE; MENDES, 2021, p. 182). Nesse sentido, diferentemente do que se poderia preliminarmente supor, os aspectos centrais do iliberalismo brasileiro não buscam unir todos os apoiadores do bolsonarismo sob uma única doutrina sobre o que seria o bom ou desejável, pois tal tipo de autoritarismo não apresenta um “esquema coerente de ideias” (BUSTAMANTE; MENDES, 2021, p. 183). É nesse sentido que pode ser compreendido o caráter fragmentário da ideologia bolsonarista, como a mencionada heterogeneidade de seus apoiadores indica.

Essa compreensão sobre o autoritarismo brasileiro, desenvolvido de modo difuso e gradual, como sustentado por Emílio Peluso Neder Meyer, e dotado de variações ou contradições ideológicas, como defendido por Thomas Bustamante e Conrado Hubner Mendes, é suficiente para caracterizar a política que contrapor-se-á à decisão judicial estrutural. Esse enfrentamento, no entanto, demanda a prévia análise em torno de como movimentos desse tipo, mesmo que apoiados por boa parte da população, não podem ser adequados à uma moralidade considerada em termos constitucionais.

especiais e virtudes, nos modelos constitucionais modernos tal poder é conferido a quem detém um mandato político e goza, então, de alguma legitimidade (FEREJOHN; PASQUINO, 2004, p. 213).

3. ENFRENTANDO OS DESACORDOS NÃO RAZOÁVEIS ATRAVÉS DA MORALIDADE CONSTITUCIONAL DA COMUNIDADE

Um dos possíveis instrumentos daqueles que se opõem à eficácia de uma decisão estrutural é a utilização de preconceito ou a manipulação do medo para que a estrutura inconstitucional mantenha-se produzindo efeitos. Após a decisão no caso *Brown x Board of Education of Topeka* (1954), por exemplo, políticos americanos chegaram a se opor abertamente à execução da decisão da Suprema Corte que determinava o fim da segregação racial no sistema educacional. Para agradar sua base eleitoral branca, como fizera o então candidato nas eleições de 1962 ao governo do Estado do Alabama George Wallace, este adotara como slogan de campanha “segregação hoje, segregação amanhã, segregação para sempre”. (KLARMAN, 2002, p. 30)

Diante desse cenário, a teoria de Wil Waluchow desponta como importante para a eficácia instrumental da decisão que declara a inconstitucionalidade estrutural porque propõe-se a enfrentar essas patologias a partir de uma justificativa para o controle judicial que diferencie claramente as meras opiniões morais das pessoas, o verdadeiro comprometimento moral e a moralidade constitucional da comunidade. Uma mera opinião moral, reitera-se, não corresponde a um desacordo razoável na exata medida em que baseada em preconceitos, medo ou, até mesmo, ódio.

O autor, ainda, leva muito a sério a crítica de Jeremy Waldron acerca dos preconceitos da teoria do direito com a legislação, normalmente vista como produto de acordos de má-fé, repletos de debates retóricos, baseados na cacofonia ou mesmo na corrupção do Parlamentos, (WALDRON, 1999B, p. 1-2) enquanto os juízes, por outro lado, são vistos comumente como agentes mais virtuosos. Waluchow, apesar de crítico de Waldron, reconhece que ele está correto nessa percepção acerca de como os políticos são retratados, a ponto de desenvolver um modelo ideal de político⁷ que vai analisar criticamente a vontade de seus eleitores, tomando uma decisão com base em princípio, ou seja, não obedecendo a mera lógica eleitoral em busca de reeleição e protegendo, também, o direito das minorias. (WALUCHOW, 2007, p. 97)

Os juízes divergem acerca do que é o direito. Há, pelo menos, três tipos de desacordos nos processos judiciais, relacionadas às: a) questão de fato; b) questões de direito; c) questões de

⁷ A análise do desempenho político do representante surge a partir da defesa do direito das minorias numa comunidade na qual há uma minoria cultural própria, e a relação deles com o citado representante. Imagine-se um projeto de lei buscando impor determinada língua a essa minoria, extinguindo a língua original deles, mesmo sabendo que ela é a única língua do grupo. Waluchow vai analisar a postura desse parlamentar virtuoso ao decidir, após muita reflexão, votar contra a maioria e não admitir a aprovação da lei do idioma. Percebe-se, assim, como a estratégia é diferente daquela normalmente empregada no Direito Constitucional, quando os políticos, repita-se, são vistos como agentes não razoáveis.

moralidade política e de obediência ao direito. (DWORKIN, 1986, p.3) O desacordo que mais interessa à presente pesquisa é o terceiro, pois diz respeito, precisamente, aos desacordos que podem levar à desobediência de uma decisão judicial quando, repita-se, com base em alguma teoria preconceituosa, nega-se cumprimento a uma decisão que busca corrigir alguma inconstitucionalidade estrutural. Para demonstrar como nem todo desacordo é razoável, deve-se compreender e diferenciar as meras opiniões morais da moralidade constitucional da comunidade.

A moralidade constitucional da comunidade não se confunde com a moral individual de qualquer pessoa, inclusive a do juiz, nem com a moralidade de várias pessoas ou de um determinado grupo. Trata-se da moral constitucional da comunidade como um todo, atraindo-se, obviamente, a difícil questão em torno da correta identificação dessa moralidade, especialmente em sociedades multiculturais como Estados Unidos, Canadá (WALUCHOW, 2007, p. 220-221) e, adiconaria, Brasil. Apesar de todas as diferenças culturais, com claro reflexo na moralidade da comunidade, Waluchow aposta na possibilidade em torno de algum tipo de “consenso sobreposto”, seguindo em alguma medida John Rawls, em pelo menos alguns dos direitos previstos na Carta de Direitos, havendo acordo na tomada de decisão sobre certas questões, como a justiça, mesmo que a fundamentação ou a especificação dessa abstração não seja compartilhada, tendo em vista concepções diversas sobre ela⁸. (WALUCHOW, 2007, p. 221)

Caso se faça uma reflexão cuidadosa, é possível que se encontre pelo menos algum grau de consenso sobreposto nas questões envolvendo a interpretação das Cartas, tornando alguns tipos de desacordos não razoáveis. (WALUCHOW, 2007, p. 222) É um lugar comum na filosofia moral que a moralidade individual de uma pessoa pode ser “internamente inconsistente, baseada em falsas crenças e preconceitos, sendo sujeitas à crítica racional” (WALUCHOW, 2007, p. 223) sendo que, a partir de tal busca por aprimoramento, pode-se alcançar algo como um “equilíbrio reflexivo”, na leitura que Waluchow propõe de John Rawls, quando se alcança algum grau de coerência entre aqueles princípios, regras e decisões mais particulares.

Nesse sentido, Waluchow vai diferenciar uma mera opinião moral, por um lado, de um verdadeiro comprometimento moral. A opinião moral corresponde às visões morais que não foram criticamente examinadas para se alcançar o equilíbrio reflexivo, enquanto o verdadeiro comprometimento moral passou por tal procedimento. (WALUCHOW, 2007, p. 223-224) As pessoas podem admitir que, apesar das diferentes opiniões morais, elas, na verdade, compartilham o mesmo comprometimento, ou seja, descubrem que estavam equivocadas em algum ponto e concordam com

⁸ Por exemplo, as pessoas podem concordar com a justiça ou a igualdade num plano mais abstrato, mas discordar mais especificadamente acerca da correção de ações afirmativas.

algo fundamental, após diálogo franco e aberto. Se isso for verdade, há fortes implicações no controle judicial, pois o juiz, ao decidir, além de não estar aplicando sua moralidade pessoal, estaria auxiliando as pessoas a analisarem criticamente seus preconceitos, promovendo aprendizado público. (WALUCHOW, 2007, p. 224)

Assim, a resistência à eficácia de uma decisão que declare a inconstitucionalidade estrutural do sistema penitenciário nacional baseada, fortemente, em concepções leigas que defendam ideias como “bandido bom é bandido morto”, apresenta mera opinião moral repleta de preconceito que não resiste à análise reflexiva em prol da moralidade constitucional da comunidade. Nesse cenário, ocorre o que o autor denomina de dissonância avaliativa, a saber, estado no qual a pessoa não consegue avaliar adequadamente a situação na qual se encontra em face de vivenciar estados mentais como o preconceito ou medo. Em situações desse tipo, a vontade do grupo que se opõe à mudança estrutural mostra-se inautêntica na exata medida em que colide com as crenças mais fortes da comunidade expressadas na moralidade constitucional da comunidade. (WALUCHOW, 2007, p. 88-89)

É preciso, no entanto, ainda esclarecer como a moralidade constitucional da comunidade pode ser identificada. Nesse empreitada, Waluchow inicia apontando como, surpreendentemente, as considerações efetivadas pela filosofia moral no sentido de diferenciar as meras opiniões morais de um verdadeiro comprometimento moral, são ignoradas no debate em torno do controle judicial de constitucionalidade, pois, quando não se concorda com determinada decisão, a crítica é sempre direcionada às supostas opiniões morais do julgador, olvidando-se que aquela pode, na verdade, estar expressando um verdadeiro comprometimento moral. Por exemplo, quando se critica decisão que admite o casamento entre pessoas do mesmo sexo, não se admite que, diferentemente do que apontam as meras opiniões, há princípios fundamentais compartilhados na comunidade que autorizam tal decisão e apontam para uma dissonância avaliativa por parte dos críticos. (WALUCHOW, 2007, p. 224-225)

Além da moral individual e dos verdadeiros comprometimentos morais, há o conceito da moralidade constitucional da comunidade, pois as normas morais previstas na Constituição não se relacionam às duas primeiras, mas à ideia de moralidade constitucional, a qual corresponde a um acréscimo na ideia do verdadeiro comprometimento, pois, de algum modo, estes estão vinculados ao direito constitucional e suas práticas. Nesse sentido, a moralidade constitucional da comunidade seria um subconjunto da moralidade da comunidade, compreendendo esta sem qualquer relação com as instituições jurídicas, diferentemente daquela (WALUCHOW, 2007, p. 226-227)

O autor volta a sustentar sua tese contra críticos que diriam ser impossível encontrar, em sociedades complexas e pluralistas, essa moralidade constitucional da comunidade. Ele reafirma que, pelo menos em alguma parte da Carta de Direitos, é possível encontrar em consenso sobreposto e sustentar o erro de meras opiniões morais. Em outros casos, como questões altamente controversas como o aborto, é mais provável que não haverá tal espécie de consenso. (WALUCHOW, 2007, p. 228)

Uma vez reconhecido o desacordo não razoável, o qual nega direitos fundamentais a minorias com base em preconceito, medo ou ódio, como se tem com parcela da população que não aceita a proteção aos direitos fundamentais de presos, é preciso pensar como essa patologia pode ser superada na prática, garantindo-se eficácia à decisão que declara a inconstitucionalidade estrutural. A deliberação da Corte Constitucional, especialmente a partir das possibilidades trazidas com a interlocução externa entre os demais atores sociais e os Poderes, merece ser levada a sério.

3. A DELIBERAÇÃO DA CORTE NA DEMANDA ESTRUTURAL E COMO OS PRECEDENTES PODEM SE CONTRAPOR AO AUTORITARISMO

A inconstitucionalidade estrutural atrai a concepção em torno das teorias do diálogo entre os poderes no controle de constitucionalidade, pois, a partir do momento que a Corte admite declarar a inconstitucionalidade em face de situações concretas de deficiência estrutural ela também vai ter de admitir a necessidade de procurar algum tipo de auxílio político para implementar sua decisão (UNGER, 2004, p. 147). A ideia de um juiz que decide sozinho, ao modelo de Hércules, não captura a realidade dos órgãos colegiados do Judiciário nem a política do controle de constitucionalidade, no sentido de que, se é certo que o direito desempenha papel na tomada de decisão judicial, as circunstâncias políticas na qual a Corte está inserida também e, ao se levar isso em conta, tem-se, pelo menos, uma descrição mais correta da tomada de decisão (FRIEDMAN, 2005, p. 271)

Desde 1803, com o famoso precedente *Marbury x Madison*, diversas teorias têm sido desenvolvidas para justificar o controle judicial de constitucionalidade e, especialmente, o papel das Cortes Constitucionais nessa tarefa⁹. O modelo deliberativo analisado neste texto, não é, portanto, a única maneira de atuar da Corte, mas, como será demonstrado, apresenta vantagens que, comparativamente com os demais, favorece a eficácia da decisão estrutural, pois confere especial

⁹ Dentre as diversas concepções possíveis, destacam-se: a) o procedimentalismo preconizado, por exemplo, por Waldron quando aponta que a representação é o direito dos direitos no contexto dos desacordos morais, cabendo ao Parlamento resolvê-los (WALDRON, 1999A, p. 254); b) a concepção de democracia constitucional de Dworkin, para quem o controle judicial justifica-se substancialmente, ou seja, a partir da resposta correta às questões jurídicas, sendo dever dos juízes garantir a igual consideração e respeito aos cidadãos de uma comunidade fraternal de princípios seja qual for o direito em jogo (DWORKIN, 1996, p. 29-31).

atenção ao momento da deliberação externa pós-decisória e à necessária interação com demais Poderes para cumprimento da decisão.

É preciso, inicialmente, apontar brevemente em que consiste a deliberação e porque se sustenta neste texto que tal modelo de tomada de decisão é importante para garantir a eficácia da decisão que declara a inconstitucionalidade estrutural. Com isso, obviamente, não se quer dizer que a eficácia estará garantida, unicamente, a partir da fundamentação da decisão, tamanho os constrangimentos e obstáculos políticos, econômicos ou mesmo sociais que a Corte pode enfrentar. O que sustenta, unicamente, é que uma das condições para se alcançar a eficácia parte de uma fundamentação judicial que seja a mais consensual possível, meta que é perseguida, precisamente, através da deliberação. As razões para a Corte buscar, seriamente, esse consenso o qual, idealmente, deveria se aproximar o máximo possível da unanimidade nas situações de inconstitucionalidade estrutural, serão adiante desenvolvidas.

Sendo assim, a deliberação pode ser compreendida como um modo de tomada de decisões na qual se busca o consenso entre aqueles que deliberam ou, pelo menos, a diminuição de dissensos¹⁰. A compreensão da corte como agente público que delibera leva em conta que esta é composta “por um pequeno grupo de juízes individuais os quais comprometem-se entre si em torno de um empreendimento argumentativo que busca produzir uma decisão final” (MENDES, 2013, p. 3), partindo da deliberação como “um empreendimento argumentativo interpessoal” (MENDES, 2013, p. 11).

O sentido da deliberação política está normalmente relacionado às ideias de diálogo, conversação, debate, justificação, simpatia, engajamento, publicidade, racionalidade, persuasão, abertura, sinceridade, respeito, consenso e bem comum. Esses sentidos e ideias seriam contrastados por expressões exatamente opostas, tais como auto interesse, fechamento, preferências fixas, falta de empatia, etc. Certamente, a deliberação não corresponde à mera barganha, (MENDES, 2013, p. 18) no

¹⁰ Um esquema conceitual da deliberação demonstra como ela corresponde a uma respeitável e inclusiva prática de argumentação em conjunto, através da qual, continuamente, busca-se encontrar soluções através da razão, almejando alcançar consenso, mesmo que este nem sempre ocorra. Nesse processo, após a contagem dos votos, resta a possibilidade de as partes mudarem de posição tendo em vista a persuasão dos argumentos. Há, pelo menos, sete elementos que podem ser especificados a partir do sentido da deliberação: 1) ela pressupõe a tomada de decisão coletiva que vai afetar aqueles que deliberam ou mesmo aqueles que se abstiveram; 2) a decisão não é definitiva, mas algo provisório aguardando novas rodadas de deliberação; 3) é uma prática cooperativa, feita em conjunto com interlocutores, havendo necessidade de justificação das posições, não sendo aceitável o silêncio; 4) opera-se através da emissão de um tipo específico de razão, qual seja, aquela mais imparcial possível tendo em vista o bem comum; 5) pressupõe que os deliberadores estão dispostos a mudar sua posição tendo em vista os argumentos, levando a uma “ética do consenso”; 6) envolve o elemento ético do respeito, a partir do qual os interlocutores merecem ser tratados com igual consideração; 7) é comprometida politicamente com a empatia, inclusão e respeito a todos os pontos de vista. (MENDES, 2013, p. 13-14)

sentido de uma espécie de “transação de votos” visando, unicamente, o resultado vantajoso em certo caso às custas das razões a serem desenvolvidas.

Essas características em torno da deliberação propõem a maior exclusão possível do debate público das ideias e teorias autoritárias, fazendo com que não haja uma deliberação contínua nesses casos. A hipótese parte da premissa de que não há fragilização da deliberação nessas hipóteses, mas um ganho, pois a deliberação pressupõe, por exemplo, respeito entre os interlocutores, algo inexistente quando se está disposto até mesmo à violência em face da outra parte. Essa situação extrema é encontrada em sociedades que vivenciam momentos muito polarizados, os quais podem ocorrer, por exemplo, quando grupos se isolam em torno de suas próprias ideias sem haver abertura para contestação. (SUNSTEIN, 2002, p. 121)

Ainda em relação ao consenso, mesmo que este não venha a ser alcançado, deve-se pontuar a virtude da deliberação em face da possibilidade de abertura que ela proporciona no sentido de reconhecer sua própria falibilidade, restando aberta à contestação. As teorias e práticas que, por outro lado, não admitem ou toleram contestações são as tipicamente autoritárias (MENDES, 2013, p. 16) tendo, assim, a deliberação esse caráter epistêmico para também auxiliar na identificação de teorias do direito autoritárias na prática.

Em relação aos espaços nos quais a deliberação pode se desenvolver, destacam-se, no âmbito formal, as instituições criadas pelo direito, dotadas de poder político e, portanto, coercitividade, desafiando a legitimidade da autoridade no momento em que toma a decisão e demanda obediência nas fases pré-decisória, decisória e pós-decisória, atentando-se para a circunstância de que cada instituição tem um propósito epistêmico, ou seja, uma tarefa em torno da melhor tomada de decisão possível. (MENDES, 2013, p. 41-42;45-46) O núcleo da performance deliberativa, assim, demonstra que a deliberação na Corte é levada a cabo em três fases: pré-decisória, com a mais ampla contestação pública possível; decisória, a partir do engajamento do colegiado e pós-decisória, com a prolação de decisão escrita deliberativamente redigida. Na segunda, destaca-se a deliberação interna, enquanto na terceira, a externa. A corte com melhor performance deliberativa seria aquela que melhor desempenho nos três momentos.

Um dos maiores obstáculos à deliberação que interessam fortemente a essa pesquisa, refere-se à citada realidade de polarização e preconceito em face, por exemplo, de uma decisão da Corte. Novamente, Conrado Hübner Mendes caracteriza bem a situação:

As pré-condições da deliberação são sócio-econômicas e políticas: quanto àquelas, extrema desigualdade fundamenta um tipo de poder hierárquico e auto-subordinação que não podem ser dissolvidos pela deliberação ou uma mera equidade procedimental, abrindo espaço para ameaças repentinas e sanções que perpetuam

injustiça; quanto às últimas, interações individuais reguladas pelo medo, com intolerância embutida e incivilidade vai dificultar qualquer tentativa de deliberação. (MENDES, 2013, p. 36)

Ora, não é essa, precisamente, a realidade de muitas das demandas estruturais? Se uma estrutura inconstitucional consegue se formar numa sociedade, discriminando estruturalmente negros; negando acesso à terra para trabalhadores rurais explorados por latifúndios improdutivos; admitindo que milhares de pessoas não tenham moradia adequada ou saneamento básico ou; para relembrar o ECI, que presos tenham a dignidade completamente violada no sistema penitenciário, é um desafio supor que práticas deliberativas possam enfrentar essa realidade, pois, simplesmente, as forças que se opõem à decisão não terão interesse algum num diálogo que busque consenso.

Como dito anteriormente, a presente pesquisa sustenta a possibilidade de deliberação mesmo diante dessa realidade, pois: a) no âmbito da deliberação interna, deve-se investigar o grau de polarização existente na Corte, podendo haver espaço para deliberação entre a maioria dos respectivos membros, devendo-se no entanto, ter cautela diante dos riscos em torno de um precedente não unânime, nos fundamentos ou na conclusão, como será analisado; b) deve-se tomar cuidado com aquela avaliação acerca das pré-condições da deliberação, pois elas colocam os defensores da deliberação na defensiva, uma vez que estes é quem precisam se preocupar com os possíveis efeitos em torno de polarização com a utilização da deliberação, fazendo com que esse receio exagerado possa levar ao medo infundado de deliberar; c) levando-se a sério a consideração anterior, aqueles interessados na deliberação devem pesquisar profundamente possíveis instâncias que, mesmo nessa realidade autoritária, possam estar dispostas à deliberação; d) assim, a Corte Constitucional, na busca por apoio à eficácia da decisão estrutural, deve atentar para as diversas instâncias decisórias entre os Poderes e, caso se esteja num Estado que adote forma federal como o Brasil, levar em conta que é bastante difícil que nenhuma das vinte e sete unidades da federação recusem-se a cooperar com a decisão; e) com o início dessas tratativas com as forças políticas que, mesmo minoritárias, apoiem a decisão estrutural da Corte, é possível que estas também recorram às suas bases eleitorais em busca de algum tipo de suporte, o qual pode ser proveniente, assim, também da iniciativa privada, dependendo do caso. Este último cenário vai atrair a importância prática do constitucionalismo popular¹¹ na busca pela eficácia da decisão.

¹¹ O constitucionalismo popular não se confunde com um controle direto, mas sim como um controle representativo, ou seja, que se desenvolve a partir da interação do povo com agentes estatais políticos ou mesmo judiciais, estes sim aptos a tomar a decisão, na forma de ato normativo, como a lei, ou uma decisão judicial. (KRAMER, 2009, p. 129) Nesse sentido: “O constitucionalismo popular não depende da ação popular direcionada contra o governo, tal como as turbas na América colonial, embora possa ser sensível a tais ações. Ele está, contudo, principalmente preocupado com a ação popular que busca trabalhar através do governo, seja na forma de um movimento social, um partido político, uma miríade de associações privadas da sociedade civil, ou respostas de representantes eleitos aos humores

Essas considerações referem-se à deliberação interna e externa da Corte, merecendo o devido aprofundamento, iniciando-se pela análise da deliberação interna. A busca pela deliberação interna na Corte apresenta uma série de virtudes que contribuem para a justificação de tal prática, tais como: a) há benefícios na despersonalização, em que pese decisões colegiadas poderem ser tão diversas a ponto “personalizar” quem a proferiu, mas, de todo modo, proscrevendo-se o “culto à celebridade” judicial (MENDES, 2013, p. 133); b) há prudência política na colegialidade, não concentrando poder numa única pessoa e empoderando uma instituição para tomar decisões, às vezes, controversas, mas requeridas pelo direito; c) a complexidade do direito e da interpretação constitucional justificariam a existência de mais de um intérprete; d) ganho epistêmico com mais uma mente pensando nos problemas jurídicos levados à Corte. (MENDES, 2013, p. 63-64)

Diante de inconstitucionalidade estrutural, a deliberação interna deve ser perseguida seriamente pela Corte porque, quanto mais coesa for a decisão, quando mais próximo da unanimidade, não somente na conclusão, mas nos fundamentos, mais possibilidade haverá para a eficácia, pois vai prevenir a Corte contra aqueles que buscarão, fortemente, opor-se à decisão. Essa consideração aponta para um argumento adicional contra as decisões monocráticas e todos os vícios passivos (MENDES, 2011, p. 222-224) com ela relacionados, pois expõe ainda mais a Corte, além do Ministro, aos discursos do ódio contra a decisão, especialmente porque não haverá ainda um consenso da Corte sobre a questão destacando-se, então, a importância da colegialidade.

Mas, analisando um pouco a realidade, por exemplo, do STF, tem-se que não é muito animadora a perspectiva de deliberação, pois, como salientado por Virgílio Afonso da Silva: a) há quase total ausência de troca de argumentos entre os Ministros, com a apresentação de votos já prontos nas sessões; b) inexistência de unidade decisória como instituição, pois a tomada de decisão reflete mera soma dos votos de cada um; c) falta de clareza nas decisões, que não veiculam uma opinião coerente do Tribunal, pois, mesmo os Ministros que concordam com a conclusão da decisão, muitas vezes divergem fortemente nos fundamentos utilizados. (SILVA, 2009, p. 217)

e disposições gerais dos eleitores. O constitucionalismo popular é encontrado na relação entre órgãos governamentais e os cidadãos que esses órgãos buscam atender. Está aberto a movimentos populares de muitas formas, exigindo apenas que esses movimentos busquem atingir seus fins sob a Constituição na forma de uma ação oficial qualquer (leis, emendas constitucionais, ação executiva, até mesmo decisões judiciais). Sua energia e ideias frequentemente, embora nem sempre, vêm de fora dos órgãos formais do Estado, mas depende desses órgãos para testar e mediar e dar forma às demandas dos cidadãos. O constitucionalismo popular é, consequentemente, fluido: tão fluido quanto a própria política”. (KRAMER, 2009, p. 129, nota de rodapé nº 128)

Sem dúvida, tais problemas existem, não sendo o caso, neste texto, de se imaginar mudanças institucionais capazes de superar tais obstáculos deliberativos¹². O que se pode fazer é, analisando concretamente alguns precedentes, buscar exceções a essa regra que compõe o defeituoso cenário deliberativo elencado por Virgílio Afonso da Silva. No caso das inconstitucionalidades estruturais, precisamente no ECI, é possível sustentar que, para além de precedentes, o STF formou uma robusta jurisprudência em prol da defesa dos direitos fundamentais dos presos, com muitos dos fundamentos utilizados em diversas ações sendo aceitos até unanimemente entre os Ministros.

Desse modo, em precedentes relacionados à: a) reforma emergencial em presídios (RE 592.581. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 13/08/2015); b) indenização por danos morais a presos em face da superlotação carcerária¹³ (RE 580.252. Relator Ministro Alexandre de Moraes. 16/02/2017); c) admissão de cumprimento de pena em regime menos gravoso em face da ausência de vagas no regime mais gravoso (RE 641.320. Relator Ministro Gilmar Mendes. 11/05/2016); d) implantação de audiências de custódia (ADI 5240. Relator Ministro Luiz Fux. 20/08/2015); e) garantia de que presas gestantes e mães de crianças tenham a prisão preventiva convertida em domiciliar (HC 143.641. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 20/02/2018), além do citado ECI, a Corte, unanimemente, reconheceu seu papel como garantidor dos direitos fundamentais dos presos, não se eximindo de proferir ordens à administração penitenciária, ao Poder Judiciário ou mesmo apelando ao Legislador, para que tal situação fosse superada.

Quando se fala que tais decisões foram unânimes, deve-se ter o cuidado de compreender que não se está falando da conclusão do julgado nem de todos os fundamentos utilizados nas mais diversas questões discutidas, mas unanimidade em fundamentos relacionados à: a) manifesta desconformidade da execução da pena com a lei de execuções penais e a Constituição, destacando a grave realidade fática dos presídios; b) necessidade de proteger os direitos dos presos mesmo contra a eventuais pressões populares, reafirmando o papel contra-majoritário da Corte ao tomar decisões de princípio; c) possibilidade de obrigar a Administração Pública a cumprir a lei e a Constituição, ao, por exemplo,

¹² Virgílio Afonso da Silva, de maneira realista, sustenta que mudanças no regimento interno do STF seriam mais factíveis e fáceis de ocorrer do que profundas mudanças na estrutura constitucional em prol de um maior caráter deliberativo da Corte. (SILVA, 2009, p. 220-221)

¹³ A divergência no caso deveu-se, unicamente à forma de como esse dano moral em face da superlotação seria reparado, tendo a proposta do Ministro Luis Roberto Barroso relacionada à remissão da pena, em analogia à remissão pelo estudo ou trabalho, restado vencida. Ou seja, pode-se até sustentar que, mesmo a proposta vencida buscava concretizar ainda mais os direitos dos presos, compensando o dano sofrido com a diminuição do tempo de pena em face do excesso na execução. De todo modo, tamanha criatividade judicial não pode ser admitida em termos de respeito mínimo à norma jurídica e às dificuldades em se fazer analogias quando não há semelhança relevante entre as situações, como se tem no caso.

garantir a realização de audiências de custódia ou reformas emergenciais em estabelecimentos que apresentem até mesmo risco de morte aos presos.

A virtude¹⁴ da empatia¹⁵ (MENDES, 2013, p. 126), para além da colegialidade, assim, pode ser encontrada em tais precedentes, quando se constata que, apesar de os juízes do STF serem, na sua maioria, provenientes da elite da sociedade, na qual, normalmente, destaca-se uma cultura predominantemente masculina, heterossexual, branca e religiosa, os Ministros conseguiram colocar-se, de certo modo, no lugar de pessoas normalmente pobres, negras e excluídas num sistema penitenciário inconstitucional. Trata-se, portanto, de mais um indicativo de houve um nível razoável de deliberação em tais casos, reconhecendo-se, que, obviamente, a empatia judicial não é fator suficiente para a eficácia da decisão.

A necessidade em torno de tal coerência e força para os precedentes virtuosos, no entanto, não foi em parte atingida pela postura da Corte quando analisou os impactos da pandemia no sistema penitenciário. Em 17 de março de 2020, o Ministro Marco Aurélio, Relator da ADPF nº 347, analisou pedido de medida cautelar incidental efetivado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa – Márcio Thomaz Bastos, através do qual se pleiteava uma série de medidas preventivas aos direitos dos presos no contexto da pandemia do vírus COVID-19. Tendo em vista a situação de grave ofensa aos direitos humanos no contexto da superlotação carcerária, a petição apontava, a partir de estudos técnicos, como tal ambiente seria ainda mais propício para propagação e respectivo contágio, devendo-se preservar a saúde dos presos a partir de conversão de prisão em domiciliar, substituição de pena, progressão antecipada de regime, dentre outras medidas. O Ministro proferiu decisão, inicialmente, não conhecendo o pedido efetivado por pessoa não legitimada para atuar no controle concentrado, conforme jurisprudência do STF. Em seguida, no entanto, proferiu decisão, “conclamando” os Juízes da Execução a observarem as medidas pleiteadas. (BRASIL, 2020B)

¹⁴ A virtude inspira um ato sincero de princípio, ao invés de uma mera obediência estratégica a certa regra, por exemplo. (MENDES, 2013, p. 124) A prática das virtudes judiciais pode ser levada à deliberação a qual deve ser exercitada para ser apreendida. Pode-se estabelecer, pelo menos, oito virtudes, divididas entre as três fases da performance deliberativa: a) curiosidade respeitosa (fase pré-decisória, levada a cabo entre os interlocutores); b) colegialidade, modéstia cognitiva, ambição cognitiva, empatia (fase decisória, levada a cabo entre os juízes); c) responsividade, clareza e senso de falibilidade de provisoriedade (fase pós-decisória, levada a cabo também entre os interlocutores). (MENDES, 2013, p. 126)

¹⁵ Em relação à empatia, outra forma de compreendê-la relaciona-se à possibilidade de os juízes complementarem os argumentos que as partes, por alguma deficiência, não tenham trazido de modo adequado na fase pré-decisória, fazendo com que direitos não deixem de ser protegidos unicamente em face de algum tipo de erro. (MENDES, 2013, p. 134-135) Sem dúvida, em situações desse tipo ter-se-ia um nível mais elevado de empatia do que naqueles casos em que o juiz encontra bons argumentos nas petições e, simplesmente, os aplica. No entanto, como mencionado no texto, não se deve desconsiderar que também há empatia envolvida nessa segunda hipótese, tendo em vista o caráter elitista da Justiça e a predisposição em não acatar argumentos que não se refiram mais aproximadamente ao cotidiano dos juízes em suas vidas pessoais, como se tem, evidentemente, com as questões relacionadas ao sistema penitenciário.)

A decisão, entretando, não foi referendada pelo plenário, restando vencidos o Relator e o Ministro Gilmar Mendes, tendo-se argumentado que: a) os pedidos incidentais formulados não estariam nos limites dos pedidos iniciais elencados na ADPF; b) caso a decisão fosse referendada, ter-se-ia uma “megaoperação” a ser efetivada pelo Judiciário para a análise de cada caso. Ocorre que, diferentemente do que sustentado pela posição vencedora, os pedidos incidentais não iam além dos efetivados na inicial, eis que lá foram formulados de modo mais ampliado, eis que, na petição inicial, constavam pedidos relacionados à flexibilização para progressão de regime ou deferimento de prisões preventivas a partir da consideração concreta que os juízes deveriam efetivar em torno da realidade carcerária. Os pedidos não foram acolhidos pelo STF no julgamento da referida cautelar em 2015, mas constavam na inicial.

Parece que o STF ficou preso a uma espécie de originalismo inconsistente, pois, obviamente, os autores da ADPF não poderiam, em 2015, prever uma pandemia em 2020 a ponto de fazer pedidos específicos em torno dessa crise de saúde. Por outro lado, as considerações gerais em torno da saúde dos presos constavam em diversas passagens da inicial, a qual destacava, inclusive, existência de doenças pulmonares nos presídios¹⁶. Assim, é equivocada a fundamentação acerca da exorbitância dos pedidos incidentais.

Os pedidos, ainda, estavam inseridos nos estritos limites legais, pois o CPP admite a conversão de prisão preventiva por domiciliar em casos de extrema debilitação em face de doença grave. Nos casos de comorbidade e levando em conta o ambiente de superlotação, é bastante plausível que os presos nessas condições estariam sob risco extremo, devendo-se agir preventivamente. Caso, passada a pandemia, eventualmente constate-se que nenhum dos temores se concretizou, nem por isso

¹⁶ “O direito fundamental à saúde (art. 6º e 196, CF) também é, por óbvio, titularizado pelo preso. Em harmonia com a Constituição, a Lei de Execução Penal estabelece que a assistência à saúde deve assumir caráter tanto preventivo, quanto curativo, compreendendo atendimentos médico, farmacêutico e odontológico (art. 14), aos quais o Manual de Assistência do Sistema Penitenciário Federal acrescenta atendimento de enfermagem, de psicologia e de serviço social (art. 8º). (...). Sobre o tema, elaborou-se, ainda, o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), aprovado pela Portaria Interministerial nº 1777/2003, dos Ministérios da Justiça e da Saúde, que estabeleceu ações e serviços voltados à promoção da saúde da população prisional e ao controle e/ou redução dos agravos mais frequentes que a acometem, assim como prioridades a serem seguidas pelos estabelecimentos prisionais para tanto. Dentre elas, destacam-se (i) a equipagem das unidades prisionais para a prestação de serviços ambulatoriais para atenção de necessidades básicas, (ii) a organização do sistema de saúde da população penitenciária, (iii) a implantação de ações de promoção da saúde, (iv) a implementação de medidas de proteção específica, como a vacinação contra hepatites, influenza, tétano, e (v) ações para a prevenção de tuberculose, hanseníase, diabetes, hipertensão, hepatites, DST/AIDS e dos agravos psicossociais decorrentes do confinamento, bem como a distribuição de preservativos e insumos para a redução de danos associados ao uso de drogas. 122. Essas normas e parâmetros, infelizmente, têm mínima efetividade. De acordo com o CNMP, dos estabelecimentos inspecionados, cerca de 55% não possuem farmácias e em aproximadamente 6% sequer é prestado atendimento médico emergencial. Não faltam episódios revoltantes a respeito do atendimento à saúde do preso. No Rio Grande do Sul, por exemplo, um apenado contraiu tuberculose, e, por falta de tratamento, teve de realizar cirurgia de extração de parte do pulmão. A insalubridade da cela levou a que o corte, feito na cirurgia, infeccionasse e o tecido humano apodrecesse. Em 2013, o preso tinha um orifício tão grande em seu tórax que por ele era possível observar o seu coração pulsando”. (BRASIL, 2020, p. 40-43)

a decisão terá sido correta, pois nenhum argumento em torno de ausência de riscos foi proferido pela Corte.

Além disso, a fundamentação em torno da pretensa “megaoperação” para análise dos pedidos também não deveria ter a aptidão de afastá-los, pois bastaria à Corte efetivar o que nunca fez no âmbito do ECI: reter sua jurisdição, fixar metas claras para enfrentamento da questão e acompanhar periodicamente a decisão através de audiências. Ora, é evidente que os pedidos incidentais demandariam implementação progressiva, não havendo esse caráter imediato pretendido pela Corte.

Essa inconsistência argumentativa fragiliza em alguma medida todos aqueles outros precedentes invocados, pois a mesma empatia verificada neles não foi desenvolvida neste último caso. Além disso, um evento inesperado e poderoso como a pandemia poderia ter sido utilizado para se alcançar maior eficácia da própria decisão da Corte que reconheceu o ECI, na linha do requerimento incidental feito.

É certo que Thomas Bustamante chama atenção para o cuidado que se deve ter com um entusiasmo excessivo em torno “do poder simbólico de uma decisão unânime”, (BUSTAMANTE, 2018, p. 238) no sentido de que, não necessariamente, decisões desse tipo, a pretexto de serem fruto de deliberação interna da corte, podem ser vistas como algo valioso¹⁷. A crítica deve ser levada a sério, pois uma unanimidade que demande compromissos em questões de princípio somente poderá se justificar se tal compromisso buscar a proteção de minorias atingidas pelos preconceitos da maioria, no contexto das circunstâncias que justificariam a jurisdição constitucional (BUSTAMANTE, 2018, p. 241).

Nesse sentido, o compromisso interno que deve ser cuidadosamente analisado como instrumento para julgamentos unânicos é assim caracterizado por Thomas Bustamante:

Um ‘compromisso interno’ será entendido aqui como um compromisso em que um juiz, não estando inteiramente confiante em sua própria posição, acompanha a maioria com vistas a obter uma decisão unânime. (...) Uma corte que apela a um compromisso interno para solucionar questões de moralidade política paga um preço alto para alcançar os benefícios de uma decisão unânime. Ao esconder os desacordos internos e recorrer a um compromisso, um juiz assume o risco de estabelecer uma prioridade da visão de seus colegas sobre as opiniões dos representantes do povo, na medida em que a deferência ao juízo dos outros juizes muitas vezes implica, quando

¹⁷ Há casos, nessa linha, nos quais é mais justificável a prolação de voto vencido de que a busca por unanimidade a qualquer custo: “Se um juiz em uma turma não está convencido da correção de uma decisão da corte, as exigências de equidade e respeito aos ‘interlocutores externos’ demandam que ele releve as razões para o seu desacordo e ofereça uma opinião dissidente, na medida em que essas razões dissidentes são tão capazes quanto a opinião majoritária de engendrar uma deliberação pública sobre direitos e tornar a comunidade, como um todo, mais deliberativa e focada nos argumentos de princípio que são aplicáveis à situação. Se a jurisdição constitucional é admissível porque ela enseja uma deliberação pública sobre questões de princípio, então todos os argumentos empregados pelos membros do tribunal devem ser publicamente revelados”. (BUSTAMANTE, 2018, p. 242)

a validade de uma lei está em jogo, desafiar o juízo do legislador. (BUSTAMANTE, 2018, p. 240)

Analisando os precedentes antes elencados, no entanto, é seguro afirmar que não houve esse tipo de compromisso para a prolação de tais decisões unânimes, afastando a importante crítica efetivada pelo autor. A percepção sistemática dos precedentes, formadores de uma importante jurisprudência em prol da defesa dos direitos fundamentais dos presos, mostra como houve um consenso espontâneo entre os Ministros, pois, em momento algum, transpareceu-se algum tipo de concessão pragmática para que houvesse concordância em torno da situação de fato degradante nos presídios brasileiros ou da necessidade de ser contramajoritário para proteção dos direitos¹⁸.

Sendo certo que esse consenso não pode ser superestimado, é igualmente correto que ele não pode ser subestimado. Numa realidade autoritária como a brasileira, contar com decisões judiciais que combatam, até mesmo em nível judicial, a “cultura do encarceramento”¹⁹ ou concepções leigas como aquelas em torno do “bandido bom é bandido morto”, é algo que merece ser saudado como uma condição mínima para a superação dessas estruturas inconstitucionais. É obvio que há problemas na formação desses precedentes, como se teve, por exemplo, na ADPF nº 347 com o não enfrentamento de condutas judiciais que favorecem a tal cultura, quando a Corte rejeitou a necessidade de impor aos juízes ordem para melhor fundamentação acerca da não aplicação de medidas cautelares diversas da prisão preventiva. Ora, o excesso injustificado de tais prisões cautelares contribui para a manutenção e aprofundamento do ECI. Mas, novamente, vale o alerta no sentido de que não se pode desprezar o potencial de consenso em casos e fundamentos pontuais.

É no âmbito da deliberação externa, no entanto, que o reconhecimento e enfrentamento da inconstitucionalidade estrutural como tarefa dos demais Poderes ou mesmo da sociedade civil vai se evidenciar, atraindo as considerações em torno do constitucionalismo popular e de como interpretações extrajudiciais devem ser valorizadas no contexto do diálogo. Pode-se afastar a Constituição da

¹⁸ Apesar de reconhecer a importância da busca por maiores esclarecimentos acerca da corte como argente que delibera, Bustamante faz uma crítica à proeminência dada ao caráter pragmático em detrimento do caráter principiológico, sustentando que: “Ao invés de um modelo ‘pragmático ainda que baseado em princípios’, provavelmente eu estaria mais persuadido por um modelo que pretende ser ‘baseado em princípios, ainda que ciente de dificuldades pragmáticas’. Esse comprometimento com a prioridade dos princípios contradiz a pretensão de Hübner Mendes de que a decisão depende em exigências jurídicas e morais da deliberação ‘na mesma medida em que’ depende das ‘considerações políticas’ da decisão constitucional. Apesar da importância das últimas não poder ser desconsiderada, a prioridade das primeiras é ainda um ingrediente importante para desenvolver um modelo deliberativo capaz de justificar a legitimidade da jurisdição constitucional”. (BUSTAMANTE, 2018, p. 247) Reconhecendo-se a importância da crítica efetivada por Thomas Bustamante, pode-se defender que, para os limites desta pesquisa, não há incompatibilidade entre os modelos propostos por ele e por Hübner Mendes pois, repita-se, a unanimidade e o consenso formados nos precedentes analisados foram fruto de consenso espontâneo e não de cálculo pragmático em prol de acomodação geradora de unanimidade.

¹⁹ Expressão mencionada no HC 143.641/SP, no qual a Corte desferiu críticas à postura judicial de não cumprir o Código de Processo Penal no que tange ao direito à prisão domiciliar de presas mães de crianças e gestantes.

deliberação ou do processo judicial de variadas formas: a) negando que as Cortes tenham a última palavra; b) negando que elas tenham qualquer palavra nesse função; c) admitindo uma espécie de “direito constitucional popular”, no qual as ações das pessoas são guiadas diretamente pela Constituição sem a necessidade de intermediação judicial, pois há interpretação constitucional para além do Poder Judiciário. (TUSHNET, 1999, posição 11-40)

Nas análises em torno do constitucionalismo popular, desponta-se a constatação de que para além do direito judicial, ou seja, aquele aplicado pelas cortes, há o direito político. (KRAMER, 2004, p. 7; TUSHNET, 2006, p. 991) Para Kramer, por exemplo, tende-se cada vez mais hodiernamente a separar os domínios da política, no qual o povo governa, do domínio do direito, no qual uma elite profissional de juízes e demais juristas implementam as decisões formais criadas politicamente. (KRAMER, 2004, p. 7) Para Tushnet, o direito constitucional é um tipo especial de direito, pois é jurídico, ao fazer com que as autoridades tomem decisões utilizando não somente suas preferências, mas a juridicidade, sendo também político, admitindo que o povo diretamente também pode apresentar argumentos constitucionais²⁰. (TUSHNET, 2006, p. 991; 996)

Assim, mudanças estruturais devem ser pensadas para se superar o modelo de controle de constitucionalidade centrado no binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade, o qual é destinado, precisamente, para conter a “guerra social”, ou seja, justamente impedir a mudança almejada, devendo-se pensar em modelo que garanta o “intercâmbio de razões” numa nova estrutura institucional. (GARGARELLA, 2014, p. 114) Sem dúvida, é um desafio para os juristas desenvolver uma pauta de trabalho para além da atuação perante os Tribunais a qual, obviamente, é importante, mas não pode esgotar a atuação jurídica, até porque o direito não corresponde, unicamente, ao que os juízes dizem sobre ele. No contexto da inconstitucionalidade estrutural, essa postura é necessária, pois a

²⁰ Uma das formas de se buscar eficácia da decisão estrutural, assim, relaciona-se ao controle político de constitucionalidade exercido a partir da decisão da Corte, podendo compreender até mesmo manifestações públicas que contribuam para o enfrentamento de ideologias favoráveis às concepções morais preconceituosas. Nesse ponto, a atuação popular é mais direta, podendo, no entanto, haver intermediação política, sendo que Tushnet, corretamente, chama atenção para uma complicação em torno dessas mobilizações não espontâneas, ou seja, mediadas por atores políticos, relacionada à possibilidade de fraude ou simulação no ato, no sentido de que a liderança alegaria estar atuando em serviço do povo quando, na verdade, estariam perseguindo sua própria agenda. (TUSHNET, 2006, p. 995) Como identificar, então, que uma mobilização popular, capaz de contribuir para a superação de estruturas inconstitucionais em prol da eficácia da decisão, é legítima? O autor aponta que devem ser analisados os casos de modo particular, mas aponta que são indicativos para a falta de mobilização popular legítima: a) a não aprovação consistente de medidas legislativas pleiteadas pelo movimento; b) a falta de dano político àqueles que se opõem às mudanças legislativas. (TUSHNET, 2006, p. 995) Logo, em sentido contrário, seria uma evidência da performance constitucional legítima, mesmo quando convocada ou intermediada por algum político, aquela que: a) proporcionasse ou influenciasse a real mudança legislativa oficial pleiteada; b) causasse dano político, como problemas na reeleição, para o político que se opusesse a elas, podendo-se acrescentar, ainda, a obtenção ou o aumento do apoio político à autoridade que liderou os atos ou aos seus partidários.

transformação social não vai ocorrer unicamente a partir da decisão judicial, envolvendo uma importante deliberação externa com os demais atores políticos e sociais.

4. CONCLUSÃO

Sustentar as possibilidades da deliberação em prol da eficácia de decisão ou de qualquer ato que busque enfrentar uma inconstitucionalidade estrutural numa realidade política e social autoritária e polarizada não é tarefa simples. Esse texto partiu dessa premissa muito realista e grave para explorar, por outro lado, a circunstância de que aqueles interessados na transformação social não devem ficar demasiadamente impressionados com tais dificuldades, pois, mesmo que em escala mais tímida, pode-se encontrar alguma instância de poder com interesse na superação de tal inconstitucionalidade.

Nessa linha, ainda é necessário sustentar uma teoria normativa capaz de demonstrar como meras opiniões, fruto do conhecimento comum em torno da manipulação de emoções como o medo ou de estados mentais como o preconceito, mostra-se importante. Foi nesse sentido que o texto desenvolveu-se a partir da compreensão em torno da moralidade constitucional da comunidade, realçando como a Constituição brasileira não convive com o autoritarismo que nega os direitos humanos dos presos. Apesar de ser uma premissa necessária, tal teorização é insuficiente para se alcançar meios para eficácia de uma decisão judicial estrutural que busque lutar e transformar uma realidade autoritária.

No contexto da pandemia, o processo de erosão constitucional e democrática impunha ao STF mais um cuidado na formação dos precedentes em torno do ECI. A excessiva cautela em não admitir a revisão da execução penal a partir dos efeitos da disseminação do COVID-19 no sistema penitenciário, diante dos argumentos lançados pela maioria da Corte, fragiliza em parte a busca pela transformação social pretendida, diminuindo o poder do Judiciário em enfrentar a política que atua em prol da inconstitucionalidade estrutural.

Assim, avançando e respondendo à questão posta na inicial, é possível sustentar que, mesmo em realidades desse tipo, adversas à deliberação, esta pode contribuir fortemente para a superação de estruturas inconstitucionais, pois: a) ao promover a busca por consenso interno na Corte, tende a alcançar precedentes formal e materialmente fortes, essenciais para o enfrentamento das fortes reações que ele desencadeará; b) ao valorizar a deliberação externa, terá mais condições de possibilitar que a Corte encontre o apoio político necessário para, pelo menos, se alcançar algum grau de eficácia, levando em conta que, especialmente num Estado Federal, há diversas instâncias decisórias que podem ter interesse em cooperar.

Esse papel da Corte, no entanto, somente pode ser alcançado caso se tenha muita clareza acerca das ideias preconceituosas, baseadas em medo ou ódio, as quais, para além de contribuírem para a formação da estrutura inconstitucional, buscará em grande medida mantê-la, mesmo após a decisão. Sendo assim, uma teoria capaz de denunciar e fazer a crítica necessária de tais pensamentos é aquela que busca caracterizar a moralidade constitucional da comunidade para além de meras opiniões morais, admitindo que juízes atuem nessa linha.

A deliberação, assim, pode ser lida como um instrumento de resistência ao autoritarismo em realidades marcadas por considerável processo de erosão constitucional, como o Brasil atual. A postura da Corte, resumida anteriormente, pode se contrapor aos ataques desferidos contra os direitos dos presos na medida em que tende a isolar os grupos que apregoam a “cultura do encarceramento” e fazem a crítica aos direitos humanos dos presos, pois: a) internamente, fragiliza o poder dos Ministros que, eventualmente, não estejam comprometidos com o projeto Constitucional de 1988 daqueles que ainda o almejam; b) externamente, apoia-se nos grupos políticos e sociais favoráveis à mudança estrutural. Essa congregação coordenada de forças democráticas não pode ser vista como algo de menor importância, especialmente por propiciar esperança a partir do sentimento de que não se está lutando sozinho.

6. REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. (Orgs.). **Governo Bolsonaro: retrocesso democrático e degradação política**. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

BRASIL. **Processo Judicial Eletrônico**. Acompanhamento de Cumprimento de Decisão Cumprdec 0000134-95.2016.2.00.0000 - Resolução CNJ 213 Conselho Nacional de Justiça - CNJ x Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Data de Distribuição: 15 jan. 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=443f9f2f9a56fae8bc80deb052f2701e39b484d172d84d8e>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF – Distrito Federal**. Sistema Penitenciário Nacional. Superlotação Carcerária. Condições desumanas de custódia, Violação Massiva de Direitos Fundamentais. Falhas estruturais. Estado de Coisas Inconstitucional. Configuração. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 09 set. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641/SP – São Paulo**. Relator Ministro Ricardo Lewandowsky. Brasília, 20 fev. 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 24 mar. 2020



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581/RS – Rio Grande do Sul**. Relator Ministro Ricardo Lewandowsky. Brasília, 13 ago. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252/MS – Mato Grosso do Sul**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 16 fev. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 24 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 641.320/RS – Rio Grande do Sul**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 11 mai. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em: 24 mar. 2020

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. **Representação 10/2019**. Brasília: PFDC/MPF, 2019. 2019.

BUSTAMANTE, Thomas. A contínua busca pela legitimidade: pode um modelo deliberativo “pragmático ainda que baseado em princípios” justificar a autoridade das Cortes Constitucionais? In: BUSTAMANTE, Thomas. **Em defesa da legalidade**. Temas de direito constitucional e filosofia política. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

BUSTAMANTE, Thomas; MENDES, Conrado Hubner. Freedom without responsibility: the promise of Bolsonaro’s COVID-19 denial. **Jus Cogens**, [S.l.], v. 3, n. 2, p. 181-207, 2021.

DWORKIN, Ronald. **Freedom’s law**. The moral reading of the American constitution. Oxford: University Press, 1996.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Brown x Board of education of Topeka**. 347. US 483 (1954)

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. The law of the exception: A typology of emergency powers. **International Journal of Constitutional Law**, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 210-239, abr. 2004.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. **Texas Law Review**. Vol. 84, Nº 2, December, 2005. P. 257-337.

GARAVITO, César Rodríguez. FRANCO, Diana Rodríguez. **Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento em Colombia**. Centro de Estudios em Derecho, Justicia y Sociedad. Bogotá: Dejusticia, 2010.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente ao sistema de los frenos y contrapesos. In.: **Por uma justicia dialógica**. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

KLARMAN, Michael J. Court, Congress and Civil Rights. **University of Virginia School of Law. Public Law and Legal Theory Research Paper Series**. Research paper nº 02-12. December 2002. P. 1-34.

KRAMER, Larry D. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o “Interesse do homem”. In **Coleção ANPR de direito e democracia**. Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 85-149.

KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. Oxford: University Press, 2004.

MAFEI, Rafael; BUSTAMANTE, Thomas; MEYER, Emílio Peluso Neder; Brazil: From Antiestablishmentarianism to Bolsonaroism. In: SAJÓ, A.; UITZ, R.; HOLMES, S. (eds.). **The Routledge Handbook on Illiberalism**. Oxfordshire: Routledge, 2021. p. 778-795.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford University Press, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: **Revista de direito administrativo**. Nº 250, 2009. p. 197-227.

SUNSTEIN, Cass R. On a danger of deliberative democracy. **Daedalus. Journal of the American Academy of Arts and Sciences**. 2002. p. 120-123.

TÓTH, Gábor Attila. Constitutional Markers of Authoritarianism. **Hague Journal on the Rule of Law**, v. 11, n. 1, p. 37-61, abr. 2019.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Kindle edition. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. Popular constitutionalism as political law. **Chicago-Kent Law Review**. Vol. 81. 2006. P. 991-1006)

UNGER, Roberto Mangabeira. **O movimento de estudos críticos do direito: outro tempo, tarefa maior**. Tradução de Lucas Fucci Amato. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999A.

WALDRON, Jeremy. **The dignity of legislation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999B.

WALUCHOW, Wil J. **A common law theory of judicial review – the living tree**. Cambridge: University Press, 2007.

WHITTINGTON, Keith. Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses. **North Carolina Law Review**, v. 80, 2001.

Sobre o autor:**Emanuel Melo**

Professor Assistente da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (UERN-Mossoró). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestre em Ordem Jurídica Constitucional (UFC). Especialista. Procurador da República.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6362433441956640> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6802-5704>

E-mail: emanuelmelo@uern.br