

**RICARDO DOS REIS PEREIRA**

**PUBLICIDADE, TRANSPARÊNCIA E SUPEREXPOSIÇÃO DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL: A DELIBERAÇÃO CONSTITUCIONAL NA ERA DA TV  
JUSTIÇA.**

CURITIBA,  
2020.

**RICARDO DOS REIS PEREIRA**

**PUBLICIDADE, TRANSPARÊNCIA E SUPEREXPOSIÇÃO DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL: A DELIBERAÇÃO CONSTITUCIONAL NA ERA DA TV  
JUSTIÇA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia, Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito.  
Orientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier

CURITIBA  
2020.

## TERMO DE APROVAÇÃO

RICARDO DOS REIS PEREIRA

PUBLICIDADE, TRANSPARÊNCIA E SUPEREXPOSIÇÃO DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL: A DELIBERAÇÃO CONSTITUCIONAL NA ERA DA TV  
JUSTIÇA.

Dissertação aprovada como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito,  
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Fundamentais e Democracia,  
Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL, pela seguinte banca  
examinadora:

Orientador: Prof. Dr. PAULO RICARDO SCHIER  
PPGD UNIBRASIL

Membros: Profa. Dra. ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA  
PPGD UNINTER

Prof. Dr. WILLIAM SOARES PUGLIESE  
PPGD UNIBRASIL

Curitiba, 23 de março de 2020.

*Para Tiago e Carolina.*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por me conceder o dom da vida e por me oferecer as condições necessárias para correr atrás de sonhos como este.

Agradeço à Diana, minha esposa e companheira de todas as horas, que manteve o resto de nossas vidas nos trilhos enquanto eu me dedicava às longas jornadas de aulas e estudos do mestrado. Agradeço, sobretudo, pela paciência e compreensão nesses últimos meses de 2019, quando não foram simples as dificuldades que enfrentamos. Só você conhece nossa caminhada e, portanto, só você pode compreender o quão imensamente grato eu sou por tê-la sempre ao meu lado.

Agradeço a meus filhos Tiago e Carolina, por sua silenciosa compreensão.

Agradeço a meus pais, por me transmitirem os valores que realmente importam nesta vida.

Agradeço ao contribuinte brasileiro que, por intermédio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, me concedeu a oportunidade e a honra de ser bolsista do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil – PPGD/UniBrasil. Agradeço aos membros da Comissão de Bolsas do PPGD/UniBrasil por terem sempre confiado em meu trabalho. Esse privilégio impôs um importante compromisso ético sobre minha atuação enquanto aluno-pesquisador. Espero ter respondido à altura das expectativas.

Agradeço a todos os professores do PPGD/UniBrasil, em especial a Adriana da Costa Ricardo Schier, Bruno Meneses Lorenzetto, Marcos Augusto Maliska e William Soares Pugliese, pelos incontáveis ensinamentos em sala de aula, pelos debates francos e, sobretudo, pela paciência em momentos de ansiedade deste mestrando tardio. Obrigado por me apresentarem a este novo e fascinante mundo intelectual. Precisarei ainda de algum tempo para organizar meu pensamento acerca de todas as ideias instigantes com as quais tive contato nesses dois anos.

Agradeço muito especialmente ao Professor Doutor Paulo Ricardo Schier, pela maneira gentil como conduziu o processo de orientação da pesquisa e do estágio em docência. Espero que esta dissertação condiga minimamente ao nível de excelência com que você estabeleceu seu nome no mundo das letras jurídicas.

Agradeço a meus colegas bolsistas das Turmas de 2017 e 2018, pela parceria de todos os dias. Em especial, agradeço a Luciane Sobral e Maria Cristina Lima, pela amizade e pelo espírito de cooperação.

Por fim, agradeço à secretária do PPGD/UniBrasil, Rafaela Abreu, e a meus colegas discentes das Turmas 2017, 2018 e 2019, com quem muito aprendi na convivência diária dos seminários e debates.

*“More important than your obligation to follow your conscience, or at least prior to it, is your obligation to form your conscience correctly”.*  
*Justice Antonin Scalia*

## RESUMO

Os objetos da pesquisa são a superexposição do Supremo Tribunal Federal, causada pela TV Justiça, e os respectivos efeitos que essa realidade impõe sobre a prática deliberativa da Corte. Para tanto, estabelece-se inicialmente o arcabouço teórico que sustentará que a instituição se constitui em uma “câmara de discurso”, inserida em um contexto de teoria da democracia deliberativa e que, por essa razão, está obrigada a estabelecer pontes comunicacionais efetivas com seu público externo (seus auditórios). A partir dessa premissa, apresentam-se os conceitos de “publicidade”, “transparência” e “superexposição”, para desconstruir o “mito da transparência do STF” e demonstrar que, embora desejável, o valor de publicidade institucional não pode ser corrompido em superexposição, sob pena de graves prejuízos deliberativos. Em seguida, apresentam-se as incompatibilidades e contradições entre o valor “publicidade” e a “ética deliberativa”, as quais constituem o assim denominado “paradoxo da deliberação” constitucional, cuja formulação demonstra que os foros deliberativos, ao mesmo tempo em que se beneficiam da publicidade, são por ela prejudicados. Ao final, à luz das complexidades decorrentes desse paradoxo, oferece-se um modelo normativo para aperfeiçoamento das práticas deliberativas do Supremo Tribunal Federal, através da adoção de rodadas prévias de deliberação, com publicidade diferida, com inspiração nos exemplos aproximados da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e da Suprema Corte do México.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal, publicidade; transparência; superexposição; deliberação.

## ABSTRACT

The research's subject-matters are the overexposure of the STF, caused by "TV Justiça", and the respective effects that this reality imposes on the deliberative practice of the Court. To this end, a theoretical framework is initially established to argue that the institution is a "chamber of discourse", inserted in a context of deliberative democracy theory, and, for this reason, it is obliged to establish communicational bridges with its outside public (its audiences). From this premise, the concepts of "publicity", "transparency" and "overexposure" are presented to deconstruct the "myth of STF's transparency" and to demonstrate that, even as desirable as it is, the value of publicity must not be corrupted into an overexposure, or major deliberative losses take place. Then, the incompatibilities and contradictions between the values of "publicity" and "deliberative ethics" are presented, which constitute the so called "paradox of deliberation", in its formulation that shows that deliberative instances are, at the same time, benefited and harmed by institutional publicity. In conclusion, based on the complexities of this paradox, a normative model is offered to improve the deliberative practices of the Supreme Federal Court, through the adoption of previous rounds of deliberation, with restricted publicity, inspired by the examples of the Supreme Court of the United States of America and the Supreme Court of Mexico.

**Keywords:** *Constitutional courts; publicity; transparency, overexposure; deliberation.*

## SUMARIO

RESUMO .....	viii
ABSTRACT.....	ix
INTRODUÇÃO .....	11
<b>1. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS.....</b>	<b>18</b>
1.1. A "ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO" E O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE.....	18
1.2. A LEGITIMIDADE DISCURSIVA DOS TRIBUNAIS: REPENSANDO A REPRESENTAÇÃO DÉMOCRÁTICA.....	30
1.3. AS CORTES CONSTITUCIONAIS E SEUS AUDITÓRIOS: COMUNICAÇÃO INSTITUCIONAL COMO PRESSUPOSTO DA LEGITIMIDADE DISCURSIVA.....	43
<b>2. O TELEVISIONAMENTO DE TRIBUNAIS COMO INSTRUMENTO DE TRANSPARÊNCIA E LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS.....</b>	<b>51</b>
2.1. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AS PRÁTICAS DE TELEVISIONAMENTO DE TRIBUNAIS.....	54
2.2. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS ÀS PRÁTICAS DE TELEVISIONAMENTO DE TRIBUNAIS.....	61
2.3. A PIONEIRA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DA "TV JUSTIÇA": TELEVISIONANDO UMA SUPREMA CORTE.....	65
<b>3.3. PUBLICIDADE, TRANSPARÊNCIA E SUPEREXPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA PROPOSTA NORMATIVA A PARTIR DE ANÁLISES CONTINGENTES.....</b>	<b>71</b>
3.1. PUBLICIDADE OU SUPEREXPOSIÇÃO? O MITO DA TRANSPARÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	73
3.2. A QUALIDADE DA DELIBERAÇÃO PÚBLICA E O PARADOXO DA TRANSPARÊNCIA DELIBERATIVA.....	83
3.3. REPOSICIONAMENTO DO DEBATE SOBRE PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA NO STF: UMA PROPOSTA NORMATIVA DE APERFEIÇOAMENTO DELIBERATIVO A PARTIR DE ANÁLISES CONTINGENTES.....	94
CONCLUSÕES.....	109
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	112

## INTRODUÇÃO

No atual contexto político brasileiro, duas realidades parecem inquestionáveis: i) o Supremo Tribunal Federal desempenha uma função politicamente muito relevante ao decidir questões constitucionais de interesse geral, e; ii) o Supremo Tribunal Federal é uma instituição muito exposta à sociedade, sendo a Corte e seus ministros conhecidos de grande parte da população.

Essas realidades — relevância política e publicidade do STF — apresentam uma óbvia relação entre si: o apelo midiático e social do Tribunal (que justifica a adoção de mecanismos de publicidade institucional) decorre exatamente do incremento de sua importância política. Se a Corte decidisse apenas casos socialmente irrelevantes, certamente a população brasileira não lhe dedicaria o mesmo interesse. Foi exatamente *porque* as decisões do STF impactaram tão significativamente na vida de todos os brasileiros, que a instituição passou a se ver no centro das atenções social, midiática e acadêmica<sup>1</sup>.

Mas existe outra relação que pode ser estabelecida entre essas duas realidades, desta feita sob uma perspectiva normativa: por decidir questões tão relevantes politicamente, o Supremo Tribunal Federal *deve mesmo* estar sempre muito exposto à sociedade, em respeito à sólida tradição da teoria política de arejamento democrático das instâncias decisórias públicas. Se o STF decide temas importantes para a vida dos brasileiros, estes têm direito de acompanhar o ofício desempenhado pela Corte da maneira mais ampla que se possa cogitar, para fiscalizá-la, controlá-la etc.. Essa relação normativa, contudo, pode apresentar alguns problemas.

Embora tenha uma inquestionável linhagem democrática, essa postulação apresenta importantes pontos de tensão quando observada com maior rigor, especialmente à luz da vocação deliberativa do STF. É que se, por um lado, a publicidade absoluta das sessões de julgamento do Tribunal confere um desejável

---

<sup>1</sup> “As relações entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a sociedade têm se intensificado à medida que o tribunal passa a decidir cada vez mais sobre questões relevantes ao dia a dia dos cidadãos. Com a criação da TV Justiça e a expansão das redes sociais, a garantia das liberdades de expressão e de informação e a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), intensificaram-se o interesse e o conhecimento de segmentos da população acerca do STF, assim como a presença deste na mídia”. In: FALCÃO, Joaquim. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Revista Lua Nova**, v. 88. São Paulo, 2013. P. 429-469.

grau de “transparência” à atividade política desempenhada pela Corte, por outro lado, pode, ao mesmo tempo, desvirtuar a própria natureza da atividade de deliberação que deveria ser desempenhada pelo Tribunal.

Explica-se: embora as práticas de publicidade institucional do STF tenham efeitos positivos inquestionáveis (ganhos na transparência), elas também acabam erodindo as condições necessárias para a realização da atividade deliberativa pela Corte. Ou seja, instaurados com a finalidade de garantir a transparência, os mecanismos de publicidade acabam prejudicando a realização da própria atividade-fim da instituição, porquanto que a exposição pública interdita alguns pressupostos da *ética deliberativa*, como se verá.

É sobre as contradições desse *paradoxo da deliberação*<sup>2</sup> que a pesquisa se desenvolverá. Para tanto, o trabalho primeiramente realizará um levantamento bibliográfico para visitar todas as categorias conceituais que permeiam a investigação. Em seguida, estabelecerá um recorte metodológico que tratará a publicidade exercida pela TV Justiça como objeto da investigação e, por fim, avançará numa análise crítica, para tentar conciliar a publicidade institucional à ética deliberativa, através do oferecimento de um modelo normativo para o aperfeiçoamento dos procedimentos decisórios do Supremo Tribunal Federal.

A seguir, passa-se a apresentar muito brevemente a estrutura da dissertação, com exposição do caminho teórico e metodológico a ser trilhado.

No primeiro capítulo da dissertação, será brevemente exposto o ideário jusfilosófico da segunda metade do Século XX, que forneceu as bases teóricas necessárias para a “ascensão do Poder judiciário” e, assim, modificou radicalmente o papel classicamente atribuído a juízes e tribunais na teoria política. Por meio dos conceitos de jurisdição constitucional, ativismo judicial e judicialização, será demonstrado que o Judiciário foi politicamente fortalecido, passando a desempenhar um papel central nos processos decisórios públicos das democracias contemporâneas.

---

<sup>2</sup> “This fact, although not startling or new, seems to pose a rather serious problem for theories of deliberative democracy. It appears as if the ideal of public reason pushes deliberation in two opposite directions: into the public sphere to promote the public nature of public reason but out of the public sphere to safeguard the rational component of public reason”. CHAMBERS, Behind closed doors: publicity, secrecy, and the quality of deliberation, p. 392 *apud* ZARONI, Bruno Marzullo, *Deliberação e Julgamento Colegiado: uma análise do processo decisório do STF*. Tese de Doutorado (UFPR), Curitiba, 2015. P. 238

Em seguida, será demonstrado que esse fenômeno foi intensificado no Brasil em razão do advento de uma constituição profundamente analítica e dirigente-compromissória em 1988, pela adoção de um sistema de controle de constitucionalidade forte e de fácil acesso jurisdicional e, por fim, em razão do histórico enfraquecimento da confiança social nos sistemas políticos majoritários (parlamentos e governos). Essas circunstâncias teriam sedimentado definitivamente, como se pretende demonstrar, as bases políticas e jurídicas para o surgimento de uma magistratura particularmente poderosa no Brasil, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A dissertação então se ocupará de apresentar algumas críticas teóricas que foram formuladas em contraposição a essa nova compreensão das funções do Poder judiciário — e muito especialmente dos Tribunais Constitucionais —, as quais se fundamentam, basicamente, em um alegado “déficit democrático” da instância judicial. Os juízes não teriam recebido o “batismo da vontade popular”, na expressão de Luís Roberto Barroso, e, portanto, não gozariam de nenhum lastro democrático a legitimar o alargado poder político por eles exercido. Os fundamentos teóricos dessa crítica, embora muito bem formulados, não serão endossados no presente trabalho, que se ocupará exatamente da desconstrução desse ideário.

Nesse intento, a dissertação adotará como marco teórico a posição filosófica que justifica essa renovada atuação do Poder judiciário sob uma ótica da teoria da *democracia deliberativa*, na esteira do pensamento de Jürgen Habermas, John Rawls, John Dryzek, entre outros. Nessa perspectiva, os tribunais fazem parte do desenho institucional de sistemas democráticos mais modernos, que não se bastam na simples representação eleitoral e na agregação de preferências coletivas, mas reclamam a coexistência de outros foros de representação, de natureza discursiva e argumentativa e até mesmo contramajoritária.

Sustenta-se, assim, a tese de que na democracia contemporânea existem duas formas básicas de representação do titular do poder político: a representação eleitoral exercida por governos e parlamentos, constituída pelo voto e cuja *accountability* se opera pelos mecanismos eleitorais tradicionais da democracia representativa; e a representação discursiva, constituída pela argumentação decisória dos tribunais (e de outras instituições deliberativas) e cuja *accountability* se opera no âmbito do próprio discurso político-jurídico.

Nesse sentido, a partir de aportes da teoria da democracia de Jürgen

Habermas e John Dryzek, argumenta-se que os tribunais são câmaras deliberativas (“chambers of discourse”) que reverberam (ou intermedeiam) determinados discursos jurídicos, construindo decisões fundamentadas com base em valores racionalmente aceitos (ou aceitáveis) pela comunidade política. Assim, por meio de uma epistemologia própria para a inteligência dos valores jurídicos e morais, o Poder judiciário significa os valores da constituição na prática e busca formular as “melhores soluções” para os problemas constitucionais.

Com o intuito de demonstrar que essas atividades estão sujeitas a alguma controlabilidade discursiva (e que não mascaram um decisionismo judicial), a dissertação revisita a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, a qual oferece bases objetivas e qualitativas ao discurso jurídico, inoculando essa nova compreensão do direito contra a subjetividade e relatividade exacerbadas.

Ao final do primeiro capítulo, demonstra-se que toda essa nova compreensão do poder judiciário enquanto instância deliberativa da democracia, que constrói dialogicamente as melhores decisões constitucionais, acaba por estabelecer o componente normativo do discurso que se identifica no *auditório*, isto é, no grupo de pessoas a que se tenta convencer por meio da argumentação jurídica. Assim, revisitando a filosofia de Chaïm Perelman, a partir de aportes da doutrina de André Rufino do Vale, a dissertação constitui um de seus principais fundamentos teóricos: a ideia de que a legitimidade democrática dos Tribunais, no âmbito de uma democracia deliberativa, impõe a existência de canais de comunicação com a sociedade, de modo a justificar e qualificar sua atuação discursiva e sua nova vocação política.

Em conclusão à primeira parte do trabalho, sustenta-se que um dos meios mais eficazes de se estabelecer essas pontes de comunicação dos Tribunais com seus públicos externos, ou com a “sociedade aberta de intérpretes”, na conceituação de Peter Häberle, é a instituição de políticas de televisionamento das Cortes, as quais estabelecem poderosos canais comunicativos e meios de controle social no âmbito do Poder judiciário.

A partir dessas impressões iniciais, a dissertação então ingressa no segundo capítulo para acessar a bibliografia acerca das experiências concretas de televisionamento de tribunais nos Estados Unidos da América, a partir da pesquisa realizada por Felipe de Melo Fonte. Pretende-se, assim, conhecer as perspectivas críticas que tocam nessa temática.

A partir das conclusões colacionadas por esse autor, apresentam-se

objetivamente os argumentos a favor e contra as políticas de televisionamento de tribunais. Demonstra-se que, em regra, os argumentos favoráveis baseiam-se em ideias de controle democrático e transparência do Poder judiciário; enquanto que os argumentos contrários sustentam que a prática tem o potencial de falsificar, de alguma maneira, a idoneidade da atuação judicial (poderia haver interferência indevida sobre o comportamento dos atores processuais).

Contextualizando toda essa problemática para o Poder judiciário brasileiro, a dissertação então apresenta uma breve história da TV Justiça que, em experiência inédita em nível mundial, estabeleceu em 2002 o televisionamento de um Tribunal Constitucional<sup>3</sup>, por meio da transmissão, ao vivo e sem edições, de todas as suas sessões plenárias. Demonstra-se que essa radical abertura institucional do Supremo Tribunal Federal também contribuiu para a intensificação do fenômeno da “ascensão do poder judiciário” no Brasil, afinal o outrora “desconhecido” STF passou a ser ator central no ambiente político nacional a partir dos anos 2000.

Finalmente, ingressando no terceiro e último capítulo do trabalho, passa-se a debruçar sobre o cerne da pesquisa propriamente dito, que trata dos problemas surgidos nas relações entre a vocação deliberativa do Supremo Tribunal Federal e o desejável valor de publicidade, levado a efeito através da TV Justiça.

Em um primeiro momento, formulam-se conceitos de *publicidade*, *transparência* e *superexposição*, para demonstrar como, embora a publicidade seja desejável no contexto de tribunais inseridos no desenho institucional de democracias deliberativas, ela sozinha não garante, de modo algum, a desejável transparência institucional. Ao contrário, seguindo as impressões de Conrado Hubner Mendes e Virgílio Afonso da Silva, a dissertação procura desmascarar o “mito da transparência” do STF, segundo o qual a Corte teria obtido significativos ganhos de transparência apenas porque todas as suas sessões plenárias são transmitidas ao vivo pela TV Justiça.

Iniciando o caminho metodológico para oferecer uma perspectiva normativa para aperfeiçoamento da deliberação praticada pelo STF, a pesquisa então passa a investigar de que maneira a publicidade pode efetivamente contribuir ou prejudicar o bom ambiente deliberativo, isto é, passa a discutir as complexidades práticas do que

---

<sup>3</sup> Não se ignoram as distinções entre Tribunal Constitucional e Suprema Corte, mas, para a finalidade do presente trabalho, pode-se compreender a atuação do STF como a de um verdadeiro tribunal constitucional.

Simone Chambers e John Dryzek identificaram como sendo um “paradoxo da deliberação”.

Desenvolvendo o conceito desse paradoxo, o trabalho então sustenta que os foros de deliberação, ao mesmo tempo em que se beneficiam da publicidade, em razão das vantagens de natureza epistemológica, comunitária, psicológica e educativa identificadas por Conrado Hubner Mendes, podem ser severamente prejudicados — ou até inviabilizados — em razão da superexposição institucional.

Aportando à dissertação a pesquisa de Bruno Marzullo Zaroni, são apresentadas seis formulações teóricas que demonstram como a publicidade tende a interditar o ambiente deliberativo. Em suma, a publicidade estimularia algumas condutas ofensivas à *ética deliberativa*, como: i) a utilização de argumentos plebiscitários; ii) o populismo judicial; iii) o desejo de boa imagem pública do juiz; iv) a desconsideração de argumentos mais qualificados (quebra da principal premissa da ética deliberativa); v) o cerceamento à atividade criativa jurídica e; vi) o individualismo personalista (em oposição à colegialidade e ao consenso).

Na parte final do terceiro capítulo, realiza-se uma análise contingente nos termos metodológicos delineados por Diego Werneck Arguelhes, para identificar não apenas os “prós e os contras” abstratamente cogitados em referência à publicidade televisiva de Tribunais Constitucionais, mas para tentar oferecer as bases concretas para um modelo normativo de procedimento deliberativo *específico para o STF*, consideradas as suas características próprias e limitações institucionais.

Reconhecendo o importante pressuposto de que a TV Justiça não é o único — nem tampouco o mais importante — gargalo deliberativo do STF, a dissertação oferece uma proposta de aperfeiçoamento dos procedimentos da Corte, baseada na doutrina de Conrado Hubner Mendes, Virgílio Afonso da Silva, André Rufino do Vale e Bruno Marzullo Zaroni. Em síntese, sustenta-se que o Supremo Tribunal Federal deveria instituir uma rodada deliberativa prévia, com publicidade diferida (em caráter reservado e sem transmissão da TV Justiça), antes da realização da sessão plenária televisionada.

Explica-se que essa rodada prévia poderia ser realizada presencialmente, por meio de uma sessão convocada para essa finalidade, ou mesmo por escrito, através da circulação, entre todos os ministros, de relatórios ou votos temporários e em desenvolvimento. Demonstra-se, a partir dos exemplos aproximados dos Estados Unidos da América (deliberação prévia por escrito) e do México (deliberação prévia

presencial), que a prática poderia qualificar decisivamente o procedimento deliberativo do STF, e que não representaria ofensa às normas previstas no artigo 5º, inciso LX e artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Finalmente, encaminhando-se ao encerramento da pesquisa, demonstra-se que a dissertação não pretende acessar a discussão sob uma perspectiva filosófica perfeccionista, isto é, não tem a ilusão de, que adotado o modelo normativo proposto, a prática no âmbito do Supremo Tribunal Federal subitamente passaria a ocorrer de acordo com os mais sublimes preceitos da ética deliberativa.

Ao contrário, trabalhando sob uma perspectiva realista e profundamente pragmática, a pesquisa tenta demonstrar que apenas através do constante aperfeiçoamento das práticas deliberativas do STF é que se poderá corrigir, no decorrer dos anos, os eventuais vícios deliberativos que prejudicam a interpretação e aplicação do direito constitucional e, notadamente, dos direitos fundamentais.

## 1. A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS.

### 1.1. A “ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO” E O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE.

A atual importância do Poder judiciário na democracia brasileira não deve ser subestimada. Praticamente todas as grandes questões morais, jurídicas, políticas ou econômicas que se apresentaram recentemente à nossa sociedade foram (ou serão) submetidas, em algum dado momento, ao crivo de tribunais e juízes, e esse é um dado empírico virtualmente inquestionável.

Sobram exemplos dessa realidade: apenas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Poder judiciário brasileiro decidiu, nos últimos anos, temas como descriminalização do aborto<sup>4</sup> e do porte de drogas para uso pessoal<sup>5</sup>, criminalização da homofobia<sup>6</sup>, afastamento dos presidentes da Câmara dos Deputados<sup>7</sup> e do Senado Federal<sup>8</sup>, persecução penal de altas autoridades da República<sup>9</sup>, regras de inelegibilidade eleitoral<sup>10</sup>, liberdade de expressão<sup>11</sup>, reformas estruturais (trabalhista<sup>12</sup>, previdenciária<sup>13</sup> etc.), entre outros.

Esse contexto, no qual juízes e tribunais assumem uma posição de

---

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 124.306/RJ**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: 09/08/2016.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635.659/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26**. Relator: Min. Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 13/06/2009.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AC 4070**. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 07/12/2016.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 402**. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 07/12/2016

<sup>9</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 470**. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 22/04/2013.

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 929.670/BA**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: 01/03/2018.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4451**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação; 22/06/2018.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.938**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

<sup>13</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.289**. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

centralidade na comunidade política, ilustra perfeitamente aquilo que a teoria constitucional convencionou designar como a “ascensão do Poder judiciário<sup>14</sup>”. Trata-se de fenômeno observado em escala mundial e que compreende uma série de processos políticos e jurídicos que culminaram em uma completa reconfiguração do papel classicamente atribuído ao Judiciário.

Luís Roberto Barroso descreve sinteticamente essa realidade a partir de três ideias centrais: *i)* a ascensão jurisdição constitucional; *ii)* a judicialização e; *iii)* o ativismo judicial<sup>15</sup>. Importa tratar brevemente desses fenômenos.

A ascensão da jurisdição constitucional, ou seja, a intensificação da atividade de interpretação e aplicação do direito constitucional por órgãos judiciais<sup>16</sup>, está diretamente ligada aos desenvolvimentos jusfilosóficos ocorridos a partir da segunda metade do Século XX na Europa, quando uma radical mudança no modo de pensar e praticar o direito ocorreu no mundo romano-germânico<sup>17</sup>. Fala-se aqui, evidentemente, do fortalecimento normativo das constituições<sup>18</sup>.

A partir do período Pós-Guerra, observou-se em toda a Europa o surgimento de novas Constituições dotadas de inéditos conteúdos materiais de normatividade jurídica, voltados à realização da justiça social e à concretização de determinados núcleos especiais de direitos subjetivos (os direitos fundamentais), estes entendidos como reservas intangíveis de moralidade<sup>19</sup>, protegidas inclusive das majorias políticas. Essas novas constituições ditas substantivas tomaram o lugar das Cartas anteriores, que se limitavam a estabelecer as regras formais do jogo democrático e a

---

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018, p. 2.177..

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf). Acesso em 20/11/2019.

<sup>16</sup> “A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema”. *Idem*, p. 5.

<sup>17</sup> “Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico” *Idem*, p. 6.

<sup>18</sup> “La ley, por primera vez em la época moderna, viene sometida a uma relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a um estrato más alto de derecho establecido por la Constitución”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Ductil**. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007. P. 34.

<sup>19</sup> Sobre o “conteúdo moral dos direitos humanos” ou fundamentais, ver: BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea**. Tese de Doutorado (PUC-PR). Curitiba, 2011. P. 109-129

distribuir competências entre os órgãos do Estado.

Esse marco histórico<sup>20</sup> caracteriza a superação — ou a tentativa de superação — de um modelo jurídico-normativo positivista, que compreendia a Constituição apenas como um documento inaugural da ordem formal, a partir do qual os Poderes Legislativo e Executivo realizariam os interesses materiais do povo sob estritas regras procedimentais. A partir dali, passou-se a compreender a existência de uma Constituição viva, um verdadeiro norte *ético* que irradia comandos axiológicos concretos<sup>21</sup>, aplicáveis diretamente à realidade cotidiana daquelas sociedades.

Ocorre que a aplicação prática dessas novas normas constitucionais substantivas, em regra corporificadas sob a linguagem elusiva dos princípios<sup>22</sup>, passou a exigir uma densa atividade hermenêutica e intelectual do direito. É dizer, para realizar os valores instituídos abstratamente nas Constituições, foi necessário que os juízes superassem a utilização exclusiva das técnicas de subsunção, que pressupunham uma noção (fictícia) de clareza e completude normativa do Direito, para adentrarem também no campo da interpretação e da argumentação jurídicas, em que se reconhece a incompletude do ordenamento e, assim, se exige uma atividade “criativa”. À técnica de subsunção soma-se a técnica da cognição, e a norma jurídica passa a surgir somente após a interpretação<sup>23</sup>.

Desse modo, o processo histórico-jurídico<sup>24</sup> aqui descrito logo levou à superação de um regime de Supremacia do Parlamento, vigente desde o surgimento

---

<sup>20</sup> Para uma apresentação história exauriente, ver: “Perspectiva histórica: dos direitos naturais do homem aos direitos fundamentais constitucionais e a problemática das assim denominadas dimensões dos direitos fundamentais”. In: SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 11<sup>a</sup> ed, p. 25.

<sup>21</sup> “Vislumbra-se, ainda, uma clara tendência de aproximação entre o Direito e a ética, na medida em que há a superação do positivismo jurídico como paradigma filosófico e a expressa inclusão no texto constitucional de temas que eram anteriormente relevados ao âmbito extrajurídico”. VIEIRA, Carolina. *Fontes Entre o Direito e a Política: limitação e legitimidade da atuação jurisdicional*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional**. Curitiba: RT, 2019, p. 189.

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008. P. 90.

<sup>23</sup> “Deve-se lembrar que, no momento da aplicação da norma aos casos concretos, sempre existirá algum grau de interpretação dos signos linguísticos disponíveis na gramática normativa e a construção constitucional será o produto da hermenêutica de cláusulas constitucionais, de precedentes e da doutrina”. LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os caminhos do constitucionalismo para a democracia**. Tese de Doutorado (UFPR). Curitiba, 204, p. 112.

<sup>24</sup> Oscar Vilhena Vieira indica outras causas para o fenômeno, de naturezas econômica (maior previsibilidade dos tribunais em relação aos parlamentos) e sociológica. In: VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, v. 4, São Paulo, P. 442.

do Estado Moderno<sup>25</sup>, para inaugurar uma era de Supremacia do Judiciário<sup>26</sup>, no qual os juízes e tribunais passam a ter, supostamente, a “última palavra” em matéria de interpretação constitucional<sup>27</sup>. O *locus* da intelecção do direito, portanto, não se identificaria mais apenas nos Parlamentos, mas igualmente nos Tribunais.

Ainda assim, é claro que nesse novo contexto jusfilosófico, a jurisdição constitucional continua prestando deferência ao corpo de leis e atos normativos produzidos pelas instâncias majoritárias, porque chancelados na gênese pelo princípio democrático. A novidade é que o princípio democrático passa a apresentar uma ambivalência, funcionando não mais apenas como limite, mas também como fundamentação da própria “intervenção da jurisdição constitucional”:

O princípio democrático não opera somente como limite, mas também como legitimação da função normativa das sentenças constitucionais. Essa ambivalência é explicada pela própria ambivalência do princípio democrático. Por um lado, o princípio democrático respalda as normas legislativas e lhes outorga uma presunção de constitucionalidade. A jurisdição constitucional não pode ignorar o caráter democrático do poder legislativo. Por outro, no entanto, no âmbito da democracia constitucional, de democracia pluralista, o princípio democrático legitima a intervenção da jurisdição constitucional<sup>28</sup>.

Consequência automática desse novo estado de coisas é a chamada judicialização, entendida como a incorporação da instância judicial em virtualmente todos os aspectos decisórios da convivência em sociedade<sup>29</sup>. Ora, se agora os juízes e tribunais podiam extrair diretamente da própria Constituição os vetores

<sup>25</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Ductil**. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007.

<sup>26</sup> Para uma análise da “supremacia judicial” a partir da evolução histórica da “dificuldade contramajoritária”, ver: FRIEDMAN, Barry. **The history of the coutermajoritarian difficulty, part one: the road to judicial supremacy**. New York State Law Review, v. 73, n. 3, 1998. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/a66d/424d835f817a4f0ed38915326483e68bb35f.pdf>. Acesso em: 02/02/2020.

<sup>27</sup> A ideia de Supremacia Judicial é, em verdade, profundamente problemática sob o ponto de vista democrático, afinal o vocábulo “supremacia” certamente quer designar um estado de sujeição dos poderes majoritários e representativos ao arbítrio judicial. De igual maneira, a ideia de que ao Poder judiciário caberia dar a “última palavra” em matéria de interpretação constitucional, representa uma teoria do direito e da democracia passíveis das mais incisivas críticas. Nesse sentido, ver: GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese de Doutorado (UFPR). Curitiba, 2015.

<sup>28</sup> CALLEJÓN, Francisco Balaguer. A função normativa das sentenças constitucionais. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional**. Curitiba: RT, 2019, p. 524.

<sup>29</sup> “O Poder judiciário, devido à judicialização das relações sociais e políticas é colocado no epicentro jurídico-constitucional do Estado contemporâneo” MORAES, Guilherme Peña de. Protagonismo Institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional**. Curitiba: RT, 2019, p. 234.

deontológicos aplicáveis aos casos concretos, era apenas de se esperar que os atores políticos procurassem não mais a representação do Poder Legislativo para concretizar seus interesses, mas o próprio Poder judiciário.

O Poder judiciário passou, assim, a se apresentar como uma espécie de “atalho” institucional para a realização de interesses jurídicos e políticos. Ao invés de ingressarem na arena deliberativa própria dos Parlamentos e submeterem-se às intempéries políticas, os agentes sociais defenderiam suas pautas diretamente nos Tribunais e, sob as bases pretensamente mais racionais da argumentação jurídica, demandariam uma prestação jurisdicional conformadora daqueles seus direitos instituídos pela ordem constitucional.

Intimamente relacionado a essa nova realidade da judicialização, surge o fenômeno do “ativismo judicial”<sup>30</sup>, que tão dramaticamente colaboraria para a constatação de um protagonismo de juízes e tribunais na sociedade brasileira atual. O conceito de ativismo judicial pode ser aqui reduzido, embora com alguma superficialidade, a uma “escolha” feita por juízes, “para interpretar de um modo específico e proativo a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”<sup>31</sup>.

Sob essa perspectiva, o ativismo judicial representa uma espécie de voluntarismo judicial que faz com que os juízes elasteçam deliberadamente o alcance da atividade hermenêutica, para realizar na prática algumas finalidades por eles previamente estabelecidas, sob a justificativa (ou sob o pretexto, em uma perspectiva mais crítica) de melhor concretizar os valores constitucionais à prática social.

O juiz-ativista se pretende, pois, em uma posição funcional que lhe permite interpretar mais intensamente a Constituição, para dela extrair maior efetividade dos comandos normativos pretendidos pelo legislador constituinte<sup>32</sup>. Em outras palavras,

---

<sup>30</sup> “Judicialização e ativismo judicial não são a mesma pessoa. São primos. Vêm da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas têm origens e causas imediatas diversas”. BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Direito & Práxis. Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018, p. 2.181.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 2.182.

<sup>32</sup> Aqui se reduziu propositalmente o conceito de ativismo judicial à sua apresentação “progressista”, na qual o juiz se pretende um agente capaz de conferir mais eficácia à Constituição. Não se deve ignorar, porém, que o conceito encerra uma multiplicidade de apresentações. “The term “judicial activism” refers to a family of views concerning the nature of constitutional interpretation and the institutional role of the Court: (1) Counter-Majoritarian Activism: the reluctance of the courts to defer to the decisions of the democratically elected branches; (2) Non-Originalist Activism: the failure of the courts to defer to some notion of originalism in deciding cases, whether that originalism is grounded in a strict fealty to text or in reference to the original intent of the framers; (3) Precedential Activism: the failure of the courts to defer to judicial precedent; (4) Jurisdictional Activism: the failure of the courts to adhere to jurisdictional limits on their own power; (5) Judicial Creativity: the creation of new theories and

o juiz-ativista se considera mais capacitado que os atores tradicionais das instâncias majoritárias (políticos dos Poderes Legislativo e Executivo) para traduzir e concretizar a força normativa da Constituição na realidade social<sup>33</sup>.

Esses processos históricos e jurídicos, como já afirmado, caracterizam-se não apenas na realidade do constitucionalismo brasileiro, mas de quase todas as democracias constitucionais contemporâneas. Com diferenças de grau, a ascensão da jurisdição constitucional, a judicialização e o ativismo judicial são recorrentes e suscitam um interesse acadêmico cada vez mais intenso, nas mais variadas tradições constitucionais<sup>34</sup>.

Ocorre que no caso brasileiro houve alguns estímulos adicionais à caracterização desses fenômenos, que fizeram com que a ascensão institucional do Poder judiciário se apresentasse de maneira ainda mais destacada. Por aqui, esses processos foram sensivelmente intensificados em razão da promulgação de uma Constituição profundamente analítica e dirigente-compromissória em 1988, da opção por um sistema híbrido de controle de constitucionalidade forte e de fácil acesso jurisdicional e, finalmente, em razão do descrédito historicamente observado em relação às instâncias políticas majoritárias<sup>35</sup>. Passa-se a descrever essas particularidades do sistema jurídico brasileiro.

---

rights in constitutional doctrine; (6) Remedial Activism: the use of judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of government or to take governmental institutions under ongoing judicial supervision as a part of a judicially imposed remedy; and (7) Partisan Activism: the use of judicial power to accomplish plainly partisan objectives. MARSHALL, William P. *Conservatives and the Sevens Sins of Judicial Activism*, 2002, *apud* LIPKIN, Robert Justin. **We are judicial activists now**. Widener Law School Studies Research Paper, v. 77, 2008. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1347425](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1347425). Acesso em: 02/02/2020.

<sup>33</sup> Levado a extremos, o ativismo judicial pode chegar à compreensão de que os Tribunais Constitucionais têm a chamada “função iluminista”, conforme curiosa formulação de Luís Roberto Barroso, segundo o qual caberia a essas instituições “liderar o caminho” das sociedades em que estão inseridos rumo a uma existência política mais “iluminada” e racional. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Direito & Práxis. Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018. Para uma crítica contundente a essa posição teórica, ver: FONTELES, Samuel Sales. A Função Iluminista dos Tribunais Constitucionais e o “Heroísmo Moral Clarividente”: um contraponto ao empreendimento teórico de Luís Roberto Barroso. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional**. Curitiba: RT, 2019, p. 313-344

<sup>34</sup> “A expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais em geral não é, no entanto, um fenômeno estritamente brasileiro. Há, hoje, uma vasta literatura que busca compreender este fenômeno de avanço do direito em detrimento da política e consequente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos”. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, v. 4, São Paulo, P. 442.

<sup>35</sup> SC�HER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de Coalizão: democracia e governabilidade no Brasil**. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 20, n. 20, jul/2016. P. 253-299.

Se, como visto, o advento da jurisdição constitucional é causa fundante do fenômeno da ascensão institucional do Poder judiciário, por conferir maior poder político a juízes e tribunais, então é apenas lógico considerar que o advento de uma Carta Constitucional mais analítica e mais compromissória apenas haveria de intensificar esse poder, justamente por oferecer um campo ainda mais alargado de atuação hermenêutica sobre a realidade.

Ora, quanto maiores porções da realidade fática uma Constituição pretender tutelar juridicamente, maior será a possibilidade de interpretação das normas constitucionais respectivas, e maior será também o escopo de atuação e juízes e tribunais no âmbito da justificação constitucional. E quanto maior o conteúdo ético de uma Constituição, maior será o espaço para a atividade criativa dos juízes no sentido do cumprimento do pacto constitucional (concretização dos valores elencados pelo constituinte<sup>36</sup>).

Assim, uma Constituição que todos os fatos tutela e muitos valores prestigia, cria as condições jurídicas e políticas perfeitas para o surgimento de uma magistratura muito poderosa, que se incumbirá não apenas da significação da Constituição mas também, em uma perspectiva ativista<sup>37</sup>, da própria efetivação do pacto constitucional.

Nessa linha, tem-se a importante ideia da “constitucionalização do direito” para designar exatamente esse mesmo fenômeno. No Brasil, todas as questões jurídicas têm algum conteúdo constitucional em sua formulação porque direta ou indiretamente a Constituição tratará do tema<sup>38</sup>. Daniel Sarmento observará, por exemplo, que por aqui existe uma “ubiquidade do direito constitucional”<sup>39</sup>, isto é, o

---

<sup>36</sup> “Com a Constituição do Brasil de 1988 houve uma mudança fundamental no Estado brasileiro, que foi a “constitucionalização” de inúmeros direitos sociais e coletivos. Assim, de uma ordem em que o acesso ao Judiciário se restringia a pedir proteção para o que já se tinha, passa-se agora, a partir da Constituição, a uma “ordem promocional”, em que se pode recorrer ao Judiciário para obter o auxílio que ainda não se tem, mas que se deseja por força das promessas constitucionais. HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: **A Necessidade do Debate “Procedimentalismo Versus Substancialismo”**. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf>. Acesso em: 02/02/2020.

<sup>37</sup> Novamente, fala-se aqui sob a perspectiva do ativismo dito “progressista”, que se pretende um vetor de efetividade da norma constitucional.

<sup>38</sup> Ainda que não se tenha uma previsão constitucional expressa do tema em questão, pela “filtragem constitucional” ela será submetida a um exame de juridicidade à luz do direito constitucional. Ver obra monográfica sobre o tema: SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Ponto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editora, 1999.

<sup>39</sup> SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. In: Cláudio Pereira de Souza Neto. (org.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 117

direito constitucional brasileiro está em todos os lugares, em todos os temas jurídicos.

A partir do advento da Constituição Federal de 1988, portanto, os juízes brasileiros se descobrem dotados de um poder político cada vez mais significativo, que lhes permite interpretar criativamente o direito, para aplicar diretamente as normas programáticas de uma Constituição muito ampla e detalhista, sem a necessidade de intermediação das instâncias majoritárias, ou muitas vezes contra elas<sup>40</sup>.

Aliado à “constitucionalização do direito” brasileiro, tem-se também a circunstância de que vige por aqui um sistema híbrido de controle de constitucionalidade forte, em que quaisquer juízes podem declarar a inconstitucionalidade das normas concretas (modelo norte-americano), mas igualmente os juízes constitucionais podem declarar a inconstitucionalidade de normas abstratas (modelo europeu) em sede de ações de constitucionalidade. E como o rol de legitimados a fazê-lo é significativamente amplo<sup>41</sup>, a constitucionalidade dos atos dos poderes majoritários assume um constante estado de precariedade, já que qualquer ator político brasileiro minimamente organizado consegue levar sua pretensão de declaração de (in)constitucionalidade de normas jurídicas concretas ou abstratas ao crivo do Poder judiciário — e isso, mais uma vez, insere juízes e tribunais no epicentro do poder político, como ilustra Oscar Vilhena Vieira.

---

<sup>40</sup> A afirmação não contém, pelo menos por ora, conotação negativa, no sentido de uma atuação que seria possivelmente anti-democrática, afinal houve momentos na história brasileira recente em que a atuação do Poder judiciário, à revelia dos poderes majoritários, foi decisiva para a efetivação do pacto constitucional (em matéria de direitos sociais, por exemplo). Sobre o “caráter concretizador de direitos fundamentais das decisões judiciais”, ver: SCHAFER, Jairo. **Restrições a Direitos Fundamentais**. Tese de Mestrado (UFSC), Florianópolis, 2000. P. 119.

<sup>41</sup> Constituição Federal: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A politização desta esfera de jurisdição do Tribunal foi expandida em relação ao período constitucional anterior, na medida em que a legitimidade para a proposição de ações diretas foi conferida a novos atores políticos e sociais, conforme disposto pelo artigo 103 da Constituição Federal, superando a fase em que as chaves de acesso ao controle direto de constitucionalidade pelo Supremo só eram conferidas ao Procurador Geral da República. Essa abertura do Supremo a outros atores políticos tem transformado o Tribunal, em muitas circunstâncias, em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa<sup>42</sup>.

Finalmente, aliado a esse quadro de crescente poder político do Poder judiciário, tem-se um concomitante enfraquecimento da representatividade dos parlamentos e dos governos brasileiros que, por razões sociológicas, históricas e jurídicas das mais complexas, passam a ser vistos como incapazes de atenderem aos interesses prementes do povo.

Uma das causas que mais influenciam a expansão da jurisdição constitucional no campo das decisões políticas é a paulatina perda de legitimidade do processo político. A complexidade do debate político, o poder econômico, a falta de locais para o debate público, bem como os meios de informação são algumas das razões para a perda de legitimidade dos representantes populares<sup>43</sup>.

Assim, pelo que se viu até aqui, a ascensão institucional do Poder judiciário passa, primeiramente, por circunstâncias teóricas e históricas muito particulares da segunda metade do Século XX, quando o desenvolvimento da filosofia do Direito transportou o *locus* da normatividade jurídica das Leis para a Constituição. A partir daí, as novas Constituições substanciais ofereceram aos juízes e tribunais uma série de comandos deontológicos muito abstratos, que precisaram ser interpretados para serem aplicados à realidade cotidiana das democracias, conferindo um crescente poder político ao Poder judiciário.

No Brasil, viu-se que essas circunstâncias se intensificaram sensivelmente porque alguns estímulos normativos e institucionais foram oferecidos à magistratura. Em verdade, pode-se dizer que o advento da Constituição Federal de 1988, o estabelecimento de um modelo híbrido de controle de constitucionalidade forte, com amplo acesso jurisdicional e, por fim, o enfraquecimento representativo das instâncias

---

<sup>42</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, v. 4, São Paulo, P. 447.

<sup>43</sup> ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas. **Política e Legitimidade Discursiva do Judiciário na Democracia Constitucional**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília, 2008

políticas majoritárias, praticamente obrigaram<sup>44</sup> o Poder judiciário a assumir um papel protagonista perante a sociedade brasileira.

Ocorre que essa renovada envergadura institucional do Poder judiciário, consubstanciada, sobretudo, na jurisdição constitucional, gerou também algumas importantes críticas no Brasil e no mundo, geralmente relacionadas ao *déficit democrático* da instância judiciária para a significação da Constituição e concretização do pacto constitucional. A ideia, em sua formulação mais ampla, remete à tensão entre os ideais políticos do constitucionalismo (defesa de direitos fundamentais) e da democracia (“governo da maioria”)<sup>45</sup>.

Nessa linha, Luís Roberto Barroso sistematiza o corpo teórico dessas críticas à “supremacia” judicial da seguinte maneira: *i*) crítica político-ideológica; *ii*) crítica quanto à capacidade institucional e; *iii*) crítica quanto à limitação do debate<sup>46</sup>. Aqui interessam mais a crítica político-ideológica e a crítica quanto à limitação do debate<sup>47</sup>.

Antes de adentrar na análise das críticas supramencionadas, parece importante deixar claro que este trabalho não as endossa, nem tampouco compartilha

---

<sup>44</sup> Luís Roberto Barroso dirá, acertadamente, que “a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão”. In: BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Direito & Práxis. Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018, p. 2.180.

<sup>45</sup> “A jurisdição constitucional sempre foi alvo de contestações quanto à sua (i) legitimidade democrática. Desde as primeiras ideias relacionadas ao poder de revisão judicial dos atos políticos emanados dos parlamentos democraticamente eleitos, muito se discutiu (e ainda muito se discute) sobre a (in)compatibilidade desse poder com a democracia, o que pode ser traduzido como uma tensão imanente entre controle judicial das leis vs. soberania parlamentar (se o foco da discussão é institucional) ou entre direitos fundamentais (ou humanos) vs. soberania popular (se o debate se concentra nos valores protegidos), de modo que a questão central remete, ao fim e ao cabo, às relações entre constitucionalismo vs. democracia. VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional. Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de Doutorado (UnB-Universidade de Alicante). Brasília-Alicante, 2015. P. 21.

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. Revista Direito & Práxis. Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018

<sup>47</sup> A crítica quanto à capacidade institucional do Poder judiciário pode ser sintetizada como aquela que afirma que os juízes nem sempre (ou quase nunca) são os agentes públicos mais adequados para decidirem grandes questões políticas, por lhe faltarem as qualidades inerentes para tanto: a falta de sensibilidade sistêmica (compreender as circunstâncias e efeitos das escolhas no plano extrajurisdicional (macrojustiça)) e a falta de conhecimentos científicos, técnicos ou de grande complexidade (juízes não são os agentes mais adequados para decidirem questões atuariais, de segurança nacional, por exemplo). Assim é que por estar mais ligada a uma condição subjetiva do magistrado, interessa menos na perspectiva institucional adotada neste trabalho. In: BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf). Acesso em 20/11/2019

das ideias centrais que as sustentam. Ao contrário, o trabalho apresentará, logo em seguida, os marcos teóricos que fundamentam uma compreensão muito distinta da teoria do direito e do papel que deveria ser desempenhado pelo Poder judiciário. Por ora, se oferece à colação do leitor uma síntese descritiva das críticas teóricas que foram direcionadas à compreensão de uma suposta “Supremacia Judicial”.

A crítica político-ideológica denuncia primeiramente que os membros do Poder judiciário não receberam “o batismo da vontade popular<sup>48</sup>”, isto é, não foram escolhidos pelo povo através de procedimentos eleitorais diretos. Assim, esses agentes públicos careceriam de representatividade democrática para declarar o que o titular do poder político entende como a adequada concretização dos valores fundamentais encartados na Constituição. Sob essa ótica, mesmo com todos os defeitos representativos já conhecidos, os membros dos Poderes Legislativo ou Executivo ao menos gozam de uma legitimidade inquestionável: eles foram *escolhidos* pelo povo.

Dentro do campo ideológico, a crítica descreve a supremacia judicial como um meio de defesa de uma instância eminentemente reacionária. Juízes e tribunais seriam, sob essa ótica, agentes de uma elite que instrumentaliza a função jurisdicional para esvaziar a efetiva participação popular e os desejos democráticos de transformação veiculados pela população. Os tribunais trabalhariam *contra* os avanços democráticos canalizados via Poder Legislativo e Executivo.

Já na categoria das críticas quanto à limitação do debate, tem-se a importante ideia de que a judicialização dos conflitos políticos pode levar à grave circunstância de exclusão de significativas parcelas da comunidade política do efetivo debate público. Isso se daria porque o discurso jurídico se utiliza de técnicas próprias, muitas vezes intangíveis ao cidadão-médio, o que causaria uma “apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais<sup>49</sup>”.

Inserido nos contornos teóricos dessa crítica quanto à limitação do debate, mas aprofundando-a dramaticamente, Samuel Sales Fonteles afirmará que essa faceta do protagonismo judicial representa verdadeira “anomalia” nos processos de criação e significação do direito, que gera “uma maior probabilidade de reações sociais

---

<sup>48</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf). Acesso em 20/11/2019

<sup>49</sup> Idem. P. .

hostis<sup>50</sup>". A ideia, ao menos em uma primeira observação, é tão simples quanto preocupante: o reconhecimento coercitivo de direitos pelos Tribunais "atropelaria" os processos sociais de maturação e reconhecimento desses direitos pela comunidade, gerando um "backlash" com o potencial de neutralizar os direitos mesmos que seriam reconhecidos a tempo pela comunidade<sup>51</sup>.

Para a finalidade do presente trabalho, todavia, o que importa é reiterar que, se por um lado, o protagonismo exercido pelos juízes e tribunais nos contextos das democracias constitucionais é um dado empírico inegável, uma verdadeira característica dos sistemas políticos atuais; por outro, sua prática apresenta algumas críticas importantes relacionadas, sobretudo, à legitimidade democrática das Cortes<sup>52</sup>: o exercício da jurisdição constitucional, a judicialização da vida e o ativismo judicial frustrariam o cerne do princípio democrático (a representação), bem como fraudariam os processos sociais de construção e significação do direito.

Na mais ampla formulação possível, a questão passa por compreender por que motivo se deveria aceitar que juízes não eleitos possam decidir questões centrais da sociedade, inclusive com poder de veto sobre as instâncias políticas majoritárias. Qual seria a natureza da atividade jurisdicional que permitiria esse escape radical do clássico binômio político poder/representatividade<sup>53</sup>?

A mais adequada resposta teórica, capaz de infirmar em larga medida as inquietações críticas anteriormente formuladas, será aquela que postula a existência de uma legitimidade argumentativa dos Tribunais (e não representativa), desenvolvida

---

<sup>50</sup> A intervenção judicial precoce obstaculiza o agir coletivo, congelando no tempo debates políticos em fase de maturação. Isso perpetua uma proteção prematura de direitos fundamentais que provavelmente seriam, a tempo e a modo, protegidos de maneira completa. Ao valer-se da via anômala para a criação de direito (tribunais), a assimilação social é menor e há uma maior probabilidade de reações sociais hostis. Ver: FONTELES, Samuel Sales. *A Função Iluminista dos Tribunais Constitucionais e o "Heroísmo Moral Clarividente": um contraponto ao empreendimento teórico de Luís Roberto Barroso*. In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional**. Curitiba: RT, 2019, p. 313-344.

<sup>51</sup> A resposta óbvia que se dirige a esta crítica informa que o sujeito de direito não pode ser obrigado a esperar uma maturação social para ter tutelada sua pretensão jurídica legítima, mas pode, certamente, exigí-la imediatamente por meio da adjudicação constitucional.

<sup>52</sup> "De maneira geral, quando o poder judiciário assume um papel politicamente mais ativo e particularmente quando faz valer seu poder de controle constitucional, isto é, quando se produz o que se costuma chamar de "ativismo judiciário", é ele questionado e o argumento usualmente esgrimido é sua origem "não democrática". ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo, RT, 1995, p. 42

<sup>53</sup> Para uma explicação detalhada do problema, ver: CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel Gualano. **Constitucionalismo e Democracia: Soberania e Poder Constituinte**. Revista Direito GV, n. 6, 2010, p. 159-174.

no âmbito de uma teoria da democracia deliberativa<sup>54</sup>. As Cortes teriam, sob essa perspectiva da “guinada deliberativa”<sup>55</sup>, uma legitimidade democrática baseada não na representação direta dos indivíduos, mas na representação de discursos<sup>56</sup> jurídicos racionais (legitimação discursiva) direcionados a “auditórios” específicos. É sobre essa formulação teórica que o trabalho passa a se debruçar.

## 1. 2. A LEGITIMIDADE DISCURSIVA DOS TRIBUNAIS: REPENSANDO A REPRESENTAÇÃO DEMOCRÁTICA.

Como visto anteriormente, o cerne da crítica do “déficit democrático” do Poder judiciário se sustenta em um problema de *representação*: os tribunais não teriam legitimidade para *representar* o povo, titular do poder político; e essa objeção apresenta uma sólida lógica interna:

A questão pode ser sinteticamente apresentada da seguinte forma, numa espécie de raciocínio lógico. Se a fiscalização da constitucionalidade das leis é expressão de um poder estatal, e se numa democracia (representativa) todo poder deve emanar (ainda que indiretamente) do povo – que o exerce por meio de seus representantes eleitos, segundo a dicção literal da grande maioria dos textos constitucionais das democracias contemporâneas –, então o exercício desse poder somente estará legitimado (democraticamente) se for calcado em algum tipo de representação popular (eleitoral)<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Desde já, entenda-se que o que aqui se designa por “teoria da democracia deliberativa” não encerra uma formulação doutrinária uníssona. Ao contrário, seus conceitos são disputados pelas mais diversas e distintas linhagens teóricas, por autores como Joseph Bassette, Bernard Manun, Joshua Cohen, John Rawls, Jürgen Habermas, Jon Elster, Carlos Santiago Nino, Hanna Pitkin, entre muitos outros. Para uma cientometria do tema no Brasil, ver: HOROCHOWSKI, Rodrigo Rossi; CLEMENTE JUNIOR, Augusto; SAMPAIO, Rafael Cardoso; MENDONÇA, Ricardo Fabrino. **Democracia Deliberativa no Brasil: a expansão de um campo concentrado**. Civitas – Revista de Ciências Sociais. Porto Alegre, v. 19, n. 3, set/dez, 2019, P. 583-604.

<sup>55</sup> O termo foi extraído de: MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Teoria Crítica e democracia deliberativa: diálogos instáveis. **Opin. Pública**, Campinas, v. 19, n. 1, p. 49-64, 2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762013000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762013000100003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 02/02/2020.

<sup>56</sup> “O discurso nada mais é do que a identificação dos modos pelo qual o homem, pela utilização da palavra, consegue atingir a esfera de outrem, ou modificar sua própria esfera, utilizando-se para tanto de instrumentos que permitam compreender o objeto através de seus aspectos linguísticos, aproximando-os de sua natureza ontológica e conduzindo seu destinatária à imaginação, à decisão, à concordância ou ao convencimento da premissa afirmada”. *In*: DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy, 2002. P. 25.

<sup>57</sup> VALE, André Rufino do. Argumentação Constitucional. **Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de Doutorado (UnB-Universidade de Alicante). Brasília-Alicante, 2015. P. 44.

Ocorre que essa construção parece fundamentar-se numa compreensão equivocada — ou pelo menos profundamente anacrônica — das categorias que formam o substrato conceitual das teorias da democracia. A toda prova — e este trabalho dedicará as próximas páginas à intenção de fazê-lo —, parece ser possível compreender a legitimidade democrática dos Tribunais através da releitura dos *nomen* das teorias clássica da democracia (representativa<sup>58</sup>) para sedimentar a compreensão de uma democracia agora dita *deliberativa*<sup>59</sup>

Conforme leciona André Rufino do Vale<sup>60</sup>, as teorias tradicionais da democracia sustentam o que Hanna Pitkin designou como um conceito “formalista<sup>61</sup>” de representação, que se erige sobre dois fundamentos: i) a *autorização* (“authorization”), compreendida como o “ato inicial que confere a autoridade, o mandato ou o poder ao representante para atuar em nome do representado<sup>62</sup>” — o voto, portanto, e; ii) *responsabilidade* (“accountability”), que caracteriza uma espécie de “acordo formal que segue o ato constituinte inicial (autorização) e obriga o

---

<sup>58</sup> “A teoria democrática hegemônica afirma que tal poder deve ser organizado democraticamente através de instituições que intermedeiam a relação entre os interesses privados dos indivíduos e o próprio poder. A legitimidade do governo residiria na vontade desses indivíduos organizada pelo princípio da maioria, dado que a possibilidade da unanimidade lhe parece ser um ideal contrafactual nas sociedades modernas. Decisões legítimas, portanto, são construídas quando baseadas na vontade da maioria e não de todos. Com isso pretende-se não só legitimidade, mas também eficiência no processo de tomada de decisão desses governos (Elster, 1986; Manin, 1987; Held, 1995)”. In: FARIA, Claudia Feres. **Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman**. Lua Nova, São Paulo, 2000, n. 50, p. 47-68.

<sup>59</sup> Diz-se *deliberativa* porque os seus métodos para a tomada de decisões coletivas não mais se baseiam na mera *agregação* da democracia representativa (regra da maioria ou custo-benefício utilitarista), mas em um procedimento coletivo qualificado de deliberação em que os participantes se engajam cooperativamente, interagindo entre si com um propósito comum e sincero de encontrar a “melhor decisão” possível, consensual ou não, aceitando, inclusive, para essa finalidade, aceder aos argumentos do próximo, quando entendidos como melhores que os seus. Nas melhores palavras de Conrado Hubner Mendes: “Deliberation features no less than a respectful and inclusive practice of reasoning together while continuously seeking solutions for decisional demands, of forming your position through the give-and-take of reasons in the search of, but not necessarily reaching, consensus about the common good. Thus, participants of deliberation, before counting votes, are open to transform their preferences in the light of well-articulated and persuasive arguments”. MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 14.

<sup>60</sup> VALLE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: Um Estudo sobre a Deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Brasília-Alicante, 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília. P. 45-46.

<sup>61</sup> PITKIN, Hanna F. **El concepto de representación**. Trad. de Ricardo Montoro Romero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1985

<sup>62</sup> VALLE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: Um Estudo sobre a Deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Brasília-Alicante, 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília. P. 46.

representante a prestar contas de seus atos<sup>63</sup>". Daí que as concepções de democracia conterão quase sempre uma perspectiva eleitoral que contempla o binômio poder político/representatividade: para representar o povo (leia-se: para governar, legislar, tributar e decidir em seu nome), exige-se que o agente público tenha recebido, por meio do voto, "autorização" para fazê-lo, e esteja sujeito à "responsabilidade" dela decorrente.

Essas ideias seminais, contudo, têm sido pressionadas por novas realidades que colocam em xeque a adequação das teorias clássicas. Arranjos cooperativos e associativos variados, a irrupção de entes representativos transnacionais, a proliferação de discursos racionais sem respectiva representação política<sup>64</sup>, constituem fenômenos que simplesmente descolaram os fundamentos clássicos das teorias democráticas das possibilidades factuais.

Hoje parece inegável que a representação política não reside mais apenas nas instâncias oficiais dos Poderes Legislativo e Executivo, pois "passou, ao longo das últimas décadas, a estar presente em âmbitos completamente alheios às instituições majoritárias<sup>65</sup>", vindo a "a significar algo mais do que estabelecido em sua clássica concepção<sup>66</sup>".

No âmbito das teorias da democracia deliberativa, em suas várias formulações<sup>67</sup>, o que muitas vezes se tem por uma "crise da democracia" talvez não

---

<sup>63</sup> VALLE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: Um Estudo sobre a Deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Brasília-Alicante, 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília. P. 46.

<sup>64</sup> Idem.

<sup>65</sup> Ibidem. P. 47.

<sup>66</sup> Ibidem. P. 47.

<sup>67</sup> Como já dito, as teorias da democracia deliberativa encerram uma multiplicidade de compreensões teóricas, não significando, de modo algum, um entendimento doutrinário unísono. A principal diferenciação teórica parece ser aquela que contrapõe uma ideia de democracia deliberativa *substancial*, que tem sua principal formulação em John Rawls, à democracia deliberativa *procedimental*, ilustrada pelo pensamento de Jürgen Habermas. Na teoria da democracia deliberativa de John Rawls, "a deliberação está restrita, quanto aos resultados, por princípios substantivos", isto é, existe um arcabouço valorativo pré-determinado que oferece uma régua de justificação aos resultados dos processos decisórios (eles precisam atender a determinados princípios básicos de justiça). Já na democracia deliberativa procedimental habermasiana, a régua de validade e justificação não repousa na conferência dos resultados finais decorrentes dos procedimentos decisórios públicos, mas, ao contrário, do atendimento a requisitos de procedimento que consubstanciem uma "ética do discurso". Em outras palavras, enquanto que para Rawls a democracia deliberativa precisa se desenvolver no âmbito de um universo axiológico pré-definido, para Habermas, a única exigência que se apresenta é o atendimento a uma ética discursiva que garante a acessão racional (e discursiva) de todas as pessoas afetadas pela decisão. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria Constitucional Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação**

ilustre a falência completa do sistema teórico respectivo, mas indique a (urgente) necessidade de uma releitura de seus conceitos fundantes, para a criação de entendimentos novos sobre objetos antigos. A *representação*, muito especialmente, “precisa ser ressignificada a ponto de conseguir explicar os complexos fenômenos de emanação dos poderes políticos no mundo contemporâneo, cuja fonte de legitimação não mais se restringe aos mecanismos eleitorais<sup>68</sup>”.

Atendendo a essa necessidade é que autores como John Dryzek repensarão todo o estatuto teórico da “representação<sup>69</sup>”. Para o autor, passa a ser necessário distinguir “entre a representação de pessoas e a representação de discursos”, por dois motivos aparentemente singelos: tanto o *demos* quanto o “indivíduo” não mais existem da maneira como foram pensados à luz das teorias tradicionais da democracia.

O conceito de *demos* deixa de ser apropriado na atualidade porque os discursos políticos, econômicos, morais etc. vigentes nas sociedades contemporâneas simplesmente extrapolaram quaisquer delimitações subjetivas e objetivas outrora existentes no plano político tradicional. Essa realidade, certamente inquestionável, implode por completo a necessária relação<sup>70</sup> de identificação entre representantes e representados, causando uma fragmentação representativa que desmonta também qualquer ideia tradicional de responsabilidade. André Rufino do Vale estabelece perfeitamente as bases teóricas do problema:

A constatação inicial do raciocínio é que a representação de pessoas, a qual tradicionalmente se baseia na categoria do *demos* como o conjunto agregativo de cidadãos circunscrito numa base política territorialmente delimitada e que elege representantes (tal como classicamente apresentado por Hanna Pitkin), não é mais capaz de apreender as múltiplas facetas da política contemporânea em âmbitos que ultrapassam os limites das entidades políticas soberanas nacionais ou locais (portanto, os limites subjetivos e objetivos do *demos* tradicionalmente considerado), nos quais são produzidos uma pluralidade de discursos (econômicos, ambientais, sociais, assistenciais, etc.) que não mais se expressam unicamente pela via eleitoral. Em um contexto indeterminado em que a autoridade política está cada vez mais difusa em redes informais de atores governamentais e não governamentais, tornam-se insuficientes os mecanismos de *accountability* cuja referência seja

---

**democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 97-147

<sup>68</sup> VALLE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: Um Estudo sobre a Deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Brasília-Alicante, 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília. P. 48.

<sup>69</sup> Para uma releitura do instituto da “representação” segundo Bernard Manin, Hanna Pitkin, Adam Przeworski, entre outros, ver: URBINATI, Nádía. O que torna a representação democrática? **Revista Lua Nova**, São Paulo, 2006, n. 67, p.191-228.

<sup>70</sup> Necessária para as teorias tradicionais da democracia.

um *demos* bem delimitado, conforme os padrões da teoria democrática tradicional<sup>71</sup>.

A atualização do entendimento de representação do “indivíduo”, por sua vez, também torna impossível a correção factual das teorias tradicionais da democracia. Isso porque, conforme apontado originalmente por Jon Elster, cada pessoa é um “*multiple self*”, um ser único dotado de subjetividade “complexa e multifacetária”, encerrando concomitantemente uma pluralidade de discursos, muitas vezes cacofônicos, que impossibilitam uma representação estanque nos moldes tradicionais.

A representação de indivíduos também seria insuficiente em razão de uma premissa básica da psicologia discursiva, segundo a qual a subjetividade é complexa e multifacetária, de modo que cada indivíduo pode estar engajado em múltiplos discursos (algumas vezes concorrentes entre si). Assim, levando em consideração a noção de *multiple self* desenvolvida por Jon Elster, Dryzek conclui que se o *multiple-faceted self* é constituído pela diversidade de discursos, então é necessário e importante que todos esses discursos estejam representados. Uma teoria democrática (deliberativa, defendida por Dryzek) que leve a sério essa complexidade do indivíduo integralmente considerado seria, nesse sentido, moralmente superior em relação às outras (como as de corte liberal) que tratam os indivíduos desconsiderando-a por completo. Assim, mais importante (para uma democracia deliberativa) do que a representação de todos os indivíduos seria a representação de todos os discursos relevantes<sup>72</sup>.

Ou seja, se a identificação eleitoral do “*demos*” é impossível (na representação tradicional) e os indivíduos são “irrepresentáveis” em sua completude, seria mais fidedigno, ou mesmo “moralmente superior”, pensar em uma representação que tivesse por objeto os discursos, e não as pessoas.

Nessa linha, pensando em arranjos institucionais mais adequados, John Dryzek sustentará, por exemplo, a criação de “câmaras de discurso” (*chambers of discourse*<sup>73</sup>) apartadas das instâncias políticas tradicionais (parlamentos e governos), nas quais os variados discursos correntes na sociedade poderão ser confrontados ou prestigiados, de modo a complementar as formas tradicionais de deliberação política. A representação na atualidade reclama, pois, uma multiplicidade de canais

---

<sup>71</sup> VALLE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: Um Estudo sobre a Deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Brasília-Alicante, 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, p. 48.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 49

<sup>73</sup> DRYZEK, John S.; NIEMEYER, Simon. **Discursive Representation**. *The American Political Science Review*. V. 102, n. 4, 2008, p. 481-493. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/27644540?seq=1>. Acesso em: 01/02/2020.

democráticos, que constituirão uma “cidadania jurídica” apartada da “cidadania social” e que haverá de estabelecer um chamado *pluralismo representativo*.

À ideia de uma soberania una e indivisível associada ao monismo representativo se sobrepõe a noção de uma "soberania complexa" acoplada a um pluralismo representativo que deve dar forma à cidadania política em termos tradicionais, mas também a uma espécie de cidadania social e cidadania jurídica. A pluralidade das formas da “soberania complexa” indica que o voto é um dentre os vários modos de expressão das preferências e das vontades, ao lado de vários outros através dos quais o cidadão pode tomar a palavra, formular opiniões, exercer controle, proferir um julgamento, manter vigilância, manifestar acordo ou oposição, participar da vida pública. A diversificação da representação é condição do exercício democrático da soberania. No pluralismo representativo são legítimas as vontades expressas por movimentos sociais, associações de bairro, agrupamentos profissionais, como serão também válidos os outros caminhos, que não o voto, através dos quais ordinariamente se fazem valer essas vontades<sup>74</sup>.

Note-se, por fim — e aqui se apresenta uma ideia de importância central para o presente trabalho (e que será aprofundada oportunamente) —, que a *responsabilidade* inerente a essa renovada compreensão da democracia contemporânea (deliberativa) se opera no *âmbito do próprio discurso*. Ou seja, a *accountability*<sup>75</sup> discursiva se dá na medida em que os argumentos são considerados racionalmente aceitáveis para todos os ouvintes racionais e de boa-vontade:

A *accountability* discursiva, para Dryzek, deve ser entendida num sentido comunicativo (*communicative fashion*), de modo que, para ser *accountable* do discurso que representam, os representantes devem comunicar-se em termos que façam sentido no âmbito desse discurso, mesmo nas situações em que eles encontrem outros discursos diferentes e mudem de opinião nos foros de discurso<sup>76</sup>.

Para Jürgen Habermas, um dos maiores expoentes da teoria da democracia deliberativa (procedimental), a *accountability* se estabelece no próprio discurso porque os resultados dos procedimentos de tomada de decisão<sup>77</sup> são *aceitáveis* apenas na

<sup>74</sup> ARAUJO, Gisele Silva. **Participação Através do Direito: a judicialização da política**. Anais do VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais. Coimbra, 2004.

<sup>75</sup> O conceito de *accountability* será mais bem explorado adiante. Por ora, entenda-se como um meio de controle em que o mandante exerce sobre o agente. TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Accountability e Independência Judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Revista de Sociologia Política, v. 21, n. 45, Curitiba, 2-13, P. 30.

<sup>76</sup> VALLE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional: Um Estudo sobre a Deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Brasília-Alicante, 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, p. 50.

<sup>77</sup> “Para Habermas, a justificação da Constituição está na promoção da democracia por meio de procedimentos. A Constituição não é justificada por estar fundada em um conjunto de valores com os

medida em que recebem acessão de todos aqueles que estejam sujeitos à decisão em questão, através do engajamento destes em um ambiente deliberativo sério (leia-se: que atenda à ética discursiva). Nessa linha, o filósofo alemão arguirá que o próprio Direito busca sua justificação por intermédio de um arranjo comunicativo e procedimental:

(...) a formação discursiva da opinião e da vontade, na qual são utilizadas as forças ilocucionárias do uso da linguagem orientada pelo entendimento, a fim de aproximar razão e vontade – e para chegar a convicções nas quais todos os sujeitos singulares podem concordar entre si sem coerção. Todavia, se discursos (e, como veremos, negociações, cujos procedimentos são fundamentados discursivamente) constituem o lugar no qual se pode formar a vontade racional, a legitimidade do direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros de direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos<sup>78</sup>.

A partir dessas considerações teóricas — que têm formulações muito mais profundas que as aqui sintetizadas — torna-se quase que automática a compreensão da legitimidade democrática de alguns foros de deliberação política *independentemente* de seu caráter majoritário ou de sua representação eleitoral. Se o que legitima um foro deliberativo-decisório é a sua vinculação a discursos racionais correntes na sociedade (i.e. “aceitação racional”), então pouco importa se esses discursos têm a adesão de dez ou de um milhão de cidadãos. Não se trata mais de “contar cabeças”, mas de cotejar *argumentos*.

Essas ideias centrais das teorias mais contemporâneas da democracia encontram perfeita reverberação no plano jurídico quando pensadas no âmbito das teorias da argumentação. Robert Alexy, em especial, sustentará que a democracia não pode ser reduzida a um procedimento formal de tomada de decisões (membros eleitos que decidem de tal ou qual maneira porque receberam a competência para fazê-lo), mas qualificará essa compreensão democrática também a partir da verificação das *razões* utilizadas para a tomada da decisão.

Para Alexy, a democracia deliberativa impõe o reconhecimento da

---

quais todos podem consentir, mas na ideia de que a Constituição promove a deliberação, o principal elemento da democracia”. In: LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os caminhos do constitucionalismo para a democracia**. Tese de Doutorado (UFPR). Curitiba, 2014. P. 102.,

<sup>78</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 138

coexistência de foros que exercem representação argumentativa e decisória (Parlamentos), e foros que exerçam a representação apenas argumentativa (Tribunais Constitucionais). Nos parlamentos haverá procedimentos decisórios majoritários (vence quem obtém mais votos) e também cotejos discursivos, enquanto que nos Tribunais Constitucionais haverá apenas a segunda categoria (vence quem tem o melhor argumento)<sup>79</sup>.

Uma crítica bastante óbvia que se ergue contra o empreendimento teórico de Alexy é a seguinte: se os tribunais estão legitimados a exercer a “representação argumentativa”, produzindo discursos jurídicos que vencerão na arena da democracia deliberativa pela qualidade de seus argumentos, tem-se, então, um descarado decisionismo judicial, afinal qualquer discurso poderia receber um verniz de racionalidade a fraudar qualquer controle qualitativo efetivo.

Ocorre que, para Alexy, a jurisdição constitucional não operará nas bases decisionistas pelo singelo fato de que os juízes constitucionais não podem veicular “qualquer discurso”, mas necessariamente precisam veicular discursos que se sustentem sobre “bons argumentos”, e estes podem sempre ser identificados mediante técnicas oferecidas pela sua teoria da argumentação jurídica, como a regra da proporcionalidade<sup>80</sup>. É o que explica André Rufino do Vale:

Assim, é necessário que os Tribunais façam uso de argumentos considerados bons ou pelo menos plausíveis por um número considerável de pessoas, as quais, na qualidade de “pessoas racionais”, são capacitadas para avaliar e reconhecer um argumento segundo parâmetros de razoabilidade e correção. Existiriam, portanto, duas condições fundamentais para a representação argumentativa das Cortes Constitucionais: a) a existência de argumentos razoáveis ou corretos; b) a existência de “pessoas racionais” (que, por analogia ao conceito de pessoas liberais de John Rawls, poderiam ser qualificadas de “pessoas constitucionais”), isto é, pessoas capazes de aceitar determinados argumentos constitucionais como adequados ou corretos. Enfim, na conclusão de Alexy, a jurisdição constitucional apenas pode ser reconciliada com a democracia se os argumentos apresentados pelas Cortes

---

<sup>79</sup> “Na visão de Alexy, a chave para a solução desses problemas e, conseqüentemente, para o problema geral da jurisdição constitucional, é o conceito de representação argumentativa. Com efeito, é possível desenhar um modelo de democracia que não seja baseado exclusivamente nos conceitos de eleições e de governo da maioria. Um modelo assim seria puramente decisional. Mas um conceito adequado de democracia deve incluir não apenas decisão, mas também argumento. Com a inclusão da ideia de argumentos, a democracia se converte em democracia deliberativa. Nesse sentido, a representação do povo pelo parlamento deve ser tanto decisional quanto argumentativa ou discursiva. Por outro lado, a representação do povo por uma corte constitucional é puramente argumentativa”. BARROSO, Luís Roberto. **Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy**. 2018. P. 18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/palestra-barroso-alexey.pdf> Acesso em 02/02/2020.

<sup>80</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008. P. 118.

Constitucionais são adequados, razoáveis ou corretos e se um número suficiente dos membros da comunidade são capazes de exercer suas capacidades racionais para reconhecer e aceitar essa qualidade dos argumentos constitucionais<sup>81</sup>.

Ademais, é necessário ressaltar que a teoria alexyana nunca se apresentou como capaz de oferecer uma racionalidade forte, que controle integralmente a qualidade dos argumentos das decisões, sob as bases de algum tipo de veto qualitativo. Ao contrário, essa teoria da argumentação jurídica trabalha um método (proporcionalidade) que tem uma “racionalidade fraca”, mas que ao mesmo tempo é compreendida como a única racionalidade possível. Sob essa ótica, Alexy parece ser profundamente honesto em suas pretensões intelectuais e reconhece a limitação de sua teoria, que frustra tanto quanto possível o decisionismo jurídico para submetê-lo à racionalidade argumentativa:

Sustenta-se que o método da proporcionalidade é capaz de garantir uma “racionalidade fraca” (Alexy, 2008, p. 45-49, p. 73-75), mas que é a única racionalidade possível no campo da argumentação jurídica (Alexy, 2001, 301-319,; Alexy, 2008, p. 548 e ss.). Nesta linha a proporcionalidade, enquanto método, seria responsável por criar pautas argumentativas em diversos níveis que impõem ao intérprete/aplicador do direito uma série de tarefas para o enfrentamento de questões ou condições jurídicas e fáticas que podem conduzir à racionalidade, afastando ou minimizando a participação de “motivos não controláveis” no momento da determinação do sentido e extensão da norma no caso concreto (Silva, 2009, cap. 3 e 4). O método, evidentemente, não elimina a possibilidade de preconceitos irracionais prevalecerem numa decisão no plano constitucional mas, neste caso, ele permite que os dados da subjetividade passem por um procedimento que possibilita uma controlabilidade intersubjetiva<sup>82</sup>.

Essas breves considerações que conjugam as vertentes teóricas da democracia deliberativa e das teorias da argumentação jurídica, permitem concluir, pois, que existe um tipo de representação democrática que se funda na identificação direta (eleitoral) de representantes e representados, em regra realizada nos parlamentos e governos; mas que também existe também um outro tipo de representação democrática que se funda na reverberação de argumentos racionais incorporados em discursos jurídicos nos foros deliberativos-decisórios.

---

<sup>81</sup> VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional. Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese de Doutorado (UnB-Universidade de Alicante). Brasília-Alicante, 2015. P. 53-54.

<sup>82</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. A objeção central ao princípio da proporcionalidade no contexto do direito brasileiro. *Revista de Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro, a. 1, v. 1, n. 1, 2017, p. 28-35.

Evidentemente, a atividade dos juízes e tribunais no contexto da “ascensão do Poder judiciário”, adequa-se melhor (ou exclusivamente) ao segundo tipo de representação.

Se partirmos da premissa de que uma das características primordiais de regimes democráticos é a institucionalização de diversas vias de livre manifestação, de diálogo e de debate sobre questões que dizem respeito à vida em comunidade, e se também levarmos em conta que, tal como será estudado nos próximos capítulos, os Tribunais Constitucionais são instituições fundamentais de produção e reprodução de razões nesse contexto de discussão pública, e acabam exercendo um tipo de representação democrática que se baseia nos discursos que proferem perante os diversos auditórios que uma democracia pode comportar, então é possível concluir que, entre as práticas institucionais de uma Corte Constitucional, a que assume maior importância, nessa perspectiva de análise, é a prática de tipo argumentativo ou discursivo<sup>83</sup>.

Vê-se, então, como anteriormente já anotado, que a adequação factual das teorias da democracia reclama apenas uma releitura dos seus conceitos fundantes. O requisito da “autorização”, por exemplo, passa a se configurar de maneira distinta nas duas “modalidades” de representação (eleitoral e discursiva): enquanto o parlamentar ou o governante ainda precisa receber um voto, através do qual constituem sua responsabilidade, o juiz constitucional recebe sua *autorização* diretamente da Constituição (portanto, apenas indiretamente do cidadão), motivo pelo qual sua responsabilidade também acabará se distinguindo profundamente.

Assim é que também a responsabilidade representativa se atualiza, porque os tribunais e juízes não estarão mais vinculados às demandas populares majoritárias (como seria sob as teorias tradicionais da representação democrática), já que sua representação discursiva deixa de conter qualquer elemento “promissório” subjetivo. Juízes não “prometem” atender diretamente aos desejos e interesses de ninguém, mas “prometem” cumprir a Constituição. E isso faz constituir, enfim, uma representatividade “material”, em contraposição à representatividade formal:

Assim, ao invés de se basear em mecanismos de autorização e *accountability* – os quais, ressaltem-se, estão voltados à legitimação *ex ante* dos atos políticos –, a representação democrática (discursiva ou argumentativa) dos Tribunais Constitucionais fundamenta-se na representatividade de seus discursos, na aceitabilidade de sua argumentação, enfim, no reconhecimento positivo (*a posteriori*) de suas decisões por parte da comunidade. Em outros termos, em vez de ser uma representação de tipo formal (concepções formais de autorização e *accountability*), ela é uma representação eminentemente

---

<sup>83</sup> VALE, André Rufino do. Argumentação Constitucional. **Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de Doutorado (UnB-Universidade de Alicante). Brasília-Alicante, 2015. P. 38.

material, que ocorre quando as decisões dos Tribunais Constitucionais são de tal modo produzidas (argumentadas, deliberadas) que os cidadãos, a comunidade em si, ou amplos espectros dos cidadãos e da comunidade, independentemente das diferenças de opinião que em seu interior podem ser verificadas, podem reconhecê-las como decisões corretas, razoáveis ou plausíveis. Trata-se de uma representação (material) que, desse modo, se verifica mais a posteriori, uma vez produzidos os atos que requerem legitimação, distintamente dos mecanismos eleitorais que fundamentam a representação política (formal), destinados à anterior legitimação dos atos políticos (eventuais e futuros) dos representantes<sup>84</sup>.

Nessa linha, tanto mais democrático será um tribunal quanto os argumentos de suas decisões possam ser compreendidos pela comunidade política como “plausíveis, razoáveis ou corretos” (numa escala epistêmica crescente), ainda que em alguma medida representem frontal discordância quanto ao ato decisório final<sup>85</sup>. Fala-se, então, que o discurso dos tribunais precisa se submeter à “aceitabilidade racional” dos seus *auditórios*<sup>86</sup>.

Segundo André Rufino do Vale, o conceito de “aceitação racional” tem sua melhor formulação na doutrina de Aulis Aarnio, que a referencia “a uma propriedade do resultado final de um procedimento de justificação jurídica, que está cultural e historicamente situado”. Isto é:

Para ser aceitável, esse resultado deve corresponder ao sistema de valores da comunidade jurídica. A aceitabilidade racional seria assim um princípio regulativo da argumentação jurídica e, portanto, um guia para o jurista e para o decisor (o juiz ou o tribunal), o qual deve tentar sempre lograr conclusões que possam contar com o apoio racional da maioria dos membros da comunidade jurídica<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional. Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de Doutorado (UnB-Universidade de Alicante). Brasília-Alicante, 2015. P. 57

<sup>85</sup> No âmbito específico da teoria da democracia deliberativa, Joshua Cohen sustentará a formulação fundamental de que “os resultados são legítimos na medida em que recebem acessão refletida através da participação em deliberação autêntica realizadas por todos aqueles sujeitos à decisão em questão” (Tradução Livre). COHEN, Joshua.. “Deliberation and Democratic Legitimacy,” in *The Good Polity: Normative Analysis of the State* *apud* DRYZEK, John. **Legitimacy and Economy in Deliberative Democracy**. Australian National University. 2001, p. 1.

<sup>86</sup> A legitimidade discursiva é uma das possibilidades de legitimação democrática dos Tribunais. Há outras: “A legitimidade democrática do Judiciário pode ser compreendida pelo viés do discurso, pela realização da finalidade ou conteúdo da Democracia, os Direitos Fundamentais, ou pelo viés da participação direta do cidadão no Poder judiciário, considerado como espaço político. Deste modo, pode ser compreendida pela ideia de legitimidade discursiva, da participação política e da representatividade discursiva”. ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas. **Politização e Legitimidade Discursiva do Judiciário na Democracia Constitucional**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília, 2008. P. 825-826. Disponível em: [http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/13\\_62.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/13_62.pdf) Acesso em: 05/02/2020.

<sup>87</sup> VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional. Um estudo sobre a deliberação nos**

Uma vez mais, estabelece-se que os juízes e tribunais não poderão veicular *qualquer* discurso jurídico, mas deverão veicular aqueles que correspondam racionalmente ao sistema de valores da comunidade jurídica, ou seja, que correspondam ao conteúdo ético da Constituição. Essa compreensão configura-se em aspecto normativo do discurso jurídico empreendido por essas instituições, ao mesmo tempo que constitui sua *accountability* comunicativa, nos termos delineados por Dryzek.

Portanto, a aceitação racional das decisões, à luz das teorias da argumentação e sob os conceitos de representação mais caros à democracia deliberativa (“representação discursiva”), *depende* da correspondência, ainda que parcial, entre os valores do discurso sustentado pelo “decisor”, e os valores correntes na sociedade (e encartados na Constituição, portanto). Um exemplo hipotético parece bastante ilustrativo: embora discordantes nas práticas de fé e ritualísticas, católicos e umbandistas racionais poderiam concordar que o *valor* liberdade religiosa merece prestígio por um tribunal para garantir o direito de realizar tal ou qual ritual de fé, ainda que este seja necessariamente contrário aos seus valores pessoais imediatos<sup>88</sup>.

Uma última anotação parece relevante: a partir desses desenvolvimentos teóricos, se interdita completamente a ideia apresentada objetivamente no primeiro tópico desta dissertação, segundo a qual caberia ao Poder judiciário oferecer a “última palavra” em matéria de interpretação constitucional. Ora, se o que legitima a representação argumentativa é o discurso, que pode ser mais ou menos identificado com os valores correntes na sociedade; e se há uma “pluralidade representativa” e diversos auditórios<sup>89</sup>, então se torna apenas óbvio concluir que uma “última palavra” não existe mais. Por definição, um discurso vigerá na arena deliberativa apenas

---

**Tribunais Constitucionais.** Tese de Doutorado (UnB-Universidade de Alicante). Brasília-Alicante, 2015. P. 57

<sup>88</sup> O exemplo hipotético relaciona-se diretamente ao conceito rawlsiano de “razão pública”. Para John Rawls, as decisões politicamente relevantes só podem ser fundamentadas em razões que não se baseiem em “doutrinas morais abrangentes”, isto é, em convicções de cunho pessoal e íntimo (religioso, por exemplo) que jamais poderiam ser impostas sobre as outras pessoas da comunidade política sem violação aos princípios básicos de justiça. Assim, a razão pública se apresenta como “um delimitador que define a quais razões podemos recorrer para fundamentar decisões políticas e a quais razões não podemos”.*In*: SCHIER, Paulo Ricardo; PEREIRA, Ricardo dos Reis. **Crítica à argumentação pró-aborto de John Rawls: contrabando de doutrinas abrangentes e potencialidade moral.** TeRCi. Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, jan/jul 2018. P. 13-35.

<sup>89</sup> O conceito de auditório será trabalhado mais adiante.

enquanto seus argumentos forem tidos como os melhores, numa dada posição temporal e cultural, e será sempre passível de críticas<sup>90</sup>.

Nas palavras de Jürgen Habermas:

(...) a ideia reguladora da “única decisão correta” não pode ser explicitada com o auxílio de uma teoria, por mais forte que ela seja. A própria teoria do direito, atribuída a Hércules, teria que ser vista como uma ordem de argumentos *por enquanto* coerentes, construída *provisoriamente*, a qual se vê exposta à crítica ininterrupta<sup>91</sup>.

É dizer, realizada uma interpretação constitucional pelos Tribunais (leia-se: veiculado um discurso jurídico específico, com argumentos que prestigiam certos valores em detrimento de outros), outros incontáveis canais deliberativos — inclusive os tradicionais do Parlamento — poderão aceitar racionalmente essa interpretação ou oferecer discursos argumentativos diametralmente opostos, que bem poderão se mostrar melhores porque sustentados em argumentos racionais mais qualificados. Em verdade, a ideia de “última palavra” deixa de fazer qualquer sentido no âmbito da democracia deliberativa porque a epistemologia dos valores (da justiça, sobretudo) passa a compreender as decisões sob um caráter de “definitiva precariedade”.

Numa democracia deliberativa, a “última palavra” simplesmente não deveria existir, abrindo espaço para a ideia de “diálogo” interinstitucional, que permitiria uma relação mais horizontal, equitativa e harmônica entre todos os órgãos constitucionais, igualmente encarregados da tarefa de interpretar a Constituição. Nesse sentido, a ideia de diálogo institucional serviria melhor para justificar e assim legitimar democraticamente o exercício da jurisdição constitucional. Ao deliberar e decidir sobre questões constitucionais controvertidas nas democracias contemporâneas, as Cortes Constitucionais definiriam a interpretação prevalecente em termos jurídicos e autoritativos em relação a todos os órgãos constitucionais. Sem embargo, ao assim proceder, estariam apenas a colocar um “ponto final provisório” na resolução política dessas questões, permanecendo abertas à constante possibilidade de que os demais órgãos constitucionais desencadeiem processos de (re)interpretação da Constituição que possam culminar em soluções diversas e igualmente legítimas para as mesmas questões<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Em alternativa à perspectiva teórica da “última palavra” do Poder judiciário, tem-se a teoria dos diálogos interinstitucionais. Ver: GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese de Doutorado (UFPR). Curitiba, 2015.

<sup>91</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 282.

<sup>92</sup> VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional. Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de Doutorado (UnB-Universidade de Alicante). Brasília-Alicante, 2015. P. 98.

Enfim, emerge dessas análises uma ideia sutil, mas de grande importância para a teoria do direito no âmbito das teorias da democracia deliberativa: trata-se da ideia de “relatividade” da qualificação dos discursos. Os argumentos do discurso jurídico são considerados adequados *relativamente* às pessoas a quem se dirigem. Na gramática perelmaniana<sup>93</sup>, os discursos são relativos aos seus *auditórios*, isto é, ao grupo de *ouvintes* a quem se tenta convencer.

### 1.3. AS CORTES CONSTITUCIONAIS E SEUS AUDITÓRIOS: COMUNICAÇÃO INSTITUCIONAL COMO PRESSUPOSTO DA LEGITIMIDADE DISCURSIVA.

Se a legitimidade democrática dos tribunais é compreendida sob o ponto de vista da qualidade das *razões* que são apresentadas no âmbito dos discursos jurídicos por eles veiculados, então a teoria constitucional necessariamente precisa se ocupar da noção de *auditórios* desses tribunais, isto é, da sua *audiência*, dos grupos de pessoas, instituições ou foros a quem esses discursos são destinados.

Isso porque, em larga medida, é o auditório que firma o componente normativo que regula as práticas deliberativas dos tribunais. Como explica André Rufino do Vale, como “toda argumentação visa à adesão daqueles a quem se dirige (adesão dos espíritos), (...) toda argumentação é relativa ao auditório que procura influenciar”. Ou seja, é ao “auditório que cabe o papel principal de determinar a qualidade da argumentação e o comportamento dos oradores”.

Essa ideia de um “auditório” como ente normativo que “permite definir o caráter racional de uma argumentação, isto é, a sua pretensão de validade a todo ser racional”, é apresentado na filosofia de Chaïm Perelman que, em clássica obra de 1959 — “A Nova Retórica” —, conceitua basicamente três espécies de auditórios:

O primeiro, constituído pela humanidade inteira, ou pelo menos por todos os homens adultos e normais, que chamaremos de auditório *universal*; o segundo formado, no diálogo, unicamente pelo *interlocutor* a quem se dirige; o terceiro, enfim, constituído pelo próprio *sujeito*, quando ele delibera ou figura as razões de seus atos. Digamos de imediato que somente quando o homem às voltas consigo mesmo e o interlocutor do diálogo são considerados encarnação do auditório universal é que adquirem o privilégio filosófico confiado à razão, em virtude do qual a argumentação a eles dirigida foi amiúde assimilada a um discurso lógico. (...) Daí a importância primordial do

---

<sup>93</sup> Relativo a Chaïm Perelman.

auditório universal enquanto norma da argumentação objetiva, pois o parceiro do diálogo e o indivíduo que delibera consigo mesmo não são mais que encarnações sempre precárias<sup>94</sup>.

Para Perelman, o discurso que ofereceria racionalidade e objetividade à argumentação seria aquele direcionado ao convencimento do “auditório universal<sup>95</sup>”, formado pelo conjunto ideal de todas as pessoas racionais (“adultos e normais”). Em contrapartida, um discurso direcionado apenas aos ouvintes diretos, ou mesmo ao próprio orador (“quanto delibera ou figura as razões de seus atos”), faria decair a argumentação jurídica em retórica vazia, em “encarnação precária”.

A importância central desse aporte da noção de “auditórios” às teorias da democracia deliberativa, sobretudo na compreensão da legitimidade argumentativa dos tribunais, é que ela reanima a tradição filosófica da “retórica”, que por tanto tempo esteve adormecida no pensamento ocidental.

Explica-se: por séculos a retórica foi compreendida como uma corrupção epistemológica, porque, segundo essa ótica, somente o método empírico, científico, objetivo e matemático<sup>96</sup>, seria capaz de apreender o conhecimento sobre a verdade e transmitir, através da linguagem, uma representação fidedigna do real. Qualquer outro método de inteligência, principalmente pelas vias discursivas, como a retórica, seria rapidamente distorcido como irracional<sup>97</sup>.

Ocorre que, em vigorosa oposição ao formalismo jurídico<sup>98</sup>, Perelman afirmou

---

<sup>94</sup> PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a Nova Retórica**. São Paulo, Lumen Juris, 2002. P. 34.

<sup>95</sup> “A adesão do auditório universal é o critério para a racionalidade e objetividade da argumentação”. In: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2005. P. 118-120

<sup>96</sup> René Descartes, em seu Discurso do Método, sintetiza perfeitamente essa vertente epistemológica. Na lógica cartesiana, tanto mais próximo da verdade se estará quanto se reputa “quase como falso tudo quanto era apenas verossímil”. DESCARTES, Rene. **Discurso do Método: para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências**. Trad. Jacob Guinsburg e Bento Prado Junior. 1637. Disponível em: <https://joaocamillopenna.files.wordpress.com/2014/02/descartes-discurso-do-mc3a9todo-trad-jacc3b3-guinsburg-e-bento-prado-jr-com-notas-de-gerard-lebrun-publicac3a7c3a3o-autorizada-pelos-detentores-dos-direitos.pdf> Acesso em: 01/02/2020.

<sup>97</sup> “Com isso, Perelman dá curso à Nova Retórica, pois recuperará dos antigos a prática dialética, fazendo-a ressurgir do obscurantismo a que havia sido relegada pela escolástica, pelo racionalismo e pelo empirismo”. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed., 2003, p. 200.

<sup>98</sup> “A princípio, há que se dizer que Perelman possui, entre outros, um objetivo muito claro, jamais negado ou desmentido em seus escritos: declarar guerra ao positivismo jurídico. Essa missão de dizer que o raciocínio jurídico obedece às regeladas mecânicas do raciocínio exato (matemático, mecanicista, rigoroso...) e que o direito não se resume à lei destacam a forma de atuação de seu pensamento, uma vez que suas obras desdobram-se nas vertentes mais variadas do conhecimento para provar a impropriedade do pensamento positivista”. BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme

exatamente o contrário: no campo do direito e das relações sociais, marcadamente posicionados sobre juízos valorativos, é impossível postular posições objetivas e absolutas<sup>99</sup>. Nessas áreas do conhecimento, há de existir um meio de inteligência distinto, mais adequado à natureza elusiva dos objetos da investigação (da justiça, sobretudo).

Perelman parte do princípio de que o raciocínio valorativo viu-se marginalizado da filosofia ocidental nos últimos séculos, por ter sido equiparado à irracionalidade ou à ausência da razão. Assim era visto porque fugia do modelo geométrico admitido como o único verdadeiro científico. Mas Perelman percebe que nem tudo se sujeita ao campo da matemática, que exhibe como verdade apenas aquilo que é rigorosamente demonstrável ou provado como evidente. Admite existir um outro âmbito da existência cujas relações não se sujeitam ao argumento da indiscutibilidade, qual seja, o das relações humanas. Trata-se da práxis ou prática deliberativa conduzida pela ação moral, relativa à tomada de decisão. Decisão esta, tida por seu agente como a mais adequada para determinada situação<sup>100</sup>.

Revisitando a Antiga linhagem filosófica aristotélica, Perelman observa que a retórica é “fonte de um tipo particular de conhecimento provável e razoável”, cuja natureza é distinta e oposta à lógica, que gera “um conhecimento exato ou “necessário””. Seu empreendimento teórico, portanto, se destina à identificação dessa lógica específica aplicável ao âmbito jurídico, que viria a ser a “nova retórica”:

A partir do problema da justiça, que verifica não poder resolver com os mecanismos da lógica tradicional, Perelman vê-se mobilizado com a razão, ou o método, que rege as relações sociais, adstritas a valores. Como o próprio admite, seu cuidado especial é o do lógico às voltas com a realidade social. Tal inquietação, entretanto, já o tinha aproximado da retórica aristotélica. Perelman confessa identificar-se com Aristóteles quando este se volta para a busca de um tipo de raciocínio capaz de lidar com incertezas, objetivando, naturalmente, alcançar soluções. Nesse mister, despreza os ornamentos da oratória, como parte da retórica antiga, concentrando-se sobre o problema da relatividade e dos valores<sup>101</sup>.

---

Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2018. P. 514

<sup>99</sup> No campo da Filosofia da Ciência, o pensamento de Karl Popper introduziu o conceito de “falseabilidade”, que pode ser facilmente relacionado à ideia de um conhecimento sempre em construção e posicionado temporalmente. Mesmo no campo das *hard sciences*, Popper sustentava: “(...) na lógica científica aqui delineada é possível evitar usar conceitos de “verdadeiro” ou “falso”” (Tradução Livre). “(...) in the logic of science here outlined it is possible to avoid using the concepts “true” or “false””. In: HEALY, Paul. **On Popper On Truth**. Pensilvânia, Austegung, v. 12, n. 2, Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/ba03/9d5d86f07c6e0369ed0f99705e2974b13bd3.pdf> Acesso em: 02/02/2020.

<sup>100</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed., 2003, p. 188.

<sup>101</sup> Idem, p. 199.

No fundo, o que Perelman faz é resgatar o raciocínio indutivo e inseri-lo ao âmbito do pensamento jurídico:

Deve-se dizer, no entanto, que Perelman não torna simplesmente sua reflexão um pensamento antiformalista, no sentido da destruição do raciocínio lógico-formal. Ele esforça-se, sim, por definir as bases de uma lógica jurídica específica, de uma lógica que não se vale somente do raciocínio dedutivo, mas que se vale também, entre outras coisas, do raciocínio indutivo. O que se procura identificar é a não redução do raciocínio jurídico, sobretudo o judicial, com o raciocínio dedutivo<sup>102</sup>.

Assim, sob essa perspectiva teórica de Chaïm Perelman, a verdade do direito, da justiça e dos valores permanece sendo “construída” pela atividade humana dialógica e indutiva, à qual o único lastro epistemológico oferecido é a qualidade dos argumentos trocados entre os vários participantes do foro deliberativo. Trata-se, pois, de um conhecimento construído por meio de uma lógica própria, realizada pela *comunicação*.

Assim é que Jürgen Habermas poderá sustentar<sup>103</sup> que os postulados normativos não encontram seu fundamento de validade numa pretensa identificação com o mundo fático<sup>104</sup>, mas exatamente no desenvolvimento argumentativo de sua formulação discursiva:

A correção dos juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos. “Correção” significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos. Certamente a validade de um juízo é definida a partir do preenchimento das condições de validade. No entanto, para saber se estão preenchidas, não basta lançar mão de evidências empíricas diretas ou de fatos dados numa visão ideal: isso é só possível através do discurso – ou seja, pelo caminho de uma fundamentação *que se desenrola* argumentativamente<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2018. P. 514.

<sup>103</sup> A relação entre o conceito de “lugar ideal de fala” de Habermas e o conceito de auditório universal de Perelman é identificada por Robert Alexy: “(...) mostrou-se a existência de um estrito parentesco entre o conceito habermasiano de situação ideal de fala e o perelmaniano de auditório universal. Segundo ambas concepções, uma norma (regra etc.) é suscetível de generalização se todos podem estar de acordo com ela. In: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2005. P. 179.

<sup>104</sup> Para uma explicação sobre a crítica de Habermas à teoria da verdade como correspondência, ver: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2005. P. 118-120

<sup>105</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade I**. Rio de Janeiro: Tempo

A questão é que a partir dessa posição filosófica, que define um grau de incerteza em face da realidade factual jurídica<sup>106</sup>, pode-se compreender que “o ato deliberativo (...) corresponde à preferência de uma posição (fundamentada em juízo de valor) em detrimento de outras”, e que essa posição, sob a perspectiva da Nova Retórica (e certamente também da democracia deliberativa), é precária: “a permanência de determinada escolha dependerá da aceitação do *auditório* que lhe sirva de referência, assim como da força dos argumentos apresentados a título de justificativa”.

A esta altura do trabalho, espera-se que a importância dessas considerações filosóficas tenha tomado ares de obviedade, afinal a compreensão de qual é ou qual deveria ser o auditório dos tribunais firma uma relação direta e necessária com o tipo de retórica de convencimento que será empregada no âmbito forense e político, e quais os argumentos (razões) são de fato os mais qualificadas. E mais: a própria inteligência da justiça e dos valores que são caros ao Direito se operam através das vias comunicativas estabelecidas entre os diversos discursos dialógicos — frustrada a comunicação; inexistentes a deliberação e a argumentação constitucional.

Ainda assim, uma advertência parece importante: todos os conceitos trabalhados no âmbito da teoria de Chaïm Perelman, sobretudo o conceito de “auditório universal”, que, em última análise, fixa o componente normativo objetivo da argumentação, baseiam-se em concepções idealizadas, não necessariamente transportáveis para as categorias existentes no mundo dos fatos. Daí que André Rufino do Vale se perguntará: “tribunais constitucionais argumentam para o auditório universal?<sup>107</sup>”.

(...) a noção de um auditório universal, tal qual concebido por Perelman, além de suscitar um amplo leque de questões e de problemas, padece de um excesso de idealização que a torna muito afastada da realidade para a qual deveria servir como um ideal regulativo. Com efeito, o auditório universal de Perelman é um conceito ideal e não um fato que possa ser constatado empiricamente. Trata-se de uma universalidade e de uma unanimidade construídas pelo orador na formulação de seu discurso. O orador não

---

Brasileiro, 1997. P. 281.

<sup>106</sup> Para Jürgen Habermas, sequer haverá que se falar em “realidade factual” do Direito, já que incorreta a teoria da verdade como correspondência.

<sup>107</sup> VALE, André Rufino do. *Argumentação Constitucional. Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais*. Tese de Doutorado (UnB-Universidade de Alicante). Brasília-Alicante, 2015. P. 331.

pretende que seu discurso receba, de fato, o consentimento efetivo de todos os homens (mesmo porque seus argumentos dificilmente chegarão a ser conhecidos por todos); ele acredita que todas as pessoas que compreenderem suas razões terão de aderir às suas conclusões. Segundo Perelman, portanto, *o acordo de um auditório universal não é uma questão de fato, mas de direito*. Assim, ao invés de um fato objetivo, o auditório universal é o resultado de uma construção idealizada que recebe de seu orador<sup>108</sup>.

O que André Rufino do Vale está alertando é que, diferentemente das concepções estritamente idealizadas de Perelman, “a noção de auditório deve ser reconstruída em termos mais pragmáticos (realistas, pode-se dizer) que possam retratar de alguma forma a necessidade de consensos fáticos na deliberação dos Tribunais Constitucionais”. Em outras palavras: a compreensão estanque de que a argumentação é *completamente* relativizada diante de um auditório universal idealizado pelo orador, paradoxalmente retiraria da teoria da argumentação prática qualquer componente de controlabilidade e mesmo de objetividade — e, assim, fulminaria sua “pretensão de correção”.

O fato é que a retórica de convencimento dos juízes é sim relativizada em relação ao auditório que se pretende persuadir — a opinião pública, os demais Poderes, grupos de interesse, partidos políticos, minorias etc. —, mas existirá sempre um substrato objetivo de qualificação argumentativa, que permite adotar uma régua de valoração do discurso e sustentar os “consensos fáticos na deliberação de Tribunais Constitucionais”<sup>109</sup>.

Robert Alexy aprofunda essa crítica nos seguintes termos:

O caráter ideal desse auditório é, porém, o que traz menos dificuldades. Mais problemática é a tese de Perelman de que a composição desse auditório universal depende das ideias de indivíduos particulares e de diversas culturas. Mesmo o filósofo, a qual Perelman considera uma pessoa que argumenta de forma particularmente racional, determina que “se dirija ao auditório universal tal e como o imagina, com suas convicções e objetivos”. Dessa forma, as características do auditório universal dependem de fatos contingentes de tipo individual e social. Um auditório só é universal par quem o reconhece como tal. Para que não o reconhece assim, é um auditório particular. Isso limita fortemente o papel normativo do auditório universal: é uma norma somente para que o aceita como norma<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> Ibidem, p. 332.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 331.

<sup>110</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2005. P. 168.

De qualquer modo, retornando à análise da atuação dos Tribunais no cenário democrático contemporâneo, as considerações teóricas antecedentes parecem sedimentar a correção da observação de John Dryzek, para quem a “democracia é uma questão de comunicação efetiva, e não da agregação de preferências<sup>111</sup>”. Ou seja, a democracia atual parece se fundamentar, em grande parte, nas deliberações racionais que constroem consensos necessariamente temporal e culturalmente posicionados (e, por isso, sempre precários), do que na manifestação pontual e definitiva de posicionamentos majoritários sobre temas variados.

Sob essa ótica, é inegável que os tribunais, e muito especialmente os Tribunais Constitucionais, passam a ser entendidos como “instâncias comunicativas” da democracia. Afinal, o que são os tribunais constitucionais senão “espaços para promoção de deliberações argumentativas sobre as melhores opções para aplicação do Direito Constitucional<sup>112</sup>”?

E exatamente daí surge, então, a necessidade do estabelecimento de canais comunicacionais no âmbito dos tribunais, porque sua atividade deliberativa-decisória não se presta apenas à resolução dos casos e da qualificação interna das teses postas diante de si, mas, ao contrário, se presta primacialmente à troca dialógica de argumentos jurídicos com o mundo exterior<sup>113</sup>. Trata-se, aqui, mais uma vez, da ideia de que a *dialética* é meio hábil para conhecimento:

A verdadeira realidade da comunicação humana consiste em que o diálogo não impõe a opinião de um contra a opinião do outro nem acrescenta a opinião de um à opinião do outro como uma soma. O diálogo transforma ambas. (...) A comunhão [Gemeinsamkeit] que é tão forte que já não é a minha opinião nem a tua opinião, mas sim interpretação comum do mundo, é o que torna possível a solidariedade moral e social<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> “Democracy is a matter of effective communication, not just preference aggregation”. In: DRYZEK, John. **Political and Ecological Communication**. Environmental Politics, 2007. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/261686484\\_Political\\_and\\_Ecological\\_Communication](https://www.researchgate.net/publication/261686484_Political_and_Ecological_Communication) Acesso em: 10/02/2020.

<sup>112</sup> SACCHETTO, Thiago. **A natureza comunicativa das cortes constitucionais e as suas interações com a opinião pública**. Cadernos de Pós-Graduação da UFRGS. Porto Alegre, v. XIII, n. 2, 2018, p. 194-216.

<sup>113</sup> Peter Häberle denomina esse “mundo exterior” como a sociedade aberta de intérpretes da Constituição. HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

<sup>114</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und Methode apud* SILVA, Rui Sampaio da. **Wittgenstein e a Comunicação**. Filosofias da Comunicação. Covilhã, Portugal: Labcom, 2011. P. 229. Disponível em: [http://www.labcom-ifp.ubi.pt/ficheiros/20111220-santos\\_filosofias\\_da\\_comunicacao.pdf](http://www.labcom-ifp.ubi.pt/ficheiros/20111220-santos_filosofias_da_comunicacao.pdf). Acesso em: 01/02/2020.

Desse modo, seguindo a esteira do que se sustentou até aqui, não parece exagerado afirmar que a concepção dos Tribunais Constitucionais como foros dotados de representatividade argumentativa, inseridos num contexto de democracia deliberativa onde o conhecimento jurídico é realizado através da retórica dialógica, estabelecida entre os diversos foros discursivos, simplesmente *depende* da existência de canais comunicativos eficientes com o mundo externo, afinal só existe deliberação onde há comunicação. Se os Tribunais encastelam-se em atividades argumentativas internas, fazendo da reverberação de argumentos jurídicos uma atividade hermética e auto-referencial, essas instituições automaticamente deixam de contar com qualquer lastro democrático.

Como afirmara Gadamer (em contexto teórico muito distinto), “convencer e persuadir sem a capacidade de demonstrar é o fim do padrão da compreensão e da interpretação<sup>115</sup>”. As Cortes Constitucionais *precisam*, pois, se comunicar com a sociedade, e um dos meios atualmente mais utilizados para essa finalidade é a política de televisionamento de tribunais (“courtroom television broadcasting”).

Assim, posicionados os fundamentos teóricos e filosóficos da pesquisa, passa-se a ingressar no tema da investigação propriamente dito: o televisionamento do STF, que foi idealizado como instrumento comunicacional e de transparência.

## **2. O TELEVISIONAMENTO DE TRIBUNAIS COMO INSTRUMENTO DE TRANSPARÊNCIA E LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS.**

Nas páginas antecedentes, descreveu-se o fenômeno designado como a “ascensão do Poder judiciário”, que posicionou as instituições judiciárias no epicentro do poder político das democracias contemporâneas. Viu-se como a intensificação da

---

<sup>115</sup> In general, these findings support the idea that courts should make their procedures public and establish the proper channels of communication with their public. For it would not only be good from a normative point of view as it would be valuable because this would foster the deliberative and democratic proceedings of courts, but it also may contribute to increasing the court’s institutional power and legitimacy. The exposure of court mechanisms and decisions is related to the relationship between procedural fairness and legitimacy, which is discussed further in the last section of this paper. RUIBAL, Alba. **The Sociological Concept of Judicial Legitimacy: Notes of Latin American Constitutional Courts.** Mexican Law Review, v. III, n. 2, p. 352-353

jurisdição constitucional, a judicialização e o ativismo judicial exemplificam e constituem essa nova realidade, e como esse estado de coisas foi exacerbado sobremaneira no contexto brasileiro.

Na sequência, apresentou-se brevemente o que constituiu por muito tempo o problema do *déficit democrático* do Poder judiciário, consubstanciado na chamada “dificuldade contramajoritária” ou mesmo na tensão entre democracia e constitucionalismo. Viu-se que essas críticas se edificavam a partir de alegadas falhas representativas dos Tribunais, as quais se devem, em verdade, ao anacronismo dos conceitos que fundamentam as teorias mais tradicionais da democracia, em especial o instituto da representação.

Sustentou-se que a releitura da representação democrática, aliada à compreensão dos Tribunais enquanto um dos *loci* deliberativos das democracias, oferece uma legitimidade argumentativa a essas instituições, enquanto entidades que argumentam e deliberam sobre as melhores soluções constitucionais para os problemas jurídicos práticos (ou em tese) apresentados à sociedade em que estão inseridos.

Por fim, viu-se que a legitimidade dos Tribunais Constitucionais inseridos nesse contexto institucional depende do estabelecimento de canais comunicativos eficazes, que permitam uma troca de argumentos racionais entre as Cortes e seus auditórios, no exercício de uma “nova retórica”, entendida esta como meio adequado de inteligência do direito, da justiça e dos valores. Ou seja, entendidos os Tribunais Constitucionais a partir dessa perspectiva deliberativa, a comunicação se torna condição necessária de legitimidade institucional. Uma Corte Constitucional que não se comunica com seus auditórios não haverá jamais de ser uma instância deliberativa eficaz, ao menos não sob a perspectiva democrática.

Mas a necessidade de estabelecimento dessa comunicação institucional dos Tribunais não decorre unicamente do revigorado caráter deliberativo das Cortes, mas também porque a partir desse momento histórico em que o Poder judiciário ascendeu à condição de *longa manus* da democracia, efetivando direitos fundamentais e resolvendo (ou propondo-se a resolver) argumentativamente os profundos desacordos morais e políticos, as sociedades passam a exigir uma respectiva maior abertura da instituição. Afinal, “a expansão da atividade estatal produz o efeito

colateral de um aumento desproporcional na necessidade de legitimação<sup>116</sup>, como observado por Jürgen Habermas.

Ou seja, quanto maior passa a ser a importância do Poder judiciário no cotidiano cívico das democracias constitucionais, maior também passa a ser a exigência social de transparência e controle sobre ele pretendido pela comunidade de cidadãos, exatamente para garantir o lastro democrático de sua atuação jurisdicional e para afastar ranços de autoritarismo<sup>117</sup>.

É diante desses novos contextos que se passa a cogitar, em diversos países, técnicas para conferir um maior arejamento do ambiente forense, como, por exemplo, as experiências de televisionamento de Tribunais – *courtroom television broadcasting* -, que permitiriam ao cidadão acompanhar remotamente (*i.e.* fiscalizar) os procedimentos judiciais, instituindo um novo e poderoso instrumento de controle democrático.

Nos Estados Unidos da América — país pioneiro na adoção desse mecanismo de controle democrático do Poder judiciário —, já são televisionadas sessões judiciais dos primeiros graus de jurisdição desde 1936<sup>118</sup>, fazendo com que a prática esteja perfeitamente assimilada naquela cultura jurídica, ainda que não se possam ignorar alguns questionamentos políticos e doutrinários importantes<sup>119</sup>.

Ainda assim, mesmo com o relativo consenso acerca da constitucionalidade do televisionamento de tribunais ordinários nos Estados Unidos da América<sup>120</sup>, a implementação dessas políticas acabaria atraindo grande atenção da academia

---

<sup>116</sup> HABERMAS, Jürgen. **Letigation Crisis** *apud* FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular. O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. P. 18. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016,

<sup>117</sup> Note-se que a maior transparência perante o poder político e a mídia são apenas alguns dos vários elementos necessários para a “transformação democrática” do Poder judiciário: “Seriam necessárias profundas reformas processuais, mecanismos novos no acesso ao Direito e à justiça, reconhecimento do pluralismo jurídico, uma nova organização e gestão judicial, uma revolução na formação profissional, desde as faculdades até a formação permanente, novas concepções de independência judicial e uma relação do Poder judiciário mais transparente com o poder político e a mídia, e mais densa com os movimentos e as organizações sociais”. *In* COSTA, Cláudia Márcia. **O Protagonismo do Poder judiciário no Estado Social e Democrático de Direito: diagnósticos, consequências e contribuições para a sua transformação democrática**. São Paulo, 2017. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Presbiteriana do Mackenzie. P. 155-156..

<sup>118</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular. O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. P. 18. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016, p. 42.

<sup>119</sup> Ver: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Congress Senate**. Resolution n. 399. Disponível em <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/senate-resolution/339/text>. Acesso em 01/11/2018.

<sup>120</sup> Ver: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Suprema Corte**. *Estes v. Texas* (1965)

jurídica norte-americana, que passaria a cogitar a existência de algumas possíveis interferências das câmeras de TV sobre as atividades judiciais.

Passou-se, então, a refletir sobre a hipótese de que, para além de constituir apenas um instrumento de controle democrático do Poder judiciário, as práticas de televisionamento poderiam também apresentar alguns “efeitos colaterais” indesejáveis. Nesse sentido:

As hipóteses fundamentais, sobre as quais todos os demais problemas parecem se desenvolver, são estas: i) o televisionamento não influencia os participantes do processo (as pessoas conseguem abstrair o fato de estarem sendo filmadas), sendo indiferente para a jurisdição; ii) o televisionamento influencia positivamente os participantes (as pessoas agem de maneira mais responsável ao saberem que estão sendo filmadas), colaborando para uma melhor jurisdição, ou; iii) o televisionamento influencia negativamente os atores processuais (as pessoas ficam nervosas e agem erradamente), prejudicando a jurisdição .

Cada uma dessas hipóteses traz profundas implicações sobre as práticas de televisionamento de Tribunais, afinal se, por exemplo, uma testemunha age diferentemente diante de câmeras de TV, então haveria um grave problema na produção da prova. Ou, de maneira muito especial, se o televisionamento influencia o processo decisório do juiz ou dos jurados, então haveria um grave problema para a própria jurisdição, afinal a sentença estaria fraudada por fatores externos<sup>121</sup>.

Fato é que a partir dessas reflexões, as universidades americanas realizaram incontáveis pesquisas empíricas e comportamentais para tentar compreender os (possíveis) efeitos das câmeras de TV sobre o ambiente e os atores judiciais<sup>122</sup>. Até hoje, todavia, não se atingiu um consenso e a (in)conveniência das políticas de televisionamento de tribunais segue sendo um tema em aberto, o que se comprova pelo simples fato de que a Suprema Corte local continua mantendo a centenária proibição de captação audiovisual<sup>123</sup> ou qualquer tipo de transmissão das sessões<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> PUGLIESE, William Soares; PEREIRA, Ricardo dos Reis. Direitos Fundamentais na tela da TV: uma análise do televisionamento de tribunais no Brasil. **Revista Pensar**, v. 24, n. 2, Fortaleza, 2019, p. 1-12.

<sup>122</sup> Para uma exposição detalhada sobre os experimentos comportamentais e pesquisas empíricas norte-americanas aplicadas ao tema do televisionamento de tribunais, ver: FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular: o Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. Ed. Lumen Juris, 2016. P. 77-97.

<sup>123</sup> As únicas duas fotos que se tem conhecimento de terem sido tiradas (sem autorização) no interior da sala de julgamentos da Suprema Corte norte-americana, podem ser vistas aqui: <https://petapixel.com/2017/10/06/two-photos-us-supreme-court-session/>. Acesso em: 08/02/2020.

<sup>124</sup> O regulamento interno da Corte Suprema dos EUA é expresso nesse sentido: “Recording or broadcasting of the announcement in any manner is prohibited. Disponível em <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/PIOServices.pdf>. Acesso em 27/10/2017.

mesmo diante de apelos em sentido contrário advindos do Congresso<sup>125</sup> e da sociedade em geral<sup>126</sup>.

Reconhecendo o estágio avançado da doutrina norte-americana sobre o televisionamento de tribunais, e pretendendo importar para o Brasil o estado da arte da pesquisa estrangeira (até para tentar suprir o significativo déficit da nossa academia), Felipe de Melo Fonte realizou vasto levantamento bibliográfico e sistematizou competentemente os principais argumentos contrários e favoráveis às práticas de televisionamento de tribunais desenvolvidos sob essa perspectiva do direito comparado<sup>127</sup>.

Como o presente trabalho pretende investigar as possíveis inconveniências do televisionamento de Supremas Cortes — ou mais especificamente do Supremo Tribunal Federal —, sob a ótica bastante específica da “capacidade deliberativa” ou da “qualidade deliberativa” necessárias para a tutela dos direitos fundamentais, parece-nos adequado iniciar a argumentação a partir desse levantamento doutrinário realizado por Felipe de Melo Fonte.

## 2.1. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS ÀS PRÁTICAS DE TELEVISIONAMENTO DE TRIBUNAIS.

O primeiro argumento — certamente o mais importante — a favor do televisionamento de tribunais se relaciona à ideia da publicidade judicial como instrumento de proteção dos cidadãos contra a arbitrariedade estatal<sup>128</sup>.

As Revoluções Liberais do Século XVIII, como se sabe, romperam com uma

---

<sup>125</sup> Vide Resolução n. 339 do Senado dos EUA, subscrita por dez congressistas em 2010: “Resolution (...) to express the sense of the Senate in support of permitting the televising of Supreme Court proceedings. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/senate-resolution/339/text>. Acesso em 01/11/2018.

<sup>126</sup> 64% dos americanos entende que a Suprema Corte deveria permitir a transmissão televisiva das fases orais do processo (oral arguments). Ver: <https://www.c-span.org/scotussurvey2018/>. Acesso em: 05/02/2020.

<sup>127</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular. O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. P. 18. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016, p. 18-39.

<sup>128</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular. O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. P. 18. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016, p. 18-20.

longa tradição de julgamentos secretos e investigações estatais realizadas mediante o uso da tortura e outras técnicas abusivas, as quais eram deliberadamente empregadas para perseguir adversários dos regimes e satisfazer interesses obscuros das autoridades postas<sup>129</sup>. Diante desse contexto, estabeleceram-se normas fundamentais de racionalidade processual que viriam a ser sistematizadas sob o *devido processo legal*, com seus corolários de *ampla defesa e contraditório*.

Assim, o valor *publicidade processual* passou a ser entendido como indispensável para a efetivação material dessas garantias, motivo pelo qual Luigi Ferrajoli passa a qualifica-lo como uma “garantia de segundo grau” ou “garantia de garantias”<sup>130</sup>, porque se presta exatamente à finalidade de “garantir as garantias” do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

A *publicidade* passa então a compor a axiologia fundamental do direito processual e é expressamente inserida na Constituição dos Estados Unidos da América através da Sexta Emenda, de 1791, (“em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um processo célere e *público* (...)”<sup>131</sup>) e, séculos depois, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (“toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e *pública* por parte de um tribunal independente e imparcial (...)”<sup>132</sup>). No Brasil, com simbólico atraso, a publicidade processual veio a ser positivada apenas no texto constitucional de 1988 (artigo 5º,

---

<sup>129</sup> “O desenvolver da racionalidade do século XVIII não mais autorizava a compreensão acerca de um processo religioso e judicial que fosse estritamente secreto, sem a presença de um advogado na defesa do acusado e que autorizasse o uso da tortura como meio de obtenção da verdade e salvamento da alma. Um Direito Criminal mais humano, justo e razoável passa a ser aspiração dos letrados de então”. BOSCHI, Marcus Vinícius apud SILVEIRA, Rodrigo Mansour Magalhães da, **A publicidade e suas limitações – a tutela da intimidade e do interesse social na persecução penal**. São Paulo, 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo. p. 23.

<sup>130</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 492.

<sup>131</sup> “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.”.

<sup>132</sup> Artigo X - Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

LX<sup>133</sup> e artigo 93, IX<sup>134</sup>).

Os desenvolvimentos da teoria processual observariam então que os efeitos virtuosos da publicidade judicial se operam em dois âmbitos distintos, conforme descrito por Helena Najjar Abdo, lembrando o clássico magistério de Francesco Carnelutti<sup>135</sup>: há a publicidade *imediata*, que se traduz “na possibilidade conferida ao público de acessar o local em que se realizam os atos processuais e, com isso, ver e ouvir tudo aquilo que ali se diz<sup>136</sup>”; e a há também a publicidade *mediata*, que “não pressupõe o contato direto da pessoa interessada com os atos do processo, mas se realiza por algum modo intermediário<sup>137</sup>”.

O problema é que nas sociedades de massa, os meios de publicidade imediata acabam restringindo severamente o exercício da “garantia das garantias”, pois quando considerado o corpo social como um todo, torna-se quantitativamente irrelevante a centena ou mais de pessoas (quando muito!) que pode acompanhar *in loco* a prática dos atos processuais. Logo, é a publicidade *mediata*, realizada em favor de pessoas que não são partes no processo, mas que nele têm interesses políticos difusos enquanto cidadãos, que passa a legitimar a adequada fiscalização por *intermédio* do televisionamento de tribunais. A tecnologia, nesse caso, leva um número relevante de cidadãos-espectadores “para dentro” das salas de julgamento.

A partir daí, a conveniência do televisionamento de tribunais como proteção social contra a arbitrariedade judicial ganha contornos óbvios, afinal a coletividade de cidadãos que simplesmente não tem como dirigir-se às dependências dos tribunais (as quais, de qualquer maneira, nem teriam espaço físico para recebê-los), passa a

---

<sup>133</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

<sup>134</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>135</sup> CARNELUTTI, Francesco. La pubblicità del processo penale. **Rivista di diritto processuale**, v. X, Parte I, p. 1-11, 1955;

<sup>136</sup> ABDO, Helena Najjar. **A garantia da publicidade do processo e a divulgação de atos processuais pela mídia: limites e precauções atinentes ao processo civil**. P. 2.902.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 2.903.

ter *meios* para acessar “à distância” essas salas de julgamento e cerrar fileiras ao lado de seus concidadãos na fiscalização do Poder judiciário.

Mas poder-se-ia questionar com alguma pertinência: por que a televisão e não o rádio ou o jornalismo escrito? Por que invadir a sobriedade das salas judiciárias com tantos equipamentos, profissionais técnicos, holofotes, cabos, câmeras etc., quando apenas um repórter competente de boa-fé poderia intermediar a fiscalização mediata do arbítrio estatal? A resposta é simples: o meio televisivo (“tele” (longe) e “visio” (visão); visão de longe) sempre será um meio epistemologicamente mais qualificado<sup>138</sup> que a transmissão radiofônica ou escrita, as quais, embora menos “invasivas” ao ambiente judiciário, não teriam equivalente capacidade de transmitir informações fidedignas, por meio da *visão* dos acontecimentos.

A ideia, posta em termos simples, é que “uma imagem vale mais que mil palavras” e, pela televisão, as dinâmicas interpessoais ocorridas na Corte, as reações espontâneas das partes, testemunhas e juízes, enfim, toda a sorte de informações relevantes para o exercício da proteção contra a arbitrariedade parece ser melhor acessada a partir de estímulos audiovisuais.

Portanto, o televisionamento de tribunais se estabelece primeiramente como uma prática em tese recomendável porque, ao trazer o cidadão para “dentro” das salas de julgamento, multiplica o número de fiscais do Poder judiciário e qualifica a proteção contra a arbitrariedade estatal – o que consiste em medida democraticamente alvissareira.

Outro argumento relevante em favor das políticas de televisionamento de tribunais é aquele segundo o qual a transmissão dos julgamentos colabora para a legitimação democrática da função jurisdicional<sup>139</sup>, mas aqui ainda não se debruça exatamente sobre as perspectivas próprias dos arranjos institucionais das democracias deliberativas (qualificação da ética discursiva, estabelecimento do canal comunicacional etc.).

O raciocínio aqui é mais singelo: se ao Judiciário é dado o exercício de um

---

<sup>138</sup> “Com efeito, não só em vista da ação, mas mesmo sem ter nenhuma intenção de agir, nós preferimos o ver, em certo sentido, a todas as outras sensações. E o motivo está no fato de que a visão nos proporciona mais conhecimento do que todas as outras sensações e nos torna manifestas numerosas diferenças entre as coisas”. ARISTÓTELES. *Metafísica*. Trad. Marcelo Perinne. São Paulo: Loyola, 2ª ed. 2005, p.. 980.

<sup>139</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular. O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. P. 18. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016, p. 21-23.

*poder*, exige-se, em contraprestação, que os cidadãos lhe ofereçam alguma aquiescência, seja direta (cumprindo as decisões) ou indiretamente (reconhecendo a legitimidade de os juízes as proferirem).

E para oferecer tal aquiescência, é logicamente necessário que os cidadãos tenham *conhecimento* sobre o que acontece no âmbito dos núcleos decisórios do poder. É o chamado “poder visível”, de Norberto Bobbio<sup>140</sup>, assim explicado por Felipe de Melo Fonte: “para que a democracia funcione, é preciso que os cidadãos tenham informações sobre o que ocorre dentro das instituições de governo<sup>141</sup>”.

O televisionamento funciona, pois, como um canal informativo dos cidadãos sobre o Poder judiciário, os quais poderão analisar diretamente se as atribuições judiciárias estão sendo desempenhadas a contento e, assim, poderão oferecer as bases de sua legitimação democrática ou poderão exigir reformas, se for o caso.

Também dentro dessas ideias de legitimação democrática, repousam argumentos favoráveis ao televisionamento de tribunais sob outros prismas, como, por exemplo, a justificação dos elevados custos orçamentários do Poder judiciário<sup>142</sup> (se o dinheiro público está sendo bem gasto) e a possibilidade de responsabilização pessoal de magistrados (como as prerrogativas funcionais são muito protetivas, a exposição televisiva possibilitaria a identificação e punição dos maus juízes).

A importância desse argumento da legitimação democrática ganha ainda mais força dentro do atual contexto de protagonismo judiciário nas sociedades contemporâneas. Afinal, se o Poder judiciário reclama para si a atribuição de resolver os profundos dissensos morais das agendas públicas, então logicamente deveria aceitar se sujeitar ao crivo do povo, titular do poder político.

Outro argumento favorável ao televisionamento de tribunais é aquele que justifica um valor importante de “educação jurídica do povo”<sup>143</sup>, afinal a transmissão dos procedimentos judiciais certamente tem a capacidade de levar conhecimentos relevantes à população, que eventualmente passará a compreender melhor os *direitos*

---

<sup>140</sup> BOBBIO, Norberto. **Democracia e Segredo**. São Paulo: UNESP, 2015.

<sup>141</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular. O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. P. 18. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016, p. 21.

<sup>142</sup> Em 2019, o orçamento previsto para o Poder judiciário atingiu a nada desprezível quantia de R\$ 49,9 bilhões, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-14/cnj-aprova-proposta-orcamentaria-judiciario-2019>. Acesso em 24/06/2019.

<sup>143</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular. O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. P. 18. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016, p. 23.

e *deveres* que seu ordenamento jurídico prevê. Conforme Conrado Hubner Mendes:

Para além de representar, a corte poderia também educar. Provoca o debate público mais focado em argumentos de princípio do que em disputas partidárias ou estratégias de barganha. Sendo uma instituição com habilidade especial para decidir por meio de justificação pública e com base em princípio, ela estimula que as reações a tais decisões sejam feitas na mesma linguagem e isso enriquece a política. Sem essa instituição, o debate de princípios praticamente some da vida democrática, ao menos nos momentos da política ordinária<sup>144</sup>.

Felipe de Melo Fonte ilustra o argumento afirmando que o televisionamento de casos como a “Marcha da Maconha” (ADPF 187) ou da “União Homoafetiva” (ADI 4277), por exemplo, teriam informado a população brasileira acerca de valores constitucionais importantes como a liberdade de expressão e a tolerância com a diversidade<sup>145</sup>. Na mesma linha, afirma-se aqui que o televisionamento de julgamentos como o do “Mensalão” (AP 470) ou os julgamentos da “Lava-Jato” no âmbito do Supremo Tribunal Federal também teriam fornecido valiosas informações à sociedade a respeito do *modus operandi* do sistema político-eleitoral brasileiro — o que é de todo relevante, certamente.

O fato é que o valor educacional do televisionamento de tribunais é particularmente importante porque atinge as camadas mais desfavorecidas da população, as quais dificilmente teriam condições de acessar esses conhecimentos por meios da educação jurídica formal. É a televisão — o mais democrático dos meios de comunicação<sup>146</sup> — que acaba levando essas informações cívicas qualificadas para um público muito maior do que o faria o jornalismo escrito ou a mídia especializada.

E, portanto, se considerada a clássica lição de Capelletti e Garth de que a “aptidão para reconhecer um Direito e propor uma ação em sua defesa<sup>147</sup>” é o primeiro passo da acessibilidade ao Poder judiciário, o televisionamento de tribunais seria então compreendido como um vetor de educação e acessibilidade em larga escala.

---

<sup>144</sup> MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado (USP), São Paulo, 2008, P. 69-70

<sup>145</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular. O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. P. 18. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016, p. 23.

<sup>146</sup> Apenas 2,8% dos lares brasileiros não conta com um aparelho televisor, vide: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-02/uso-de-celular-e-acesso-internet-sao-tendencias-crescentes-no-brasil>. Acesso em: 22/06/2019.

<sup>147</sup>

Por fim, sob um ângulo mais prosaico, o televisionamento de tribunais poderia servir como um “neutralizador” da desinformação praticada por peças ficcionais comumente apresentadas também na própria televisão, as quais têm grande capacidade de confundir a população acerca de seus direitos e deveres. Como as séries e filmes geralmente apresentam os tribunais mediante licenças poéticas (ou até com alguma fidedignidade, mas em representação de sistemas jurídicos estrangeiros de *common law*), a transmissão de procedimentos reais realizados em tribunais reais teria o condão de minimizar os efeitos dessa distorção.

Um último argumento utilizado em favor das políticas de televisionamento de tribunais relaciona-se à ideia de que a exposição das Cortes tem o condão de incrementar os chamados “efeitos preventivos<sup>148</sup>” da legislação. O raciocínio fundamenta-se na concepção básica de que um sistema jurídico opera como um supressor de comportamentos antissociais e nocivos à comunidade, através do oferecimento de estímulos a boas condutas e sanções a más condutas.

A partir daí, aportando elementos da teoria econômica do direito, doutrinadores dessa vertente afirmam que a legislação tem um chamado “efeito preventivo” que funciona através da conjunção de dois fatores: a *magnitude da sanção* e a *probabilidade de detecção* correspondente. Isto é, tanto mais serão respeitadas as leis quanto mais os cidadãos acreditarem que suas más condutas serão proporcionalmente sancionadas e que haverá uma maior chance respectiva de serem “descobertas” pelas autoridades policiais ou judiciárias.

Desse modo, ao televisionar os julgamentos dos tribunais, o Estado estaria oferecendo uma eloquente mensagem aos potenciais infratores da legislação, demonstrando que outros concidadãos seus, igualmente munidos de más intenções, acabaram sendo levados a julgamento e responderam por seus malfeitos. Essa percepção, afirmam alguns, poderia ter o efeito pedagógico de evitar condutas ilícitas ou criminosas.

Embora esse argumento pareça particularmente simplório (até porque o televisionamento de um Poder judiciário leniente com a ilicitude poderia oferecer o estímulo exatamente contrário), deve-se reconhecer nele alguma racionalidade, afinal o caráter pedagógico das penas, especialmente no campo da criminologia, é matéria

---

<sup>148</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular. O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. P. 18. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016, p. 26-28.

doutrinária de clássica problematização.

## 2.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS ÀS POLÍTICAS DE TELEVISIONAMENTO DE TRIBUNAIS.

Um argumento comumente apresentado contra as práticas de televisionamento de tribunais refere-se à falta de maior conhecimento acerca dos seus efeitos sobre os participantes do processo judicial<sup>149</sup>. Nesse sentido, Earl Warren, *Chief Justice* da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1953-1969), desde há muito já alertava:

It is common knowledge that 'television can work profound changes in the behavior of the people it focuses on. The present record provides ample support for scholars who have claimed that awareness that a trial is being televised to a vast, but unseen audience, is bound to increase nervousness and tension, cause an increased concern about appearances, and bring to the surface latent opportunism that the traditional dignity of the courtroom would discourage. Whether they do so consciously or subconsciously, all trial participants act differently in the presence of television cameras<sup>150</sup>

A ideia básica é que antes de compreender, com razoável grau de certeza, *quais são os efeitos* das câmeras de TV sobre o comportamento ou a cognição de juízes, jurados, testemunhas ou partes, seria irresponsável permitir a realização da prática televisiva no ambiente forense.

Esse argumento se mostra especialmente convincente quando observado sob a luz de algumas descobertas empíricas clássicas das ciências comportamentais, como, por exemplo, o efeito *Hawthorne*<sup>151</sup> ou o “efeito observador”, que descrevem as sensíveis mudanças de comportamento que as pessoas têm quando sabem estar

---

<sup>149</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular. O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. P. 18. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016, p. 28-31.

<sup>150</sup> LAMBERT, Paul. *Television Courtroom Broadcasting Effects. The Empirical Research and the Supreme Court Challenge*. P. 10. University Press of America. 2013.

<sup>151</sup> O “efeito Hawthorne” é uma interessante descoberta das ciências comportamentais que indicam que as pessoas agem diferentemente quando sabem que estão sendo observadas. Exatamente por essa razão, estudos clínicos na área da saúde, por exemplo, tentam sempre minimizar sua possível ocorrência através de estratégias de “cegamento”, em que os sujeitos em observação na pesquisa são privados de maiores informações acerca das circunstâncias do experimento (a administração de um placebo, sobretudo, ou mesmo a troca de pessoas de grupos, a alteração de protocolos de fármacos etc.). NEDEL, Wagner Luís; SILVEIRA, Fernando da. Os diferentes delineamentos de pesquisa e suas particularidades na terapia intensiva. **Revista Brasileira de Terapia Intensiva**. Porto Alegre, 2016, n. 28, v. 3. P. 256-260.

sendo observadas por terceiros. Sob essa perspectiva, seria desproporcionalmente arriscado permitir, em nome de uma suposta transparência institucional, o televisionamento de um julgamento que poderia, em última análise, vir a ser fraudado justamente por essas influências externas indevidas.

Para ilustrar essa preocupação, imagine-se o seguinte exemplo hipotético<sup>152</sup>: em um julgamento criminal, uma testemunha de acusação sabe-se mentirosa e quer a condenação do acusado que não cometeu crime algum apenas para satisfazer impulsos sádicos ou algo do gênero. Entretanto, em dado momento do processo, confrontada com as provas da defesa (depoimentos abonatórios de familiares, digamos), essa testemunha passa a vivenciar dilemas morais e começa a cogitar a possibilidade de confessar-se perante o Tribunal, em conduta que levaria à automática declaração de inocência do acusado. Intuitivamente, parece bastante razoável especular que essa testemunha hipotética teria mais chances de admitir sua conduta enganosa em um processo penal não televisionado do que diante das câmeras de TV e sob os olhos de toda a sociedade. Nesse exemplo extremo (ou em quaisquer outros exemplos em que os atores processuais precisem reconhecer erros), o televisionamento do Tribunal teria tido um efeito dramaticamente negativo.

De igual maneira, poder-se-ia cogitar também as mais graves interferências sobre outros atores processuais, como os juízes e jurados, por exemplo, que poderiam ser indevidamente estimulados pela opinião pública, em busca da boa fama ou fugindo da execração social.

Em tais circunstâncias [tribunais televisionados], não é remota a probabilidade de que algum juiz, ao votar, se deixe guiar menos por aquilo que realmente pensa, na intimidade de sua consciência, do que por aquilo que, segundo lhe parece, o resto do mundo gostaria que ele pensasse<sup>153</sup>.

Mas o argumento dos “efeitos desconhecidos” não trabalha apenas sob a perspectiva da influência dos observadores externos sobre o a cognição dos juízes e

---

<sup>152</sup> Obviamente, o exemplo permitiria hipóteses exatamente contrárias, que ilustram condutas mais responsáveis e sinceras justamente em razão da exposição televisiva. O que se pretende com o exemplo é apenas ilustrar *uma* (dentre tantas outras) possibilidade de influência externa indevida sobre o processo televisionado.

<sup>153</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira *apud* ZARONI, Bruno Marzullo. Transparência e confidencialidade na deliberação judicial: ponderações sobre o processo decisório do STF. *In* MARINONI, Luis Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Processo Constitucional**. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, p. 359.

jurados. Outras distorções graves poderiam ocorrer, por exemplo, na priorização de casos rumorosos pelos Tribunais (que deixariam de conhecer de causas com menor apelo popular<sup>154</sup>), no desestímulo à deliberação colegiada (afinal, se as decisões representarem mera contagem de votos, a legitimidade da jurisdição constitucional estará em xeque), no prejuízo à deliberação (a superexposição constrangeria o *brainstorm* criativo entre magistrados<sup>155</sup>), no desvio de foco dos atores processuais (as câmeras teriam um efeito dispersivo sobre os presentes à sessão judicial<sup>156</sup>).

Fato é que o argumento dos “efeitos desconhecidos” se mostra um poderoso aliado dos opositores das políticas de televisionamento de tribunais, pelo simples motivo de que é muito confortável, sob a perspectiva do ônus argumentativo, opor incontáveis hipóteses abstratas de prejuízo à atividade jurisdicional e repassar ao adversário teórico do debate a obrigação de refutá-las empiricamente<sup>157</sup>.

Outro argumento contrário ao televisionamento de tribunais é aquele que sustenta que a prática leva à transformação da justiça em entretenimento<sup>158</sup>, criando um ambiente pouco solene que macula a dignidade da jurisdição e banaliza uma das mais elevadas funções do Estado. Daniel Stepniak descreve bem o argumento:

(...) a crença de que o respeito e a confiança no Judiciário são promovidos e protegidos pela manutenção da mística e desapego judicial tem fornecido a razão para que seja negado o acesso da mídia eletrônica aos procedimentos, até mesmo quando os interesses de partes e participantes não pode ser afetado adversamente<sup>159</sup>.

Como se vê, o argumento preocupa-se menos com os possíveis impactos da publicidade judicial sobre as partes e demais atores processuais do que com a dignidade *institucional* do Poder judiciário. A ideia é que, embora sejam instituições democráticas (e, portanto, abertas em algum grau à sociedade), as Cortes de Justiça

---

<sup>154</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular. O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. P. 18. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016, p. 30.

<sup>155</sup> SILVA, Virgílio Afonso. **Do we deliberate? If so, how?** European Journal of Legal Studies. V. 9, n. 2..

<sup>156</sup> LAMBERT, Paul. **Television Courtroom Broadcasting: Distraction Effects and Eye Tracking**.

<sup>157</sup> Obviamente, esse “truque” argumentativo é também utilizado pelos entusiastas das políticas de televisionamento, afinal eles prometem benesses apenas em tese existentes (sobretudo, a transparência!) e, quando levantado algum questionamento pontual adverso, repassam ao opositor a tarefa de provar empiricamente a objeção.

<sup>158</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular. O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. P. 18. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016, p. 31-33.

<sup>159</sup> Ibidem, p.

precisam manter certo distanciamento solene da população, para que não entrem em “uma intimidade da qual não mais se recuperem”. Ou, nas palavras de Egon Bockman Moreira e Vera Karam de Chueiri<sup>160</sup>, para que os juízes constitucionais não se tornem “demasiadamente humanos” aos olhos da população.

Não faltam exemplos práticos do que se quer ilustrar aqui. As acaloradas alterações entre os ministros Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, tornadas clássicas à época do julgamento da Ação Penal nº 470, ou as trocas de ofensas e acusações entre os ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso<sup>161</sup>, parecem ter transformado o Supremo Tribunal Federal em um grande “reality show”, em que a jurisdição constitucional é tão só um pano de fundo para as atrações principais: os juízes.

Sem entrar, por ora, em maiores considerações teóricas a esse respeito, quer parecer que esse tipo de exposição seria certamente negativa para o Poder judiciário, pois representa para a sociedade que os responsáveis pela decisão de grandes temas constitucionais são pessoas destemperadas, incivilizadas ou, ainda pior, apenas profundamente desinteressadas.

O argumento de “proteção da intimidade”<sup>162</sup>, oferecido por parte da doutrina contra as práticas de televisionamento de tribunais, observa a questão sob o prisma particular das partes. Trata-se de argumento jurídico relevante porque a devassa da vida das partes de um processo judicial certamente não é efeito desejável, nem tampouco previsto pela legislação de nenhum ordenamento. No caso brasileiro, por exemplo, a própria Constituição confirma essa axiologia ao prever a hipótese expressa de sigilo para “proteção da intimidade” da parte no artigo 5º, inciso LX.

Esse argumento, que apresenta especial vigor nas causas de natureza penal ou de direito de família, se enfraqueceria dramaticamente nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, por exemplo, em que os debates jurídicos são realizados sobre temas constitucionais, e não sobre litígios entre partes, propriamente ditos.

---

<sup>160</sup> CHUEIRI, Vera Karam; MOREIRA, Egon Bockam. **O meio é qual mensagem?** JOTA, Cidade, 20 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supremo-tribunal-federal-o-meio-e-qual-mensagem-20052019>. Acesso em 04/06/2019.

<sup>161</sup> Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/sessao-do-stf-e-suspensa-apos-ataques-entre-ministros-barroso-e-gilmar-mendes.ghtml>. Acesso em: 01/01/2020.

<sup>162</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular. O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. P. 18. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016, p. 33-35.

De qualquer maneira, é razoável a preocupação com os efeitos da publicidade exacerbada sobre a esfera de intimidade das partes, até porque é de se cogitar se essa exposição não tem potencial de se tornar um estímulo negativo à propositura de demandas, no sentido de que a parte que não deseja ter a vida devassada, jamais proporá a demanda ao saber que, ao menos nas instâncias superiores, seu caso será apreciado diante de câmeras de TV para toda a sociedade.

Resumida, pois, a bibliografia crítica às práticas de televisionamento de tribunais ordinários (não de Cortes Constitucionais), passa-se a tratar da experiência pioneira da tradição constitucional brasileira, que idealizou e concebeu um canal de televisão que exporia todas as sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal.

### 2.3. A PIONEIRA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DA “TV JUSTIÇA”: TELEVISIONANDO UMA SUPREMA CORTE.

Como visto anteriormente, a pesquisa jurídica nos EUA produziu importantes desenvolvimentos que intensificaram e aprofundaram o debate acerca da conveniência das políticas de televisionamento de tribunais. Por lá, o “*television courtroom broadcasting*” é um tema clássico desde há muito<sup>163</sup> debatido por universidades e pesquisadores, desde as mais diversas perspectivas teóricas e abordagens metodológicas.

Desse modo, quaisquer outras tradições jurídicas que pretendessem iniciar práticas semelhantes teriam vastíssimo material para bem informar essa decisão e fomentar as recomendáveis discussões preliminares no meio jurídico e político.

Não foi assim que se deu no Brasil, todavia. Por aqui, a criação de um canal institucional judiciário foi realizada sem quaisquer debates com a academia, com o meio político, com a própria magistratura ou com a sociedade civil. E, mais, estabeleceu-se logo o televisionamento da Suprema Corte, em inédita medida judiciária em nível mundial. Essa história é essencial para a contextualização da dissertação.

A Constituição Federal de 1988, como se sabe, estabeleceu o princípio da

---

<sup>163</sup> YESAWICH JR. Paul J. *Televising and Broadcasting Trials*. **Cornell Law Review**, 1952..

publicidade dos atos judiciais no artigo 5º, inciso LX<sup>164</sup> e no artigo 93, inciso IX<sup>165</sup>, ao determinar que “todos os julgamentos do Poder judiciário serão públicos” e que a “lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social assim o exigirem”. Portanto, a regra geral é que os atos judiciais sejam públicos, sendo a restrição uma exceção.

Embora o alcance deontológico dessas normas mereça reflexões mais aprofundadas<sup>166</sup>, por ora interessa dizer apenas que foi com a intenção de conferir eficácia ao artigo 93, inciso IX, da Constituição, que o Ministro Marco Aurélio, então Presidente do Supremo Tribunal Federal (2001-2003), tomou para si a missão de criar um canal institucional de televisão que passaria a transmitir as sessões da Corte a toda a sociedade.

Afirmar que a TV Justiça é fruto da vontade individual do Ministro Marco Aurélio não é exagero. A notória ausência de debates prévios entre o então Presidente da Corte e os demais ministros do STF criou óbvios desconfortos dentro da Instituição, o que se comprova sempre que os magistrados da época são perguntados sobre o tema e fazem questão de destacar o quão centralizadora e individual foi a condução do processo pelo Ministro Marco Aurélio<sup>167</sup>.

Ademais, não é necessário ler nas entrelinhas das entrevistas dos magistrados para captar essa informação. Carlos Victor Nascimento dos Santos demonstra que o interesse pessoal do então Presidente do STF na questão era tão grande que, por intermédio de seu Assessor Secretário de Comunicação Social, Renato Parente, e sua Assessora Secretária-Geral (à época esposa do Ministro Gilmar Mendes), Guiomar

---

<sup>164</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

<sup>165</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>166</sup> Uma certeza é que esses dispositivos não obrigam a transmissão televisiva dos julgamentos pela TV ou, do contrário, todas as decisões já proferidas desde 1988 até 2002, pelo STF, seriam nulas.

<sup>167</sup> SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. **O exercício da colegialidade no Supremo Tribunal Federal: entre a construção social do discurso e as práticas judiciárias**. Rio de Janeiro, 2017. Tese (Doutorado em Direito). PUC-RJ. P. 228

Feitosa de Albuquerque, Marco Aurélio determinou a realização de diversos contatos prévios junto à Fundação Padre Mendes, responsável pela administração da TV Cultura, com a finalidade de bem compreender, antes da elaboração de um respectivo projeto de lei, as necessidades técnicas e jurídicas para a criação de um canal público de TV<sup>168</sup>.

A intenção claramente era tomar o máximo cuidado para que eventuais imprecisões técnicas não atrasassem a deliberação e votação do futuro projeto de lei no Congresso Nacional, o que poderia fazer com que o trâmite político ocorresse somente após a saída do seu idealizador da Presidência da Corte, em 2003, dificultando a possibilidade de aprovação da proposição.

Desse modo, foi somente após a cuidadosa estruturação prévia do projeto que o irmão da Sra. Guiomar Feitosa de Albuquerque, o Deputado Federal Chiquinho Feitosa (PSDB/CE), apresentou, aos dois dias de março de 2002, o Projeto de Lei nº 6.059/2002<sup>169</sup>, com a seguinte justificativa:

Levar ao público o trabalho da Justiça é cumprir a Constituição Federal. O inciso IX do artigo 93 preceitua que todos os julgamentos do Poder judiciário serão públicos, excetuados poucos casos cobertos por segredo de justiça. Destaque-se que o princípio constitucional da publicidade dos atos processuais visa garantir que se esgotem os meios e os recursos para viabilizar o exercício do direito de defesa pelos cidadãos. Nesse sentido, a TV levará aos cidadãos informações sobre como chegar até o Poder judiciário e ter seus direitos nele defendidos, contribuindo para ampliar o acesso das pessoas comuns à Justiça, ao permitir que acompanhem, **pari passu**, o dia-a-dia do Judiciário” (grifos no original)<sup>170</sup>

O grande interesse político do Presidente do STF, aliado à falta de compreensão (ou de interesse) dos parlamentares de então acerca das profundas implicações que decorreriam da política de televisionamento do Supremo Tribunal Federal, fez com que a proposição tramitasse em tempo recorde, não havendo registro de maiores discussões no Plenário ou nas Comissões das Casas Legislativas<sup>171</sup> sobre a (in)conveniência da prática.

Por fim, veja-se que para simbolizar a “paternidade” da TV Justiça para a

<sup>168</sup> Ibidem, p.. 229.

<sup>169</sup> Inteiro teor disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD02MAR2002.pdf#page=469>. Acesso em 09/06/2019.

<sup>170</sup> Idem.

<sup>171</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular. O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. P. 103

posteridade, o ministro Marco Aurélio ainda costurou um acordo político com Fernando Henrique Cardoso<sup>172</sup>, então Presidente da República, para que em seu lugar pudesse apor a sanção ao projeto na qualidade de Presidente da República em exercício, na data de 17 de maio de 2002. O ministro Marco Aurélio assim descreve essa negociação:

- Presidente, está para chegar às suas mãos um projeto sobre o qual eu gostaria de saber sua opinião. Se for para sancionar, eu gostaria de fazê-lo, se o senhor me permitir. Se for pra vetar, não.”
- “Qual é o projeto?”. Perguntou FHC.
- “É a TV Justiça”. Respondeu o Min. Marco Aurélio.
- “Marco Aurélio, sanção e veto são seus.” Decide o Presidente FHC.
- “Marquei a solenidade, bati um *corner* e acabei cabeceando pro gol<sup>173</sup>”.

Fato é que, rapidamente aprovada a respectiva legislação, a TV Justiça passou a operar por meio de fibra ótica no sistema de “TV por assinatura” no dia 17 de agosto de 2002. Desde então, o canal transmite todas as sessões plenárias do Tribunal, além de eventuais inserções do plenário do Tribunal Superior Eleitoral e de programas destinados à divulgação de informações sobre outras Instituições, como o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho Nacional de Justiça e a Ordem dos Advogados do Brasil. Fora dos horários de expediente da Corte, são transmitidos programas dedicados à educação e cultura jurídicas em geral, como, por exemplo: “Grandes Julgamentos do STF”, “Saber Direito”, “Pensamento Jurídico”, entre tantos outros<sup>174</sup>.

Todas as sessões plenárias do STF atualmente são televisionadas. Ainda não são transmitidas apenas: *i*) as sessões das duas Turmas, em razão de impedimentos

---

<sup>172</sup> Fernando Henrique Cardoso parece convencido de que a ideia da TV Justiça não parece a mais adequada para o arranjo institucional do STF: Mello é um entusiasta da transmissão direta. Fernando Henrique, nem tanto. “Eu tenho dúvida em relação à transmissão pela televisão”, disse-me ele no seu escritório em São Paulo. “Porque a imensa maioria da população não entende aquela linguagem. Nos Estados Unidos, duas coisas são muito diferentes daqui: não sai nada, não pode nem fotografar, e tudo aparece como se fosse consensual. Nós não podemos transformar a Corte Suprema em outro congresso. Congresso é diferente: tem que ser aberto, transparente, refletir até mesmo a certa desordem que há no Brasil. Mas o Supremo? Deveria ser mais litúrgico.” E o que se faz a respeito? Acabar com a transmissão direta? “Agora é difícil”, respondeu Fernando Henrique. “Se acabar, vão dizer que é antidemocrático.” CARVALHO, Luiz Maklouf. Data Venia, o Supremo. Revista Piauí. Agosto, 2010. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/data-venia-o-supremo/>. Acesso em: 10/12/2019

<sup>173</sup> SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. **O exercício da colegialidade no Supremo Tribunal Federal: entre a construção social do discurso e as práticas judiciárias**. Rio de Janeiro, 2017. Tese (Doutorado em Direito). PUC-RJ.P. 230.

<sup>174</sup> Para uma lista completa de todos os programas da TV Justiça, ver SANTOS, Daniela Martins dos. TV Justiça: STF em cena. Para consulta da programação da TV Justiça, Disponível em: <http://www.tvjustica.jus.br/index/programacao>. Acesso em 09/06/2019.

logísticos (seriam necessários dois canais para a transmissão simultânea); *ii*) os julgamentos realizados por meio do Plenário Virtual<sup>175</sup> e; *iii*) as sessões administrativas do Tribunal.

Embora os índices médios de audiência da TV Justiça não sejam particularmente impressionantes, o canal sempre se torna o centro das atenções nacionais quando são julgados casos que causam grande comoção social, como a Ação Penal nº 470 (caso “Mensalão”) ou o Habeas Corpus nº 152.752 (pedido de revogação da execução provisória da pena de prisão do ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva).

Concomitantemente à transmissão direta da TV Justiça, as suas captações audiovisuais são diariamente reproduzidas nos telejornais e na internet, geralmente nos excertos em que as falas dos ministros sejam as mais polêmicas possíveis<sup>176</sup>, gerando grande interesse da população e as mais acaloradas reações sociais<sup>177</sup>.

Durante quase toda a sua existência, a TV Justiça foi uma realidade indisputada nos meios acadêmicos, havendo pouquíssimas vozes que ousavam desafiar um símbolo tão poderoso de controle democrático e *accountability*. Mesmo hoje, quando diversas críticas importantes já lhe são opostas, persiste um relativo consenso de que o canal institucional é uma realidade “irreversível” que “veio para ficar”<sup>178</sup>, e que a restrição ou vedação dessa exposição televisiva importaria em “retrocesso” constitucional.

Portanto, ao menos sob essa perspectiva, a TV Justiça pode ser considerada uma iniciativa de sucesso do ministro Marco Aurélio, pois acabou por galgar uma posição virtualmente inquestionável de viabilidade constitucional (fechá-la significaria, em tese, retrocesso contrário aos princípios de publicidade dos atos judiciais), política

---

<sup>175</sup> O plenário virtual é uma ferramenta tecnológica desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal que originalmente visava permitir que os ministros decidissem pela existência ou não de repercussão geral nos recursos extraordinários endereçados à Corte, sem a necessidade de reunirem-se fisicamente nas dependências do Plenário do Tribunal. Recentemente, porém, a competência do Plenário Virtual foi elastecida para abarcar também o julgamento de inconstitucionalidade de leis, quando a matéria foi objeto de jurisprudência dominante no Tribunal.

<sup>176</sup> PUGLIESE, William Soares; PEREIRA, Ricardo dos Reis. Direitos Fundamentais na tela da TV: uma análise do telejornalismo de tribunais no Brasil. **Revista Pensar**, v. 24, n. 2, Fortaleza, 2019.

<sup>177</sup> Idem.

<sup>178</sup> THOMÉ, Clarissa. Entrevista com Joaquim Falcão. Estadão, 3 de novembro de 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,interacao-do-stf-com-a-sociedade-veio-para-ficar,10000002044>. Acesso em: 01/01/2018.

(projetos de lei prevendo sua restrição foram arquivados<sup>179</sup>) e mesmo social (a sociedade parecer querer (ou exigir) vigiar de perto os ministros da Corte).

Considerações críticas à parte, é um fato que a TV Justiça estabeleceu um novo e poderoso canal comunicativo entre o STF e a sociedade, que estimula sensivelmente a potencialidade das interações *recíprocas* entre esses atores políticos. A questão passa a ser compreender como se dá a relação entre a atividade-fim da Suprema Corte (deliberação constitucional) e a publicidade levada a efeito pela TV Justiça. Tem-se, a partir dessa realidade, um quadro de publicidade e transparência ou de superexposição? É sobre esse terreno que a pesquisa passa a caminhar.

### **3. PUBLICIDADE, TRANSPARÊNCIA E SUPEREXPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA PROPOSTA NORMATIVA A PARTIR DE ANÁLISES CONTINGENTES.**

Nos capítulos antecedentes, pôde-se compreender que a atual centralidade política do Poder judiciário se deve a uma série de fatores históricos, filosóficos e jurídicos, os quais levaram a uma completa reconfiguração do papel classicamente atribuído à instituição desde o surgimento do Estado Liberal.

Viu-se, igualmente, que a legitimidade democrática desses “novos” tribunais está escorada na compreensão de uma democracia dita deliberativa, em cujo âmbito algumas câmaras de discurso (“chambers of discourse”), como os Tribunais

---

<sup>179</sup> Projeto de Lei 7.004/2013. Vicente Cândido (PT/SP).

Constitucionais, cotejam argumentos racionais para a construção das melhores decisões constitucionais, as quais serão sempre precárias porque posicionadas temporal e culturalmente — não há, pois, que se falar em “última palavra” do Judiciário.

Viu-se que essas Cortes interpretam e constroem o Direito mediante o manejo de uma retórica perante determinados auditórios e que a qualidade da argumentação é, em certa medida, a eles relativa: o auditório estabelece, pois, um “componente normativo do discurso”; daí falar-se em *accountability* discursiva ou em *accountability* em “sentido comunicativo” (*communicative fashion*). A partir dessa ótica, tanto mais democrática e *accountable* será uma Corte quanto mais seus discursos sejam claros e racionalmente aceitáveis pela comunidade política, independentemente da adesão quantitativa de cidadãos (embora deva haver *alguma* adesão<sup>180</sup>).

Diante da constatação de que a atividade jurídico-intelectiva dos tribunais se dá também por meio de interações comunicacionais, estabeleceu-se que a atual configuração institucional das Cortes, especialmente das Cortes Constitucionais, simplesmente *depende* de canais de comunicação efetivos, que permitam a construção de pontes argumentativas entre Juízes e Auditórios.

Em seguida, viu-se que uma das mais efetivas estratégias comunicacionais dos Tribunais foi o estabelecimento de políticas de televisionamento (“television courtroom broadcasting”, conforme a formulação original nos Estados Unidos da América), sobretudo nos tribunais ordinários. Viu-se que essas políticas tiveram uma dupla motivação: tratou-se de conferir maior visibilidade a instituições cada vez mais politicamente ativas (“a expansão da atividade estatal produz o efeito colateral de um aumento desproporcional na necessidade de legitimação”, nos dizeres de Jürgen Habermas), mas também se tratou de estabelecer justamente as citadas pontes comunicacionais entre Tribunal e Comunidade Política, para a finalidade de qualificação deliberativa.

Viu-se que a doutrina norte-americana já investigou profundamente o tema sob a perspectiva das possíveis interferências sobre os atores processuais, e que existem diversos argumentos favoráveis e contrários ao televisionamento de tribunais. Em geral, os argumentos contrários ao televisionamento tratam de questões de

---

<sup>180</sup> A democracia deliberativa não transfere *toda* a representação ao ambiente deliberativo dos Tribunais, mantendo os foros de representação eleitoral dos parlamentos e governos.

interferência exagerada sobre a atuação dos atores processuais (constrangimento de juízes perante a opinião pública, por exemplo), enquanto que os argumentos favoráveis ligam-se à ideia de controle democrático e participação popular (através do televisoramento, os cidadãos da comunidade política mantêm-se mais informados e vigilantes em relação ao poder exercido pela instituição judiciária).

Ao final, viu-se que o estabelecimento dessa ponte de comunicação televisiva em sede de Tribunais Constitucionais se deu pioneiramente a partir da experiência brasileira, por meio da TV Justiça, em 2002. De maneira mundialmente inédita, por aqui se estabeleceu um canal institucional que transmitiria, ao vivo e sem edições, todas as sessões plenárias do Plenário do Supremo Tribunal Federal. A partir de uma breve história da TV Justiça, pôde-se observar que o estabelecimento do canal institucional brasileiro se sedimentou a partir de um desejo de publicidade e transparência, de modo a dar efetividade aos artigos 5º, inciso LX<sup>181</sup> e artigo 93, inciso IX<sup>182</sup>, da Constituição Federal.

A partir de agora, passa-se a tocar no cerne dos problemas que a pesquisa pretende elucidar, a saber: como o valor “publicidade” se relaciona com a atividade deliberativa dos tribunais? A TV Justiça ofereceu ganhos significativos de transparência ao STF? Sob uma perspectiva normativa, existe possibilidade de aperfeiçoamento da prática deliberativa que hoje é desempenhada no STF?

### 3.1. PUBLICIDADE OU SUPEREXPOSIÇÃO? O MITO DA TRANSPARÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Para ingressar na análise da paradoxal relação entre os valores de

---

<sup>181</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

<sup>182</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

“publicidade” e da “ética deliberativa”, o trabalho precisa delinear o que se entende aqui por *publicidade*, *transparência* e *superexposição*. Inicia-se, então, pela ideia de *publicidade*.

“O princípio da publicidade é uma das chaves do Direito Público brasileiro e se relaciona com os princípios estruturantes do Estado, em especial com o princípio republicano<sup>183</sup>”. A concisão dessa conceituação de Eneida Desiree Salgado revela, ao mesmo tempo, a simplicidade e a profundidade que o valor “publicidade” tem no ordenamento constitucional brasileiro.

Simplicidade porque, sob uma determinada ótica, a publicidade não quer designar mais que apenas o seu sentido lexical: o oposto do segredo, da ocultação, da obscuridade<sup>184</sup>. A publicidade lança luzes sobre as coisas públicas e as expõe às vistas de toda a comunidade política. E profundidade porque o alcance deontológico desse princípio tem as mais vastas e relevantes repercussões no campo do direito público.

A falta de publicidade, por exemplo, retira de per se a legitimidade dos atos estatais, porque é condição de existência e validade dos mesmos. A publicidade funciona, pois, como etapa de justificação do ato do poder político, no sentido kantiano de que “são injustas todas as ações relativas ao direito de outros homens, cuja máxima não seja suscetível de publicidade”.

Mas o que há de tão especial no valor *publicidade*, que lhe confere essa destacada importância na axiologia constitucional? Ora, a publicidade se apresenta como corolário do próprio princípio republicano e, assim, se relaciona diretamente à cidadania e à liberdade dos membros da comunidade política:

O alcance do princípio da publicidade no sistema constitucional brasileiro perpassa a compreensão das decisões políticas fundamentais tomadas no processo constituinte e sua concretização. Assim, uma adequada apreensão dos mandamentos nucleares do Direito Público passa, também, por sua interpretação a partir do Estado de Direito, do Estado Democrático, do Estado Social, do pluralismo, do regime republicano e de uma forte noção de cidadania. Esses dois últimos elementos revestem-se de importância precípua para a interpretação do princípio da publicidade.

A adoção da forma republicana de governo significa mais do que uma

---

<sup>183</sup> SALGADO, Eneida Desiree. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. **Tomo Direito Administrativo e Constitucional**. 1ª. Ed. São Paulo, 2007. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/37/edicao-1/principio-da-publicidade>. Acesso em: 05/02/2020.

<sup>184</sup> LOPES, Lúcia Ferreira. **Democracia, princípio da publicidade e sistema de poder**. Dissertação de Mestrado (PUC-SP). São Paulo, 2008. P. 44

alternativa à monarquia. O ideal republicano representa uma promessa de liberdade e igualdade e de um conjunto de direitos e deveres de cidadania e, de maneira bastante acentuada, a assunção de princípios públicos como critério de legitimidade da ação política. O governo, sob o princípio republicano, deve promover a liberdade dos cidadãos, e se mantém pela confiança, sustentada por uma disposição cooperativa de um cidadão virtuoso e eternamente vigilante. A República se caracteriza menos por determinar quem deve governar e mais pelo conteúdo da ação política, vinculado ao bem comum<sup>185</sup>.

Qualquer comunidade política que pretenda levar a sério uma “promessa de liberdade e igualdade” constituída a partir de um “conjunto de direitos e deveres de cidadania”, ou seja, a partir de um senso de responsabilidade pública, precisa necessariamente contar com uma cidadania virtuosa e “eternamente vigilante”, que fiscalizará de perto a administração da *res publica* e o exercício do poder político.

Assim, a publicidade se apresenta como verdadeira *condição* para a cidadania vigilante, não encontrando apenas uma finalidade apenas em si mesma, mas também na consubstanciação do próprio ideal republicano. Daí que J. J. Gomes Canotilho<sup>186</sup> afirmará que o princípio da publicidade é “estruturante”, no sentido de que ele constitui ao mesmo tempo uma “fundamentalidade principal”, importante por sua própria normatividade, mas também apresenta natureza de “superconceito”, um “vocábulo designante” que exprimirá a soma de tantas outras “concretizações normativas” constitucionais. Em linguagem mais direta: a publicidade é um valor duplamente fundamental porque constitui as próprias regras gerais de publicidade no direito público e, ao mesmo tempo, constitui uma série de outros valores fundamentais da Constituição, como a legalidade, a moralidade etc. (só se pode verificar a legalidade de atos não ocultos; só se pode verificar a moralidade de atos não ocultos).

O direito processual ilustra essas ideias com mais facilidade. No processo, a publicidade constitui uma “garantia de garantias”, conforme o já ventilado magistério de Luigi Ferrajoli<sup>187</sup>, porque tem a dupla função de garantir o conhecimento dos atos processuais pelas partes (um direito fundamental em si), mas também de garantir que os demais direitos fundamentais processuais (ampla defesa e contraditório, por

---

<sup>185</sup> <sup>185</sup> SALGADO, Eneida Desiree. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. **Tomo Direito Administrativo e Constitucional**. 1ª. Ed. São Paulo, 2007. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/37/edicao-1/principio-da-publicidade>. Acesso em: 05/02/2020.

<sup>186</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

<sup>187</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 492.

exemplo) sejam observados pelo juiz<sup>188</sup>.

E é esse aspecto de “garantir garantias” que aproxima a publicidade da *transparência*, afinal esta representa algo como um “passo seguinte” do cidadão “eternamente vigilante”. Ele primeiramente tem *conhecimento da existência* dos atos do poder político (publicidade), mas depois precisa passar a conhecer também todas as circunstâncias de sua criação e realização, isto é, precisa acessar completamente sua motivação, finalidade, razoabilidade etc. (transparência). É o que explica Isla Maria Manzour, na perspectiva do direito administrativo:

Quando pensamos sobre o princípio da transparência administrativa, a ideia que nos vem à mente, invariavelmente, é a publicidade dos atos da Administração Pública. Entretanto, o princípio da transparência alberga muito mais que isso, se traduz em questionar a estrutura e o conteúdo desses atos, tendo por fundamento a visibilidade do exercício do poder, dentro da concepção do Estado Democrático de Direito. Assim, não é meramente o ato de informar ao povo o que está sendo executado, planejado ou realizado pela Administração Pública, mas, fundamentalmente, na explicação do porquê se está atuando de determinada maneira, arraigado nos princípios da publicidade e da motivação<sup>189</sup>

Isso quer significar, obviamente, que a publicidade é condição necessária, mas não bastante, da transparência. Para que se tenha transparência, é imprescindível que se tenha antes a publicidade, mas esta sozinha não garante transparência. Fabrício Motta afirmará que essa relação se revela no caráter quantitativo e qualitativo da informação (para alguns, formal e material<sup>190</sup>), e que a transparência constitui o “substrato material” da publicidade:

O princípio da publicidade pode, sim, ser correlacionado com transparência: exige não somente quantidade (assim entendida a divulgação no maior número possível de meios disponíveis), mas qualidade de informação.

---

<sup>188</sup> Exatamente por possuir essa natureza de “garantia de garantias”, a publicidade ascende ao status jurídico de direito subjetivo do cidadão: “A publicidade é o primeiro estágio da transparência administrativa, ao permitir o conhecimento e o acesso; porém, avança sobre os tributos dados por aquela, viabilizando outras funções mais complexas e, igualmente, derivadas desta. Por esta razão, abdica-se de uma concepção restritiva, apesar da notável evolução da publicidade, de um dever administrativo ao reconhecimento do direito subjetivo público de acessibilidade aos assuntos administrativos”. In: GONÇALVES, Marcus Vinícius Pessanha. **Transparência Administrativa: a democratização da atuação parlamentar dos Senadores**. Monografia de Especialização (UNILEGIS). Brasília, 2008. P. 32.

<sup>189</sup> MANZOUR, Isla Maria Amorim de Souza. **O STF e a divulgação nominalmente individualizada da remuneração dos servidores públicos: uma análise crítica do recurso extraordinário 652.777/SP**. Dissertação de Mestrado (UnB). Brasília, 2017, P. 50.

<sup>190</sup> MESSA, Ana Flávia. **Natureza da Transparência Administrativa**. *Ius Gentium*. Curitiba, v. 9, n. 1, 2018. P. 172

Ofende o princípio a disponibilização de informações em linguagem hermética, confusa, tecnicizada além do necessário para a sua correta compreensão. As informações devem ser repassadas com clareza e objetividade para que se possa reforçar o controle e a participação democrática da administração. Sob essa ótica, pode-se falar em transparência como substrato material do princípio da publicidade. Entende-se a publicidade como característica do que é público, conhecido, não mantido secreto. Transparência, ao seu turno, é atributo do que é transparente, límpido, cristalino, visível; é o que se deixa perpassar pela luz e ver nitidamente o que está por trás. A transparência exige não somente informação disponível, mas também informação compreensível<sup>191</sup>.

Obviamente, essas considerações sobre a publicidade e a transparência não se aplicam apenas à Administração Pública em sentido estrito, mas a toda e qualquer atividade do Estado que exerça um poder político perante a sociedade. O STF, por exemplo, por exercer a jurisdição constitucional, certamente estará, ao menos em tese, submetido a igual regime de publicidade e transparência, sobretudo quando pensado no contexto de uma democracia deliberativa.

Em termos teóricos, há muito foi abandonada a concepção do Poder judiciário como seita secreta, cujos sábios precisam de isolamento para ditar suas pretensas verdades.

Um tribunal - sobretudo um tribunal constitucional - deve discutir suas razões às claras, expondo à comunidade jurídica (e a toda a sociedade) o processo de construção das suas deliberações.

A defesa da Constituição é tarefa por demais importante para ficar aprisionada às quatro paredes do claustro judicial; se interpretar o sentido das normas constitucionais é algo decisivo para a definição dos direitos e deveres mais fundamentais dos cidadãos, todos os membros da coletividade devem ter o direito - na maior medida possível - de conhecer os porquês das decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>192</sup>.

O raciocínio é simples: se o STF se quer um foro deliberativo, então necessariamente ele precisaria manter-se “aberto” ao contato da “cidadania vigilante”, até para que esta tenha acesso livre à dinâmica da troca dialógica de argumentos e possa fiscalizar a sinceridade de propósitos dos juízes constitucionais (leia-se: o respeito à ética deliberativa). Em boa parte, são exatamente essas ideias que justificaram a criação da TV Justiça:

O argumento básico a favor do televisionamento das sessões deliberativas

---

<sup>191</sup> MOTTA, Fabrício. Publicidade e transparência são conceitos complementares. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>. Acesso em: 04/01/2020.

<sup>192</sup> BINENBOJM, Gustavo. **A Justiça na TV**. Folha de São Paulo, 2 de maio de 2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0205200909.htm>. Acesso em: 03/01/2020.

de tribunais está ligado à ideia de legitimidade democrática. Tribunais de cúpula, na maior parte do mundo, não são compostos por juízes eleitos. Sua legitimidade democrática, portanto, parece advir de sua argumentação, das razões que o tribunal fornece para sustentar as suas decisões e da repercussão que essa argumentação tem na sociedade. Se esse é o caso, parece que, de fato, os efeitos esperados da transmissão televisiva dos debates judiciais seriam normativamente desejáveis. Afinal, transmitir a deliberação judicial permitiria que os cidadãos fiscalizassem com mais afinco como uma parte extremamente poderosa do governo funciona<sup>193</sup>.

Aproximando esses importantes conceitos do objeto da dissertação, a questão mais complexa é saber se a exposição televisiva do STF efetivamente gerou um ganho de transparência institucional. Será que as grandes expectativas dos idealizadores da TV Justiça se concretizaram após quase vinte anos do início da experiência ou se mostraram apenas promessas vazias?

Há um corrente posicionamento quase intuitivo que sustenta que o canal institucional foi capaz de melhorar significativamente as condições de transparência do Tribunal, e ele se fundamenta na constatação de que a publicidade absoluta das sessões plenárias tornou conhecidos vários dados relevantes que, na hipótese de não haver uma TV Justiça, jamais seriam conhecidos pela sociedade brasileira. Essa conclusão fixa, assim, essa certa tendência de se afirmar *a priori* que houve ganhos significativos de transparência no âmbito da Suprema Corte brasileira após 2002.

Só que essa tendência ignora por completo algumas complexidades que precisam ser mais bem analisadas, pois o mero conhecimento de determinados fatos através da TV Justiça, que por outro meio não seriam conhecidos, não autoriza uma conclusão segura no sentido do incremento da transparência. É plenamente possível, para citar apenas um exemplo, que determinado fato tenha se tornado conhecido, mas, ao mesmo tempo, outros tantos, possivelmente até mais relevantes, tenham sido adulterados exatamente *por causa* da TV Justiça, com a finalidade de criar representações falsas diante do público espectador<sup>194</sup>.

---

<sup>193</sup> HARTMANN, Ivar; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; VALIM, Beatriz Nunes; LIMA, Clarissa Emanuel Leão; MARIANO, Gabriel Borges; NUNES, José Luiz; CAMPOS, Larissa de Lima. **A influência da TV Justiça no processo decisório do STF**. Revista de Estudos Empíricos em Direito. São Paulo, v. 4, n. 3, pp. 38-56, out-2017.

<sup>194</sup> "Another set of possible criticisms concerns the effects of publicity on the Court's audiences. From this perspective, making deliberations public would not actually make available relevant information, since the observed actors, knowing from the outset that everything they did in a given meeting or session would be public, would simply take the relevant conversations elsewhere. If this were so, publicity would be misleading or even outright deceptive: it would encourage the staging of public meetings, while assuring viewers that they were watching the "real" decision-making process. Any information thus

Assim é que, em primeiro lugar, será agora necessário estabelecer claramente o que se entende por *transparência* no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Sob a perspectiva da democracia deliberativa, a transparência de uma Corte Constitucional não é senão a exposição clara ao auditório externo da Corte dos seguintes elementos: quais foram os argumentos constitucionais utilizados na construção da decisão, como eles foram ventilados pelos participantes da deliberação, como se deram interações deliberativas entre eles e, finalmente, de que maneira foi construída deliberativamente a final decisão colegiada.

Somente o conhecimento das circunstâncias institucionais nessas quatro etapas é que poderiam configurar uma verdadeira “transparência” no STF. Isso porque essas etapas tocam no exato âmago da *ética deliberativa* (que garante o atingimento da função precípua da Corte) ao demonstrar: *i*) o que compôs a deliberação (quais valores e argumentos jurídicos foram prestigiados em detrimento de quais outros); *ii*) a maneira como a deliberação foi realizada (como os participantes apresentaram os argumentos, se o fizeram de maneira tecnicamente adequada, com honestidade intelectual, sob o efeito de algum viés cognitivo (preconceitos, interesses, ideologias etc.)); *iii*) como se deram as trocas de argumentos (os membros da deliberação estiveram abertos à efetiva troca dialógica e interessada de argumentos?) e, por fim; *iv*) como todas essas etapas foram combinadas para a construção do que se entendeu pela “melhor solução” constitucional.

Se a transmissão das sessões plenárias do STF, pela TV Justiça, forneceu condições particularmente melhores de identificar esses elementos do processo deliberativo da Corte, então é necessário reconhecer que se tratou de novidade alvissareira sob a perspectiva da transparência institucional. Agora, se, ao contrário, essas transmissões não revelaram esses dados com clareza, então certamente a TV Justiça não pode ser considerada um instrumento de efetiva transparência institucional, mas apenas de *superexposição*, esta entendida como o alargamento da publicidade sem os respectivos ganhos (ou até com perda) de transparência.

Talvez o que se queira sustentar fique mais claro a partir de uma análise do processo decisório do STF na prática, tal como hoje é realizado. Acredita-se que, assim, se tornará incontestável o argumento a ser posteriormente sustentado,

---

provided would be useless or even harmful to the public understanding of the Court's operation. ARGUELHES, Diego Werneck. **The Open Court and its enemies: a cotigent defense of publicity in judicial deliberations.** No prelo.

segundo o qual a transmissão das sessões plenárias do STF muito pouco revelou sobre as *reais* circunstâncias de formação dos argumentos constitucionais, dos cotejos deliberativos etc., representando, portanto, um instrumento apenas de superexposição da Corte (e não de transparência). Essa constatação se prestará a desmascarar o chamado “mito da transparência do STF<sup>195</sup>”, identificado a partir daquela “tendência” *apriorística* de considerar a TV Justiça um vetor definitivo de transparência institucional.

Veja-se, de maneira muito resumida, qual é o procedimento decisório padrão no STF: i) a causa constitucional chega à Corte; ii) o relator é designado; iii) o relator analisa solitariamente o processo e prepara seu voto; iii) com o voto pronto, o relator solicita inclusão em pauta para sessão de julgamento; iv) os demais juízes então analisam solitariamente os autos do processo (se é que o fazem) e elaboram, sozinhos, os seus respectivos votos-vogais; v) no dia da sessão de julgamento, faz-se uma leitura sucessiva dos votos individuais, iniciando-se pelo relator, com algumas pouquíssimas interações argumentativas; vi) encerrada a leitura serial dos onze votos e contadas as posições individuais de cada juiz para declarar um resultado, o relator então agrega as diversas decisões individuais na forma de um documento único — o acórdão — e o publica em Diário Oficial. Isso tudo, é claro, quando a causa não é afetada ao Plenário Virtual<sup>196</sup>, quando as ações são julgadas monocraticamente (o que tem ocorrido cada vez mais no cotidiano da Corte<sup>197</sup>) ou quando o relator originário é vencido e se designa um “relator para o acórdão<sup>198</sup>”.

---

<sup>195</sup> ZARONI, Bruno Marzullo, Deliberação e **Julgamento Colegiado: uma análise do processo decisório do STF**. Tese de Doutorado (UFPR), Curitiba, 2015. P. 228.

<sup>196</sup> Para uma detalhada explicação acerca do funcionamento do Plenário Virtual, ver: CORREIA NETO, Celso de Barros. **Como funcionam os julgamentos virtuais no Supremo?** Observatório Constitucional. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-17/observatorio-constitucional-funcionam-julgamentos-virtuais-stf>. Acesso em 05/02/2020.

<sup>197</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro**. Novos estud. CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, Apr. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002018000100013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 01/01/2020..

<sup>198</sup> Veja-se que a figura do “relator para o acórdão” é, em si, uma grave violação à ética deliberativa: “Por fim, um último aspecto relativo ao papel do relator diz respeito à figura do relator para o acórdão, quando o relator original tenha sido vencido. Nesse caso, sem qualquer exceção, todos os ministros defenderam a prática de troca de relator e não demonstraram ver nisso um sinal de um individualismo incompatível com a ideia de decisões proferidas pela instituição e não pelos seus ministros individualmente considerados.

Ao serem confrontados com a prática de alguns tribunais constitucionais, nos quais o relator tem o dever de escrever a minuta da decisão final, não importa se concorda ou não com ela, porque sua

Note-se, a toda prova, que a formação dos argumentos decisórios de cada juiz ocorre em momentos reservados, dentro de seus gabinetes (possivelmente a partir de *insights* de suas assessorias), e sem *nenhuma* interação deliberativa com outros decisores. Evidentemente, não se ignora que em um ou outro caso mais importante, possam ocorrer encontros deliberativos casuais nos corredores do STF, através de ligações telefônicas ou mesmo em sessões informais no interior dos gabinetes. Mas o que se afirma aqui é que na tramitação natural dos processos, no mais das vezes, as decisões são solitárias, desprovidas de quaisquer interações deliberativas.

Na prática, cada um dos onze Ministros se prepara para a sessão plenária de modo individualista e solitário. É muito rara a existência de intercâmbios prévios, os quais, quando excepcionalmente ocorrem, geralmente são apenas o resultado de contatos parciais ou bilaterais muito informais e espontâneos entre Ministros que mantêm entre si alguma relação de afinidade, de coleguismo ou de amizade.

O fato de que conversas prévias, ainda que informais, sejam muito excepcionais, é algo confirmado pelos próprios Ministros nas entrevistas realizadas (...)<sup>199</sup>.

Essas impressões se comprovam na medida em que são cruzadas com as descobertas empíricas realizadas por Virgílio Afonso da Silva, em importante pesquisa na qual foram entrevistados, na condição de anonimato, vários ministros do STF. O estudo demonstra que nem mesmo o juiz relator atende ao padrão-mínimo de ética deliberativa (expor objetivamente os argumentos que se relacionam à tese constitucional), agindo como um ator fortemente interessado no alcance de um determinado resultado deliberativo (a manutenção da sua posição argumentativa):

---

função não é escrever algo pessoal, mas institucional, as opiniões foram unânimes no sentido de que isso seria "uma violência intelectual", ou de que "não se deve obrigar alguém a produzir um voto em dissonância com o seu ponto de vista".

Ao serem questionados se isso não seria um indício de que a opinião pessoal está acima da opinião da instituição, em geral os ministros não entenderam dessa forma. Seja, de um lado, por entenderem que a opinião da instituição não precisa necessariamente ser algo monolítico, como salientou o ministro E: "a soma de mais da metade dos membros faz com que isso seja a instituição"; seja, de outro lado, por entenderem que não existiria algo como uma "opinião da instituição", nem no STF, nem em outros tribunais superiores: "eles não decidem como instituição, eles decidem com os argumentos dos seus ministros, é uma soma de opiniões; o Supremo não vota como instituição". SILVA, Virgílio Afonso da. **"Um voto qualquer"? O papel do ministro relator na deliberação do Supremo Tribunal Federal.** Revista de Estudos Institucionais, v. 1, n. 1, 2015, p. 197.

<sup>199</sup> VALE, André Rufino do. Argumentação Constitucional. **Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais.** Tese de Doutorado (UnB-Universidade de Alicante). Brasília-Alicante, 2015, p. 241.

Contudo, na percepção dos ministros, mesmo daqueles poucos que entendem que o relator deveria expor todos os lados do debate, a prática corriqueira no STF é justamente a do ministro relator que fala antes, mas não necessariamente de forma mais qualificada e mais interessada no debate. Seja porque "a condição humana é forte, você tende a defender o seu ponto de vista", seja porque se entende que "uma decisão judicial se assemelha mais a uma decisão política do que uma discussão acadêmica", a percepção dominante é a de que "são raros os momentos em que isso [a exposição de argumentos contrários] ocorre", de que "normalmente nós procuramos construir o nosso voto com a doutrina que chancela o nosso entendimento; dificilmente nós levamos correntes diferentes", enfim, de que suscitar o debate franco, simplesmente "não é a regra".

Talvez a opinião do ministro U seja ilustrativa da postura dos relatores no STF: segundo ele, cabe ao relator defender seu ponto de vista, e a divulgação de teses contrárias, quando ocorre, não tem como objetivo fornecer subsídios para um debate franco, mas aumentar o poder persuasivo do voto do relator, que poderia ficar incompleto se deixasse de abordar com antecedência – e rebater – os pontos de vistas contrários já conhecidos<sup>200</sup>.

Ora, a própria figura do juiz responsável por relatar o feito (leia-se: apresentar objetivamente o problema constitucional aos colegas para dar início a um procedimento decisório sério), já ingressa na seara deliberativa munido de posições absolutamente ofensivas à ética da deliberação, afinal não ventila os argumentos contrários (que bem poderiam ser melhores que os seus) ou, pior, os ventila de maneira enviesada apenas a fortalecer sua própria posição.

Essas breves considerações sobre o procedimento decisório do STF querem tão somente demonstrar que, ao contrário do que os entusiastas da TV Justiça possam sustentar, o fato objetivo é que as informações realmente relevantes para a compreensão da dinâmica deliberativa da Corte não são tocadas nem de longe na transmissão televisiva das sessões plenárias. Ao contrário, por transmitirem apenas a parte “decisional” do procedimento (leitura serial de votos), o canal institucional acaba verdadeiramente distorcendo algumas representações sobre a Corte<sup>201</sup>. Daí falar-se em “mito da transparência”, afinal a TV Justiça cria toda uma *aparência* de transparência que, na crua realidade dos fatos, simplesmente não se confirma.

Chega-se, assim a uma conclusão parcial deste trabalho: a TV Justiça não é um vetor real de transparência para o STF, mas apenas de *superexposição*. O canal

---

<sup>200</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação do Supremo Tribunal Federal. Revista de Estudos Institucionais, v. 1, n. 1, 2015, p. 196-197.

<sup>201</sup> A distorção principal certamente é passar a impressão de que as decisões são efetivamente resultantes de um processo deliberativo sério, quando não o são.

institucional em muito pouco colabora para a compreensão dos elementos centrais da (parca) deliberação constitucional realizada no âmbito da Corte, servindo muito mais para confundir a percepção da sociedade-espectadora:

(...) “A superexposição na televisão não ajuda o Supremo a ser mais transparente (...) tampouco ajuda a sociedade a entender melhor o papel do Tribunal e da Constituição. Em geral, só tem atrapalhado: cria um palanque para que ministros se tornem celebridades, em prejuízo do debate franco entre eles.” Para Hübner Mendes, “é claro que transparência é indispensável em muitos aspectos. Mas a inexistência de qualquer reunião privada entre os juízes tem efeitos perniciosos também, tal como o enrijecimento do debate (ninguém gosta de admitir que esteja errado em público) e a teatralidade. Há bastante pesquisa sobre isso na ciência política, e a recomendação, em geral, é que se busque uma forma híbrida, que combine momentos públicos e abertos com deliberações a portas fechadas<sup>202</sup>”.

Para ilustrar a conclusão prévia que se pretende sustentar, recorde-se que a *diferença entre o remédio e o veneno é a dose*. Prescrevendo o remédio *publicidade* ao paciente que sofria a doença *falta de transparência*, os idealizadores da TV Justiça acabaram inadvertidamente ministrando o veneno da *superexposição* ao STF, e com isso apenas agravaram o mal que pretendiam curar.

Encerra-se este tópico reafirmando um cuidado metodológico: assim como é superficial o posicionamento que entende que a TV Justiça representa um importante vetor de transparência institucional apenas porque ela “revelou alguns dados que não seriam conhecidos de outra maneira”, seria igualmente rasa uma “solução” de simples fechamento das sessões plenárias, com a ingênua esperança de que, assim, todos os problemas deliberativos da Corte estariam magicamente resolvidos.

Não sendo esta, absolutamente, a postulação normativa deste trabalho (como se verá mais adiante), parece ser necessário compreender agora *quais são* os possíveis reflexos da *publicidade* sobre a *deliberação*, pois somente a partir dessa compreensão mais qualificada da discussão é que se estará pronto para o oferecimento de quaisquer considerações normativas.

---

<sup>202</sup> CARVALHO, Luiz Maklouf. **Data Venia, o Supremo**. Revista Piauí. Agosto, 2010. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/data-venia-o-supremo/>. Acesso em: 10/12/2019

### 3.2. A QUALIDADE DA DELIBERAÇÃO PÚBLICA E O PARADOXO DA TRANSPARÊNCIA DELIBERATIVA.

Como visto anteriormente, o advento da TV Justiça, idealizado em atendimento a valores republicanos de publicidade e transparência, acabou levando a uma renovação do debate acadêmico sobre a publicidade de Tribunais, afinal estabeleceu a abertura absoluta de uma Suprema Corte, em medida que constituiu uma novidade nos arranjos judiciários em nível mundial. Assim, criaram-se algumas interessantes especificidades e complexidades adicionais à discussão que anteriormente estava posta nas Universidades (televisionamento de tribunais ordinários).

É que para além da discussão acerca dos argumentos contrários e favoráveis ao televisionamento de tribunais, com base nas consequências concretas da prática sobre os atores processuais, apresentou-se então uma discussão anterior e igualmente relevante, relacionada à própria natureza da atividade realizada pelos Tribunais Constitucionais. Trata-se de perguntar se, no caso específico dessas instituições, a publicidade absoluta é compatível com sua atividade-fim ou se há certas situações que exigiriam uma maior discricção (publicidade parcial ou diferida)? A questão é complexa e deve ser analisada com cuidado<sup>203</sup>.

Antes disso, deve-se reconhecer, mais uma vez, que a centralidade dos Tribunais Constitucionais nas democracias contemporâneas legitima, pelo menos em tese, as perspectivas teóricas que reclamam uma maior abertura dessas instituições, afinal cada vez mais elas são responsáveis pela tomada de decisões que impactam profundamente sobre o modo de vida das sociedades em que estão inseridas.

Sob essa ótica, é perfeitamente compreensível que os cidadãos se sintam autorizados a conhecer desde dentro o funcionamento dessas Cortes, fiscalizando a realização de seu ofício sem maiores restrições. Aliás, esse sentimento social se escora em clássica linhagem doutrinária de filosofia política, segundo a qual as instituições decisórias devem ser abertas ao arejamento democrático, justamente para serem observadas de perto pelos cidadãos que cumprem, ao mesmo tempo, a função

---

<sup>203</sup> As reflexões constantes deste tópico da dissertação baseiam-se no capítulo intitulado "O regime de deliberação: entre a transparência e o sigilo", constante na tese de doutoramento de Bruno M. Zaroni. In: ZARONI, Bruno Marzullo. **Deliberação e Julgamento Colegiado: uma análise do procedimento decisório do STF**. Tese de Doutorado (UFPR). Curitiba, 2015.

de destinatários e controladores das atividades (*accountability*). Mantê-los próximos desses núcleos públicos de decisão estimula, portanto, o desejável controle das justificativas decisórias e, assim, inibe as arbitrariedades do autoritarismo, em qualquer versão que este se apresente (autoritarismo de toga, muito especialmente).

Entretanto, reconhecidas e respeitadas todas essas facetas positivas da publicidade dos tribunais, é também relevante entender que alguns recentes desenvolvimentos das teorias da deliberação ofereceram temperamentos importantes a essa questão na perspectiva específica das Cortes Constitucionais, sugerindo que uma boa deliberação constitucional — função precípua dessas Instituições — muitas vezes pode *depende*r de uma maior discricção<sup>204</sup>, pelos vários motivos que passa a expor a seguir.

Primeiramente, trata-se de uma relação direta entre a *qualidade dos argumentos* produzidos em sessões deliberativas abertas ou fechadas ao público externo. Segundo alguns teóricos, a exposição pública de um foro deliberativo tem influência negativa sobre o nível qualitativo das atividades deliberativas por ele realizadas.

É o caso de Simone Chambers<sup>205</sup>, que, embora reconheça as muitas vantagens da publicidade e transparência institucionais, afirma que a exposição desmedida dos foros deliberativos leva necessariamente e diretamente ao empobrecimento da argumentação em razão do surgimento de “*plebiscitory reasons*” ou “razões plebiscitárias”.

Essas ditas razões plebiscitárias referem-se à “demagogia, à desinformação, à retórica inflamada, à bajulação, ao uso manipulativo da palavra para agradar a audiência, ao invés de oferecer os melhores argumentos<sup>206</sup>”. Ou seja, a superexposição de um Tribunal Constitucional acabaria servindo de estímulo para que os juízes se preocupem menos com a boa deliberação constitucional e mais com a

---

<sup>204</sup> “Transparency is consensually considered an important goal in the design and operation of public institutions worldwide. Judicial deliberations, however, are almost universally treated as an obvious exception”. Diego Werneck Arguelles. **The Open Court and its enemies: a contingent defense of publicity in judicial deliberations**. No prelo.

<sup>205</sup> CHAMBERS, Behind closed doors: publicity, secrecy, and the quality of deliberation, p. 389 *apud* ZARONI, Bruno Marzullo. **Deliberação e Julgamento Colegiado: uma análise do procedimento decisório do STF**. Tese de Doutorado (UFPR). Curitiba, 2015. P. 231.

<sup>206</sup> ZARONI, Bruno Marzullo. Transparência e confidencialidade na deliberação judicial: ponderações sobre o processo decisório do STF. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Processo Constitucional**. São Paulo, 2019, p. 349-390.

recepção de seus argumentos na seara pública; e isso leva à produção de argumentos juridicamente mais pobres, evidentemente.

Esse problema parece decorrer da confusão conceitual que se tem na prática cotidiana dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, em que são indevidamente “misturados” os momentos de deliberação *interna* e *externa*<sup>207</sup>. Assim, por não separarem o (necessário) momento de deliberação intramuros, com publicidade restrita, do momento de deliberação com a comunidade externa, com publicidade plena, os juízes acabam deliberando para seus pares, mas querendo convencer o auditório externo<sup>208</sup>.

Note-se, ainda, que se a supressão de momentos deliberativos com publicidade diferida realmente leva ao barateamento da argumentação constitucional, então no Brasil esse problema se agrava sobremaneira, pois por aqui já se tem uma racionalidade jurídica historicamente sustentada em “zonas de autarquia”<sup>209</sup>, conforme a clássica observação de José Rodrigo Rodriguez:

*[...] chamaremos de zona de autarquia um espaço institucional em que as decisões são tomadas sem que se possa identificar um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas num espaço vazio de justificação. [...] zonas de arbitrariedade em que a forma jurídica se torna apenas aparência vazia para justificar a arbitrariedade do poder público ou privado (p. 172).*

Difícilmente uma autoridade declarará explicitamente “decido assim porque quero” ou “suspendo a norma para tomar em estado de exceção”. Atos arbitrários em regimes em que o estado de direito esteja funcionando, ao menos formalmente, são praticados sob a aparência de direito e, por isso mesmo, tendem a passar despercebidos<sup>210</sup>.

<sup>207</sup> Segundo Ferejohn e Pasquino, a deliberação interna envolve a troca de razões e argumentos no interior de um grupo, no intuito de fazer com que esse grupo, como um todo, decida em uma determinada direção. A deliberação externa consiste no esforço de convencer atores externos ao grupo. No caso dos tribunais, então, a deliberação interna diz respeito ao fluxo de argumentos entre os juízes, ou seja, no interior do próprio tribunal; a deliberação externa diz respeito ao fluxo de argumentos entre o tribunal e o mundo externo a ele. *In*: SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo.

<sup>208</sup> Se existe um momento verdadeiramente deliberativo nas sessões plenárias do STF, eles ocorrem sob essa confusão conceitual. Os ministros da Corte deliberam perante seus pares, mas na verdade querem convencer o público externo. Nessa confusa plasmação de auditórios, o argumento jurídico é empobrecido porque o elemento normativo do seu discurso torna-se cacofônico.

<sup>209</sup> “A função dos juízes no Brasil é dar uma opinião fundamentada diante dos casos, debatidos a portas abertas, às vezes diante de uma plateia, e não encontrar a melhor resposta para eles a partir de um raciocínio sistemático”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro).

<sup>210</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. As Figuras da Perversão do Direito: para um modelo crítico da pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos – Derechos y Valores**, n. 37. Bogotá D.C., Colômbia, jun/2016. P. 99-124.

Ou seja, quando nossos juízes deixam de utilizar o raciocínio jurídico para encontrar a “melhor solução” constitucional para um determinado caso, para passarem a exercer a atividade (muito distinta em sua natureza epistemológica) de emitir opiniões pessoais maquiadas sob um “verniz jurídico” de justificação, abre-se, certamente, um campo muito mais significativo para o surgimento dessas *razões plebiscitárias*, que frustram por completo a *ética deliberativa*. Há, nesse caso, um problema duplo: não apenas os juízes são estimulados a disfarçarem meras opiniões pessoais sob a máscara de pretextos jurídico-decisórios, como estariam igualmente estimulados a fazê-lo em razão da grande preocupação com a recepção das decisões no mundo externo.

Ilustrando na prática o que se afirma aqui, Marcelo Novelino<sup>211</sup> recorda que o célebre julgamento da Ação Penal n. 470 (caso “Mensalão”), pelo Supremo Tribunal Federal, foi influenciado “em grande medida pela pressão da mídia e da opinião pública<sup>212</sup>”. Naquelas assentadas, as condenações dos réus fundamentaram-se na chamada “teoria do domínio do fato”, que foi entendida por diversos estudiosos como um simples *pretexto* decisório, isto é, como “uma justificação para legitimar uma escolha prévia (raciocínio justificativo)”<sup>213</sup>, ao invés de representar um caminho argumentativo sério para chegar ao *melhor resultado* (raciocínio decisório). Relacionando essa consideração com a teoria de Simone Chambers, poder-se-ia cogitar que os ministros se valeram de razões plebiscitárias para decidir o caso, justamente porque muito expostos (e muito preocupados com) ao público externo da Corte<sup>214</sup>.

---

<sup>211</sup> NOVELINO, Marcelo. A Influência da Opinião Pública no Comportamento Judicial dos Membros do STF. P. 267.

<sup>212</sup> À época do julgamento, durante uma ligação telefônica realizada em um restaurante em Brasília, o ministro Ricardo Lewandowski confessou a um interlocutor não identificado que os juízes do STF haviam votado “com a faca no pescoço”, em referência à grande pressão punitivista exercida pela população em geral e pela mídia. A afirmação causou grande celeuma nos meios jurídicos e levou o ministro Marco Aurélio a cogitar possíveis questionamentos sobre a lisura das decisões proferidas. Ver em: MATAIS, Andreza; BRAGON, Ranier. Ministros do STF negam ter votado com “faca no pescoço”. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 31 de agosto de 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc3108200702.htm>. Acesso em: 07/02/2020.

<sup>213</sup> NOVELINO, Marcelo. A Influência da Opinião Pública no Comportamento Judicial dos Membros do STF. P. 267.

<sup>214</sup> Importa ressaltar que a boa deliberação constitucional nesse caso também poderia — e muito provavelmente o faria — levar à igual condenação dos réus, pelo singelo fato de que sabidamente estavam envolvidos em esquemas massivos de corrupção e compra de apoio parlamentar. O que se afirma aqui é tão somente que uma argumentação constitucional séria imporia a adoção de razões mais

Em resumo, sob essa perspectiva teórica, a superexposição das Cortes Constitucionais desvia o foco dos juízes de sua atribuição essencial — a boa deliberação constitucional — para outros elementos que, embora possivelmente relevantes (aceitação popular das decisões, por exemplo), não deveriam representar o objetivo último de suas preocupações institucionais.

Na esteira desses raciocínios, Conrado Hubner Mendes e Virgílio Afonso da Silva chamam a atenção para a possibilidade de surgimento do que designam de *populismo judicial*<sup>215</sup>, que é o que ocorre quando juízes-celebridades, “a título de uma sedutora transparência de superfície”, aproveitam o *momentum* televisivo para se autopromoverem, em detrimento das trocas sinceras de argumentos jurídicos a respeito da tese constitucional em exame”<sup>216</sup>.

Embora o termo “populismo judicial” tenha se tornado onipresente apenas na última década do debate jurídico brasileiro, a pulsão psicológica que o caracteriza e faz com que juízes se preocupem exageradamente com a maneira como serão percebidos pelo público externo<sup>217</sup>, já era teorizada muito antes por José Carlos

---

qualificadas, em detrimento de “atalhos” decisórios tomados através de forçosas “adaptações” doutrinárias.

<sup>215</sup> Em pesquisa empírica que demonstra uma crescente retórica populista judicial no âmbito do STF, Eneida Desiree Salgado exemplifica alguns argumentos utilizados pelos juízes populistas: “Os elementos de excepcionalidade e o apelo à opinião pública, além da centralidade dos argumentos morais subjetivos em decisões relevantes para a política, corroboram o argumento central aqui apresentado, principalmente quando o objeto do ataque é um poder constituído legitimado democraticamente. Problematiza-se assim a independência judicial em face da lei travestida de ativismo bem-intencionado”. SALGADO, Eneida Desiree. *Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 117, dez/2018, Belo Horizonte, dez/2018. P. 198.

<sup>216</sup> Comentando um “bate-boca” entre os ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa em 2009, Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes alertavam à época sobre o risco do “populismo judicial” causado pelo televisionamento e sob o pretexto de uma suposta transparência: “Saber se a discussão entre os ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa fere a imagem do tribunal não é tão relevante quanto o sintoma que esse episódio pode representar: alguns ministros começam a aproveitar o “momentum” televisivo para dirigir-se exclusivamente ao público externo, em vez de interagir entre si, no melhor espírito de uma deliberação colegiada. Tornam-se celebridades, o que é perigoso. Talvez estejam produzindo, a título de uma sedutora transparência de superfície, um indesejável populismo judicial. O tribunal vende uma e entrega o outro. E não percebemos”. SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. **Entre a transparência e o populismo judicial**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1105200908.htm>. Acesso: 01/11/2018.

<sup>217</sup> Sobre o caráter messiânico do juiz populista: “Populismo judicial, em breves linhas, é quando o Poder judiciário se arroga na missão de salvar a sociedade dos poderes políticos e, para tanto, utiliza-se da opinião pública, implicitamente, para legitimar suas decisões, seja desconsiderando ou dentro das balizas constitucionais, buscando exercer um poder carismático-pessoal e não impessoal em grave violação ao juiz natural”. In: SILVA, Diego Bacha; BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo. *Pensar a legitimidade da jurisdição constitucional em tempos de crise de política*. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, v. 19, n. 1, abril/2018. P. 180

Barbosa Moreira:

(...) agrava o perigo em se tratando de processo concernente a assunto de grande relevância política (no sentido estrito da palavra), ou propício a suscitar emoções fortes, que se expressam em juízos apaixonados; ainda maior se torna quando o julgamento se realiza na presença de repórteres e – sobretudo! – de câmeras de televisão; atingirá o ápice, bem se compreende, se inundarem o recinto, ou de qualquer sorte estiverem em condições de acompanhar de perto os trabalhos, interessados diretos ou indiretos, dos quais haja motivos para temer manifestações de aprovação ou de desaprovação, quando não intervenções mais enérgicas. Em tais circunstâncias, não é remota a probabilidade de que algum juiz, ao votar, se deixe guiar menos por aquilo que realmente pensa, na intimidade de sua consciência, do que por aquilo que, segundo lhe parece, o resto do mundo gostaria que ele pensasse.

E essas constatações, além de serem baseadas em sólidas teorias comportamentais, políticas e jurídicas, encontram perfeita identificação quando cruzadas com o ponto de vista empírico absolutamente privilegiado de um ex-ministro do STF. Cesar Peluso, por exemplo, parece extrair as mesmas conclusões a partir de sua longa experiência na Corte. Quando perguntando sobre “como viveu a experiência da TV Justiça”, o magistrado assim respondeu:

Como uma coisa que em relação às sessões, do meu ponto de vista, atrapalha muito, muito. Por uma razão muito simples ligada à condição humana. Uma coisa é nós estarmos conversando aqui, trocando ideias; outra coisa é o senhor dar uma entrevista para a Rede Globo. O senhor não é capaz de falar para a Rede Globo do mesmo modo aquilo que o senhor é capaz de falar numa conversa aqui. Por quê? Porque o ser humano é assim mesmo, ele tem as suas censuras, ele sente a pressão da exposição pública da sua figura - porque é disso que se trata no fundo - e se retrai inconscientemente; isso é normal. (...) Eu acho que não ajuda, não ajuda. Por quê? Porque, primeiro, sabendo que se está exposto ao público, as pessoas pensam várias vezes antes de falar certas coisas. Segundo, mesmo estando expostas ao público, as pessoas às vezes não se contêm, porque é normal que não se contenham, ninguém é tão perfeito assim (...). As pessoas não têm esse controle, essa auto-disciplina. Provocado em certas circunstâncias reagem com a naturalidade da sua personalidade. É incontrolável. Isto cria atritos, respostas, provocações, manifestações que dão ao público a impressão de que os juízes do Supremo são um conjunto de pessoas que gostam de estar brigando toda hora. Isso não é bom. Se eu faço a mesma coisa num ambiente fechado, há outras vantagens. Eu sou capaz de ponderar o seu ponto de vista e chegar à conclusão que o senhor tem razão e dizer: “Não, o senhor tem razão, é isso mesmo. O que o senhor disse tem razão”. Mas em público, se o senhor disser para mim que eu estou errado, eu vou inventar coisa, vou defender meu ponto de vista, eu não vou em público dizer para todo mundo: “Não, olha, eu reconheço que eu estou errado. Realmente me enganei. V. Exa. tem toda razão”. Não faz isso, não faz. E se fizer é exceção; se fizer, é exceção<sup>218</sup>.

<sup>218</sup> PELUSO, Cesar; FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; ALMEIDA, Fábio Ferraz de (Orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.4. Escola de Direito do

O ex-ministro toca também em outra crítica tradicionalmente oposta à publicidade exagerada no ambiente das Cortes Constitucionais, que é o razoável risco de que a superexposição constranja a sinceridade de propósitos (ou a *ética deliberativa*) dos juízes constitucionais. Sob esta ótica, juízes muito devassados acabam se apegando a argumentos que sabem ser fracos, apenas para não mancharem sua boa reputação pessoal ao aderirem publicamente à melhor interpretação realizada por outrem.

Também aqui se têm dados empíricos a sustentar a posição teoricamente formulada. O ex-ministro Francisco Rezek (1983-1997), por exemplo, sustenta claramente que a TV Justiça cria constrangimentos para que os magistrados corrijam publicamente suas posições pessoais e adiram a votos de colegas. Perguntado se a TV Justiça teria representado alguma mudança na dinâmica do plenário da Corte, o magistrado ofereceu a seguinte resposta:

Acho que dá a eles uma responsabilidade maior, porque, com essa liturgia, é muito difícil voltar atrás. Em quase todas as casas de Justiça lá fora, da Corte Suprema dos Estados Unidos ao colegiado de Otago, na Nova Zelândia, passando pela Corte de Haia, todos os tribunais deliberam a portas fechadas; só se reúnem em público para ouvir os advogados das partes e depois para ler o acórdão pronto, acabado, costurado. Qual a vantagem que oferece esse sistema? Ele permite que a gente diga as coisas como elas vêm à cabeça e depois se corrija, com mais naturalidade: não atendem para a tolice que eu acabo de dizer; pensando melhor, não é isso, e, sim, aquilo. Isso acontece na Corte de Haia, isso acontece na Corte Suprema americana e em toda parte<sup>219</sup>.

Na exata mesma linha, Virgílio Afonso da Silva pondera que “sem a publicidade, os juízes podem sentir-se mais à vontade para ventilar espontaneamente argumentos para a discussão colegiada, ainda que não estejam totalmente convencidos de sua solidez<sup>220</sup>”. Ou seja, a superexposição de uma Corte Constitucional também empobreceria a deliberação por constranger juízes que eventualmente poderiam realizar um “brainstorm” constitucional, debatendo abertamente no colegiado a possibilidade de *criar* uma outra via decisória ainda não

---

Rio de Janeiro da FGV-Rio, 2015.

<sup>219</sup> REZEK, Francisco; FONTAINHA, Fernando de Castro; MAFEI, Rafael (orgs.) **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.15: Francisco Rezek. Escola de Direito FGV-Rio, 2016..

<sup>220</sup> SILVA, Virgílio Afonso. **Do we deliberate? If so, how?** European Journal of Legal Studies. V. 9, n. 2..

ventilada, em razão do (justificado) receio de máculas às suas reputações enquanto pessoas dotadas de “notável saber jurídico<sup>221</sup>”.

Curiosamente, no âmbito do STF, esse receio de ser intelectualmente “vencido” não se opera apenas em relação ao público externo do tribunal. Virgílio Afonso da Silva demonstra que os juízes da Corte têm grande receio de circular previamente seus votos entre os colegas porque os argumentos neles constantes podem ser rebatidos com argumentos melhores (como se isso não fosse algo altamente desejável sob um ponto de vista ético-deliberativo). O achado empírico ilustra perfeitamente o que se sustenta aqui, ou seja, o risco de a publicidade desmedida tolher a troca sincera de argumentos jurídicos:

Mas a divulgação do voto do relator, mesmo que desejada por boa parte dos ministros, ainda suscita alguns receios. Boa parte desses receios, contudo, não tem razões institucionais, mas pessoais, de imagem dos próprios ministros, que não querem correr o risco de divulgar seus argumentos com antecedência, para que outros ministros não possam elaborar contra-argumentos mais robustos. Assim, por exemplo, o ministro I afirma que, embora às vezes distribua seu voto como relator para alguns ministros mais próximos, “não faço com todos porque hoje, com essa exposição muito exacerbada que nós temos, você corre o risco do colega pegar um argumento seu e elaborar em cima desse argumento e levar você à lona”<sup>222</sup>.

O fato é que por um motivo egoístico e aparentemente singelo, uma série de potenciais argumentos originais (e talvez juridicamente melhores) surgem já natimortos, pela simples circunstância de não haver um momento deliberativo mais reservado para sua formulação e apresentação.

Aprofundando as constatações que se pretendem realizar aqui, Marcelo Novelino aponta que esses problemas são dramaticamente amplificados no âmbito do STF justamente *por causa* da TV Justiça. Nossos juízes constitucionais são especialmente expostos, por meio do canal institucional, aos membros da comunidade acadêmica, a quem certamente devotam alguma deferência intelectual — e perante quem não gostariam de serem representados como ineptos ou obtusos:

---

<sup>221</sup> Constituição Federal. Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

<sup>222</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação do Supremo Tribunal Federal. Revista de Estudos Institucionais, v. 1, n. 1, 2015, p. 194.

Ademais, a transmissão das sessões plenárias pela TV Justiça, cuja plateia principal é composta por pessoas ligadas à área jurídica, pode atuar como um forte incentivo para aumentar o grau de preocupação com este segmento específico do público, especialmente no caso daqueles Ministros ligados à área acadêmica<sup>223</sup>.

Outra perspectiva teórica relevante acerca dos efeitos da publicidade sobre ambientes deliberativos é a de John Ferejohn e Pasquale Pasquino<sup>224</sup>, aqui descrita por Diego Werneck Arguelhes<sup>225</sup>, que apresenta a questão da abertura exagerada de Tribunais Constitucionais relacionando-a ao à *individualização* ou *colegialidade* de sua judicatura, com a respectiva valoração negativa desse fenômeno.

Criticisms of publicity assume that anything that makes the individuals within the Court more visible as individuals is bad, as this would make the Court worse equipped to perform its functions. This is the case for two reasons. First, collegiality promotes internally consistent decisions (as judges are more prone to “work as a team” to find the best solution or rule, instead of emphasizing their individual positions) that can be readily understood by their audiences. Second, these criticisms are committed to a strong view on the relationship between (judicial) consensus and (judicial) legitimacy – more convergence between the judges equals more legitimacy. Publicity encourages judges to seek public recognition and public approval, instead of focusing on impartially deciding cases and assessing arguments. If judges do behave in this way, citizens would then be justified in treating their decisions as less respectable – they would be more the product of individual idiosyncrasies or preferences than of a collective, cool-headed attempt to find the best legal answer. The more publicity in deliberations, the more individuality becomes visible in the court’s activities, the more judges will tend to “develop a public *persona* (...) and exhibit their own views of the Constitution<sup>226</sup>”.

Assim, a superexposição do STF poderia agravar o célebre diagnóstico do ministro Sepúlveda Pertence de que os juízes da Corte são “onze ilhas”, isto é, são núcleos isolados de racionalidade jurídica individual, que não se relacionam reciprocamente como seria desejável em um ambiente judicial deliberativo sério. Como descrito por Diego Werneck Arguelhes, isso teria sérios impactos sobre a

---

<sup>223</sup> NOVELINO, Marcelo. A Influência da Opinião Pública no Comportamento Judicial dos Membros do STF. P. 308.

<sup>224</sup> Ferejohn and Pasquino, “Constitutional Adjudication: Lessons from Europe”, 2004, Texas Law Review *apud* ARGUELHES, Diego Werneck. **The Open Court and its enemies: a cotingent defense of publicity in judicial deliberations**. No prelo.

<sup>225</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. **The Open Court and its enemies: a cotingent defense of publicity in judicial deliberations**. No prelo.

<sup>226</sup> ARGUELHES, Diego Werneck. **The Open Court and its enemies: a cotingent defense of publicity in judicial deliberations**. No prelo.

legitimidade da jurisdição constitucional, seja porque a *individualização* da Corte leva à crescente inconsistência de seus julgados, seja porque o público externo passa a ver essa atividade fundamental republicana como um mero jogo de interesses políticos menores<sup>227</sup>.

Em resumo, pelo que se argumentou até aqui, a qualidade da deliberação realizada em um Tribunal Constitucional superexposto pode ser prejudicada por pelo menos seis motivos distintos (possivelmente cumulativos): *i*) a produção de argumentos plebiscitários; *ii*) o populismo judicial; *iii*) o desejo de boa imagem pública do juiz; *iv*) o desestímulo à adesão a argumentos mais qualificados; *v*) o cerceamento à atividade criativa jurídica e; *vi*) o desestímulo à colegialidade.

É importante observar que todas essas possibilidades têm o potencial de fulminar por completo a *ética deliberativa*, eliminando a sinceridade de propósitos dos decisores (a busca pela melhor solução deixará de ser o objetivo comum) e/ou interditando a possibilidade de qualificação da fundamentação decisória (já que argumentos melhores serão deliberadamente ignorados).

Por outro lado, como dito anteriormente, não se podem olvidar os diversos benefícios da exposição pública dos foros deliberativos. A óbvia *accountability* decorrente do acesso popular aos foros deliberativos, o fortalecimento da legitimidade democrática do poder judiciário arejado, a qualificação epistemológica do ambiente deliberativo aberto, entre outras considerações positivas, fazem surgir um aparente estado de indeterminação: afinal, a publicidade é positiva ou negativa para a qualidade da deliberação judicial?

A resposta não poderia ser mais complexa. Simone Chambers, ao invés de tentar responder taxativamente, se limita a identificar o que chama de um “paradoxo da deliberação”. Segundo a autora, é inquestionável que a publicidade dos foros deliberativos produz, ao mesmo tempo, efeitos positivos (epistemológicos, comunitários, psicológicos e pedagógicos<sup>228</sup>), que estimulam o que há de melhor

---

<sup>227</sup> Para o argumento segundo o qual a superexposição da TV Justiça enfraquece as condições institucionais do STF para a tutela adequada dos direitos fundamentais contramajoritários, em razão da perda de capital político pela Corte, ver: PUGLIESE, William Soares; PEREIRA, Ricardo dos Reis. Direitos Fundamentais na tela da TV: uma análise do telejornalismo de tribunais no Brasil. **Revista Pensar**, v. 24, n. 2, Fortaleza, 2019, p. 1-12.

<sup>228</sup> “De outra banda, os valores instrumentais referem-se àqueles potenciais benefícios que se pode esperar da deliberação, quais sejam: benefícios epistemológicos (aptidão para produzir melhores decisões ao fomentar o intercâmbio de informações entre os participantes), benefícios comunitários (idoneidade para estimular o consenso ou, quanto menos, reduzir o dissenso), benefícios psicológicos (disposição para propagar o sentimento de inclusão e respeito mútuo entre os participantes) e

nessas instâncias, e negativos, que muitas vezes prejudicam sensivelmente as próprias potencialidades que justificaram a sua adoção em primeiro lugar. Nas suas palavras:

This fact, although not startling or new, seems to pose a rather serious problem for theories of deliberative democracy. It appears as if the ideal of public reason pushes deliberation in two opposite directions: into the public sphere to promote the public nature of public reason but out of the public sphere to safeguard the rational component of public reason<sup>229</sup>.

E é exatamente por causa dessa contraditória relação entre o valor da publicidade e da descrição que os problemas relativos à transparência dos foros deliberativos, sobretudo dos tribunais constitucionais, precisam ser observados desde uma perspectiva metodológica muito cuidadosa.

Não haverá de ser simples, pois, a resposta ao problema, porquanto não é possível afirmar definitivamente, com pretensões generalizantes, se a publicidade do ambiente deliberativo é positiva ou não para sua atividade-fim. Há incontáveis complexidades que precisam ser consideradas detidamente, e há sinais marcadamente contraditórios em favor de uma ou outra posição. Nessa linha, Bruno Marzullo Zaroni descreve com exatidão o novo *status quaestionis* que toca o problema:

O âmbito judicial, e, particularmente, o campo de atuação das Cortes Supremas, traz à tona aspectos positivos e negativos da publicidade da deliberação, demonstrando a necessidade de submeter tal ideal a um exame mais crítico, de modo que se possam sopesar os ganhos e as perdas que esta proporciona à atividade judicante<sup>230</sup>.

Para a finalidade do presente trabalho, como se verá, não é recomendável responder categoricamente, com pretensão de definitividade, se a publicidade é positiva ou negativa para o ambiente deliberativo judicial do STF. Ao contrário, a

---

benefícios pedagógicos (propensão para desenvolver gradualmente a habilidade argumentativa e deliberativa de determinado grupo)". ZARONI, Bruno Marzullo. **Deliberação e Julgamento Colegiado: uma análise do procedimento decisório do STF**. Tese de Doutorado (UFPR). Curitiba, 2015. P. 71.

<sup>229</sup> CHAMBERS, Behind closed doors: publicity, secrecy, and the quality of deliberation, p. 392 *apud* ZARONI, Bruno Marzullo. **Deliberação e Julgamento Colegiado: uma análise do procedimento decisório do STF**. Tese de Doutorado (UFPR). Curitiba, 2015. P. 238.

<sup>230</sup> ZARONI, Bruno Marzullo. Transparência e confidencialidade na deliberação judicial: ponderações sobre o processo decisório do STF. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Processo Constitucional**. São Paulo, 2019, p. 349-390.

proposta normativa de aperfeiçoamento que se oferece no tópico seguinte mostra-se especialmente qualificada exatamente porque se fundamenta nessa paradoxal relação.

### 3.3 REPOSICIONAMENTO DO DEBATE SOBRE PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA NO STF: UMA PROPOSTA NORMATIVA DE APERFEIÇOAMENTO DELIBERATIVO A PARTIR DE ANÁLISES CONTINGENTES.

Em importante trabalho ainda não publicado, intitulado *The Open Courts and its enemies: a contingent defense of publicity in judicial deliberations*<sup>231</sup>, Diego Werneck Arguelhes oferece uma revigorada posição teórica acerca das questões referentes à publicidade de tribunais e, especificamente, sobre a conveniência da TV Justiça. Essa posição inspirou boa parte desta dissertação, embora as conclusões normativas sejam consideravelmente distintas, como se verá.

O fato é que nesse texto, o autor sugere que a doutrina precisa analisar o assunto da “TV Justiça” sob a perspectiva metodológica que denomina como “análise contingente”, a qual leva em consideração os diversos aspectos práticos e concretos atinentes à realidade constitucional específica brasileira. Isso se contraporia, segundo o autor, às análises mais usuais que tão somente repisam platitudes teóricas generalizantes, baseadas em posições valorativas e idealizadas que, assim, legitimam arbitrariamente discursos teóricos mais caros à *discrição judicial* ou à *publicidade judicial*, dependendo do caso.

Exemplifica-se: para o autor, são insuficientes os posicionamentos que acessam a discussão apenas com base em concepções prévias e valorativas acerca da publicidade ou da discrição de tribunais. Nesse sentido, ser contrário à existência da TV Justiça apenas porque a teoria constitucional informa que o valor “discrição” favorece o espírito de colegialidade no âmbito judicial é uma distorção epistemológica. Ora, é preciso analisar se, na realidade brasileira, por exemplo, o valor “colegialidade” é de fato desejável, ou pelo menos se ele é tão importante a ponto de sobrepor outros

---

<sup>231</sup> Diego Werneck Arguelhes. *The Open Court and its enemies: a contingent defense of publicity in judicial deliberations*. No prelo.

valores a serem considerados na análise.

Para oferecer a sua defesa contingente da TV Justiça no âmbito do STF, Diego Werneck Arguelhes não se socorrerá dos argumentos idealizados tais como aquele corrente que afirma que “publicidade gera transparência”, mas, ao contrário, sustentará que, no específico contexto brasileiro, existe um estado de constante suspeição acerca dos poderes públicos que, aliado à ampla percepção popular de um tribunal muito político (em contraposição a um tribunal técnico), impõe a necessidade de adoção de um modelo institucional mais aberto, de modo a evitar desconfianças mais sérias quanto à sinceridade de propósitos dos ministros da Corte.

Ou seja, como por aqui os ministros do STF são vistos pela população como atores politicamente interessados, e como “o governo” (entenda-se: todas as instituições de Estado) é visto pela população com gigantesca desconfiança, *para a realidade brasileira* a TV Justiça seria a melhor opção de publicidade à disposição da Suprema Corte.

Para dar outro exemplo da aplicação da perspectiva metodológica contingente, veja-se que Diego Werneck Arguelhes argumenta o seguinte em favor da TV Justiça: no Brasil, existe uma tradição já estabelecida no âmbito do STF de que os ministros estão autorizados a comunicar-se com a sociedade fora dos autos, através da mídia ou das redes sociais. Assim, considerando essa característica muito particular do STF, bastante rara na perspectiva do direito comparado, o autor sustentará que a TV Justiça oferece o importante benefício institucional de igualar o acesso de todos os juízes perante a população. Isso seria altamente desejável e, portanto, trabalharia em favor de uma posição “pró-TV Justiça”.

Segundo o autor, considerada essa peculiaridade da comunicação “extraprocessual” largamente conhecida do STF, o fechamento da TV Justiça seria não apenas inócuo, mas verdadeiramente danoso, pois apenas os ministros mais versados na exploração de suas *personas* públicas — os ministros mais midiáticos — conseguiriam acessar a sociedade brasileira. Assim, a TV Justiça oferece uma garantia para que *todas as vozes* que compõem o foro deliberativo do tribunal tenham meios de alcançar o auditório externo.

Com efeito, não parece necessário expor aqui detidamente todos os argumentos de Diego Werneck Arguelhes em favor do arranjo institucional da TV Justiça, afinal, para os fins desta pesquisa, importante mesmo é a exposição de sua perspectiva metodológica, que impõe uma “análise contingente” e não uma análise

idealizada sobre os valores comumente associados à publicidade ou à discricão. De toda maneira, dada a importância do pensamento do autor para o desenvolvimento desta dissertação, transcreve-se excerto que resume a sua posição:

The Brazilian experience advises against a one-size-fits-all answer for the question of secrecy or publicity (and TV broadcasting) in deliberations. Opening deliberations to the public can make it very hard for a court to maintain an image of collegiality and, perhaps, and of technical expertise. Broadcasting these images might amplify this transformation. But the decision on whether and to what extent publicity should be adopted must take into account now the very variables that we think might be affected by publicity in the future. Do individual judges already have resources to build their public personas beyond the question of decisional secrecy/openness? Are they seen (and do they act as) political actors who promote their individual agendas (even if not necessarily in a partisan way)? Is the Court seen as a faceless expert? In a Court individual justices are empowered to speak out to the public and to decide individually with independent authority, full publicity – an “Open Court” - might be the second-best option. Brazil illustrates the point, but I am unconvinced that these conditions are only met in Brazil<sup>232</sup>.

Diga-se que essa mesma perspectiva metodológica é a razão pela qual o presente trabalho não concluirá genericamente pela conveniência ou inconveniência “da publicidade de Tribunais Constitucionais”, mas, ao contrário, analisará apenas e tão somente prática deliberativa do STF, tal como existente hoje. Afinal, pode haver incontáveis outros contextos jurídicos e políticos nos quais sejam recomendáveis cortes completamente abertas, completamente fechadas, ou ainda arranjos intermediários. Não parece haver, na análise da temática aqui enfrentada, uma resposta *one size fits all*, para usar a mesma expressão de Diego Werneck Arguelhes.

Feita essa brevíssima introdução para dar crédito à perspectiva metodológica encartada neste trabalho, passa-se a caminhar rumo a algumas propostas normativas de aperfeiçoamento das práticas deliberativas do Supremo Tribunal Federal.

Em primeiro lugar, é importante deixar muito claro que a proposta normativa reconhece que o regime de publicidade do STF não é o único elemento da realidade do Tribunal que impacta sobre a sua prática deliberativa. Afirma-se, aliás, que nem de longe é o mais importante<sup>233</sup>.

---

<sup>232</sup> Diego Werneck Arguelhes. **The Open Court and its enemies: a contingent defense of publicity in judicial deliberations**. No prelo.

<sup>233</sup> Em contundente artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, Conrado Hubner Mendes apresenta outros diversos problemas estruturais do Supremo Tribunal Federal, os quais têm efeitos deletérios não apenas sobre sua prática deliberativa, mas sobre todas as áreas de atuação da Corte (principalmente, sobre sua imagem institucional perante a sociedade brasileira). *In*: MENDES, Conrado Hubner. **Na prática, ministros do STF agredem a democracia, escreve professor da USP**. Folha de São Paulo, 28 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em->

Apenas para exemplificar um elemento da realidade empírica que se considera muito mais importante, recorde-se a já descrita dinâmica processual e decisória do STF, no qual o relator e todos os demais juízes constroem seus votos sozinhos, antes mesmo de qualquer ato deliberativo. Essa é, certamente, uma circunstância infinitamente mais relevante para a qualidade da deliberação do que a simples publicidade ou discricção das sessões plenárias. Assim, sob essa ótica, o aperfeiçoamento, ou mesmo a mitigação dessa deformação procedimental, poderia produzir melhores resultados deliberativos do que quaisquer soluções pensadas sob desde os procedimentos da TV Justiça.

Exatamente por essa razão, para não filtrar toda a realidade do STF sob as lentes da “publicidade das deliberações”, parece necessário iniciar as formulações deste último tópico com uma exposição dos outros fatores que prejudicam a deliberação na Corte, para que as discussões sobre a *publicidade* sejam efetivamente contingentes.

Para tanto, vale-se aqui da doutrina de Bruno Marzullo Zaroni, para quem a deliberação é obstaculizada em razão de outros três circunstâncias básicas, que podem ser assim resumidas: *i*) ausência de compartilhamento de informações; *ii*) a racionalidade advocatícia e as zonas de autarquia e; *iii*) a quebra da colegialidade e da ética deliberativa<sup>234</sup>. A publicidade das rodadas de deliberação (“o regime de deliberação: entre a transparência e o sigilo”), que seria a quarta circunstância, já está devidamente enfrentada nesta dissertação.

O que se pretende na explanação resumida dessas circunstâncias é reconhecer, da maneira mais eloquente e clara possível, que a publicidade das sessões plenárias é apenas uma dentre outras várias circunstâncias institucionais que têm reflexos relevantes sob o ponto de vista deliberativo. Não se tem a ilusão, aqui, que a manutenção ou fechamento da TV Justiça representam uma panaceia deliberativa, a resolver subitamente todos os déficits deliberativos do STF.

Isso bem exposto, a primeira circunstância apresentada por Bruno Marzullo Zaroni, que constrange a vocação deliberativa de qualquer Corte Constitucional, é a ausência do “compartilhamento de informações”. Ora, se *ética deliberativa* se baseia exatamente na ideia de que a construção das melhores soluções se dá através do

---

espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml Acesso em: 02/02/2020.

<sup>234</sup> ZARONI, Bruno Marzullo, Deliberação e **Julgamento Colegiado: uma análise do processo decisório do STF**. Tese de Doutorado (UFPR), Curitiba, 2015. P. 222.

cotejo dialógico de argumentos, então é apenas uma premissa lógica imaginar que a falta de compartilhamento de *todas as informações disponíveis* revela um problema epistemológico, afinal os vários decisores terão níveis distintos de conhecimento da realidade e, assim, não poderão enriquecer tanto quanto seria desejável a rodada deliberativa.

Aliás, a paridade de informações, em certo sentido, não é apenas um fundamento da deliberação, mas verdadeiramente um de seus resultados desejáveis, afinal se “as informações e as habilidades argumentativas dos participantes no debate não são idênticas, a deliberação tem o condão de distribuir e incrementar o conhecimento a respeito das distintas posições em jogo<sup>235</sup>”.

Um exemplo apresentado por Virgílio Afonso da Silva<sup>236</sup> ilustra perfeitamente a relevância epistemológica do compartilhamento de informações no âmbito deliberativo. No célebre “caso Ellwanger”<sup>237</sup>, em que o STF se via às voltas com a discussão sobre os limites da liberdade de expressão e o alcance da designação penal típica do crime de “racismo”, as mais relevantes fontes de informação que se podia ter eram o conjunto dos livros antissemitas publicados por Siegfried Ellwanger.

Todavia, como era logisticamente impossível que cada um dos onze juízes lesse todos os livros, o que acabou ocorrendo foi que cada ministro leu algumas partes das obras e citou alguns excertos, às vezes mais antissemitas (para caracterizar a ocorrência do crime de racismo), às vezes menos antissemitas (para afastar a caracterização do crime).

Ocorre que essa conduta, além de revelar um viés significativo na escolha de que parcelas da realidade cada juiz iria fundamentar seu voto<sup>238</sup>, demonstra que uma simples etapa pré-decisional, para compartilhamento das informações disponíveis, teria o condão de qualificar sobremaneira a inteligência dos fatos e do direito aplicável

---

<sup>235</sup> Ibidem, p. 208

<sup>236</sup> SILVA, Virgílio. **Deciding without deliberating**. International Journal of Constitutional Law. V. 11, n. 3, 2013, p. 573-574.

<sup>237</sup> Para uma explicação detalhada do caso em discussão no HC 84.224, ver: [http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia\\_pt\\_br&idConteudo=185077&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms). Acesso: 03/02/2020.

<sup>238</sup> Outra interessante análise do referido julgamento, vai mais além, ao demonstrar que o problema do caso Ellwanger não se reduz à ausência de compartilhamento das informações colhidas isoladamente por cada Ministro, mas, além disso, reside no modo como cada um dos julgadores, a partir da análise individual que faz do caso, seleciona um determinado problema como sendo a questão central a ser resolvida. ZARONI, Bruno Marzullo, **Deliberação e Julgamento Colegiado: uma análise do processo decisório do STF**. Tese de Doutorado (UFPR), Curitiba, 2015. P. 209.

ao caso. É dizer, se todos os ministros tivessem compartilhado previamente suas impressões antes da etapa decisional, todos e cada um deles estariam mais bem informados para tomar uma decisão e, logicamente, estariam mais capacitados para apreender aquela realidade específica da deliberação.

Do mesmo modo, também a “racionalidade advocatícia e as zonas de autarquia” representam uma circunstância muito mais relevante para a qualidade da deliberação do que o simples regime de publicidade das sessões plenárias do STF.

Esta dissertação já se debruçou sobre o assunto anteriormente, mas aqui basta sublinhar que a estratégia advocatícia no contexto deliberativo é aquela segundo a qual os juízes do STF revelam aos seus pares apenas os argumentos que corroboram a sua própria posição sobre o *thema decidendum*. Quaisquer outras considerações fáticas, doutrinárias ou jurisprudenciais, que ofereçam um contraponto, por mais qualificado que seja, são maliciosamente ignoradas por medo de “minarem” a força de seus argumentos.

Ocorre que essa circunstância ofende gravemente à ética deliberativa, afinal a superação dos próprios argumentos para a acessão a argumentos mais qualificados de outrem, ou mesmo a construção coletiva de argumentos completamente novos, deveria ser vista como uma “vitória” sob a perspectiva deliberativa. Nesse sentido, Bruno Marzullo Zaroni conjuga essas circunstâncias da “ausência de compartilhamento de informações” e da “racionalidade advocatícia” para demonstrar sua danosidade à higidez deliberativa:

Logo, no atual cenário, o procedimento deliberativo passa por dois problemas essenciais: de um lado, a ausência de um desvendar de informações e argumentos que cada membro do colegiado tem como relevantes para o julgamento do caso; de outro, uma racionalidade jurídica que se revela, em grande medida, pautada por argumentos de autoridade, pela racionalidade advocatícia e por decisões de caráter personalista, que expressam a *ratio decidendi* do julgador e não do colegiado. Afinal de contas, aqui “os juízes e os juristas não debatem entre si a melhor solução para o caso concreto e para os problemas jurídicos pensados em abstrato.” De fato, o julgamento colegiado, tanto no STF quanto nas demais Cortes brasileiras, mostra-se antideliberativo, na medida em que os magistrados acabam seguindo a prática de não revelar informações que contrariam seu entendimento e adotam uma argumentação não-sistemática, de caráter opinativo e calcada na invocação de autoridades<sup>239</sup>.

---

<sup>239</sup> ZARONI, Bruno Marzullo, *Deliberação e Julgamento Colegiado: uma análise do processo decisório do STF*. Tese de Doutorado (UFPR), Curitiba, 2015. P. 238

Finalmente, a última circunstância que prejudica a deliberação do STF e que, se mitigada, poderia gerar efeitos muito mais significativos que qualquer revisão das práticas comunicacionais da Corte, é o atendimento a uma “ética da colegialidade e da deliberação”. Trata-se, aqui, da mais importante circunstância, obviamente, porquanto toca na sinceridade de propósitos — na boa-fé deliberativa propriamente dita — dos nossos juízes constitucionais.

Esse tema também já foi discutido anteriormente no presente trabalho. Trata-se, sob o ponto de vista da colegialidade, de que os juízes do STF precisariam estar *verdadeiramente* abertos à possibilidade de interação dialógica e construção *coletiva* do conhecimento jurídico, abstendo-se de defender posições e interesse eminentemente individuais.

Sob esse ângulo, é absolutamente essencial, um verdadeiro pré-requisito do bom ambiente decisional-deliberativo, que todos os participantes do colegiado estejam imbuídos do mesmo propósito sincero de perseguir a melhor solução para o caso concreto, nem que isso custe a reformulação de suas próprias impressões pessoais (na verdade, isso é desejável). Caso algum (ou alguns) dos membros do colegiado sustente interesses egoísticos ou pretensões personalistas distintas — ser mais erudito que os colegas, sustentar mais “votos-vencidos” que os colegas<sup>240</sup> etc. —, a ética deliberativa terá sido maculada decisivamente, e nenhum arranjo de publicidade ou discrição poderá qualificar a deliberação.

Novamente, afirma-se que certo prestígio à colegialidade não tem o condão unicamente de oferecer maior legitimidade democrática às decisões, tal como idealizado teoricamente por John Ferejohn e Pasquale Pasquino, mas verdadeiramente constitui uma qualificação epistemológica concreta da argumentação jurídica. Tanto assim é que a cultura personalista decisória do STF dificulta a identificação da própria *ratio decidendi* dos seus acórdãos, e faz da sua jurisprudência um aglomerado cacofônico de opiniões pessoais agregadas. Em melhores palavras:

Uma característica presente na prática do STF é a de decidir por meio de votos que se limitam a expor o resultado e os fundamentos individuais de cada julgador. Não se percebe nos acórdãos do Tribunal uma preocupação de proferir resultado acompanhado de razões colegiadas que o embasem. Antes, o que há são peças argumentativas

---

<sup>240</sup> Essa conduta pode ser representada como demonstração de certa altivez judicial.

individuais, com frequentes variações na fundamentação, que não costumam tratar dos mesmos pontos, especialmente quando divergem. (...) Esse personalismo manifestado na construção dos votos e na citação dos precedentes gera sério problema na formação da jurisprudência do STF. Apesar de colegiadas, as decisões tomadas pelo Plenário e por suas duas Turmas tendem a refletir a individualidade do ministro que se destacou na determinação do resultado e da sua fundamentação, o que acaba por desvalorizar o sentido coletivo da jurisprudência. (...) Mesmo sendo formadas em órgãos colegiados, as decisões não se tornam propriamente coletivas<sup>241</sup>.

Como dito — e aqui se repete à exaustão —, a relevância de se apresentar as circunstâncias adjacentes ao regime de publicidade ou discricção do Plenário do STF, que verdadeiramente se mostram até mais importantes sob o ponto de vista da qualidade da deliberação, é firmar a convicção de que o aperfeiçoamento das práticas deliberativas da Corte exige uma aproximação “multifocal”, aglutinando, concomitantemente, modificações atitudinais (mudanças éticas dos juízes), procedimentais (revisão das etapas decisórias e deliberativas) e teóricas (aprofundamento da teoria da deliberação).

Ilustrando perfeitamente essa perspectiva, André Rufino do Vale encerra seu importante estudo sobre a argumentação constitucional nas Cortes Constitucionais apresentando um decálogo<sup>242</sup> com “diretrizes” e “normas procedimentais e práticas” que levariam a um aperfeiçoamento dos ambientes deliberativos nessas instituições. Veja-se o quadro esquematizado:

---

<sup>241</sup> ZARONI, Bruno Marzullo, Deliberação e **Julgamento Colegiado: uma análise do processo decisório do STF**. Tese de Doutorado (UFPR), Curitiba, 2015. P. 220-221

<sup>242</sup> VALE, André Rufino do. Argumentação Constitucional. **Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de Doutorado (UnB-Universidade de Alicante). Brasília-Alicante, 2015, p. 388.

<i>Decálogo</i>	<i>Diretrizes</i>	<i>Normas, procedimentos e práticas</i>
1. Publicidade vs. segredo	As deliberações secretas devem ser conjugadas com normas e procedimentos que contribuam para tornar mais transparentes certos aspectos da prática deliberativa interna. As deliberações públicas devem conviver com práticas deliberativas internas que favoreçam a colegialidade entre os magistrados e possam resultar em maior quantidade e qualidade das trocas argumentativas que antecedem a reunião pública.	Políticas de comunicação e divulgação das atividades do tribunal. Práticas internas de deliberação colegiada.
2. Autonomia do processo deliberativo	As deliberações devem se desenvolver livres de coerções externas, o que significa que os membros do colégio deliberativo devem ser soberanos no interior do órgão do qual fazem parte e nele ter plena liberdade para argumentar, tendo que obedecer apenas às regras, procedimentos e práticas internas de deliberação.	Relações político-institucionais. Práticas de deliberação interna.
3. Independência dos deliberadores	As deliberações devem ser isentas de coerções internas, de modo que os deliberadores possam um espaço de livre manifestação protegido não somente em relação às influências exteriores ao tribunal, mas igualmente tendo em vista a proteção de sua condição institucional e de suas opiniões em face dos demais membros do órgão colegiado.	Organização e desenvolvimento das sessões plenárias, especialmente debates e votação. Manifestação e publicação de opiniões dissidentes (concorrentes e divergentes).
4. Unidade institucional	As deliberações devem ter como objetivo a produção de manifestação institucional una e inequívoca, fazendo com que o órgão colegiado do tribunal se dirija ao público externo com uma única e unívoca voz institucional.	Redação, formatação e publicação das decisões. Decisões <i>per curiam</i> . Decisões <i>seriatim</i> que apresentem de modo unívoco a <i>ratio decidendi</i> .
5. Colegialidade	As deliberações devem fomentar o colegiado como um corpo decisório unitário que impede o desenvolvimento do individualismo e, com isso, contribui à despersonalização dos magistrados e à impessoalidade do órgão judicial.	Isonomia das posições institucionais de cada membro do órgão colegiado, valor igual de voto. Evitar atuações monocráticas. Práticas de interação entre magistrados.
6. Cooperação	As deliberações devem se qualificar como um debate cooperativo e não uma disputa adversarial, no qual os participantes se compreendem não como oponentes, mas como partes de um grupo integrado que compartilha o mesmo objetivo de buscar soluções fundamentadas para as questões discutidas.	Trocas argumentativas. Conversa, debate, negociação, consenso. Dissenso reflexivo.
7. Integridade	As deliberações devem estar constantemente preocupadas com a integridade de seus resultados, o que pressupõe uma fundamentação íntegra para a decisão, a qual deve ser composta de um único corpo argumentativo internamente consistente e baseado em premissas coerentes e racionalmente justificadas.	Consistência e coerência argumentativas, especialmente quanto ao uso de precedentes e de fontes do direito estrangeiro. Redação e formatação das decisões ( <i>per curiam</i> e <i>seriatim</i> ).
8. Representatividade discursiva	As deliberações devem poder reverberar os discursos que circulam na esfera pública, como reflexo de uma deliberação pública mais ampla, de modo que seus resultados possam ao final ser apresentados ao público como uma justificação pública que possa ser compreendida, discutida e aceita como uma decisão razoável pelos múltiplos auditórios do tribunal.	Justificação e apresentação pública das decisões. Desenvolvimento da função institucional informativa. Política institucional de comunicação.
9. Amplitude informativa e cognitiva	As deliberações devem se desenvolver com ampla distribuição e circulação entre os participantes das informações disponíveis sobre o tema em debate e propiciar a ampliação das vias de acesso e de conhecimento a todas as questões envolvidas e nuances dos problemas enfrentados.	Requisição de estudos de especialistas e peritos. Audiências públicas. Distribuição e circulação de textos. Relacionamento com os advogados. Mecanismos de pesquisa e de estudo. Qualificação de assessores.
10. Inclusividade e diversidade das razões	As deliberações devem ser inclusivas, incorporando não apenas as razões das partes processuais, mas também aquelas providas de diversos setores sociais interessados ou afetados direta ou indiretamente pela decisão.	Abertura do processo constitucional. <i>Amicus curiae</i> .

Nessa mesma linha metodológica, e sob a ótica específica do regime de publicidade das deliberações no STF, uma proposta normativa de aperfeiçoamento deliberativo parece bastante razoável do ponto de vista teórico, e perfeitamente plausível na prática cotidiana da Corte: trata-se da criação de alguma(s) rodada(s) deliberativa(s) prévia(s), com publicidade diferida, antes das sessões plenárias com publicidade absoluta (transmitidas pela TV Justiça).

Essa medida, que eventualmente pode ser considerada muito “modesta” à luz da gravidade do problema que pretende resolver, se justifica porque a adoção de medidas mais radicais, como o encerramento das transmissões da TV Justiça, até poderia eventualmente representar alguns ganhos pontuais na qualidade deliberativa da Corte, mas certamente ocasionaria também graves e irreversíveis perdas globais, representando, assim, uma imprudente cogitação, especialmente em um contexto de profunda desconfiança da sociedade em relação aos poderes do Estado. A presente proposta normativa, portanto, tenta *conciliar* os valores paradoxais que permeiam a análise da publicidade dos Tribunais<sup>243</sup>.

Por essa exata razão, André Rufino do Vale explica que os tribunais constitucionais devem sempre pensar em possibilidades de “aperfeiçoamento” de suas práticas deliberativas, e não em soluções do tipo “tudo ou nada”:

Assim, os tribunais constitucionais que adotam o modelo de deliberação secreta não precisam pensar nas soluções de tudo ou nada acima mencionadas; devem, isto sim, procurar realizar reformas em suas práticas que tenham como objetivo manter ou melhorar os atuais aspectos positivos desse modelo e tentar diminuir ou eliminar os seus componentes negativos. Da mesma forma, os tribunais que praticam a deliberação em público não precisam cogitar do fechamento de suas sessões, mas desenvolver e renovar práticas deliberativas que propiciem as vantagens do modelo e criem barreiras para o florescimento de seus aspectos negativos<sup>244</sup>.

Sob essa perspectiva de aperfeiçoamento, tem-se que as rodadas deliberativas prévias no âmbito do STF poderiam se dar basicamente de duas

---

<sup>243</sup> A measure of secrecy, as far as documented experience has shown, furnishes the proper institutional asepsis for deliberation to thrive. The institutional designer, therefore, must deal with the tension between publicity and secrecy. Some compromise between both might be profitably struck. Secrecy combined with future disclosure is, for Freund, the best way to do that. *In*: ZARONI, Bruno Marzullo, **Deliberação e Julgamento Colegiado: uma análise do processo decisório do STF**. Tese de Doutorado (UFPR), Curitiba, 2015. P. 240

<sup>244</sup> VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional. Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de Doutorado (UnB-Universidade de Alicante). Brasília-Alicante, 2015, p. 368.

maneiras: presencialmente, através da convocação de uma sessão formal de deliberação, ou por escrito, através da constante circulação de votos e relatórios entre os juízes. Ambas as modalidades encontram exemplos aproximados na perspectiva do direito comparado.

Na Suprema Corte dos Estados Unidos da América<sup>245</sup>, embora o juiz relator surja após a realização de algumas rodadas prévias de deliberação, ele tem a responsabilidade de circular entre seus pares, antes da rodada deliberativa final, um documento escrito que deve conformar a “vontade” (provisória) do Tribunal – a *court opinion* –<sup>246</sup>. Aqui, esse documento deve ser compreendido como um arrazoado que demonstre objetivamente todos os ângulos fáticos, doutrinários e jurisprudenciais da questão, na ótica de todos os juízes da Corte.

Na proposta normativa aqui encartada<sup>247</sup>, o documento prévio circularia entre os diversos ministros do STF, recebendo, a cada etapa, contribuições, críticas, correções, questionamentos e outras colaborações também escritas. Assim, essa “pré-deliberação” teria o potencial de deixar todos os juízes muito mais preparados para a sessão final de julgamento (porque os efeitos negativos da publicidade não se operariam), de modo a qualificar sensivelmente a prática deliberativa da Corte.

Diz-se que essa modalidade de deliberação teria uma publicidade diferida porque, na proposta normativa aqui cogitada, o documento final seria publicado apenas por ocasião da sessão plenária, constituindo uma espécie de “acórdão

---

<sup>245</sup> É digno de nota recordar que na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a sessão deliberativa final é completamente hermética, sendo proibidas quaisquer captações audiovisuais no interior da câmara de julgamentos. Ainda assim, a instituição é considerada uma das mais transparentes naquele país. *In*: ZARONI, Bruno Marzullo, **Deliberação e Julgamento Colegiado: uma análise do processo decisório do STF**. Tese de Doutorado (UFPR), Curitiba, 2015. P. 223

<sup>246</sup> Sobre a deliberação por escrito na Suprema Corte dos Estados Unidos da América: “(...) Como antes tratado, a decisão tomada nesta ocasião não é definitiva, mas apenas o ponto de partida da deliberação que transcorrerá por escrito. Segue-se daí uma extensa fase de deliberação por escrito, até que se firme um posicionamento a respeito do texto (ou dos textos, na hipótese em que o voto majoritário conviva com votos dissidentes e concorrentes)”. ZARONI, Bruno Marzullo, **Deliberação e Julgamento Colegiado: uma análise do processo decisório do STF**. Tese de Doutorado (UFPR), Curitiba, 2015. P. 238

<sup>247</sup> Não se ignora a distinção das formas de construção das decisões na Suprema Corte dos Estados Unidos (*per curiam*) e no Supremo Tribunal Federal (*seriatim*), nem tampouco que o próprio conceito de “court opinion” está ligado historicamente às decisões construídas *per curiam*. De qualquer maneira, a proposta normativa apresentada certamente pode ser cogitada mesmo para a formação da decisão *seriatim*, afinal nada impede que o documento em questão contenha os posicionamentos individuais de cada ministro, ainda que conflitantes ou baseados em premissas completamente incompatíveis. Para uma exposição detalhada sobre os “modelos de texto único (*per curiam*)” ou modelos de “texto composto (*seriatim*)”, ver: VALE, André Rufino do. **Argumentação Constitucional. Um estudo sobre a deliberação dos Tribunais Constitucionais**. Tese de Doutorado (UnB-Alicante). Brasília-Alicante, 2015, p. 109-116.

provisório” ou algum outro nome que se lhe queira designar, sobre cujas conclusões as deliberações públicas (e televisionadas) seriam realizadas. As versões preliminares desse documento não seriam disponibilizadas ao público externo, pois exatamente assim é que se neutralizariam aquelas ameaças já mencionadas neste trabalho, relacionadas aos constrangimentos dos juízes cujos argumentos acabassem “derrotados” ou considerados “errados” após a qualificação deliberativa.

De antemão, cumpre ressaltar que essa proposta normativa não ofende os comandos do artigo 5º, inciso LX e do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, simplesmente porque a publicidade sobre a elaboração do “acórdão provisório” seria apenas protraída para outro momento processual (sessão plenária), e não simplesmente eliminada. Ademais, qualquer visão mais radicalizada da publicidade dos julgamentos, que pretendesse ilidir a constitucionalidade da proposta normativa aqui sustentada, encontraria sérias dificuldades para justificar também a constitucionalidade das decisões monocráticas<sup>248</sup>, afinal elas contam com um similar grau de publicidade diferida (o juiz formula seus argumentos reservadamente, em gabinete).

Como dito anteriormente, a proposta normativa aqui sustentada também poderia ser realizada por meio de encontros deliberativos presenciais prévios, em que todos os ministros do STF se reuniriam em sessão fechada (sem transmissão da TV Justiça), para a discussão e argumentação sobre os casos constitucionais, antes da realização da sessão plenária final pública (com transmissão da TV Justiça).

Da mesma maneira que o documento escrito anteriormente cogitado, essa sessão presencial ofereceria uma possibilidade de melhor troca dialógica de argumentos, qualificando decisivamente a prática deliberativa da Corte. Argumentos novos poderiam ser ventilados livremente, posições contrárias comparadas sem maiores constrangimentos e, enfim, todos os participantes sairiam dessa etapa muito mais preparados para o encontro deliberativo final, sob os holofotes da TV Justiça<sup>249</sup>.

---

<sup>248</sup> Na verdade, uma tal visão radicalizada da publicidade encontraria dificuldades para justificar qualquer decisão tomada no STF nos últimos anos, afinal, como visto, os acórdãos são produzidos a partir de posicionamentos individuais, formulados no interior dos gabinetes e, portanto, sem nenhuma publicidade.

<sup>249</sup> Sob uma ótica mais pragmática, Saul Tourinho Leal entende que esse momento mais reservado poupa a Corte de “desgastes”: “Dialogar previamente com os colegas sobre um caso é uma lição de articulação institucional, principalmente considerando a exposição do STF com as transmissões ao vivo das sessões plenárias. Não há problema em os julgadores considerarem as consequências de suas decisões. Contudo, esse exercício deve ser feito antes de levar o caso a julgamento, não depois de proclamado o resultado. Isso evita desgaste”. LEAL, Saul Tourinho. O STF e a confiança pública. Os

Entende-se, também, que à proposta não poderia ser atribuída inconstitucionalidade por ofensa ao artigo 5º, inciso LX e artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, porquanto que a publicidade dessa etapa deliberativa não seria eliminada, mas protraída para a sessão plenária de julgamento e para o acórdão, que necessariamente relataria as circunstâncias deliberativas ocorridas nessa sessão reservada<sup>250</sup>.

Digno de nota é que o Supremo Tribunal Federal, em outro momento histórico, já se valeu desse mecanismo de deliberação prévia quando, antes de 2001-2002, eram realizadas as chamadas “sessões do conselho” a portas fechadas, previamente às sessões plenárias públicas. Reforçando as impressões do presente trabalho, veja-se que pelos menos alguns ministros parecem reconhecer que a prática incrementava a deliberação realizada pela Corte:

Outros ministros do STF reconhecem que a ausência de um debate prévio é uma das causas do número elevado de votos discordantes. Alguns observaram que nem sempre foi assim. Antigamente, as sessões de votação eram precedidas pelas chamadas sessões de conselho, nas quais os casos eram apresentados previamente, o que permitia que os ministros conhecessem a posição uns dos outros. Isso ajudava a diminuir as divergências. Mas tais sessões caíram em desuso após a presidência (2001-2003) de Marco Aurélio Mello – nomeado em junho de 1990 para o tribunal –, que não as apreciava<sup>251</sup>.

Ademais, modelo muito similar a este pode ser encontrado na Suprema Corte do México, que trabalha com um sistema procedimental híbrido, que combina momentos fechados e televisionados de deliberação:

No México, porém, tem-se adotado uma peculiar prática deliberativa que se diferencia nitidamente da prática brasileira e que poderia ser inserida numa categoria híbrida ou num modelo misto (secreto e público) de deliberação. Independentemente da sessão deliberativa em público, transmitida pela televisão, os magistrados da *Suprema Corte de Justicia* costumam realizar um outro encontro deliberativo, sempre a portas fechadas e em regime de segredo. Nessa reunião deliberativa secreta, que normalmente antecede a sessão pública, os magistrados debatem privadamente entre si sobre os casos que serão em seguida julgados na sessão televisionada. A prática deliberativa na Corte mexicana tem assim se desenvolvido seguindo um modelo híbrido ou misto que ao mesmo tempo adota aspectos da deliberação

---

Constitucionalistas, 14 de março de 2012. Disponível em: <https://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-e-a-confianca-publica> Acesso em: 01/01/2019.

<sup>250</sup> Sob o ponto de vista da publicidade, essa sessão deliberativa prévia teria a mesma abertura das sessões de julgamento da 1ª e da 2ª Turmas, que igualmente não são televisionadas.

<sup>251</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Déficit de deliberação**. Pesquisa FAPESP. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/2016/05/19/deficit-de-deliberacao/> Acesso em: 01/02/2020.

aberta ou pública (em sua máxima expressão através do julgamento televisado) e da deliberação fechada ou secreta<sup>252</sup>.

Em encerramento ao aporte normativo da pesquisa, basta ressaltar que não se trabalha aqui sob uma perspectiva *perfeccionista*, isto é, reconhece-se que as providências procedimentais a serem adotadas representariam apenas um *aperfeiçoamento* das práticas deliberativas do STF, e não a solução definitiva para todos os seus ditos “déficits de deliberação”.

Ainda assim, a partir das relevantes potencialidades anteriormente descritas, parecem medidas plenamente recomendáveis para o desenho procedimental do Supremo Tribunal Federal. Ademais, como sói acontecer com todas as ideias de aperfeiçoamento institucional, seus resultados poderiam ser medidos e verificados com o passar do tempo e, eventualmente, a prática poderia ser adaptada ou eventualmente até eliminada, diante da constatação de resultados indesejados não cogitados *a priori*.

Ademais, militando em favor da urgente realização de providências de aperfeiçoamento deliberativo no STF, deve-se recordar que no atual contexto de precarização da tutela dos direitos fundamentais no Brasil, deve-se sempre considerar não apenas os riscos imprevisíveis de experiências consideradas inovadoras — porque eles sempre existirão —, mas, igualmente, considerar os riscos (muito previsíveis) de nada se fazer, esperando que os problemas resolvam a si mesmos.

Por fim, homenageando a perspectiva não-perfeccionista da dissertação, deve-se traçar um paralelo de suas considerações com a ideia da *racionalidade* das teorias da argumentação jurídica. Se essas teorias trabalham com uma racionalidade considerada “fraca”, mas que permite controlar a qualidade dos argumentos tanto quanto é *possível*, assim também acontece com a “transparência” do Supremo Tribunal Federal sob o desenho procedimental-deliberativo aqui sugerido. Embora a deliberação prévia, com publicidade diferida, certamente não possa conferir uma transparência *forte* ao procedimento decisório, ao menos parece ser a única *transparência possível*, porque permite a livre interação dialógica entre os juízes em um ambiente deliberativo sadio. É dizer, antes uma transparência *fraca*, mas real, que

---

<sup>252</sup> VALE, André Rufino do. Argumentação Constitucional. **Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de Doutorado (UnB-Universidade de Alicante). Brasília-Alicante, 2015, p. 108-109.

o mito de uma transparência forte, sob a TV Justiça.

### **Conclusões.**

Inicialmente, a dissertação pôde demonstrar quais foram os marcos jusfilosóficos que deram azo ao surgimento do fenômeno histórico-político denominado de “ascensão do Poder Judiciário”, que reconfigurou radicalmente o papel classicamente atribuído a juízes e tribunais desde o Estado Liberal.

A partir dessas compreensões teóricas, viu-se que o Poder Judiciário não é mais compreendido na contemporaneidade como um poder subalterno às instâncias majoritárias do Poder Legislativo e Poder Executivo, mas, ao contrário, é compreendido também como um ator político central, que participa decisivamente na conformação institucional de todos os grandes problemas que se apresentam às sociedades democráticas.

Observou-se, porém, que nesse novo cenário a teoria democrática tradicional, forjada no contexto do Estado Liberal, não se mostrava mais capacitada para oferecer as bases da legitimidade da instituição judiciária, tendo sido necessário rever alguns de seus conceitos formadores. Em especial, viu-se que a ideia de *representação* precisou ser ressignificada, para compreender a existência tanto de uma representação democrática eleitoral (praticada por meio do voto no âmbito dos poderes majoritários), quanto de uma representação democrática discursiva (praticada no âmbito dos foros deliberativos, em especial no Poder Judiciário, através da veiculação de discursos racionalmente aceitáveis pela comunidade política).

A partir dessa evolução, pôde-se, então, compreender a fundamental importância do estabelecimento de canais comunicativos entre os tribunais e as sociedades em que estão inseridos, por dois motivos básicos: para reforçar a sua legitimidade democrática e para qualificar sua epistemologia deliberativa. Observou-se, assim, que estas foram as principais justificativas oferecidas para o estabelecimento das várias práticas concretas de televisionamento de tribunais, sobretudo nos Estados Unidos da América.

Em seguida, o trabalho ofereceu um resgate bibliográfico para demonstrar como a doutrina observou as experiências concretas de televisionamento de tribunais, mas ainda sob a perspectiva de tribunais ordinários (não de Cortes Constitucionais ou

Supremas Cortes). Viu-se, nesse sentido, que os argumentos favoráveis às políticas de televisionamento de tribunais baseiam-se, genericamente, no estímulo ao controle democrático do Poder Judiciário (o cidadão é aproximado desse centro de poder político), enquanto que os argumentos contrários baseiam-se em efeitos indesejados sobre os atores processuais, como juízes, testemunhas e partes (eles poderiam agir erraticamente diante das câmeras de TV e, assim, prejudicar a lisura do processo).

Na etapa final do trabalho, apresentou-se uma relação teórica entre a vocação deliberativa dos Tribunais e os ideais de publicidade e transparência, demonstrando que se trata de uma condição verdadeiramente paradoxal, que apresenta diversos pontos de tensão. A publicidade dos ambientes deliberativos pode estimular as potencialidades deste método decisório, mas ao mesmo tempo pode constranger os próprios valores que recomendaram sua adoção em primeiro lugar.

Assim, a partir da desconstrução do “mito da transparência do STF”, pôde-se demonstrar que a simples existência de um canal de TV institucional, que transmite as sessões plenárias da Corte ao vivo e sem edições, não garante a transparência deliberativa da Corte, podendo, ao contrário, constrangê-la ainda mais em razão de obstáculos epistemológicos e distorções representativas.

Posteriormente, o trabalho demonstrou como a publicidade pode trabalhar contra a qualidade da deliberação realizada em um Tribunal Constitucional, em razão da concretização de seis circunstâncias danosas à ética deliberativa: *i*) a produção de argumentos plebiscitários; *ii*) o populismo judicial; *iii*) o desejo de boa imagem pública do juiz; *iv*) o desestímulo à adesão a argumentos mais qualificados; *v*) o cerceamento à atividade criativa jurídica e; *vi*) o desestímulo à colegialidade.

Finalmente, a partir da perspectiva metodológica contingente, que procura se basear nas circunstâncias teóricas e práticas específicas do Supremo Tribunal Federal, ofereceu-se um modelo normativo de aperfeiçoamento das práticas deliberativas da Corte, através do estabelecimento de rodadas deliberativas prévias, realizadas em ambiente reservado (sem televisionamento) e com publicidade diferida.

Essas rodadas prévias, que poderiam ser realizadas presencialmente (sessão reservada) ou por escrito (produção conjunta de um “acórdão provisório” ou outro nome a ser designado), representariam não a eliminação da publicidade do julgamento (circunstância vedada pelo artigo 5º, inciso LX e artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal), mas seu protraimento para o momento da sessão plenária televisionada ou de publicação do acórdão definitivo.

Sem basear-se em perspectivas perfeccionistas, o trabalho pôde demonstrar que essa medida aparentemente singela, que tem exemplos aproximados na tradição constitucional dos Estados Unidos da América e do México (ou mesmo no STF anterior a 2001, no caso das “sessões de conselho”), teria a potencialidade de aperfeiçoar sensivelmente a deliberação realizada pelo Supremo Tribunal Federal e, com isso, levar a uma nova e qualificada era de tutela aos direitos fundamentais.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ABDO, Helena Najjar. **A garantia da publicidade do processo e a divulgação de atos processuais pela mídia: limites e precauções atinentes ao processo civil.** P. 2.902.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva.

São Paulo, Malheiros, 2008. P. 90.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2005.

ARAUJO, Gisele Silva. **Participação Através do Direito: a judicialização da política**. Anais do VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais. Coimbra, 2004.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **Ministrocracia: o Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro**. Novos estud. CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, Apr. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002018000100013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 01/01/2020..

ARGUELHES, Diego Werneck.. **The Open Court and its enemies: a contingent defense of publicity in judicial deliberations**. No prelo.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Trad. Marcelo Perinne. São Paulo: Loyola, 2ª ed. 2005.

BALEEIRO, Aliomar. **Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common Law e Civil Law na Sociedade Contemporânea**. Tese de Doutorado (PUC-PR). Curitiba, 2011.

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

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf). Acesso em 20/11/2019

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**. Indianapolis: Bobbs-Merrill Company Inc., 1963.

BINENBOJM, Gustavo. **A Justiça na TV**. Folha de São Paulo, 2 de maio de 2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0205200909.htm>. Acesso em: 03/01/2020.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2018

BOBBIO, Norberto. **Democracia e Segredo**. São Paulo: UNESP, 2015.

BORGES, Fernanda da Silva; ROMANELLI, Sandro Luís Ballande. Supremo espetáculo: aproximações sobre as imagens públicas do STF. **Mediações**, v. 21, n. 1, Londrina, 2016.

BOURDIN, Maria. **Justicia y Medios: La revolucion comunicacional de la Corte Suprema Argentina. Como abrir a la sociedade la puerta de los Tribunales**. Buenos Aires: Sudamericana, 2014.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. A função normativa das sentenças constitucionais. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional**. Curitiba: RT, 2019, p. 524.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed., 2003

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra, Livraria Almedina, 6ª ed. 1993.

CARNELUTTI, Francesco. La pubblicità del processo penale. **Rivista di diritto processuale**, v. X, Parte I, p. 1-11, 1955;

CARVALHO, Luiz Maklouf. **Data Venia, o Supremo**. Revista Piauí. Agosto, 2010. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/data-venia-o-supremo/>. Acesso em: 10/12/2019

CHUEIRI, Vera Karam; GODOY, Miguel Gualano. **Constitucionalismo e Democracia: Soberania e Poder Constituinte**. Revista Direito GV, n. 6, 2010, p. 159-174.

CHUEIRI, Vera Karam; MOREIRA, Egon Bockam. **O meio é qual mensagem?** JOTA, Cidade, 20 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supremo-tribunal-federal-o-meio-e-qual-mensagem-20052019>. Acesso em 04/06/2019.

COHEN, Joshua. **Deliberation and Democratic Legitimacy**. Londres:University Press, 1990.

COMPARATO, Fabio Konder. **O Poder Judiciário no Regime Democrático**. Estudos Avançados, v. 18, n. 51, 2004.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **Como funcionam os julgamentos virtuais no Supremo?** Observatório Constitucional. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-17/observatorio-constitucional-funcionam-julgamentos-virtuais-stf>. Acesso em 05/02/2020.

COSTA, Cláudia Márcia. **O Protagonismo do Poder judiciário no Estado Social e Democrático de Direito: diagnósticos, consequências e contribuições para a sua transformação democrática**. São Paulo, 2017. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Presbiteriana do Mackenzie.

COUTINHO, Iluska; OLIVEIRA FILHO, José Tarciso. **A cobertura televisiva da corrupção em anos eleitorais: uma análise do enquadramento do caso Petrolão nos noticiários de emissoras pública e comercial**. *Media & Jornalismo: uma revista do Centro de Investigação Media e Jornalismo*. Vol. 14, Nº 26 (2015)

DAHL, Robert A. Decision-making in a Democracy: **The Supreme Court as a National Policy-Maker**. *Journal of Public Law*, v. 6, n. 2, 1957.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Landy, 2002. P. 25.

DESCARTES, Rene. **Discurso do Método: para bem conduzir a própria razão e procurar a verdade nas ciências**. Trad. Jacob Guinsburg e Bento Prado Junior..

DRYZEK, John. **Legitimacy and Economy in Deliberative Democracy**. Australian National University. 2001,

DRYZEK, John S.; NIEMEYER, Simon. **Discursive Representation**. *The American Political Science Review*. V. 102, n. 4, 2008, p. 481-493. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/27644540?seq=1>. Acesso em: 01/02/2020.

DRYZEK, John. **Political and Ecological Communication**. *Environmental Politics*, 2007.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Congress Senate**. Resolution n. 399. Disponível em <https://www.congress.gov/bill/111th-congress/senate-resolution/339/text>. Acesso em 01/11/2018

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Suprema Corte**. *Estes v. Texas* (1965)

FALCÃO, Joaquim. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Revista Lua Nova**, v. 88. São Paulo, 2013. P. 429-469.

FARIA, Claudia Feres. **Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman**. *Lua Nova*, São Paulo, 2000, n. 50, p. 47-68.

FEREJOHN, John. **Secret Votes and Secret Talk**. New York, 2015.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. **Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Toward an institutional theory of constitutional justice**. *Constitutional Justice*. East and West. 2002.

FERNANDES, R. V. C.; BICALHO, G. P. D. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional**. *Revista de Informação*

Legislativa, v. 189, p. 105-131, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 492.

FISCHER, Hana. **¿Democracia o ditadura de las mayorías?** Buenos Aires, Barbaroja, 2013.

FONTE, Felipe de Melo. **Jurisdição Constitucional e Participação Popular. O Supremo Tribunal Federal na era da TV Justiça**. P. 18. Rio de Janeiro: Lumen Juris Direito, 2016,

FONTELES, Samuel Sales. **A Função Iluminista dos Tribunais Constitucionais e o “Heroísmo Moral Clarividente”**: um contraponto ao empreendimento teórico de Luís Roberto Barroso. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional**. Curitiba: RT, 2019, p. 313-344

FREITAS, Antônio Flávio Guerra Barreto Gomes de. **Uma análise pragmática da linguagem audiovisual da TV Justiça: a imagem do direito na era do barroco digital**. Recife, 2016. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Pernambuco, Recife.

FRIEDMAN, Barry. **The history of the coutermajoritarian difficulty**, part one:the road to judicial supremacy. *New York State Law Review*, v. 73, n. 3, 1998.

FRIEDMAN, Barry. **The will of the people and the process of constitutional change**. Setembro, 2010. V. 78, n. 6.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. Tese de Doutorado (UFPR). Curitiba, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Pessanha. **Transparência Administrativa: a democratização da atuação parlamentar dos Senadores**. Monografia de Especialização (UNILEGIS). Brasília, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 138

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P. 138

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da Esfera Pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional- A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HARTMANN, Ivar; ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; VALIM,

Beatriz Nunes; LIMA, Clarissa Emanuel Leão; MARIANO, Gabriel Borges; NUNES, José Luiz; CAMPOS, Larissa de Lima. **A influência da TV Justiça no processo decisório do STF**. Revista de Estudos Empíricos em Direito. São Paulo, v. 4, n. 3, pp. 38-56, out-2017.

HEALY, Paul. **On Popper On Truth**. Pensilvânia, Austegung, v. 12, n. 2, Disponível em:  
<https://pdfs.semanticscholar.org/ba03/9d5d86f07c6e0369ed0f99705e2974b13bd3.pdf>  
 Acesso em: 02/02/2020

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: A Necessidade do Debate “Procedimentalismo Versus Substancialismo”**.

HOROCHOWSKI, Rodrigo Rossi; CLEMENTE JUNIOR, Augusto; SAMPAIO, Rafael Cardoso; MENDONÇA, Ricardo Fabrino. **Democracia Deliberativa no Brasil: a expansão de um campo concentrado**. Civitas – Revista de Ciências Sociais. Porto Alegre, v. 19, n. 3, set/dez, 2019, P. 583-604.

JENSEN, Klaus Bruhn. **Teoria e Filosofia da Comunicação**. Matrizes, ano 2, v. 1, n. 1, 2008.

LAMBERT, Paul. **Television Courtroom Broadcasting Effects. The Empirical Research and the Supreme Court Challenge**. P. 10. University Press of America. 2013.

LAMBERT. Paul. **Television Courtroom Broadcasting: Distraction Effects and Eye Tracking**.

LAVALLE, Adrián Gurza; HOUTZAGER, Peter P.; CASTELLO, Graziella. **Democracia, pluralização da representação e sociedade civil**. Lua Nova. São Paulo, 2006

LIPKIN, Robert Justin. **We are judicial activists now**. Widener Law School Studies Research Paper, v. 77, 2008. Disponível em:  
[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1347425](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1347425). Acesso em: 02/02/2020.

LOPES, Lúcia Ferreira. **Democracia, princípio da publicidade e sistema de poder**. Dissertação de Mestrado (PUC-SP). São Paulo, 2008.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **Os caminhos do constitucionalismo para a democracia**. Tese de Doutorado (UFPR). Curitiba, 2014. P. 102.

MADOZ, Wagner Amorim. **A justiça como espetáculo: o julgamento do escândalo político midiático do mensalão**. Dissertação de Mestrado (UNICEUB), Brasília, 2016.

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

MATAIS, Andreza; BRAGON, Ranier. Ministros do STF negam ter votado com “faca no pescoço”. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 31 de agosto de 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc3108200702.htm>. Acesso em: 07/02/2020.

MANZOUR, Isla Maria Amorim de Souza. **O STF e a divulgação nominalmente individualizada da remuneração dos servidores públicos: uma análise crítica do recurso extraordinário 652.777/SP**. Dissertação de Mestrado (UnB). Brasília, 2017

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado (USP), São Paulo, 2008,

MENDES. Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 14. Kindle. Livro Eletrônico.

MENDES, Conrado Hubner. **Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve professor da USP**. Folha de São Paulo, 28 de janeiro de 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml> Acesso em: 02/02/2020.

MESSA, Ana Flávia. **Natureza da Transparência Administrativa**. Ius Gentium. Curitiba, v. 9, n. 1, 2018.

MENDES, Gilmar. **Judicial Review and Deliberation Process: Legitimacy, transparency and legal certainty in the decisions of supreme courts**.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. BRASIL. **Estudos sobre Desafios da Transparência no Sistema de Justiça Brasileiro**. Brasília, 2013.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. Tese de Doutorado (UFPR). Curitiba, 200.2

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Teoria Crítica e democracia deliberativa: diálogos instáveis. **Opin. Publica**, Campinas, v. 19, n. 1, p. 49-64, 2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762013000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762013000100003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 02/02/2020.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. **Direito & Práxis Revista**. V. 4, n. 7, Rio de Janeiro, 2013. P. 85 – 121.

MOTTA, Fabrício. **Publicidade e transparência são conceitos complementares**. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>. Acesso em: 04/01/2020.

NEDEL, Wagner Luís; SILVEIRA, Fernando da. Os diferentes delineamentos de pesquisa e suas particularidades na terapia intensiva. **Revista Brasileira de Terapia Intensiva**. Porto Alegre, 2016, n. 28, v. 3.

NOVELINO, Marcelo. **A Influência da Opinião Pública no Comportamento Judicial dos Membros do STF**. P. 267.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Judiciário e Política no Brasil contemporâneo: um retrato do Supremo Tribunal Federal a partir da cobertura do jornal Folha de São Paulo**. Revista de Ciências Sociais. V. 60, n. 4. Rio de Janeiro, 2017. P. 937-975.

PELUSO, Cezar; FONTAINHA, Fernando de Castro; SILVA, Angela Moreira Domingues da; ALMEIDA, Fábio Ferraz de (Orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.4. Escola de Direito do Rio de Janeiro da FGV-Rio, 2015.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a Nova Retórica**. São Paulo, Lumen Juris, 2002.

PITKIN, Hanna. Representação: palavras, instituições e ideias. **Lua Nova**. São Paulo, v. 67 2006. P. 15-47.

PITKIN, Hanna F. **El concepto de representación**. Trad. de Ricardo Montoro Romero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; 1985.

PUGLIESE, William Soares; PEREIRA, Ricardo dos Reis. Direitos Fundamentais na tela da TV: uma análise do televisoramento de tribunais no Brasil. **Revista Pensar**, v. 24, n. 2, Fortaleza, 2019, p. 1-12.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**; 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RAWLS, John. **Liberalismo Político**. 2ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

REZEK, Francisco; FONTAINHA, Fernando de Castro; MAFEI, Rafael (orgs.) **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.15: Francisco Rezek. Escola de Direito FGV-Rio, 2016..

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. São Paulo: FGV, 2012.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. As Figuras da Perversão do Direito: para um modelo crítico da pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos – Derechos y Valores**, n. 37. Bogotá D.C., Colômbia, jun/2016. P. 99-124.

ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. **A judicialização da política como meio de participação democrática – uma abordagem teórica para a legitimidade da jurisdição constitucional brasileira**. Curitiba, UFPR, 2012. Dissertação (Mestrado em Direito)

ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. **Suprema (In)dependência: Mecanismos da Relação Entre Governos e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: UFPR, 2018. Tese (Doutorado em Direito).

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas. **Politização e Legitimidade Discursiva do Judiciário na Democracia Constitucional**. Anais do XVII Congresso Nacional do

CONPEDI. Brasília, 2008

RUIBAL, Alba. **The Sociological Concept of Judicial Legitimacy: Notes of Latin American Constitutional Courts**. Mexican Law Review, v. III, n. 2, p. 352-353

SACCHETTO, Thiago. **A natureza comunicativa das cortes constitucionais e as suas interações com a opinião pública**. Cadernos de Pós-Graduação da UFRGS. Porto Alegre, v. XIII, n. 2, 2018, p. 194-216.

SADEK, Maria Tereza. **Reforma do Judiciário**. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. Rio de Janeiro, 2010.

SALGADO, Eneida Desiree. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. **Tomo Direito Administrativo e Constitucional**. 1ª. Ed. São Paulo, 2007. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/37/edicao-1/principio-da-publicidade>. Acesso em: 05/02/2020.

SALGADO, Eneida Desiree. **Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 117, dez/2018, Belo Horizonte, dez/2018. P. 198.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. **O exercício da colegialidade no Supremo Tribunal Federal: entre a construção social do discurso e as práticas judiciárias**. Rio de Janeiro, 2017. Tese (Doutorado em Direito). PUC-RJ. P. 228

SANTOS, Daniela Martins dos. **TV Justiça: STF em cena**.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados. 11ª ed, p. 25.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. In: Cláudio Pereira de Souza Neto. (org.). A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 117

SCHAFER, Jairo. **Restrições a Direitos Fundamentais**. Tese de Mestrado (UFSC), Florianópolis, 2000. P. 119.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**. Ponto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editora, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. Presidencialismo de Coalizão: democracia e governabilidade no Brasil. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, v. 20, n. 20, jul/2016. P. 253-299.

SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: Campos de Tensão. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 6, p. 1-10, 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo; PEREIRA, Ricardo dos Reis. **Crítica à argumentação pró-**

**aborto de John Rawls: contrabando de doutrinas abrangentes e potencialidade moral.** TeRCi. Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, jan/jul 2018.

SCHIER, Paulo Ricardo. A objeção central ao princípio da proporcionalidade no contexto do direito brasileiro. **Revista de Direito Público Contemporâneo.** Rio de Janeiro, a. 1, v. 1, n. 1, 2017, p. 28-35.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Déficit de deliberação.** Pesquisa FAPESP. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/2016/05/19/deficit-de-deliberacao/>. Acesso em: 05/02/2020.

SILVA, Virgílio Afonso. **Do we deliberate? If so, how?** European Journal of Legal Studies. V. 9, n. 2...

SILVA, Virgílio Afonso da. **“Um voto qualquer”? O papel do ministro relator na deliberação do Supremo Tribunal Federal.** Revista de Estudos Institucionais, v. 1, n. 1, 2015

SILVA, Virgílio. **Deciding without deliberating.** International Journal of Constitutional Law. V. 11, n. 3, 2013, p. 573-574.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** São Paulo: Malheiros.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública.** Revista de Direito Administrativo.

SILVA, Virgílio Afonso da; MENDES, Conrado Hübner. **Entre a transparência e o populismo judicial.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz1105200908.htm>. Acesso: 01/11/2018.

SILVA, Rui Sampaio da. **Wittgenstein e a Comunicação.** Filosofias da Comunicação. Covilhã, Portugal: Labcom, 2011. P. 229. Disponível em: [http://www.labcom-ifp.ubi.pt/ficheiros/20111220-santos\\_filosofias\\_da\\_comunicacao.pdf](http://www.labcom-ifp.ubi.pt/ficheiros/20111220-santos_filosofias_da_comunicacao.pdf). Acesso em: 01/02/2020.

SILVA, Diego Bacha; BAHIA, Alexandre Gustavo de Melo. **Pensar a legitimidade da jurisdição constitucional em tempos de crise de política.** Revista Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, v. 19, n. 1, abril/2018. P. 180

SILVEIRA, Rodrigo Mansour Magalhães da, **A publicidade e suas limitações – a tutela da intimidade e do interesse social na persecução penal.** São Paulo, 2010. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria Constitucional Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 97-147

THOMÉ, Clarissa. **Entrevista com Joaquim Falcão.** Estadão, 3 de novembro de 2015. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,interacao-do-stf->

com-a-sociedade-veio-para-ficar,10000002044. Acesso em: 01/01/2018.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Accountability e Independência Judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Revista de Sociologia Política, v. 21, n. 45, Curitiba, 2-13, P. 30.

URBINATI, Nádia. O que torna a representação democrática? **Revista Lua Nova**, São Paulo, 2006, n. 67, p.191-228.

VALADARES, André Garcia Leão Reis. **A deliberação nos tribunais: a formação da decisão por órgãos colegiados**. Dissertação de Mestrado (UFMG), 2017.

VALE, André Rufino do. Argumentação Constitucional. **Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese de Doutorado (UnB-Universidade de Alicante). Brasília-Alicante, 2015.

VIEIRA, Carolina Fontes Entre o Direito e a Política: limitação e legitimidade da atuação jurisdicional. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional**. Curitiba: RT, 2019, p. 189.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, v. 4, São Paulo, P. 442.  
ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo, RT, 1995, p. 42

VIANNA, Luiz Werneck. **Poder Judiciário, "Positivção" do Direito Natural e Política**. Corpo e Alma da Magistratura Brasileira.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social, v. 19, n. 2, 2007.

VOERMANS, Wim. **Judicial transparency furthering public accountability for new Judiciaries**. Utrecht Law Review, v. 3, n. 1, 2007.

YESAWICH JR. Paul J. **Televising and Broadcasting Trials**. Cornell Law Review, 1952.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Ductil**. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007.

ZARONI, Bruno Marzullo. Transparência e confidencialidade na deliberação judicial: ponderações sobre o processo decisório do STF. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. **Processo Constitucional**. São Paulo, 2019,

ZARONI, Bruno Marzullo, Deliberação e **Julgamento Colegiado: uma análise do processo decisório do STF**. Tese de Doutorado (UFPR), Curitiba, 2015. P. 238

