



Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor¹

Decisional technique and institutional dialogue: deciding less to deliberate better

Técnica decisoria y diálogo institucional: decidir menos para deliberar mejor

Luiz Guilherme Marinoni²

Universidade Federal do Paraná (Curitiba, PR, Brasil)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7891-3083>

E-mail: guilherme@marinoni.adv.br

Resumo

O texto analisa a técnica decisória constitucional com o fim de reforçar o diálogo institucional. Mediante o emprego do método histórico-comparado, busca-se demonstrar que, quando a Corte percebe a necessidade de aguardar o resultado da deliberação popular e parlamentar, lhe é legítimo decidir sem aprofundar a

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. *Suprema*: revista de estudos constitucionais, Brasília, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan./jun. 2022.

² Prof. Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná mediante a defesa da tese intitulada “Tutela Inibitória”. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Fez estágio de pós-doutoramento na Universidade Estatal de Milão (Itália). Foi Visiting Scholar na Columbia University (EUA) e na Fordham University (EUA). Possui mais de 40 livros publicados no Brasil, mais de vinte deles publicados em outros países da América e da Europa. Tem diversos artigos publicados nas mais respeitadas revistas internacionais, como, por exemplo, *ZZPInt Zeitschrift für Zivilprozess*, *International Journal of Procedural Law*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, *Rivista di Diritto Processuale* e *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. É Diretor da Revista Iberoamericana de Derecho Procesal (Espanha). É membro do Conselho Consultivo do *International Journal of Procedural Law (IAPL)*, do Conselho Editorial da Revista “*Undecidabilities and Law. The Coimbra Journal for Legal Studies*” (Universidade de Coimbra), do Conselho Científico da Revista “*Ius Dictum*” (Universidade de Lisboa), do Conselho Editorial da Revista de Derecho Procesal (Argentina), assim como de várias outras revistas brasileiras e internacionais. Foi premiado duas vezes com o Prêmio Jabuti (2009 e 2017) e indicado ao Prêmio em outras três vezes (2007, 2010 e 2016). É Membro Honorário do Presidium da *International Association of Procedural Law*, tendo sido seu Vice Presidente, e atual Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Foi Assessor da Câmara dos Deputados durante a tramitação do Projeto de Código de Processo Civil. Foi colaborador estrangeiro quando da elaboração do Código de Processo Constitucional e da reforma do Código de Processo Civil do Peru. É consultor Internacional do Projeto “*Principles of Transnational Civil Procedure*” (American Law Institute e UNIDROIT). É membro do Conselho de Juristas indicado pela Câmara dos Deputados para a unificação da legislação sobre o direito processual constitucional. Recentemente, pediu exoneração na Universidade Federal do Paraná para poder se dedicar ainda com maior vigor à produção científica, à atividade acadêmica dentro e fora do país e aos Institutos internacionais de que participa. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1586696283161969>.

discussão teórica sobre a questão carente de deliberação. A fundamentação se vale de importantes posições doutrinárias e de relevantes decisões da Corte do Segundo Circuito e da Suprema Corte dos Estados Unidos, considerando-se especificamente a técnica do *second look* e o minimalismo, de Cass Sunstein. O objetivo é demonstrar que a Corte, sem inibir a deliberação que lhe é imprescindível para decidir questão de maior amplitude, tem meios para decidir pela (in)constitucionalidade, tutelando os direitos durante o tempo do diálogo constitucional.

Palavras-chave

Democracia deliberativa; Diálogo institucional; Minimalismo; *Second look*; Virtudes passivas.

Sumário

1. Introdução. 2. O *second look* como virtude passiva e decisão que oferece oportunidade ao diálogo institucional. 3. A questão da eutanásia nas Cortes estadunidenses: entre o *second look* e o minimalismo. 4. Bases para a construção de uma decisão constitucional dialógica no Brasil. 4.1. Primeiras palavras. 4.2. Quando a lei impugnada não contempla a questão constitucional que demanda interpretação com base nos direitos fundamentais. 4.3. A decisão dialógica como técnica processual. 5. Conclusão.

Abstract

The paper analyzes constitutional decision-making technique with the purpose of strengthening institutional dialogue. Through the use of the historical-comparative method, it seeks to demonstrate that when the Court perceives the need to wait for the result of popular and parliamentary deliberation, it is legitimate to decide without deepening the theoretical discussion on the issue that needs deliberation. The rationale draws on important doctrinal positions and relevant decisions from the Second Circuit Court and the United States Supreme Court, specifically considering *second look* technique and Cass Sunstein's minimalism. The goal is to show that the Court, without inhibiting the deliberation that is indispensable to decide a larger question, has the means to decide on (un)constitutionality, protecting rights during the constitutional dialogue.

Keywords

Deliberative democracy; Institutional dialogue; Minimalism; *Second look*; Passive virtues.

Contents

1. Introduction. 2. The “second look” as a passive virtue and decision that offers an opportunity for institutional dialogue. 3. The issue of euthanasia in the US Courts: between the “second look” and minimalism. 4. Basis for the construction of a dialogic constitutional decision in Brazil. 4.1. Introduction. 4.2. When the contested law doesn’t reaches the constitutional issue that demands interpretation based on fundamental rights. 4.3. The dialogic decision as a procedural technique. 5. Conclusion.

Resumen

El texto analiza la técnica decisoria constitucional con el fin de reforzar el diálogo institucional. Mediante el empleo del método histórico-comparado, se busca demostrar que cuando la Corte percibe la necesidad de aguardar el resultado de la deliberación popular y parlamentaria, le es legítimo decidir sin profundizar la discusión teórica sobre la cuestión carente de deliberación. La fundamentación se vale de importantes posiciones doctrinarias y de relevantes decisiones de la Corte del segundo circuito y de la Corte Suprema de los Estados Unidos, considerándose específicamente la técnica del second look y el minimalismo de Cass Sunstein. El objetivo es evidenciar que la Corte, sin inhibir la deliberación que le es imprescindible para decidir la cuestión de mayor amplitud, tiene medios para decidir por la (in)constitucionalidad, tutelando los derechos durante el tiempo del diálogo constitucional.

Palabras clave

Democracia deliberativa; Diálogo institucional; Minimalismo; Second look; Virtudes pasivas.

Índice

1. Introducción. 2. El second look como virtud pasiva y decisión que ofrece la oportunidad de diálogo institucional. 3. La cuestión de la eutanasia en las Cortes estadounidenses: entre el second look y el minimalismo. 4. Bases para la construcción de una decisión constitucional dialógica en Brasil. 4.1. Primeras palabras. 4.2. Cuando la ley impugnada no contempla la cuestión constitucional que exige una interpretación basada en los derechos fundamentales. 4.3. La decisión dialógica como técnica procesal. 5. Conclusión.

1. Introdução

Não existe mais motivo para discutir a respeito de eventual monopólio sobre a interpretação constitucional. A Constituição não tem como ser interpretada a distância da participação das pessoas e de todas as instituições públicas³.

Assim, o controle de constitucionalidade proporciona um importante problema teórico quando obriga o Judiciário, em face dos novos fatos sociais, a se basear em dispositivos constitucionais indeterminados para decidir uma questão constitucional. Nessas situações, a Corte sempre tem a possibilidade de atribuir à Constituição significados outrora não imaginados.

Não se pretende insistir na importância de não resolver os desacordos morais razoáveis precipitadamente para se assegurar a estabilidade social, o respeito mútuo e a reciprocidade. Objetiva-se traçar as linhas de uma decisão que permita a Corte decidir pela (in)constitucionalidade e, ao mesmo tempo, estimular a deliberação necessária para a legítima e adequada interpretação constitucional.

Diante das estratégias decisórias capazes de guardar espaço para a deliberação popular e das demais instituições públicas – como, por exemplo, o não reconhecimento da repercussão geral –, importa lembrar que a impugnação da validade das leis pode colocar nas mãos da Corte uma questão ainda não devidamente discutida pelas pessoas e cogitada pelo Parlamento. Nesse caso, decidir sem aprofundar a discussão teórica sobre os direitos fundamentais permite resguardar a devida deliberação.

O método histórico-comparado favorece uma elaboração dogmática capaz de traçar as linhas de um tipo de decisão que, sem deixar de tutelar a Constituição, estimula a continuação da deliberação constitucional. Importantes contribuições doutrinárias e jurisprudenciais estadunidenses colaboram para a demonstração da racionalidade de uma decisão provisória ou limitada que, resguardando o diálogo constitucional, não descarta a tutela adequada da Constituição brasileira⁴.

³ Sobre a relação entre controle de constitucionalidade, teoria democrática e diálogo institucional, ver, entre outros: BARBOZA, 2007; BRANDÃO, 2018; CAMPOS, 2014; CLÈVE; LORENZETTO, 2021; CRUZ, 2004; DIXON, 2019; FERREJOHN, 2002; GLAZER, 1975; GODOY, 2017; HIRSCHL, 2007; KRAMER, 2005; LEITE, 2021; LIMA, 2003; MENDES, 2008a; MENDES, 2008b; MORAES, 2021; OLIVEIRA, 2016; SOUZA NETO, 2006; TUSHNET, 1999; TUSHNET, 2008; VERBICARO, 2019; VICTOR, 2015; ZURN, 2007.

⁴ VAN HOECKE; WARRINGTON, 1998.

Se o que se propõe é um tipo de decisão capaz de privilegiar o diálogo, isso não será feito sem a demonstração das razões que justificam uma decisão que não aprofunda a discussão teórica sobre determinadas questões constitucionais, bem como sem a proposta de uma forma capaz de garantir à Corte, quando necessário, a gestão do tempo para a concretização da deliberação.

Diante de tudo isso, em síntese, objetiva-se não só demonstrar que a Corte não deve decidir questão constitucional carente de deliberação popular e parlamentar, mas também que a Corte pode decidir pela (in)constitucionalidade em meio do tempo necessário ao aperfeiçoamento do diálogo constitucional.⁵

2. O *second look* como virtude passiva e decisão que oferece oportunidade ao diálogo institucional

Talvez a forma mais clara de decisão dialógica, encontrada no direito estadunidense, esteja presente no chamado *second look*. Propor um *second look* é, a princípio, decidir pelo envio da questão à análise do Parlamento, de modo que também é *não decidir* determinada questão constitucional. Porém, a decisão que defere o *second look*, embora não decida a respeito da questão constitucional que deflui da impugnação da lei, declara a inconstitucionalidade de modo *provisório*. Isso significa que o *second look* adota a técnica de decidir sem o aprofundamento teórico da questão com base nos direitos fundamentais. Há uma decisão que não decide a questão que requer maior aprofundamento da deliberação popular e parlamentar, evitando-se o aprofundamento teórico com base nos princípios, porém decide provisoriamente sobre a invalidade da lei.

A admissão de um *second look* é consequência da percepção de que a questão constitucional ainda não está madura para ser decidida. A técnica do *second look*, portanto, tem origem no conceito de virtude passiva, traçado por Alexander Bickel (1986) para demonstrar que o poder de não decidir da Corte é tão relevante quanto o de afirmar a (in)constitucionalidade. A doutrina das virtudes passivas é centrada na ideia de que não decidir, em determinadas situações, é indispensável para a Corte não se precipitar e poder dialogar com a sociedade e com as instituições públicas em proveito do encontro de uma solução aceitável em face dos princípios (BICKEL, 1986, p. 111 *et seq.*).

⁵ MARINONI, 2021, p. 139-258.

No entanto, o *second look*, ao contrário da decisão que não admite o *certiorari*, não exige a Corte de decidir. Decide-se sobre a constitucionalidade, mas não com base nos princípios ou nos direitos fundamentais, mediante uma teorização aprofundada. Não aprofundar a discussão com base nos princípios é uma forma de decidir provisoriamente, deixando-se aberto o caminho para a deliberação. Sem dúvida, é uma forma de decidir que também encontra respaldo no minimalismo de Sunstein (2007b, p. 12), especialmente quando o jurista evidencia os benefícios dos acordos teóricos não aprofundados.

A decisão da Corte, ao não aprofundar a análise da questão a partir das cláusulas abertas da Constituição, reconhece a possibilidade de o Parlamento reafirmar ou alterar a lei, editando outra, de modo que a decisão de inconstitucionalidade, nessa dimensão, terá validade até o pronunciamento do Legislativo.

Em virtude de a decisão da Corte ser provisória, o tempo está a iluminar a sua conduta. A Corte estende o seu tempo para decidir, adiando a sua intervenção para depois da discussão popular e da manifestação do Legislativo, quando lhe será possível invalidar, sustentar ou corrigir a decisão parlamentar, agora inclusive a partir do aprofundamento da análise da questão constitucional. Dessa maneira, a Corte tem a possibilidade de decidir adequadamente e sem interferir sobre o processo democrático.

Nos Estados Unidos, a técnica do *second look* passou a figurar com frequência nas Cortes na década de 90 do século passado. A ideia de *second look*, como acabou sendo desenvolvida, tem relação com a doutrina de Guido Calabresi. Calabresi (1982), em seu conhecido livro *A Common Law for the Age of Statutes*, preocupado com a relação entre as leis e o *common law*, argumentou que os Tribunais deveriam reenviar ao Legislativo regras incompatíveis com o *common law*, independentemente de existir um direito fundamental envolvido. A preocupação inicial de Calabresi (1982), assim, não tinha relação com o *judicial review* ou com a inconstitucionalidade das leis.

Calabresi (1991), aliás, ao escrever texto em que critica o ativismo da Corte Rehnquist e apresenta alternativas para o que chama de *judicial review* marcado pela *judicial supremacy*, observa que muitos confundiram a teoria desenvolvida em *A Common Law for the Age of Statutes* com a sua ideia de “*judicial enforcement of constitutional accountability*” (CALABRESI, 1991, p. 80-151). Essa última, a despeito de relacionada com a teoria primitiva, propõe um *controle de constitucionalidade*

que abre oportunidade para o reenvio da questão constitucional ao Parlamento, forçando-o a uma segunda análise da lei com os olhos da população.

Enquanto o argumento desenvolvido por Calabresi (1982) em *A Common Law for the Age of Statutes* é centrado sobre a *common law accountability*, a sua análise do *judicial review* claramente propõe um problema de *constitutional accountability* (CALABRESI, 1991). A partir da premissa de que tanto o Legislativo quanto o Judiciário podem abusar do poder de tutelar os direitos fundamentais, são abordados quatro modelos de *judicial review*. Em essência, o objetivo é colocar às claras os riscos de um modelo centrado na supremacia do Judiciário ou no monopólio judicial da interpretação da Constituição.

Calabresi (1991) adverte que os legisladores frequentemente atuam de modo precipitado, ou sem pensar adequadamente nos direitos fundamentais, em virtude de crises ou simplesmente por pressão do tempo. Outras vezes, escondem violações a direitos mediante uma linguagem vaga ou inapropriada e, em não poucas ocasiões, realizam delegações a burocratas destituídos de responsabilidade popular. Além disso, o Parlamento não raramente deixa de se preocupar com leis antigas que, caso analisadas com o devido rigor, não se adaptariam a preceitos fundamentais. Em todas essas situações, estaria presente uma quebra da *accountability* que afeta os direitos fundamentais, dando origem a fracassos de *constitutional accountability* (CALABRESI, 1991, p. 104).

Havendo quebra de *constitutional accountability*, deve a Corte declarar a inconstitucionalidade e, além disso, apresentar “*provisional definitions of fundamental rights*”. A possibilidade de a Corte definir provisoriamente os direitos, embora possa ser mal compreendida, objetiva favorecer o processo democrático e permitir que aqueles que foram eleitos e têm responsabilidade popular se pronunciem.

Os resultados benéficos das decisões provisórias são proporcionais à oportunidade de efetiva participação popular e de diálogo entre as instituições. Lembra-se, assim, da Constituição da Califórnia⁶, que permite emenda mediante referendo de iniciativa popular. Como a Constituição californiana pode ser facilmente emendada mediante referendo, o efeito de uma decisão de

⁶ CALIFÓRNIA. [Constitution (1879)]. *Constitution of the State of California*. Sacramento: California State Senate, [2019]. Disponível em: https://www.senate.ca.gov/sites/senate.ca.gov/files/california_constitution_2019-20_0.pdf. Acesso em: 30 maio 2022.

inconstitucionalidade da Suprema Corte do estado não seria muito diferente ao da decisão que reenvia para um “segundo olhar”. Na verdade, nesse caso o reenvio seria muito mais para a população – advertida pela Corte – do que para o Legislativo.

Recorda-se, além disso, do que ocorreu diante dos casos *Furman v. Georgia*⁷ e *Gregg v. Georgia*⁸, ambos relacionados à pena de morte. Após a Suprema Corte dos Estados Unidos declarar a inconstitucionalidade dos procedimentos destinados à aplicação da pena de morte em *Furman v. Georgia*, o estado da Geórgia alterou as suas leis para obedecer às exigências da Corte.

Em *Furman*, cinco *Justices* declararam que a decisão que aplicou a pena de morte era inconstitucional, tendo os outros quatro se manifestado pela constitucionalidade. Porém, entre os cinco *Justices* que se posicionaram em favor da inconstitucionalidade, dois sustentaram que a pena de morte era, em si mesma, inconstitucional – *cruel and unusual punishment* –, e três declararam que os procedimentos legais que regulavam a aplicação da pena eram inconstitucionais. Os três *Justices* que atribuíram inconstitucionalidade aos procedimentos do estado da Geórgia não decidiram se a pena de morte seria inconstitucional em outra circunstância, ou seja, numa situação não marcada pela inconstitucionalidade do procedimento legal.

Passado algum tempo, observada a decisão da Suprema Corte pelo Legislativo estadual e eliminada a inconstitucionalidade (do procedimento) apontada em *Furman*, a Suprema Corte voltou a ser chamada para julgar a questão da inconstitucionalidade da pena de morte em *Gregg v. Georgia*. Solicitou-se a aplicação do precedente firmado em *Furman*, o qual, na interpretação de *Gregg*, teria declarado a inconstitucionalidade da pena de morte mediante qualquer meio ou procedimento. A Corte, analisando o precedente, declarou que a sua *ratio* estaria apenas na inconstitucionalidade do procedimento para a aplicação da pena, uma vez que somente isso teria sido decidido pelos cinco *Justices* que concorreram para a decisão majoritária. Assim, decidiu-se em *Gregg* que o novo procedimento legal da Geórgia estava isento das inconstitucionalidades

⁷ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Furman v. Georgia**: 408 U.S. 238 (1972). U.S. Certiorari to the Supreme Court of Georgia No. 69-5003. Argued January 17, 1972. Decided June 29, 1972.

⁸ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Gregg v. Georgia**: 428 U.S. 153 (1976). Certiorari to the Supreme Court of Georgia No. 74-6257. Argued March 31, 1976. Decided July 2, 1976.

apontadas em Furman, declarando-se que a imposição da pena de morte com base na nova legislação estadual era constitucionalmente admissível⁹.

Este quadro – lembrado por Calabresi (1991, p. 105) – é significativo para quem está preocupado em explicar a lógica de uma decisão que abre oportunidade ao diálogo. A decisão tomada em Furman, ao declarar vício de inconstitucionalidade no procedimento para a execução da pena de morte, foi prontamente observada pelo Legislativo estadual, daí derivando legislação que, posteriormente, foi reconhecida como constitucional pela Corte.

Nos anos seguintes ao precedente firmado em Furman, trinta e sete estados editaram leis com o objetivo de atender às preocupações da Suprema Corte em relação a arbitrariedades e discriminações na imposição da pena de morte. Ainda que várias dessas leis tenham sido reconhecidas constitucionais, nem todas assim o foram, como, por exemplo, as dos estados da Luisiana e da Carolina do Norte.

Isso deixa ver que o diálogo entre o Judiciário e os Legislativos estaduais, importante ao ter produzido leis capazes de evitar arbitrariedades e efeitos discriminatórios, terminou na Corte. Em outras palavras, houve um *second look* por parte das várias legislaturas estaduais, o qual, contribuindo para o aperfeiçoamento da legislação nos termos do precedente constitucional, não deixou a Corte a distância da verificação de se as decisões parlamentares tinham atendido as suas prescrições.

Calabresi (1991, p. 105), ao se voltar para esses dois casos, diz que o Legislativo teve a *last word*. Considerando-se que prevaleceram as novas leis estaduais, é possível reconhecer uma última palavra no Legislativo. Entretanto, quando a decisão da Corte tem impacto sobre a ação do Parlamento, não importa saber de quem é a última palavra. Embora o Legislativo possa não atender, ou atender indevidamente, a determinação da Corte, sujeitando-se à nova decisão judicial, ou a Corte possa se convencer diante da nova proposta parlamentar, a abertura para a participação popular e do Parlamento na formulação da decisão

⁹ Não fosse o vício – particular ao *common law* – de se pretender extrair precedente de toda e qualquer decisão da Corte, não existiria obsessão para definir uma *ratio* diante de uma decisão plural ou de uma decisão em que nenhuma *opinion* claramente prevalece. Bastaria deixar de lado a ideia de pretender ver em toda e qualquer decisão da Corte uma regra capaz de regular os casos futuros.

comprometida com a Constituição é o que assume relevância para a configuração do diálogo institucional e do compartilhamento da interpretação constitucional.

Por isso, é importante sublinhar o que está na raiz da preocupação com o *second look*. O problema tem início na indeterminação do significado de alguns dispositivos da Constituição e na possibilidade, daí decorrente, de que a Corte institua direitos e invalide as leis a despeito da vontade da população e do processo democrático. Consequência disso é a necessidade da rejeição da interpretação constitucional em que impera apenas e tão somente a vontade do Judiciário, retirando-se a população e as demais instituições da condição de passivos assistentes do papel desempenhado pelos juízes. O resultado é a abertura à participação popular e à presença do Parlamento no processo de atribuição de significado à Constituição, garantida pela técnica do *second look* especialmente quando há carência de deliberação popular e parlamentar.

O receio de um *judicial review* que se contraponha à teoria democrática, como se sabe, pode favorecer teses no sentido de que uma interpretação originalista dos dispositivos constitucionais (SCALIA, 1997, p. 45 *et seq*), ou mesmo apenas de uma parte da Constituição (SCHAUER, 2004, p. 1045-1068), pode fundamentar o controle de constitucionalidade. O problema é que essas teses são incapazes de permitir a adequada salvaguarda dos direitos, daí surgindo a necessidade de fazer o controle de constitucionalidade também funcionar a partir de outras perspectivas, como, por exemplo, a da segunda análise parlamentar a partir dos olhos da população.

Porém, ver o controle de constitucionalidade a partir do ângulo do diálogo constitucional não exige excluir o uso da forma usual de controle quando em jogo as categorias de direitos – cuja centralidade está presente na tradição constitucional estadunidense – em que se incluem muitos dos chamados direitos estruturais e enumerados. Os dispositivos constitucionais que delineiam a estrutura básica do exercício do poder do Estado, assim como os direitos como a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e a liberdade de religião, afirmados na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, merecem uma forma de tutela judicial incisiva ou forte, que certamente não pode ser excluída pela ideia de *second look* ou pela decisão que reenvia a questão a uma segunda análise do legislador.

O *second look* é adequado aos *penumbral rights*, ou seja, aos direitos que são criados pela Corte na zona de penumbra das cláusulas constitucionais

indeterminadas ou dos direitos fundamentais. Os direitos enumerados, no entanto, não podem se submeter a uma estratégia de tutela judicial que só permita a solução do impasse de constitucionalidade após o *second look*. Isso provocaria uma inevitável erosão desses direitos, obviamente não justificável nem desejável. Haveria prejuízo não apenas quando o Legislativo não confirmasse os direitos, mas também quando os confirmasse, e, no que diz respeito aos direitos estruturais, haveria até mesmo uma contradição em falar em *second look* (CALABRESI, 1991, p. 135), já que o Legislativo e o Executivo dependem da higidez desses direitos.

Entretanto, enfatizar a importância da forma típica de controle de constitucionalidade para a tutela dos direitos enumerados e estruturais não permite deixar de prestar atenção à necessidade da sua limitação em casos de *penumbral rights*, evitando-se a reprise do ativismo que, em vários momentos, já marcou a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para tanto, bem vistas as coisas, bastaria que a própria Corte percebesse os perigos da autocracia judicial e reconhecesse a possibilidade de tutela dos direitos mediante a proteção contra a discriminação e por meio de uma postura aberta à participação e ao diálogo (CALABRESI, 1991, p. 135 *et seq.*).

3. A questão da eutanásia nas Cortes estadunidenses: entre o *second look* e o minimalismo

O *second look* teve espaço fundamental na decisão proferida pela Corte do Segundo Circuito em *Quill v. Vacco*¹⁰. Nesse caso, impugnou-se lei do estado de Nova Iorque que criminalizava o suicídio assistido. Guido Calabresi tomou parte do colegiado que decidiu o caso, apresentando *opinion* concorrente que reforçou o resultado unânime no sentido da inconstitucionalidade da lei estadual.

No ano de 1996, tanto a Corte do Segundo Circuito quanto a Corte do Nono Circuito trataram de casos em que foram impugnadas leis que criminalizavam o suicídio assistido, mas com o *claro objetivo de analisar a questão da eutanásia*. Enquanto a Corte do Nono Circuito declarou a inconstitucionalidade com base na cláusula do *due process*, a Corte do Segundo Circuito declarou a lei inconstitucional com fundamento na cláusula da *equal protection*.

¹⁰ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Quill v. Vacco*: 80 F. 3d 716, 2d Cir. (1996). Docket No. 95-7028. Argued September 1, 1995. Decided April 2, 1996.

A Corte do Nono Circuito, ao partir da premissa de que o *due process* garante o *right of privacy*, frisou a opinião subscrita pelos Justices Kennedy, Souter e O'Connor em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*¹¹ – um caso relativo à questão do aborto –, em que se disse que as escolhas íntimas e pessoais das pessoas, vistas como imprescindíveis à sua autonomia e autodeterminação, estão garantidas pela liberdade protegida pelo *due process*. A partir daí, aproximando a questão do aborto a do suicídio assistido, a Corte extraiu do devido processo legal um *right of privacy* em que também estaria presente uma liberdade de se suicidar ou um “direito de morrer”.

De outra parte, a Corte do Segundo Circuito¹² declarou que declinava o convite realizado pelos demandantes para identificar um *new fundamental right* na ausência de uma clara direção da Suprema Corte em relação aos precedentes que deveriam ser seguidos, rejeitando a aplicação do precedente firmado em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*. Nesse momento, aliás, a Corte do Nono Circuito invocou outro precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos, estabelecido em *Collins v. City of Harker Heights*¹³, em que esta declarou a sua relutância em expandir o conceito de devido processo legal em virtude de os indicativos para uma decisão judicial responsável, nessa “desconhecida área”, serem muito escassos e indeterminados.

Não obstante, a Corte aplicou a cláusula da *equal protection*. Considerando que a legislação do estado de Nova Iorque admitia que o doente terminal podia recusar assistência médica para ser mantido vivo, perguntou a Corte se haveria, diante dessa autorização legal, justificativa legítima para não se permitir ao doente ter acesso a remédios capazes de lhe permitir morrer, solicitando a sua prescrição ao médico. Ao concluir que não havia um interesse estatal legítimo nessa diferenciação, a Corte declarou a lei inconstitucional por violação da *equal protection clause*¹⁴.

¹¹ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey, Governor of Pennsylvania et al.*: 505 U.S. 833 (1992). Certiorari to the United States Court of Appeals for the Third Circuit No. 91-744. Argued April 22, 1992. Decided June 29, 1992.

¹² ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Quill v. Vacco*: 80 F. 3d 716, 2d Cir. (1996). Docket No. 95-7028. Argued September 1, 1995. Decided April 2, 1996.

¹³ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Collins v. City of Harker Heights*: 503 U.S. 115, 125 (1992). Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit No. 90-1279. Argued November 5, 1991. Decided February 26, 1992.

¹⁴ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Quill v. Vacco*: 80 F. 3d 716, 2d Cir. (1996). Docket No. 95-7028. Argued September 1, 1995. Decided April 2, 1996.

A *opinion* do *Judge Calabresi*, apesar de concorrer para a decisão de inconstitucionalidade, tem um fundamento totalmente diverso da *opinion* subscrita pelos *Judges Miner e Pollack*, lastreada na igualdade. Ainda que a *opinion* majoritária tenha expressamente lembrado que o direito de recusar medicamentos e assistência médica era há muito tempo reconhecido no estado de Nova Iorque, tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário, o *Judge Calabresi* entendeu não existir razão para se decidir com base numa cláusula constitucional aberta.

Calabresi (1982, p. 65 *et seq*) mostrou-se impressionado com a idade da lei impugnada como inconstitucional, o que lhe permitiu reproduzir a sua preocupação com as leis obsoletas ou em desuso. O *Judge* iniciou a sua *opinion* lembrando que a lei em discussão nasceu *em outra época*, tendo o estado de Nova Iorque editado a sua primeira lei, proibindo o suicídio assistido, em 1828. Essa lei punia qualquer pessoa que ajudasse alguém a se suicidar, relacionando-se ao crime de suicídio, descrito por uma Corte da época como um “ato criminoso de autodestruição”. Observou Calabresi que a lei de 1881 afirmou que o suicídio constituía um *grave public wrong*, sancionando a assistência ao suicídio, a tentativa de suicídio e a assistência à tentativa, mas que, em 1919, outra lei revogou a punição da tentativa de suicídio, embora deixando a ideia de suicídio como *grave public wrong* em seu devido lugar, restando, a partir daí, a proibição de assistência ao suicídio *on the books*. Demonstrou-se ainda que, após 1919, não houve caso de condenação de médico por assistência a suicídio no estado de Nova Iorque e que foram editadas leis contemporâneas admitindo a possibilidade do não uso de técnicas capazes de manter a vida.

Com base nesse relatório, Calabresi afirmou que a lei não apenas deixou de ser aplicada, caindo em desuso, mas que os seus fundamentos haviam sido desgastados nos últimos cento e cinquenta anos *e que o Legislativo há muito silenciara a respeito*. Reconhecendo que isso seria bastante para criar dúvidas sobre a atual sustentação da lei, Calabresi esclareceu que nem os precedentes da Suprema Corte, nem a tradição constitucional ou a linguagem da Constituição seriam suficientes para torná-la inválida¹⁵.

Assim, Calabresi passou a demonstrar o que uma Corte deveria fazer quando, não obstante a falta de contemporânea sustentação popular e parlamentar, uma lei não pode ser declarada inconstitucional a partir do que dizem

¹⁵ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Quill v. Vacco*: 80 F. 3d 716, 2d Cir. (1996). Docket No. 95-7028. Argued September 1, 1995. Decided April 2, 1996.

a Constituição e os precedentes constitucionais. Quando uma lei não é claramente constitucional ou inconstitucional, a Corte não deve decidir na falta de *atuais e expressas* manifestações da população e das autoridades eleitas. Se não se sabe o que a população e o Parlamento efetivamente desejam, não há motivo para obrigar a Corte a se pronunciar. O reenvio ou o *second look* obrigariam o legislador a decidir de forma *clara e aberta* sobre um tema que deve ser objeto da sua preocupação, restando à Corte a possibilidade de decidir depois da deliberação parlamentar.

O *second look* não apenas permitiria uma decisão mais adequada, já que atenta aos fatos e às questões que devem ser discutidas pelas pessoas, *mas também forçaria os representantes eleitos a cumprirem o seu papel, sublinhando a sua responsabilidade popular*. Ficaria evidenciado que, se o Parlamento deve tutelar situação que depende da interpretação da Constituição, *cabe-lhe fazer isso de modo claro e objetivo, em imediata conexão com as preocupações populares, eliminando-se qualquer motivo capaz de permitir imaginar a possibilidade de a Corte atuar em seu lugar, retirando a responsabilidade nele depositada pelas pessoas*.

Considerando a *opinion* subscrita pelos *Judges* Miner e Pollack, baseada na *equal protection clause*, Calabresi aludiu aos *amici curiae* que afirmaram que o problema estaria na indevida distinção entre o suicídio assistido “ativo” (a prescrição de medicamentos para a interrupção da vida) e o suicídio assistido “passivo” (a retirada, mediante solicitação, de equipamentos que manteriam a vida). Disse, então, que não existia qualquer razão para acreditar que o Legislativo houvesse proibido a prescrição de medicamentos e admitido a retirada de equipamentos a partir da devida análise das duas situações, de modo que a Corte não teria motivo para, desde logo, invalidar a lei. Esse modo de proceder não seria adequado e correto *antes de se dar ao Legislativo oportunidade para se pronunciar acerca dos efeitos das duas leis* e, especialmente, sobre a proibição contida na lei impugnada, inclusive em vista da sua antiguidade *e da falta de posterior debate sobre o tema no Parlamento*.

A *opinion* demonstra que a Corte não deve se pronunciar quando a lei, tendo que ser analisada em face de cláusulas abertas da Constituição, reclama discussão popular e nova análise legislativa. Bem vistas as coisas, exige-se a análise de uma questão constitucional *nova, que obviamente não estava por detrás da lei no momento em que editada*. Porém, deixa-se claro que, quando há suspeita fundada sobre a constitucionalidade de uma lei diante de questão que ainda carece de deliberação, a Corte deve declarar a inconstitucionalidade de modo

provisório, convidando o Parlamento a se posicionar. É relevante lembrar que a *opinion* do *Judge Calabresi*, já nos seus primeiros parágrafos, afirma que “o que não está pronto para ser decidido não deve ser decidido”¹⁶.

Vittoria Barsotti (1999, p. 270) afirma que a *opinion* de Calabresi corresponde a uma virtude passiva nos termos de Bickel (1986, p. 111 *et seq*), na medida em que, ao invés de tomar uma posição sobre a legitimidade da lei do estado de Nova Iorque em face das cláusulas constitucionais, exprime um juízo que poderia “*definirsi interlocutorio*”. Na verdade, o que Calabresi chama de decisão provisória e Barsotti (1999) de juízo interlocutório nada mais é do que a decisão de inconstitucionalidade que estimula a ação ou a conduta do Parlamento. Esta última pode ser, conforme o caso, o silêncio, a reafirmação da lei ou mesmo uma lei um pouco diversa. Quer dizer que esta decisão de inconstitucionalidade obviamente tem uma natureza diferente daquela que é atribuída à decisão de inconstitucionalidade tradicionalmente proferida pela Corte no exercício do *judicial review*. Diante do *second look*, o Legislativo pode reafirmar a lei declarada inconstitucional. Daí o motivo pelo qual Barsotti pergunta, em tom preocupante, quem teria *l’ultima parola*. Em outras palavras, se a Corte pode reenviar a questão ao legislador, dando-lhe oportunidade a um *second look* há que saber se, na hipótese de o legislador “confirmar” a lei, a Corte pode declarar a inconstitucionalidade da “nova lei”. É por conta disso que Barsotti (1999, p. 273-274) indaga “*a chi spetta, insomma, l’ultima parola in questo dialogo*”.

Entretanto, nos termos da *opinion* de Calabresi, a Corte certamente pode tratar da nova lei editada pelo Parlamento. Ao que parece, Barsotti (1999) não percebeu a sutileza do raciocínio desenvolvido. A argumentação do *Judge* não coloca a Corte e o Parlamento em lados opostos, como se o segundo estivesse desafiando uma decisão judicial que, para a autoridade do Judiciário não ser afrontada, necessariamente teria que ser reafirmada. Demonstra-se que a Corte, num primeiro momento, não tem motivo para aprofundar a questão de constitucionalidade e que, diante do reestabelecimento da mesma lei ou da instituição de lei diversa, os juízes obviamente poderão realizar o controle de constitucionalidade com base nos direitos fundamentais.

Portanto, a Corte jamais estará voltando a dizer ou a decidir o que já disse ou decidiu. Ela estará se manifestando pela primeira vez sobre uma questão que,

¹⁶ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Quill v. Vacco**: 80 F. 3d 716, 2d Cir. (1996). Docket No. 95-7028. Argued September 1, 1995. Decided April 2, 1996.

também pela primeira vez, foi objeto de deliberação parlamentar. Aliás, não é por outro motivo que a primeira decisão deve reconhecer a sua intrínseca natureza provisória, de pronunciamento que não decide a questão constitucional.

A decisão não é provisória ou, como sugere Barsotti (1999), *interlocutória*, apenas porque pode ser substituída por uma definitiva ou mesmo porque não é a final. O simples fato de a decisão ser provisória – porque suscetível de ser substituída por outra definitiva – ou interlocutória – porque não é a última no procedimento – é insuficiente para revelar o motivo pelo qual a Corte pode investigar a lei nova, estabelecida pelo Legislativo quando do *second look*.

Embora isso não seja esclarecido por Calabresi, não há como deixar de ver que a decisão provisória, ao oferecer oportunidade para uma segunda análise do Parlamento, não decide a questão constitucional ou, o que é o mesmo, não a decide de modo aprofundado, contentando-se com um “acordo teórico incompleto” (SUNSTEIN, 2007b, p. 12), que também pode ser dito não definitivo (provisório) ou não final (interlocutório) e que, em essência, é não exauriente ou não aprofundado.

Perceber que uma decisão revela um acordo teórico incompleto, ou não é aprofundada, é muito importante para se perceber a realidade. A Corte pode voltar a decidir, ou melhor, pode efetivamente decidir sobre a *nova* lei, exatamente porque nunca devidamente decidiu. Não há uma segunda decisão sobre o que já foi decidido, nem muito menos a reafirmação do que antes se decidiu. Há uma *primeira* decisão diante de uma *nova* lei que resolveu uma questão que jamais fora objeto de deliberação parlamentar ou judicial.

A decisão proferida pela Corte do Segundo Circuito em *Quill v. Vacco* foi levada à Suprema Corte dos Estados, dando origem a *Vacco v. Quill*¹⁷. Embora a Corte tenha resolvido se pronunciar sobre um caso que envolve fatos, complexidade moral e tem grande impacto sobre a sociedade, algumas *opinions* que concorreram ao resultado tiveram nítida preocupação em deixar a questão em aberto.

¹⁷ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Vacco, Attorney General of New York, et al. v. Quill et al.*: 521 U.S. 702 (1997). Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit No. 95-1858. Argued January 8, 1997. Decided June 26, 1997.

A *Justice O'Connor*, por exemplo, ao admitir a importância de pensar na situação do doente terminal que tem intenção de acelerar a sua morte, observou que não podia tratar desse ponto diante da falta de adequada discussão do tema, capaz de elucidar determinados fatos. Seria indispensável contar com esclarecimentos que deveriam ser feitos a partir do debate popular, das discussões e das justificativas nos Legislativos estaduais e nas Cortes inferiores. A posição da *Justice O'Connor* foi reafirmada pela *Justice Ginsburg*, cuja história é simpática ao diálogo¹⁸. *Opinion* similar foi proferida pelo *Justice Souter*, reclamando energicamente soluções legislativas para o assunto¹⁹.

Entretanto, ao contrário da *opinion* do *Judge Calabresi*, que concorreu para a inconstitucionalidade da lei de Nova Iorque, as *opinions* dos *Justices O'Connor*, *Ginsburg* e *Souter* concorreram para a declaração da constitucionalidade da mesma lei. Essa diferença, em uma primeira análise, seria influente sobre a ideia de diálogo. Basicamente, o problema estaria na consequência de se declarar a constitucionalidade, em vez da inconstitucionalidade, quando se deseja estimular o debate popular e ter nova solução parlamentar.

Quando a Suprema Corte dos Estados Unidos decide, estimulando o debate, confrontam-se os vários Parlamentos estaduais, ainda que concretamente se esteja analisando a lei de um único estado. Os *Justices Souter*, *O'Connor* e *Ginsburg* estão preocupados com a ampla discussão popular e com as manifestações dos vários Parlamentos e Cortes estaduais, e não apenas, como ocorreu quando o caso estava sob julgamento na Corte do Segundo Circuito, com o que se passa em um estado. Porém, o que isso teria a ver com a decisão de reconhecer a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da lei?

É certo que, quando se declara a inconstitucionalidade na Suprema Corte dos Estados Unidos, a decisão não afeta apenas a decisão parlamentar em discussão no caso concreto, mas inibe a edição de novas leis com o mesmo conteúdo em qualquer outro estado. Entretanto, isso aqui pouco interessa. O que efetivamente

¹⁸ A *Justice Ginsburg*, ao ser perguntada sobre a decisão proferida em *Roe v. Wade* (ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Roe v. Wade*: 410 U.S. 113 (1973). No. 70-18. Argued December 13, 1971. Reargued October 11, 1972. Decided January 22, 1973) em encontro acadêmico realizado na *Chicago Law School*, declarou que seria melhor que a Corte houvesse se contido e deixado que a decisão a respeito do aborto surgisse a partir da discussão popular e da fluência do processo democrático. Ver ainda GINSBURG (1985, p. 385-386).

¹⁹ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Vacco, Attorney General of New York, et al. v. Quill et al.*: 521 U.S. 702 (1997). Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit No. 95-1858. Argued January 8, 1997. Decided June 26, 1997.

importa, quando se tem em conta uma decisão de inconstitucionalidade e, ao mesmo tempo, não se quer abrir mão do diálogo institucional, é que a decisão não pode resolver a questão constitucional de fundo.

A decisão de inconstitucionalidade, para ser *provisória*, não pode aprofundar a discussão da questão de constitucionalidade à luz da interpretação de um direito fundamental, bastando-lhe demonstrar a suspeita de inconstitucionalidade da lei. A inconstitucionalidade provisória é uma decisão que torna a lei inaplicável sem tocar no ponto que poderia inibir a sua reafirmação pelo Legislativo.

Isso quer dizer que a Suprema Corte também poderia decidir pela inconstitucionalidade, deixando aberta a possibilidade de o Legislativo estadual voltar a se pronunciar sobre o tema. E não se pense que isso não teria a devida eficácia, imaginando-se que a Corte estaria firmando um diálogo apenas com o Legislativo de Nova Iorque sem se conectar com os demais Parlamentos estaduais.

O *second look* não é uma notificação para o Parlamento atuar. A ideia de oferecer oportunidade a segundo olhar exprime uma decisão que reconhece que a questão que se pretende ver decidida ainda não foi devidamente enfrentada. Ora, quando a decisão é proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos, e não por uma Corte inferior em face de uma lei estadual, todos os Legislativos estaduais ficam livres para discutir a questão. Assim, o ponto que realmente tem relevo é o de que, por detrás da decisão, há uma decisão que estimula e direciona o debate popular e a deliberação dos Parlamentos estaduais, sem qualquer pretensão de vincular as decisões a serem tomadas.

Mas qual seria o motivo que teria levado os *Justices* Souter, O'Connor e Ginsburg a declarar a *constitucionalidade* e não a inconstitucionalidade? Saber a real razão concreta que os levou a optar pela decisão de constitucionalidade não tem maior relevância, embora eles provavelmente tenham assim decidido em virtude do temor de deixar o direito à vida destituído de proteção legal²⁰.

De qualquer forma, é possível ligar os pontos ou a *opinion* de inconstitucionalidade do *Judge* Calabresi e a *opinion* dos *Justices* pela constitucionalidade. Os

²⁰ A Suprema Corte, ao julgar o caso, considerou informes de especialistas a respeito das consequências da autorização da eutanásia na Holanda. Alguns dos informes, apresentados pelo defensor da lei, demonstraram o surgimento de inúmeros casos de eutanásia involuntária. Ainda que também tenham sido apresentados informes em sentido oposto, o Justice Souter afirmou a sua preocupação com a situação, concorrendo para a constitucionalidade.

Justices claramente decidiram que os fatos precisariam ser mais bem discutidos pela população, Parlamentos e Cortes estaduais. Mas não afirmaram ou negaram a potencialidade da Constituição para amparar o direito à eutanásia. A decisão de constitucionalidade, portanto, também assumiu natureza provisória.

Tanto a decisão de inconstitucionalidade de Calabresi quanto a decisão de constitucionalidade dos *Justices* Souter, O'Connor e Ginsburg não aprofundam a discussão da questão constitucional, evitando um “acordo teórico completo”. Quer isso dizer que ambas as decisões deixam de declarar um direito ou a sua inexistência para permitirem o prosseguimento da deliberação. Assim, as duas espécies de decisão são *formas de resolver um mesmo problema*.

Uma Corte preocupada com a participação popular e com o diálogo institucional pode se valer da decisão de inconstitucionalidade provisória, vista como *second look*, ou da decisão de constitucionalidade provisória, também sustentada no minimalismo. Barsotti (1999, p. 284-285) chega a dizer expressamente que o *Justice* Souter, em sua opinião em *Vacco v. Quill*, não apenas profere uma decisão minimalista, mas se posta, na linha de Cass Sunstein, em termos de *democracy forcing*, uma vez que *convida o legislador a confrontar-se de maneira incisiva e precisa com a questão do suicídio assistido*.

Lembre-se de que, para Sunstein, uma decisão constitui *democracy-forcing* quando convoca o Legislativo a falar com clareza e objetividade, caracterizando-se como minimalista ao deixar uma questão em aberto (SUNSTEIN, 1996, p. 7-8, p. 23). Ora, é exatamente esse o resultado das *opinions* de Souter, Ginsburg e O'Connor. Elas deixam a questão relativa à eutanásia em aberto, evidenciando a responsabilidade dos Legislativos estaduais.

Porém, ainda que a decisão provisória de inconstitucionalidade e de constitucionalidade tenha o inegável mérito de contribuir para uma relação dialógica entre o Judiciário e o Legislativo, seria possível dizer que a decisão de constitucionalidade, ao manter as coisas como estão, simplesmente entrega o problema nas mãos do Parlamento, não tendo qualquer eficácia para constrangê-lo a atuar.

Entretanto, as coisas não podem ser vistas assim. Não apenas porque não se pode retirar a responsabilidade do Parlamento, especialmente diante de temas sensíveis e de grande relevância social, mas também porque, ainda que se possa equivocadamente imaginar que uma questão tenha sido “entregue” ao

Parlamento, *a gestão do tempo sempre fica com a Corte*, que pode se deparar com caso concreto que lhe permita voltar a tratar do tema, invalidando a lei.

De qualquer modo, o tempo também é sempre um desafio, a exigir dos juristas e da própria Corte respostas criativas, idôneas à proteção dos direitos fundamentais, sem o pagamento do preço da fala dos representantes eleitos e da sua responsabilidade perante a população.

4. Bases para a construção de uma decisão constitucional dialógica no Brasil

4.1 Primeiras palavras

Não declarar a existência ou a inexistência de um direito com base na interpretação de um direito fundamental permite não interferir sobre assunto que ainda deve ser discutido pela comunidade e pelo Parlamento. Não decidir ou decidir parcialmente, nessa situação, é imprescindível para a democracia deliberativa e para o diálogo institucional.

Porém, para justificar uma decisão provisória ou parcial, não basta elaborar uma técnica processual que articule, de modo racional, o diálogo entre a Corte e o Parlamento. Se isto é importante, é também indispensável ver com clareza quando a impugnação de inconstitucionalidade traz à Corte uma questão que ainda deve ser objeto de deliberação parlamentar.

4.2 Quando a lei impugnada não contempla a questão constitucional que demanda interpretação com base nos direitos fundamentais

Quando se fala em *second look* ou “acordo teórico incompleto” se quer deixar claro que a questão constitucional que se busca resolver não existia na época da edição da lei. Novos fatos ou valores sociais dão origem a uma questão que não foi cogitada pelo legislador. Isso quer dizer que o novo pronunciamento legislativo não recai sobre os pressupostos que determinaram a elaboração da lei, mas sobre os fatos sociais que estão a exigir a sua recompreensão.

Nessa hipótese, portanto, o diálogo se justifica em virtude de a questão constitucional nunca ter sido objeto de deliberação no Parlamento e, muitas vezes, precisar ser discutida pela população. É óbvio que uma lei que criminaliza o suicídio assistido, numa época em que sequer se cogitava sobre a eutanásia, não pode ser vista como resultado de uma deliberação do Parlamento sobre a questão constitucional.

A ideia de abarcar os fatos para realizar o controle de constitucionalidade nada mais é do que uma exigência para atualizar a Constituição no tempo (FAIGMAN, 2008; KNEIP, 2009). Fala-se em fatos constitucionais quando se percebe que determinados fatos devem ser devidamente compreendidos para permitir a interpretação da norma constitucional. A interpretação feita com base nos fatos, em outras palavras, é uma consequência da força normativa de uma Constituição, que, por ser imune a modificações episódicas, deve ser incrementada conforme a evolução dos fatos sociais.

Todos sabem, contudo, que esta forma de interpretação, capaz de dar conta de novas questões constitucionais, tem com aliado as cláusulas constitucionais indeterminadas e a vagueza dos direitos fundamentais. É possível dizer que a indeterminação das normas constitucionais é um instrumento que faz parte da engrenagem da técnica interpretativa destinada a viabilizar a resolução de questões da contemporaneidade²¹.

Ocorre que a indeterminação das normas constitucionais e a zona de penumbra dos direitos fundamentais não podem ser vistas como algo que está à disposição exclusiva do Poder Judiciário. Fosse assim, teriam toda razão aqueles que afirmam que os *penumbral rights* abrem oportunidade para o Judiciário “inventar” (KRAMER, 2004, p. 229) ou “encontrar” direitos (CALABRESI, 1991, p. 137). Na verdade, a crítica endereçada à Suprema Corte dos Estados Unidos, no que concerne ao uso de cláusulas constitucionais indeterminadas – especialmente do *due process* – para decidir os casos, assenta-se na premissa de que, quando a Corte é obrigada a lançar mão dessas normas, ela está diante de questões novas que exigem o incremento da Constituição²².

²¹ BÖCKENFÖRDE, 1999, p. 141-156; HESSE, 1959; MÜLLER, 1976.

²² A banalização do uso do *due process* no âmbito do controle de constitucionalidade tem sido alvo de várias e importantes críticas doutrinárias. Hart descreve a *dimensão substantiva* do devido processo legal como um dos principais instrumentos de ativismo da Suprema Corte dos Estados Unidos, permitindo que os juízes elaborem uma verdadeira criptolegislação (HART, 1977, p. 973).

Ora, mesmo que se admita existir apenas “incrementação” da Constituição²³, e não “criação” de direitos constitucionais, o certo é que a decisão tomada na zona de penumbra dos direitos fundamentais sempre determina a elaboração de um significado constitucional. Entretanto, o Judiciário não tem exclusividade para atribuir sentido às normas constitucionais nem, muito menos, para elaborar significados capazes de expressar como as novas disputas sociais devem ser reguladas pela Constituição.

Ao contrário, tais tarefas constituem, antes de tudo, atribuições da população e dos seus representantes eleitos; cabendo à Corte, mediante a sua característica qualificação, apenas contribuir para tanto, corrigindo precipitações e equívocos quando da elaboração da lei e da interpretação constitucional. Em poucas palavras, a interpretação da Constituição e, especialmente, a resolução de questões que decorrem da evolução dos fatos com base nas normas constitucionais devem ser necessariamente compartilhadas²⁴.

Portanto, é necessário cautela para perceber quando o Judiciário está, antes da população e das demais instituições públicas, resolvendo uma questão contemporânea com base em normas constitucionais indeterminadas. Uma questão pode não ter sido devidamente discutida pelas pessoas e pelo Parlamento, ainda que a lei impugnada seja relativamente recente.

As normas que proíbem ou criminalizam condutas de modo específico sempre estão sujeitas a questionamento com o passar do tempo. Nunca se sabe quando se enxergará com nitidez que uma conduta, atrelada a novos fatos, não tem razão para ser sancionada. Note-se que afirmar que o suicídio assistido deve ser descriminalizado, com base no direito fundamental à privacidade, é o mesmo do que criar um direito constitucional de se suicidar. Porém, a questão que envolveu a eutanásia nos Estados Unidos não apenas reclamava o esclarecimento dos fatos, mas não exigia uma resposta sobre a existência de um direito de liberdade de se matar. Bastava perguntar sobre o momento em que o doente não pode mais retomar a sua vida em condições dignas, assim como sobre as formas que permitem aferir a vontade do paciente (FAIGMAN, 2008, p. 13 *et seq.*)

²³ SHAPIRO, 1965, WRÓBLEWSKI, 1983.

²⁴ GODOY, 2017, p. 114 *et seq.*; MENDES, 2008b, p. 111 *et seq.*

De qualquer modo, esses fatos constitucionais ainda não haviam sido bem discutidos pelas pessoas e pela comunidade médica nem tinham passado pela deliberação dos Parlamentos estaduais. Daí a conclusão de que afirmar que o *due process* garante a liberdade de encerrar a vida, sem antes dar à população e aos Parlamentos estaduais a possibilidade de discutir os fatos, seria violentar a democracia deliberativa e desconsiderar que a interpretação da Constituição não constitui monopólio do Judiciário. Claramente, seria tentar obter uma decisão completamente *desnecessária* para tutelar o direito e, além disso, negligenciar a importância da participação popular e da deliberação parlamentar.

Na verdade, o prejuízo da decisão seria mais grave do que se poderia pensar. A decisão não apenas resolveria a questão da eutanásia, a despeito da discussão das pessoas e da devida deliberação do Parlamento, mas afirmaria, com força de precedente que recai sobre toda a nação, um direito constitucional de encerrar a própria vida, o qual poderia ter a sua eficácia alargada para outras situações.

Quando um caso é fortemente discutido a partir dos princípios constitucionais, proporciona-se justificativa capaz de permitir a formação de precedente de largo espectro e de regular questão de grande extensão e impacto na vida em sociedade. Aliás, nos casos de controle de omissão, a probabilidade de se tentar discutir tudo e de maneira aprofundada é ainda maior. Na hipótese em que a Corte não está diante de situação disciplinada por lei, mas diante de desacordo moral ainda não solucionado pelo Parlamento, a interpretação dos princípios constitucionais não apenas pode oportunizar diferentes soluções, mas também propiciar construção teórica mais ambiciosa, capaz de gerar precedente que mais tarde pode ser invocado para resolver outros desacordos morais.

De qualquer modo, exatamente o mesmo pode ocorrer quando a lei impugnada abre oportunidade para questão que não foi contemplada pela própria lei. Considere-se, por exemplo, o Recurso Extraordinário (RE) 635.659²⁵, interposto em vista de condenação criminal pelo porte de pequena quantidade de maconha.

O caso da descriminalização do uso das drogas, tal como foi posto quando da admissão da repercussão geral – a criminalização do uso das drogas *em face do direito fundamental à privacidade* –, obviamente reflete uma situação de grande repercussão social, sobre a qual as pessoas e o Parlamento não podem

²⁵ STF, RE 635.659, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes.

deixar de se pronunciar. Não aprofundar a discussão sobre se o uso de drogas é *garantido pelo direito à privacidade* abre espaço não só para que se discuta, de forma particular, a respeito das diferentes drogas, mas também para que se analise se as drogas podem efetivamente prejudicar a saúde das pessoas e a vida em sociedade. Afinal, *ao se declarar que o direito fundamental à privacidade garante a liberdade de usar drogas, afirma-se que a Constituição não permite lei alguma que proíba o uso de qualquer droga.*

No RE 635.659, embora seja suficiente decidir sobre a proporcionalidade da penalização do uso de maconha, a argumentação, *com base no direito à privacidade e na autonomia individual, equivale a dizer que todos estão livres para usar drogas*, o que certamente pode bloquear tanto o prosseguimento da discussão popular quanto dificultar um pronunciamento parlamentar diverso sobre o assunto, configurando, portanto, uma genuína decisão *desnecessária* que cerceia o desenvolvimento do processo democrático.

Se é importante deixar o caminho livre à deliberação sobre o assunto, é contraproducente elaborar uma construção teórica para demonstrar que o direito fundamental de privacidade garante a liberdade de usar drogas. Ora, como o próprio caso concreto reflete unicamente a questão do emprego da sanção penal em face do uso de pequena quantidade de maconha, basta declarar a *desproporcionalidade* do emprego da sanção penal para tratar da conduta, inexistindo qualquer *necessidade* de aludir ao direito fundamental à privacidade para daí extrair a afirmação de que a Constituição garante a liberdade de usar droga²⁶.

Perceba-se que a decisão da Corte, ao expressar o resultado do julgamento do recurso, pode se limitar a declarar que o uso da sanção penal em face do uso de pequena quantidade de maconha viola a proporcionalidade, mas a *fundamentação* do recurso pode, *desnecessariamente*, afirmar que existe um direito de liberdade de usar drogas. Esse é um problema que o direito processual constitucional não pode deixar de enfrentar quando vê a Corte munida do poder de criar precedentes vinculantes. A *desnecessidade* de decisão, na perspectiva da teoria dos precedentes, não é exatamente a desnecessidade de pontuar algo no *dispositivo*

²⁶ Embora outros casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal possam abrir oportunidade para a discussão do amplo tema do diálogo institucional, interessaria aqui apenas decisão de (in)constitucionalidade da Corte que houvesse reconhecido a necessidade de não aprofundar a discussão de questão constitucional em nome da continuação da discussão popular e do aprofundamento da deliberação parlamentar. Daí o motivo para alusão ao RE 635.659, caso exemplar – ainda pendente de definição – para a teorização de decisão de (in)constitucionalidade que abre oportunidade para a continuação da deliberação sobre questão constitucional de maior amplitude.

da decisão – como poderia ser na tradição do *civil law* –, mas a *desnecessidade* de elaborar uma *fundamentação* que pode, quando compartilhada pela maioria, assumir a condição de *ratio decidendi*, dando origem a um precedente.

Em outras palavras, o verdadeiro perigo, quando se está diante de um caso que não deve abrir oportunidade à afirmação de um direito a partir da zona de penumbra dos direitos fundamentais, é *não perceber que esse direito pode estar sendo criado com base em uma desnecessária elaboração teórica infiltrada na fundamentação da decisão*.

Mas esse caso concreto pode ser comemorado de outro modo, pois ajuda a traduzir dois conceitos muito relevantes quando se considera a importância de não decidir para deixar fluir a deliberação. Em primeiro lugar, fica fácil perceber que a regra da proporcionalidade²⁷ deve *sempre* ser aplicada quando *suficiente*, evitando-se investir na solução de um caso com base no aprofundamento da interpretação teórica de um direito fundamental ou realizar balanceamento entre direitos fundamentais (FERRERES COMELLA, 2012, p. 45 *et seq*; NOVAIS, 2019, p. 128 *et seq*). Além disso, é imprescindível ter claro que, diante da nova função da Corte de estabelecer precedentes vinculantes, não decidir não é simplesmente cuidar para não declarar algo no resultado do recurso ou no dispositivo da decisão do colegiado. Hoje é indispensável evitar declarar algo *desnecessário na própria fundamentação*, ou melhor, na fundamentação de cada voto individual.

Impugnar a constitucionalidade de uma lei muitas vezes pode trazer à Corte uma questão que não foi devidamente discutida pelas pessoas nem sequer imaginada pelo Parlamento. Nessa situação, a impugnação da lei simplesmente mascara a pretensão de evitar que as pessoas discutam e o Legislativo decida. É por isso que, nesses casos, a Corte não pode decidir de modo a inibir o desenvolvimento do processo democrático. Decidir sem aprofundar a discussão teórica com base nos direitos fundamentais ou decidir com base na proporcionalidade, nessa dimensão, são formas de privilegiar a democracia deliberativa e o diálogo constitucional.

²⁷ É interessante que, nessa hipótese, também é possível aludir a “necessidade”, embora obviamente com outro significado.

4.3 A decisão dialógica como *técnica processual*

Embora a teorização aprofundada obviamente seja importante quando necessária, as decisões com teoria incompleta constituem valiosa parte das vidas privada e pública, colaborando para o adequado desenvolvimento do direito constitucional (SUNSTEIN, 2007a, p. 832). Não decidir o que ainda não foi bem discutido pelas pessoas e pelo Parlamento, além de imprescindível para o respeito à democracia, é importante para a estabilidade social e para a afirmação da reciprocidade e do respeito mútuo.

Porém, é preciso não esquecer que não aprofundar a discussão teórica com base nos direitos fundamentais não exclui uma decisão. A decisão é limitada no sentido vertical ou horizontal diante da questão constitucional, que, em tese, pode ser resolvida mediante a interpretação judicial mais aprofundada. Quando se decide sobre a questão constitucional, olhando-se sumariamente para os princípios, a decisão é limitada no sentido vertical. Mas, quando se afirma a inconstitucionalidade com base em fundamento suficiente – como acontece, por exemplo, quando se aplica a regra da proporcionalidade –, há decisão limitada no sentido horizontal, ou seja, uma decisão *definitiva* que exclui a análise da questão constitucional de fundo. Perceba-se que apenas no primeiro caso há uma decisão *provisória*; no segundo, há uma decisão definitiva. Ainda que se possa falar nas duas hipóteses em *provisoriedade*, há de se perceber que esta se relaciona com a questão, e não propriamente com a técnica decisória, na medida em que a questão deixou de ser definitivamente resolvida em ambas as situações.

O que importa, na verdade, é que, quando se decide pela inconstitucionalidade ou pela constitucionalidade sem aprofundar a discussão teórica, assim como quando se decide aplicando a regra da proporcionalidade, não se resolve a questão constitucional de fundo, dependente de maior deliberação.

Preste-se atenção na *opinion* que o Justice Powell apresentou em *Regents of the University of California v. Bakke*²⁸, caso em que se decidiu sobre a constitucionalidade de ação afirmativa. Pretendeu-se, no caso, uma solução por meio da análise da *equal protection clause*, tentando-se dela extrair um princípio de neutralidade racial, expresso na cláusula *color-blindness*. Houve empate de quatro a quatro quanto à violação da cláusula, mas o Justice Powell não se valeu

²⁸ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Regents of the University of California v. Bakke**: 438 U.S.265 (1978). Certiorari to the Supreme Court of California No. 7811. Argued October 12, 1977. Decided June 28, 1978.

de nenhum dos dois fundamentos. Embora admitindo a relevância da garantia da diversidade racial do corpo estudantil para a promoção da missão educacional, o *Justice* concluiu que, no caso específico, o programa universitário não era necessário para a promoção deste fim. Portanto, a sua *opinion* rejeitou tanto a ideia de que todo e qualquer programa baseado em ação afirmativa seria ilegítimo quanto o entendimento de que todo programa dessa natureza teria validade como resposta a uma discriminação ocorrida no passado.

Uma ou outra dessas decisões esgotaria a possibilidade do encontro de outras soluções, adequadas às diferentes situações concretas. Isso quer dizer que o *Justice Powell*, ao não aprofundar a teorização com base na *equal protection*, deixou aberto o prosseguimento do debate sobre tema que, além de complexo, sempre depende dos contornos de cada situação. Lembre-se de que existem muitas espécies de programas de ação afirmativa. Além de diferentes, esses programas, vistos a partir do ângulo da política e dos princípios, podem ser mais ou menos adequados, tendo sempre exigido grande *atenção popular e dos órgãos e instituições públicos estadunidenses* (SUNSTEIN, 1996, p. 91). Quer dizer que a decisão do *Justice Powell* garantiu o melhor local – a distância do Judiciário – para a discussão da legitimidade dos programas de ação afirmativa.

Uma decisão que admite a importância das circunstâncias concretas ou, em outros termos, afirma que a questão deve ser tratada *case-by-case*, evidentemente também é uma decisão *positiva*, e não uma não decisão. A decisão apenas deixa de tratar da questão constitucional por meio do aprofundamento da interpretação de um direito fundamental.

Isto significa que uma decisão dialógica não é somente a que decide a questão sem aprofundar a interpretação sobre os princípios, mas também a decisão que, decidindo o caso com base em outro fundamento, não decide a questão constitucional de fundo. Não decidir a questão de fundo, adotando-se outro fundamento para decidir, não é exatamente o mesmo do que decidir *superficialmente* com base nos direitos fundamentais. *Porém, quando se adota outro fundamento para decidir com os olhos na necessidade do aprofundamento da deliberação sobre a questão não decidida, o significado das decisões é o mesmo.* Em ambas as hipóteses, a decisão admite que não deve tratar da questão para favorecer a deliberação. O objetivo é sempre resguardar o compartilhamento da interpretação constitucional e estimular o diálogo.

Quando a Corte profere qualquer decisão que não esgota a solução de uma questão constitucional, *consciente de que está promovendo a deliberação e o diálogo*, ela deve deixar isso claro ou grifado na parte dispositiva. O anúncio de que a decisão é provisória ou deferente, expresso na decisão, é importante para comunicar à população e às demais instituições públicas que a questão constitucional deve ser objeto de maior discussão popular e adequada deliberação pelos representantes eleitos.

Comunicar a decisão, entretanto, nem sempre terá o mesmo efeito. Se a decisão de inconstitucionalidade provisória, em vista do vácuo legislativo, pode constranger de modo mais efetivo o Legislativo, obrigando-o a editar outra ou a mesma lei, a decisão de constitucionalidade provisória e, especialmente, as decisões ancoradas em outros fundamentos não têm a mesma eficácia.

A Corte Constitucional italiana, quando enfrentou a questão da eutanásia no “caso Cappato”, ao reconhecer que não deveria decidir enquanto o Legislativo não houvesse atuado, valeu-se de técnica decisória peculiar e até então desconhecida na sua prática. Mediante *ordinanza*²⁹, declarou que, diante da necessária participação do Legislativo, voltaria a se reunir em *udienza* para tratar da questão no prazo de um ano, esperando que antes disso o Parlamento já houvesse se pronunciado a respeito³⁰.

Embora a fundamentação da *ordinanza* demonstre que a Corte estava mais preocupada em evitar o vazio legislativo do que em efetivamente dialogar com o Parlamento sobre a legitimidade da eutanásia, a comunicação com data marcada para a retomada do julgamento limitou o tempo de eficácia da lei, declarada inconstitucional nos dias seguintes ao término do prazo para o Parlamento atuar³¹.

Porém, é importante perceber que, enquanto na Itália a Corte temeu o receio de vazio legislativo e, assim, manteve a lei, o *second look* de Calabresi excluiu a eficácia da lei, de modo que um anúncio de retomada do julgamento *da questão* só tem razão de ser no caso de decisão provisória de *constitucionalidade* ou de decisão pautada em fundamento suficiente para excluir a necessidade de

²⁹ ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Ordinanza n. 207/2018**. Decisione del 24 ottobre 2018.

³⁰ LAUS, 2020.

³¹ ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Sentenza n. 242/2019**. Decisione del 25 settembre 2019.

pronta solução da questão com base nos princípios. Note-se, contudo, que não se trata de retomar o julgamento *suspense*, mas de retomar o julgamento *da questão constitucional* no primeiro recurso que chegar nas mãos da Corte após exaurido o prazo sem pronunciamento parlamentar.

A Corte jamais voltará a decidir a questão que já decidiu. Conforme a primeira decisão seja de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade – ou mesmo de decisão parcial, sem o julgamento da questão –, ela poderá controlar a constitucionalidade da nova lei, com ou sem modificações, ou decidir sobre a questão constitucional de modo aprofundado.

Ademais, se para Calabresi é relevante a preocupação com a *last word*, é indispensável pontuar que essa noção, melhor vistas as coisas, é incompatível com a ideia de diálogo entre as instituições. Não há razão para definir, em abstrato, quem deve ter a última palavra nem é possível saber, *a priori*, a palavra que vai preponderar. Isso é circunstancial. Em determinadas situações a vontade popular ou a decisão do Legislativo serão finais. Muitas vezes a Corte não tem razão para prosseguir na discussão depois de o Parlamento ter-lhe contrariado, podendo concordar com a justificativa parlamentar. Em outras, porém, a própria população e o Legislativo podem concordar com a decisão da Corte, consentindo com a interpretação constitucional formulada judicialmente, o que evidencia um concreto reconhecimento, por parte do povo e dos seus representantes, da importância da Corte para a tutela dos direitos.

Da provisoriedade, inerente ao diálogo, emana a sua mais importante característica: a da consensualidade, única capaz de garantir a estabilidade da decisão, ou seja, a possibilidade de a decisão regular, sem resistência e em espaço de tempo razoável, a vida em sociedade. Se o sistema não pode eleger, *a priori*, a decisão que deve prevalecer, a única alternativa é a consensualidade, ou seja, o diálogo que possa terminar na concordância entre as razões, na admissibilidade da justificativa capaz de permitir a um dos lados ceder sem perder, mas consciente de que se alcançou o melhor resultado.

5. Conclusão

Se o controle de constitucionalidade constitui *delegação*, e não alienação da autoridade popular (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 8), a doutrina tem o dever de realizar elaborações dogmáticas que permitam a Corte exercer a sua função sem prejuízo da devida deliberação pública.

Permitir que a Corte decida, com tons de definitividade, questão constitucional carente de discussão popular e deliberação parlamentar, é certamente ignorar os valores da democracia. Por isso, exigir da Corte, sob o pretexto de impugnação da constitucionalidade da lei, uma decisão a respeito de questão constitucional que nunca foi objeto de devida deliberação no Legislativo constitui uma das formas mais preocupantes e perversas de, silenciosamente, colaborar com a alienação da autoridade popular.

Quando se tem claro que decidir apenas o *necessário* é meio para garantir os valores da democracia deliberativa, torna-se fácil ver que decidir de modo provisório ou parcial nada mais é do que deixar de decidir o que ainda deve ser *discutido e explicado*. Trata-se, indiscutivelmente, de uso virtuoso do poder da Corte, indispensável para evitar o bloqueio da deliberação e do desenvolvimento do processo democrático.

Quando se apresenta, perante a Corte, questão constitucional que ainda carece de deliberação, esta pode deixar de aprofundar a discussão teórica da questão à luz dos direitos fundamentais, afirmando a qualidade (provisória) da sua decisão em sua parte dispositiva. Decisão dessa natureza, ao reconhecer a necessidade de deliberação fora da Corte, deixa claro à população e às demais instituições públicas que a questão constitucional deve ser mais bem discutida.

Isso não significa que, nesses casos, não seja possível decidir pela inconstitucionalidade ou pela constitucionalidade, conforme as particularidades da situação concreta e das suas necessidades. A Corte pode ter boas razões para suspeitar da inconstitucionalidade ou para manter a lei em vigor, sem que isso interfira na imprescindibilidade de abertura ao diálogo.

Mas a Corte não precisa, necessariamente, proferir uma decisão de (in) constitucionalidade *provisória* para deixar a questão em aberto. Ela pode decidir com base em outro fundamento, *porém consciente de que está deixando de aprofundar a interpretação dos direitos fundamentais*, para não criar obstáculo para a

deliberação a distância dos muros do Judiciário. Registrar isso no dispositivo da decisão é importante para comunicar a população e as demais instituições a respeito da intenção judicial de dialogar.

Quando não há decisão *provisória de inconstitucionalidade*, a Corte pode preservar a atualidade do seu poder de decidir mediante o controle do tempo da deliberação. Decidir com o anúncio de um prazo para a retomada do julgamento da questão não decidida, além de conferir ao Parlamento oportunidade para deliberação, evita postergação que possa comprometer o adequado exercício da jurisdição constitucional.

A Corte sempre tem reservado o poder de decidir a questão constitucional, tenha o Parlamento editado nova lei, a corrigido ou mesmo ficado inerte diante de decisão de constitucionalidade provisória ou de decisão parcial. A essência da decisão dialógica está na importância de garantir a voz da população e das demais instituições em face da interpretação da Constituição, bem como na compreensão de que o diálogo institucional se realiza por meio de várias rodadas deliberativas, nenhuma qualificada como capaz de produzir uma decisão correta ou indiscutível.³²

Referências

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 222 p.

BARSOTTI, Vittoria. **L'Arte di tacere**: strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti. Torino: Giappichelli, 1999. xix, 345 p.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2nd ed. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1986. xii, 303 p.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Staat, Nation, Europa**: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

³² MARINONI, 2021, p. 139-258 e p. 367-369.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 440 p.

CALABRESI, Guido. **A common law for the age of statutes**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982. 332 p.

CALABRESI, Guido. Antidiscrimination and constitutional accountability: (what the Bork-Brennan debate ignores). **Harvard Law Review**, v. 105, n. 1, Nov. 1991.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 383 p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Corte constitucional e diálogos institucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Processo constitucional**. Organização de Cleverton Cremonese, Paula Pessoa. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 235-252.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 475 p.

DIXON, Rosalind. Constitutional “dialogue” and deference. In: SIGALET, Geoffrey; WEBBER, Grégoire; DIXON, Rosalind (ed.). **Constitutional dialogue: rights, democracy, institutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

FAIGMAN, David Laurence. **Constitutional fictions: a unified theory of constitutional facts**. New York: Oxford, 2008.

FEREJOHN, John. Judicializing politics, politicizing law. **Law and Contemporary Problems**, v. 65, n. 3, p. 41-68, Summer 2002.

FERRERES COMELLA, Víctor. **Justicia constitucional y democracia**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012. 278 p.

GINSBURG, Ruth. Some thoughts on autonomy and equality in relation to *Roe v. Wade*. **North Carolina Law Review**, v. 63, n. 2, p. 375-386, Jan. 1985. Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2961&context=nclr>. Acesso em: 29 maio 2022.

GLAZER, Nathan. Towards an imperial judiciary? **The Public Interest**, n. 41, p. 104-123, Fall 1975. Disponível em: https://www.nationalaffairs.com/public_interest/detail/towards-an-imperial-judiciary. Acesso em: 29 maio 2022.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 264 p.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. **Why deliberative democracy?** Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2004. Disponível em: https://www.academia.edu/12074077/Why_Deliberative_Democracy. Acesso em: 29 maio 2022.

HART, Herbert. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. **Georgia Law Review**, v. 11, n. 5, p. 969-989, Sept. 1977. Disponível em: https://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1032&context=lectures_pre_arch_lectures_sibley. Acesso em: 29 maio 2022.

HESSE, Konrad. **Die normative Kraft der Verfassung**: Freiburger Antrittsvorlesung. Tübingen: Mohr Siebrek, 1959.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge-Massachusetts-London: Harvard University Press, 2007.

KNEIP, Sascha. **Verfassungsgerichte als demokratische Akteure**: der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur Qualität der bundesdeutschen Demokratie. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2009. 375 p.

KRAMER, Larry D. **The people themselves**: popular constitutionalism and judicial review. New York: Oxford University Press, 2005. xii, 363 p.

LAUS, Federico. Il rapporto tra Corte Costituzionale e Legislatore, alla luce delle pronunce sul caso Cappato e sulle tutele crescenti nel *jobs act*. **Rivista AIC**: Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n. 2, p. 66-91, apr. 2020. Disponível em: https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/2_2020_Laus.pdf. Acesso em: 29 maio 2022.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2021. 352 p.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política.** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al.* **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/309112013_JURISDICA0_CONSTITUCIONAL_UM_PROBLEMA_DA_TEORIA_DA_DEMOCRACIA_POLITICA. Acesso em: 29 maio 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Constitucional e Democracia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. 1353 p.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008a. xxviii, 200 p.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese (Doutorado) - Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008b.

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; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Processo constitucional.** Organização de Cleverton Cremonese, Paula Pessoa. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 273-284.

MÜLLER, Friedrich. **Juristische methodik.** 2. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 1976. 327 p.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional.** 1. reimpr. Lisboa: AAFDL Editora, 2019. 270 p.

OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. **Jurisdição constitucional: diálogos institucionais como terceira via entre o ativismo e a autocontenção judicial.** Curitiba: Juruá, 2016. 219 p.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: federal courts and the law: an essay.** Princeton, New Jersey: Princeton University Press, c1997. xiii, 159 p.

SCHAUER, Frederick. Judicial supremacy and the modest constitution. **California Law Review**, v. 92, p. 1045-1067, 2004. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1119352/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 29 maio 2022.

SHAPIRO, Martin. Stability and change in judicial decision-making: incrementalism or stare decisis? **Law in Transition Quarterly**, v. 2, n. 3, p. 134-157, Summer 1965. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1109957>. Acesso em: 29 maio 2022.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 344 p.

SUNSTEIN, Cass. Beyond judicial minimalism. **Tulsa Law Review**, v. 43, n. 4, p. 825-842, 2007a. Disponível em: <https://digitalcommons.law.utulsa.edu/tlr/vol43/iss4/1/>. Acesso em: 29 maio 2022.

SUNSTEIN, Cass. Foreword: leaving things undecided. **Harvard Law Review**, v. 110, n. 1, p. 4-101, Nov. 1996. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hlr110&i=23>. Acesso em: 29 maio 2022.

SUNSTEIN, Cass. Incompletely theorized agreements in Constitutional Law. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, Chicago, n. 322, 2007b. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228190324_Incompletely_Theorized_Agreements_in_Constitutional_Law. Acesso em: 29 maio 2022.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999. xii, 242 p.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights**: judicial review and social welfare rights, comparative constitutional law. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2008. xvi, 272 p.

VAN HOECKE, Mark; WARRINGTON, Mark. Legal cultures, legal paradigms and legal doctrine: towards a new model for comparative law. **The International and Comparative Law Quarterly**, v. 47, n. 3, p. 494-536, Jul. 1998. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/284581655_Legal_Cultures_Legal_Paradigms_and_Legal_Doctrine_Towards_a_New_Model_for_Comparative_Law. Acesso em: 29 maio 2022.

VERBICARO, Loiane Prado. **Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial**. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019. 549 p.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015. 278 p.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Change of law and social change. **Rivista internazionale di filosofia del diritto**: RIFD, v. 60, n. 2, p. 293-309, apr./giu. 1983.

ZURN, Christopher F. **Deliberative democracy and the institutions of judicial review**. New York: Cambridge University Press, 2007. 376 p.

Jurisprudência citada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 635.659/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Andamento processual disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 30 maio 2022.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Collins v. City of Harker Heights**: 503 U.S. 115, 125 (1992). Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit No. 90-1279. Argued November 5, 1991. Decided February 26, 1992. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/503/115/>. Acesso em: 30 maio 2022.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Furman v. Georgia**: 408 U.S. 238 (1972). U.S. Certiorari to the Supreme Court of Georgia No. 69-5003. Argued January 17, 1972. Decided June 29, 1972. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/408/238/>. Acesso em: 30 maio 2022.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Gregg v. Georgia**: 428 U.S. 153 (1976). Certiorari to the Supreme Court of Georgia No. 74-6257. Argued March 31, 1976. Decided July 2, 1976. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/428/153/>. Acesso em: 30 maio 2022.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey, Governor of Pennsylvania et al.**: 505 U.S. 833 (1992). Certiorari to the United States Court of Appeals for the Third Circuit No. 91-744. Argued April 22, 1992. Decided June 29, 1992. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/91-744.ZS.html>. Acesso em: 30 maio 2022.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Quill v. Vacco**: 80 F. 3d 716, 2d Cir. (1996). Docket No. 95-7028. Argued September 1, 1995. Decided April 2, 1996. Disponível em: <https://casetext.com/case/quill-v-vacco>. Acesso em: 30 maio 2022.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Regents of the University of California v. Bakke**: 438 U.S.265 (1978). Certiorari to the Supreme Court of California No. 7811.

Argued October 12, 1977. Decided June 28, 1978. Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/265/#:~:text=Regents%20of%20Univ.,of%20California%20v,%2C%20438%20U.S.%20265%20\(1978\)&text=Affirmative%20action%20programs%20that%20take,interest%20under%20the%20Fourteenth%20Amendment](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/265/#:~:text=Regents%20of%20Univ.,of%20California%20v,%2C%20438%20U.S.%20265%20(1978)&text=Affirmative%20action%20programs%20that%20take,interest%20under%20the%20Fourteenth%20Amendment). Acesso em: 30 maio 2022.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Roe v. Wade**: 410 U.S. 113 (1973). No. 70-18.

Argued December 13, 1971. Reargued October 11, 1972. Decided January 22, 1973. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>. Acesso em: 30 maio 2022.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Vacco, Attorney General of New York, et al. v. Quill et al.**: 521 U.S. 702 (1997). Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit No. 95-1858. Argued January 8, 1997. Decided June 26, 1997. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/793/>. Acesso em: 30 maio 2022.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Ordinanza n. 207/2018**. Decisione del 24 ottobre 2018. Disponível em: <https://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato5750739.pdf>. Acesso em: 30 maio 2022.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. **Sentenza n. 242/2019**. Decisione del 25 settembre 2019. Disponível em: <https://www.giurcost.org/decisioni/2019/0242s-19.html>. Acesso em: 30 maio 2022.

Legislação citada

CALIFÓRNIA. [Constitution (1879)]. **Constitution of the State of California**. Sacramento: California State Senate, [2019]. Disponível em: https://www.senate.ca.gov/sites/senate.ca.gov/files/california_constitution_2019-20_0.pdf. Acesso em: 30 maio 2022.