



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

Revista de Informação Legislativa

volume 61

244

outubro a dezembro de 2024



Deferência judicial à qualidade deliberativa do processo legislativo

Judicial deference to the deliberative quality of the legislative process

Bernardo Assef Pacola¹

Resumo

Este artigo propõe um teste de deferência judicial no controle de constitucionalidade pautado no desempenho deliberativo de parlamentos. Tomando como pressuposto teórico a concepção deliberativa do diálogo institucional de Conrado Hübner Mendes, o trabalho desenvolve um dos principais pilares dessa teoria: o de que o desempenho deliberativo das cortes constitucionais e dos parlamentos deve determinar sua autoridade para interpretar a Constituição e, por consequência, o espaço que cada instituição ocupa na separação de Poderes. O estudo procura atingir três objetivos: a) desenvolver a estrutura geral do raciocínio de autocontenção judicial e o papel do desempenho deliberativo nesse raciocínio; b) defender o teste de deferência proposto como um instrumento para aprimorar a qualidade deliberativa do processo legislativo; e c) apresentar quatro critérios para a avaliação judicial do desempenho deliberativo de parlamentos: tempo, justificação, inclusividade e deliberação interinstitucional.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; deferência judicial; diálogo institucional; deliberação; separação de Poderes.

Abstract

This paper proposes a deference doctrine for judicial review based on the deliberative performance of parliaments. Taking Conrado Hübner Mendes' deliberative conception of institutional dialogue as a theoretical starting point, it develops two main pillars of the theory, namely that the deliberative performance of constitutional courts and parliaments must determine their authority to interpret the Constitution and, consequently, the space that each institution occupies in the separation of Powers. The study seeks to achieve three

¹ Bernardo Assef Pacola é mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, SP, Brasil; doutorando em Direito do Estado na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, SP, Brasil; advogado. E-mail: bernardo.pacola@usp.br

objectives: a) to develop the general structure of judicial reasoning of self-restraint and the role of deliberative performance in this reasoning; b) to defend the test of deference intended as an instrument to enhance the deliberative quality of the legislative process; and c) to present four criteria for the judicial evaluation of the deliberative performance of parliaments: time, justification, inclusivity and interinstitutional deliberation.

Keywords: judicial review; deference; dialogue; deliberation; separation of Powers.

Recebido em 20/3/24

Aprovado em 7/8/24

DOI: https://doi.org/10.70015/rii_v61_n244_p79

Como citar este artigo: ABNT² e APA³

1 Introdução

Tanto na formulação da sua concepção deliberativa do diálogo institucional quanto na construção de um modelo de desempenho deliberativo das cortes constitucionais, Mendes (2011, 2013) enfatiza o dever da corte constitucional de se engajar deliberativamente com o parlamento ao decidir sobre a constitucionalidade de leis. A corte deve reconhecer a legitimidade das interpretações constitucionais do parlamento e levá-las a sério; contudo, além de não poder desconsiderar de antemão as razões do legislador, deve testar sua densidade deliberativa. Com base nisso, definirá como modular a intensidade da sua intervenção: quanto melhor o desempenho deliberativo do parlamento, menos razões o tribunal terá para invalidar uma decisão legislativa. Essa ideia é sintetizada na afirmação de que a corte constitucional deve “construir uma doutrina de deferência baseada no desempenho deliberativo” do parlamento (Mendes, 2013, p. 187, tradução própria)⁴.

Este artigo desenvolve essa noção sob uma perspectiva teórico-normativa, ao justificar o papel do desempenho deliberativo do parlamento como um dos elementos do raciocínio de autocontenção judicial. Para isso, adota como pressuposto teórico a concepção deliberativa do diálogo institucional de Mendes, segundo a qual a autoridade para decidir questões

2 PACOLA, Bernardo Asséf. Deferência judicial à qualidade deliberativa do processo legislativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 61, n. 244, p. 79-107, out./dez. 2024. DOI: https://doi.org/10.70015/rii_v61_n244_p79. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/rii/edicoes/61/244/rii_v61_n244_p79

3 Pacola, B. A. (2024). Deferência judicial à qualidade deliberativa do processo legislativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 61(244), 79-107. https://doi.org/10.70015/rii_v61_n244_p79

4 No original: “construct a doctrine of deference based on deliberative performance”.

constitucionais não deve ser alocada de forma fixa a determinada instituição, detentora da “última palavra” sobre a interpretação do texto constitucional; ela deve variar conforme o desempenho deliberativo de cada instituição, entendido como a “medida de aproximação de um ideal deliberativo” (Mendes, 2011, p. 203).

A proposta do estudo não só é compatível com o ideal de uma corte constitucional deliberativa, como também é uma forma de pôr em prática a ideia de que o desempenho deliberativo de cortes e parlamentos deve determinar o espaço de cada instituição na separação de Poderes. Uma teoria normativa sobre o papel da corte constitucional, como a defendida por Mendes, precisa ser capaz de prescrever os limites da atuação judicial com base em critérios razoavelmente claros. Entretanto, o autor não se desincumbiu desse ônus. Ao conceituar desempenho deliberativo, limitou-se à sua aplicação a cortes constitucionais; contudo, o ideal de uma corte deliberativa não é suficiente para cumprir a tarefa, por mais importante que seja para avaliar a legitimidade dessa instituição. Também é necessário definir como se deve considerar, no exercício do controle de constitucionalidade, o atendimento das expectativas deliberativas colocadas sobre o parlamento. Esse juízo não pode ser inteiramente deixado à discricionariedade judicial. É papel da teoria jurídica estruturá-lo numa doutrina decisória racional que ofereça um instrumento capaz de orientar a corte a decidir sobre a intensidade da sua atuação, amparada em critérios que em alguma medida confirmem organização e transparência ao raciocínio judicial.

No contexto da teoria deliberativa do diálogo institucional, uma doutrina de deferência judicial que incorpore o desempenho deliberativo de parlamentos como critério pode ser justificada por duas principais razões. A primeira é intrínseca: a deferência decorre da ideia de que a *legitimidade* relativa de cada Poder para decidir sobre direitos depende também do seu desempenho deliberativo – uma ideia central para a concepção deliberativa de democracia que fundamenta essa teoria do diálogo. A segunda é uma razão instrumental: esse tipo de deferência serve como incentivo para *promover a deliberação* no parlamento, com o potencial de aprimorar a qualidade deliberativa do processo legislativo.

O trabalho desenvolve esse argumento em três seções, além desta introdução e da conclusão. A primeira apresenta a estrutura geral do raciocínio de autocontenção judicial e examina especialmente a relação entre deferência e legitimidade democrática. A segunda seção trata não só de como a deferência judicial pode incentivar a justificação no parlamento, mas também do porquê de ela ser preferível à intervenção judicial direta para o mesmo fim. E a terceira apresenta o teste de deferência fundado no desempenho deliberativo do parlamento e pormenoriza quatro critérios para a avaliação judicial desse desempenho: tempo, justificação, inclusividade e deliberação interinstitucional.

2 Deferência judicial no controle de constitucionalidade

Testes de deferência são critérios utilizados por tribunais para decidir quando devem exercer a autocontenção no controle de constitucionalidade de leis ou no controle de legalidade de atos administrativos. Autocontenção não é sinônimo de deixar de decidir sobre um caso. Significa suspender um juízo próprio a respeito da aplicação de um dispositivo indeterminado e decidir conforme a presunção de constitucionalidade ou de legalidade do ato questionado. Isso implica reconhecer a legitimidade da interpretação constitucional ou legislativa realizada pelo legislador ou pelo administrador público. É uma escolha que se justifica pela percepção de que, em situações de incerteza, o Judiciário nem sempre está em melhor posição que os demais Poderes para decidir sobre determinados temas, se se consideram suas capacidades institucionais e seus respectivos papéis na separação de Poderes⁵. Como decisões judiciais não estão, em última análise, sujeitas a revisão por um órgão externo, apenas do próprio Judiciário pode vir o reconhecimento dos limites da competência judicial para decidir sobre certas questões. A contenção judicial apenas pode ser uma autocontenção.

A noção de *deferência judicial* tem relação próxima com uma premissa cara às teorias do diálogo institucional: o Judiciário não é o intérprete exclusivo da Constituição. Os outros Poderes têm legitimidade e autonomia para interpretar e decidir em posição de igualdade sobre o conteúdo de dispositivos constitucionais indeterminados (Mendes, 2011, p. 131-148). Não é só legítimo, como também inevitável que, ao decidirem, façam interpretações próprias desses dispositivos, pois elaborar um ato normativo supõe um juízo interpretativo acerca dos dispositivos constitucionais (ou legislativos) que o respaldam (Veríssimo, 2012, p. 7). Por esse motivo, a questão crucial não é se deve ocorrer a interpretação constitucional por atores externos ao Judiciário, e sim “quanta deferência vários atores políticos devem mostrar ao raciocínio constitucional de outros atores no sistema político” (Whittington, 2002, p. 780, tradução nossa)⁶.

A preocupação em delimitar uma esfera própria de atuação judicial na interpretação constitucional, respeitando a legitimidade do parlamento para decidir em meio ao desacordo político, fez-se presente na tradição constitucional norte-americana. Isso se refletiu no desenvolvimento de uma doutrina de deferência pela Suprema Corte, que desenvolveu uma doutrina de deferência, notadamente a partir do caso *United States v. Carolene Products*, julgado em 1938. Nesse precedente, ela estabeleceu uma presunção forte de constitucionalidade para a legislação de regulação econômica, que só poderia ser afastada pela demonstração de que a lei impugnada não teria qualquer nexo de racionalidade (*rational basis*). Apenas em três situações poderiam receber controle mais estrito: a) violação de

⁵ Sundfeld (2017, p. 216-220) usa a expressão *ônus da competência* para referir-se a essa necessidade de os tribunais, fundamentados nessas considerações, sustentarem a própria legitimidade para decidir.

⁶ No original: “The crucial issue is how much deference various political actors should show to the constitutional reasoning of other actors in the political system”.

proibições constitucionais expressas; b) leis que atacassem processos políticos garantidores da legitimidade de decisões legislativas, como o voto popular; e c) discriminação contra minorias “distintas e insulares” (*discrete and insular minorities*).

Esse teste de deferência foi desenvolvido pela Suprema Corte ao longo do tempo, incorporando novos parâmetros de controle. No entanto, fugiria aos propósitos do artigo detalhar a evolução dessa jurisprudência. Em vez disso, optou-se por abordar uma teoria do controle de constitucionalidade elaborada em diálogo com o caso *Carolene* e que, de certa forma, desenvolve seus elementos centrais e articula seus fundamentos teóricos no contexto de uma teoria decisória mais ampla. Trata-se da teoria procedimental do controle de constitucionalidade proposta por John Hart Ely, que é um bom exemplo da estrutura do raciocínio de deferência judicial.

De acordo com Ely (1980), por serem antidemocráticas, seriam inadmissíveis teorias da interpretação constitucional que induzissem juízes a realizarem escolhas próprias relacionadas a valores substantivos controversos, não formulados claramente na Constituição. A única leitura compatível com as premissas da democracia representativa seria que a ponderação e a escolha sobre tais valores fossem realizadas pelos cidadãos e seus representantes eleitos. O ideal da democracia representativa demanda a proteção das condições de um processo político justo para garantir igual participação no processo político e igual participação nos resultados desse processo. Nos EUA, essas condições seriam asseguradas pela: a) organização do governo em um sistema pluralista, composto por controles recíprocos que impedem facções de se imporem sobre minorias, de forma a propiciar que todos tenham voz no processo político; e b) imposição de que os resultados do processo político impactem igualmente maiorias e minorias, vedando discriminações arbitrárias, com o fim de sujeitar o interesse da maioria ao de minorias não adequadamente representadas (Ely, 1980, p. 77-84).

A preocupação de proteger as condições de um processo político justo, segundo Ely (1980, p. 77), estaria presente na jurisprudência da Corte Warren, que tivera relevante predecessor justamente no caso *Carolene*. Porém, em vez de reiterar a regra desse caso, Ely estruturou uma teoria própria do controle de constitucionalidade. Partindo da premissa de que cabe ao processo democrático ponderar e decidir sobre valores substantivos, ele atribuiu um papel subsidiário àquela Corte: a intervenção judicial é justificada apenas para corrigir falhas sistêmicas no funcionamento da democracia. O parâmetro para o controle não seria a substância dos resultados, e sim falhas do processo político que tornassem esses resultados “não merecedores de confiança” (Ely, 1980, p. 103, tradução nossa)⁷. Tais falhas são de duas espécies: a) restrições aos processos democráticos de mudança política para perpetuar os incumbentes no poder; e b) discriminação sistemática contra minorias. Esses defeitos afastam a presunção de legitimidade de decisões democráticas, por indicarem que elas se originaram de um processo injusto. Embora seu argumento se desenvolva com ênfase nas

⁷ No original: “undeserving of trust”.

hipóteses de intervenção judicial legítima, Ely bem exemplifica a doutrina de deferência, pois atribui um papel subsidiário aos tribunais. A princípio, decisões devem ser tomadas pelos poderes políticos, devido às qualidades legitimadoras do processo democrático. Em outras palavras, ressalvadas as duas hipóteses de intervenção reconhecidas por Ely, a corte constitucional deve deferência às decisões do parlamento.

Com base nessas concepções, pode-se formalizar mais abstratamente a estrutura do raciocínio de deferência, que foi sistematizada por Veríssimo (2012, p. 16) em dois princípios reguladores. O primeiro deles é *procedimental*: compara-se o processo decisório judicial com o legislativo e averigua-se que órgão tem as melhores condições de decidir sobre o caso, considerando os dois principais elementos decorrentes de certas qualidades do processo legislativo: a capacidade institucional e a legitimidade democrática⁸. O segundo princípio regulatório é *substantivo* e consiste num juízo de razoabilidade. A ideia é que, para merecer deferência, a lei deve ser ao menos razoável ou ter um mínimo de racionalidade. A razoabilidade é “um princípio *auxiliar* à regra de deferência, destinado a evitar que sua aplicação resulte em decisões *absurdas, manifestamente irracionais, arbitrárias, incoerentes ou caprichosas*” (Veríssimo, 2012, p. 17).

Tanto a regra de deferência do caso *Carolene* quanto a teoria procedimental de Ely oferecem exemplos de como esses princípios podem ser articulados. Em ambas, o princípio procedimental no núcleo da regra de deferência seria o caráter representativo do parlamento, que o tornaria legítimo para decidir sobre valores substantivos. As duas regras também contam com limitadores substantivos. No caso *Carolene*, eles são a necessidade de respeito a proibições constitucionais expressas e um teste de racionalidade. Para Ely (1980), além das vedações expressas, seria necessário proteger minorias distintas e insulares.

O princípio regulatório procedimental é composto de razões *institucionais* que apoiam a deferência (Kavanagh, 2008, p. 190). São razões que dizem respeito a *quem* deve decidir e não a *o quê* deve ser decidido. Em outras palavras, não são argumentos sobre o mérito da questão constitucional, e sim razões para aceitar a decisão legislativa independentemente do mérito e decidir conforme a presunção de constitucionalidade da lei. Como sugere Saul (2016), razões para a deferência podem ser descritas como *razões de segunda ordem* (Raz, 2002). Elas excluem a consideração de razões substantivas pela inconstitucionalidade da lei, sobrepondo-se a elas; entretanto, não são em si razões contrárias ou favoráveis à constitucionalidade a serem ponderadas ao lado das demais. Assim, a aplicação da regra de deferência – que abrange o princípio procedimental e seu limitador substantivo – ocorre

⁸ Além da legitimidade democrática e da capacidade institucional, autores destacam razões prudenciais a favor da deferência, como evitar retaliações dos Poderes políticos ou preservar a reputação institucional da corte (Kavanagh, 2008, p. 203-207). Neste artigo, não se discute esse tipo de ponderação, que, embora inevitável, não pode ser feito abertamente por tribunais, pois isso comprometeria sua legitimidade (Mendes, 2013, p. 209-210). Em vez disso, propõem-se critérios de autocontenção compatíveis com a racionalidade do Direito que consigam justificar-se normativamente (e não como fatores que se colocam como uma imposição da política real, necessários para a sobrevivência de tribunais como instituições independentes).

num nível de raciocínio judicial diferente do que ocorre na avaliação do mérito da sua constitucionalidade. As duas atividades não se confundem.

Como já se observou, princípios procedimentais de deferência podem ser relativos tanto à legitimidade para decidir quanto à capacidade institucional. A legitimidade democrática é uma razão central para a deferência a decisões legislativas no controle de constitucionalidade (Kavanagh, 2008, p. 200; King, 2008, p. 435; Veríssimo, 2012). Devido às credenciais democráticas – dentre outras virtudes de seus processos decisórios (Waldron, 2016) –, as instituições representativas estariam mais bem situadas para decidir em meio ao profundo desacordo em torno de questões morais controversas. A maneira como esse aspecto figura na regra de deferência varia conforme a concepção de democracia pressuposta por cada autor. Ely partia de uma concepção procedimental e minimalista de democracia, preocupada em garantir que ocorresse em condições de igualdade a competição entre grupos de interesse diversos no “mercado político” (Gargarella, 2020, p. 1.468-1.469). Contudo, há outras abordagens na literatura. Nino (1996), por exemplo, pautava-se numa concepção epistêmica da democracia deliberativa: em sua leitura, o princípio procedimental seria o potencial da deliberação democrática de produzir melhores decisões.

A capacidade institucional relativa do tomador da decisão submetida ao controle judicial é outra significativa consideração que pode justificar a deferência, por indicar que ele está mais bem posicionado que o Judiciário para decidir sobre a questão (Kavanagh, 2008, p. 193-199). Esse fator geralmente se mostra mais relevante em relação a decisões administrativas, em especial as de agências reguladoras, considerando a *expertise* da burocracia estatal – que, por sua vez, não conta com a mesma legitimidade democrática que órgãos representativos (Veríssimo, 2012). Contudo, também pode estar presente no controle de constitucionalidade de leis. Considerações de capacidade institucional valem sobretudo para três situações sistematizadas por King (2008, p. 435): a) casos marcados por *incerteza empírica*, nos quais a decisão depende de conclusões sobre fatos ou da avaliação estimativa de consequências que transcendem as capacidades do Judiciário; b) disputas policêntricas, cujos efeitos atingem a terceiros, além das partes do processo; e c) casos em que a estabilidade da decisão judicial, protegida pela coisa julgada, prejudicaria a necessária flexibilidade para rever e adaptar determinada política pública.

Mesmo quando se consideram as limitações substantivas, a deferência baseada no princípio regulatório procedimental não pode ocorrer *automaticamente*. Não deve haver presunção absoluta de que as qualidades atribuídas ao processo legislativo se observaram na prática; caso não se verifiquem, estará justificada a mitigação da presunção de constitucionalidade e, portanto, uma análise mais rigorosa (Veríssimo, 2012, p. 15-16). Assim, parte crucial de um teste de deferência é verificar, caso a caso, em que medida estão de fato presentes as razões em favor da autocontenção judicial. Caso não estejam, a corte pode realizar uma ponderação autônoma das razões a favor ou contra a constitucionalidade da lei questionada (Oliver-Lalana, 2019, p. 219-221; Saul, 2016; Sousa Filho, 2019, p. 242).

Esse raciocínio ajuda a justificar o fato de Ely considerar a proteção do processo democrático uma das hipóteses de intervenção judicial legítima. Nesses casos, o próprio fundamento para a deferência – as qualidades do processo democrático – estaria comprometido por determinadas patologias. Todavia, Gardbaum (2020, p. 1.448-1.449) observa que – a despeito de Ely situar sua teoria como direcionada ao processo democrático, e não aos seus resultados – os exemplos de falhas que ele aponta no processo político na verdade se relacionam ao *conteúdo* de leis que produziriam impactos negativos naquele processo. Isso fica claro nos exemplos de restrições aos processos de mudança política: ameaças à liberdade de expressão e ao direito ao voto, bem como a evasão de responsabilidade política na elaboração de políticas públicas por excessos na delegação legislativa à Administração Pública. Suas respostas não se dirigem ao processo eleitoral ou legislativo em si, mas à *substância* dessas leis: a forte defesa judicial do direito à livre expressão e ao voto e restrições judiciais sobre delegações legislativas, de modo a invalidar leis genéricas sem orientações substantivas de política pública (Ely, 1980, p. 105-133)⁹.

Todavia, como colocado por Goldfeld (2004, p. 398), se o fundamento para a intervenção judicial está nas deficiências do processo político, prejudiciais a seu caráter democrático, por que defeitos no processo decisório não prejudicariam a presunção de constitucionalidade da lei dele resultante, independentemente de o *conteúdo* dessa lei prejudicar ou não as pré-condições da democracia? Nesse caso, não seria desejável algum tipo de atuação judicial que fosse responsiva a esses defeitos?

Além de outros critérios substantivos, a responsividade do juízo de deferência à qualidade do processo legislativo é essencial para que a autocontenção não seja exercida de forma automática, independentemente de como o processo foi conduzido. Quando se prescrevem critérios para delimitar a intervenção do Judiciário, não se deve pressupor que os mecanismos da democracia representativa *sempre* falham¹⁰. Tampouco se pode presumir que esses mecanismos *nunca* falham, excluindo de antemão o papel do Judiciário. A resposta a essa questão precisa ser mais nuançada do que reconhecer como inevitável uma atuação judicial intensa em quase toda controvérsia constitucional ou de sempre pressupor que o parlamento será mais legítimo para decidir em razão das suas credenciais eleitorais. A intervenção da corte deve passar por um teste da medida em que se verifica, em cada caso, o pressuposto de legitimidade democrática do parlamento.

Neste artigo, o objetivo é desenvolver uma alternativa que também forneça critérios para a autocontenção judicial, com o fim de proteger determinada concepção de democracia – no caso, uma concepção *deliberativa*. Não se busca exatamente proteger as pré-condições de um

⁹ O mesmo vale para autores como Nino (1996). Ele admite a intervenção judicial para a proteção das condições da democracia deliberativa, cuja ausência prejudicaria o potencial epistêmico da democracia, que seria a razão para se realizar a deferência judicial.

¹⁰ Nas defesas normativas do controle de constitucionalidade, há certa tendência de tratar assimetricamente cortes e parlamentos. Exaltam-se qualidades ideais das cortes, ignorando suas deficiências reais, ao mesmo tempo em que se enfatizam as imperfeições concretas de parlamentos sem reconhecer os valores promovidos pelo seu desenho institucional. Souza Neto (2017, p. 556) e Waldron (1999, p. 32-33) criticam essa tendência.

processo democrático justo pelo controle da substância de leis, como o fazem Ely ou Nino. O propósito é permitir que tribunais sejam responsivos à qualidade *do próprio processo* que originou a lei cuja constitucionalidade foi questionada, modulando a intensidade da sua intervenção conforme essa qualidade¹¹. A qualidade do processo não determina, por si só, a constitucionalidade da lei, que deve ser avaliada por critérios substantivos independentes.

3 Deferência como instrumento de diálogo institucional

Considerando a forma como a teoria deliberativa do diálogo institucional concebe a relação entre corte constitucional e parlamento, uma doutrina de deferência não é apenas uma solução para formalizar a ideia de que a intensidade da intervenção judicial deve variar conforme o desempenho deliberativo do parlamento. Ela também é uma forma de a corte estimular a justificação no parlamento, ao sinalizar que dará maior margem de atuação autônoma para o parlamento na medida em que melhore seu desempenho deliberativo. Nesta seção, compara-se essa proposta com abordagens que investigam como a corte constitucional pode promover a deliberação legislativa.

Duas estratégias debatidas na literatura exemplificam como alcançar esse objetivo. A primeira é que a corte deve exigir a apresentação de justificativas ou um nível mínimo de deliberação no processo legislativo. O descumprimento dessa obrigação pode ensejar a inconstitucionalidade da lei, embora também se possam prever outras formas de sanção pelo descumprimento de uma ordem judicial. A segunda alternativa, uma forma indireta de incentivar a deliberação no parlamento, é pensar em como a corte, ao decidir, pode deixar espaço para deliberações legislativas futuras ou como deve reagir a deliberações legislativas anteriores sobre o mesmo tema sob julgamento.

A primeira estratégia consiste numa forma de controle procedimental que vai além do simples controle do cumprimento das normas procedimentais que disciplinam o processo legislativo – o que Bar-Siman-Tov (2011, p. 1.921-1.922) denomina *regularidade procedimental*. Busca aferir a ocorrência de *deliberação suficiente* ao longo do processo legislativo, que pode não se verificar, mesmo com o atendimento estrito de normas regimentais. Importa que o parlamento realmente debata sobre as proposições apresentadas, cabendo a juízes evitar que o governo consiga manipular o processo legislativo para rapidamente, sem discussão, aprovar sua pauta sem o escrutínio da oposição e do próprio eleitorado (Gardbaum, 2020, p. 1.446). Propostas nessa linha podem ser mais minimalistas, centradas na verificação de debates sobre a proposta e da sua tramitação regular (Goldfeld, 2004); ou mais expansivas,

¹¹ Clève e Lorenzetto (2017) também sugerem que leis provenientes de um processo deliberativo “regular e aberto” seriam merecedoras de maior deferência; entretanto, eles não propõem parâmetros para definir o que seria um processo legislativo adequado do ponto de vista deliberativo, nem revelam como esse critério interagiria com os demais critérios que propõem hipóteses muito abrangentes de intervenção judicial – falhas que se procura evitar neste artigo.

que almejam colocar crivos mais exigentes de suficiência deliberativa. Gargarella (2020, p. 1.471), por exemplo, sugere que juízes devem intervir para garantir não apenas o debate no parlamento mas também a deliberação entre todos os potenciais afetados pela decisão. Em relação a leis penais, Sousa Filho (2019, p. 428-430) sustenta que o princípio exige tanto o debate efetivo sobre proposições quanto a elaboração de estudo de impacto legislativo.

O controle judicial da deliberação suficiente enfrenta duas objeções principais: a interferência indevida na autonomia do parlamento para organizar seu funcionamento (Bar-Siman-Tov, 2012, p. 289) e a baixa capacidade institucional do Judiciário (Pildes, 2020). Entretanto, não há como analisar neste artigo cada uma dessas proposições. Para justificar a preferência por uma abordagem indireta ao incentivo da deliberação no parlamento, dialoga-se com uma proposta específica, desenvolvida por Barcellos (2020) de forma assumidamente minimalista, com o fim de evitar aquelas duas objeções. Portanto, se mesmo assim essa proposta for insuficiente, as críticas também valerão para alternativas mais exigentes.

Segundo Barcellos (2020, p. 72), está implícito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) um direito subjetivo difuso à justificação por agentes públicos na elaboração de normas, cuja realização poderia ser exigida judicialmente, sob pena de inconstitucionalidade formal e condenação do agente público a apresentar a sua justificativa, mesmo *a posteriori* (Barcellos, 2020, p. 209-214). O fato de esse dever consistir numa obrigação jurídica vinculante, aplicável diretamente pelo Judiciário, leva Barcellos (2020, p. 140-141, 228-229) a ser cautelosa nas exigências que faz, a fim de não expandir demasiadamente o poder da corte e sufocar o processo político. Isso explica sua opção pelo caráter procedimental e mínimo do direito à justificativa, que exige relativamente pouco a título de deliberação ao longo do processo decisório e não impõe filtros substantivos ao tipo de razão que atenda a esse ônus de justificação.

Resumidamente, o conteúdo desse direito corresponde ao dever de o proponente de uma lei ou regulamento justificar sua proposição com argumentos normativos e dados da realidade fática sobre: a) o problema de relevância pública que a norma pretende enfrentar; b) os resultados esperados com a adoção da medida proposta; e c) as consequências prováveis da implantação da medida, como custos econômicos e outros impactos, inclusive sobre os direitos fundamentais. O mesmo ônus de justificação incide sobre modificações da proposta original, como emendas e substitutivos no processo legislativo, que podem transformar significativamente o projeto inicial. A justificação nesses termos seria positiva, pois: a) demonstraria respeito aos destinatários da norma como titulares de direitos; b) instrumentalizaria a prestação de contas por representantes aos cidadãos; c) fomentaria o debate público sobre o tema; e d) facilitaria o acompanhamento posterior da política pública, para verificação dos seus resultados e avaliação de revisões futuras (Barcellos, 2020, p. 102-103, 165-191).

Não há dúvida de que seria um avanço esse tipo de justificação de proposições legislativas. Contudo, pode-se questionar se a sua apresentação pelo proponente seria por si suficiente

para promover *todos* os objetivos listados por Barcellos. Não é improvável que a exigência meramente procedimental de apresentar justificativas produza listas amplas e genéricas de razões, com pouco conteúdo substantivo. Isso seria vantajoso politicamente, pois facilitaria adesões ao projeto e não comprometeria parlamentares com posições controversas. Além disso, a justificativa apresentada pelo proponente pouco diz sobre a justificação da lei aprovada pelo parlamento. Um voto a favor de um projeto de lei implica endosso apenas à sua promulgação, e não às justificativas do proponente. Atribuir-lhes peso distorceria o processo legislativo, estruturado em torno do *texto* da proposição (Waldron, 2016, p. 163). Essa justificativa não deve, pois, funcionar como um “indicador *proxy*” (Barcellos, 2020, p. 225) das razões consideradas pela maioria no momento da aprovação¹².

Também são incertos os impactos da justificativa sobre outros aspectos do processo legislativo. Quando questionados sobre seu apoio ao projeto, parlamentares poderiam individualmente não endossar eventuais fundamentos problemáticos para se afastarem de críticas, justificando seu voto mediante outros fundamentos. Afinal, como o objeto da deliberação legislativa se restringe aos dispositivos de uma futura lei, o voto num projeto não implica apoio à justificativa do proponente – e, não raro, uma medida pode ser apoiada por distintos motivos. Com isso, não haveria de fato ampliação da prestação de contas de representantes ao eleitorado (Ely, 1980, p. 126-130), nem demonstração de respeito aos cidadãos. Por sua vez, baseia-se numa relação hipotética – ou seja, que pode ou não se realizar – a alegação de que exigir apenas do proponente a apresentação de justificativas fomentaria a deliberação ao longo do processo legislativo. É plausível que razões e informações substantivas além do texto da proposição possam melhor orientar debates legislativos posteriores e criar um referencial para contestar a pertinência ou a proporcionalidade da medida. Entretanto, isso pode não se concretizar, pois nada garante que uma proposta bem fundamentada seja objeto de debates. É igualmente possível que tal proposta seja arquivada ou aprovada em regime de urgência.

Ao fim, Barcellos (2020) acaba exigindo pouco em relação à deliberação legislativa. Isso é consequência inevitável da sua opção por vincular as exigências do devido processo de elaboração normativa à força coativa do Direito. Ir além do requisito formal de apresentação de justificativas pelo proponente poderia ser contraproducente. De um lado, a imposição de requisitos substantivos sobre o teor da justificação legislativa enfrenta sérias dificuldades em qualquer tipo de avaliação judicial do processo legislativo – concernentes tanto à definição de critérios substantivos quanto à sua aplicação. De outro lado, critérios procedimentais também podem ser problemáticos. Mesmo na proposta de Barcellos, assumidamente minimalista, a intervenção judicial que ela defende pode criar problemas em casos extremos. Por exemplo, se toda emenda a um projeto de lei deve conter o mesmo conteúdo da justificação da proposta original, a ausência de justificativas sobre cada um

¹² Esse não é um ponto lateral para Barcellos, pois a justificativa do proponente cumpriria várias funções baseadas nessa premissa, como o acompanhamento posterior da política pública, a interpretação da lei e a avaliação da sua constitucionalidade. O artigo não examina esse ponto, pois foge ao seu objetivo central.

dos três aspectos citados em centenas de emendas apresentadas implicaria, a rigor, a inconstitucionalidade formal da lei – o que obviamente seria excessivo.

Em síntese: como precisa construir seus critérios de forma a coibir uma intervenção judicial excessiva, Barcellos teve de ser modesta nas exigências que atribui ao processo legislativo. Isso faz com que elas não prescrevam o atendimento de outros elementos de uma deliberação adequada no Legislativo – algo reconhecido pela própria autora, que considera sua proposta a melhor alternativa *factível* de intervenção judicial (Barcellos, 2020, p. 224-225)¹³. Critérios mais exigentes de deliberação suficiente para autorizar intervenção judicial atrairiam críticas de violação da autonomia parlamentar, da falta de capacidade institucional do Judiciário para identificar com clareza a insuficiência da deliberação legislativa e da ausência de normas jurídicas cogentes que exijam expressamente um mínimo de deliberação – e, assim, autorizem a intervenção judicial direta.

Todavia, isso não elimina outros tipos de atuação judicial, que, por serem menos intensos, podem ser mais exigentes nos seus critérios procedimentais de deliberação legislativa adequada. É essa a principal diferença entre este trabalho e o de Barcellos. Não há divergência nos objetivos, que são compartilhados, ou nas conclusões principais, já que a proposta da autora pode complementar os critérios de deferência aqui elaborados. O que há, sobretudo, é uma diferença na estratégia de construção do argumento e na forma defendida de atuação judicial para o fomento da deliberação legislativa. Ao contrário de Barcellos, não formulo um argumento de *lege lata*, que busca interpretar o Direito vigente, e trabalho com o segundo tipo de estratégia anteriormente listado, que busca criar incentivos indiretos à deliberação legislativa.

O segundo tipo de estratégia está associado a teorias do diálogo institucional. Algumas dessas teorias sustentam que o incentivo à deliberação legislativa é consequência da interação da corte com o parlamento ao longo do tempo (Friedman, 1993, p. 670; Hogg; Bushell, 1997; Pickerill, 2004) ou que relações interinstitucionais devem ser avaliadas pelo potencial de produzir deliberação sobre direitos (Young, 2018, p. 138). Outras prescrevem formas de atuação judicial que intencionalmente direcionariam o controle de constitucionalidade para o incentivo da deliberação legislativa sobre questões constitucionais. Esse incentivo pode ser muito indireto, como no minimalismo judicial de Sunstein (2001, p. 8-29), e consistir apenas no fato de os juízes escolherem formas de decisão que deixam espaço para a decisão legislativa sobre a questão constitucional de fundo, ao limitarem a abrangência e

¹³ A autora não nega que o Supremo Tribunal Federal (STF) também possa agir contra violações de normas regimentais que esvaziem direitos de participação de minorias legislativas, embora em regra endosse a jurisprudência do STF de que não é passível de controle judicial a interpretação de normas regimentais (Barcellos, 2020, p. 244-249). Há trabalhos que, contrariamente à orientação dominante do STF, defendem o controle judicial do processo legislativo, sobretudo em relação à violação de normas regimentais que sejam desdobramentos diretos de normas constitucionais (Esteves, 2017; Salgado; Araújo, 2019). Contudo, não se abordam aqui esses trabalhos, pois centram-se na regularidade procedimental, e não na deliberação em si. Há violações regimentais que podem prejudicar a deliberação legislativa, mas também é possível que seja pouco deliberativo um processo legislativo que obedeça à risca a normas regimentais.

a profundidade dos fundamentos da decisão, evitando decidir mais que o necessário para resolver o caso concreto sob julgamento.

Eskridge e Ferejohn (2009) elaboraram um argumento com sentido similar ao de Sunstein, mas vão um pouco além. Sugerem uma postura deferente da corte, que dê espaço para os demais Poderes construírem, mediante experimentação e acomodação de interesses, soluções para controvérsias constitucionais difíceis. Se a inconstitucionalidade não for patente, a corte deve evitar encerrar deliberações incipientes e eliminar a oportunidade de experimentação futura com diferentes soluções. Ela deve também estimular a deliberação democrática – e pode fazê-lo ao deixar de reconhecer a inconstitucionalidade ou ao adotar uma fundamentação minimalista, o que permitiria reavaliar a questão de fundo sob outra perspectiva. O desenvolvimento dessas soluções pela deliberação democrática teria maior legitimidade e permitiria o aproveitamento das vantagens comparativas dos outros Poderes na interpretação constitucional, como a maior capacidade de encontrar soluções práticas eficazes para problemas de política pública e de levar em consideração os interesses de todos os afetados. Por esses motivos, as cortes deveriam respeitar os resultados de deliberações democráticas anteriores e tentar incorporá-las na interpretação constitucional (Eskridge; Ferejohn, 2009, p. 1.292).

A noção de que a corte deve respeito ao produto de deliberações nas instâncias majoritárias é fundamental para a teoria do diálogo institucional que fundamenta este trabalho. Também é compatível com essa teoria a preocupação de não encerrar deliberações democráticas prematuramente, intervindo antes que o sistema político e a esfera pública tenham a oportunidade de debater certos temas. Entretanto, Eskridge e Ferejohn (2009) prescrevem uma postura excessivamente deferente à corte. Seu argumento não se preocupa com a *qualidade* da deliberação legislativa. *Pressupõe* que essas deliberações têm maior legitimidade democrática, devido ao seu caráter representativo, e busca criar condições para o desenvolvimento paulatino e experimental de soluções para controvérsias constitucionais. Falta não só um crivo substantivo mais exigente sobre o conteúdo das decisões legislativas como também critérios que avaliem a qualidade dessa deliberação e ditem o nível de respeito que a corte deve ao parlamento em cada caso.

Como sustenta Dixon (2019), para que de fato consigam mitigar a objeção democrática ao controle de constitucionalidade, teorias do diálogo institucional dependem da prescrição de deferência judicial para respostas legislativas. A premissa é que o argumento segundo o qual o diálogo ameniza aquela objeção depende da capacidade de o parlamento responder a decisões judiciais que declararam a inconstitucionalidade de leis, sem que essas decisões sejam a última palavra. Caso a corte pudesse livremente invalidar essas respostas legislativas, permaneceria intocada a supremacia judicial na interpretação da Constituição. Por esse motivo, seria necessário deferência judicial para um diálogo efetivo.

Ao reconhecer que em teorias do diálogo há resistência a aceitar uma doutrina de deferência desse tipo, a autora formula duas respostas que mitigariam as críticas à deferência judicial, ao limitá-la. Tais respostas contribuem para evitar a proposição de uma teoria

deferente em excesso, como a de Eskridge e Ferejohn. A primeira é que não se deve deferência automática a toda decisão legislativa. Ela seria devida para respostas a uma decisão judicial anterior, numa segunda rodada procedimental¹⁴, nas quais o parlamento tivesse considerado seriamente as questões suscitadas pelo tribunal e, ainda assim, discordado dessa decisão. Não teriam valor por si sós tentativas reiteradas de aprovar determinada lei; é fundamental que o parlamento atenda ao ônus argumentativo posto pela declaração de inconstitucionalidade (Dixon, 2019, p. 179). A segunda é que a deferência se justifica apenas em questões morais difíceis, em relação às quais haja desacordo *razoável*. O desacordo será razoável se for “compatível com a noção de *debate racional e ponderado*, e um compromisso com tratar todos os cidadãos como merecedores de igual dignidade e respeito nesse debate” (Dixon, 2019, p. 180, tradução nossa)¹⁵. Por exemplo, leis que excluíssem minorias da participação no processo político seriam incompatíveis com esse critério substantivo mínimo (Dixon, 2019, p. 182).

Com a sugestão de um teste de deferência que incorpore como critério o desempenho deliberativo do parlamento, adota-se aqui uma estratégia diferente das de Barcellos e de Eskridge e Ferejohn para estimular a justificação no parlamento¹⁶. A avaliação do processo legislativo não serve ao controle judicial direto desse processo: ela auxilia a corte a definir a intensidade adequada do controle substantivo, sem substituí-lo¹⁷. Ao mesmo tempo em que busca criar um incentivo *indireto* à deliberação, essa estratégia não se contenta com apenas *possibilitar* que ocorra a discussão. Também busca, em alguma medida, ser reativa à *qualidade* dessa atividade. Por um lado, como se trata de uma modulação da intensidade do controle judicial – e não de algo que por si só torne inconstitucional uma lei –, possibilita estabelecer critérios de qualidade deliberativa um pouco mais exigentes. Por outro lado, evita que a corte abdique do papel de exigir do parlamento o atendimento do seu ônus deliberativo em decisões sobre direitos e outras questões fundamentais. A construção dessa doutrina de deferência busca incorporar, com modificações, as duas restrições de Dixon – exigência de densidade deliberativa no Legislativo e limites substantivos –, para evitar que ela resulte numa atuação judicial muito transigente.

¹⁴ Por *rodada procedimental* entende-se um ciclo formal de tomada de decisão política. Num sistema de controle forte de constitucionalidade, ela começa com a proposição de uma decisão política e encerra-se com a decisão judicial de última instância sobre sua constitucionalidade (Mendes, 2011, p. 170).

¹⁵ No original: “compatible with the notion of reasoned and rational debate, and a commitment to treating all citizens as worthy of equal respect and dignity in such a debate”.

¹⁶ Sobre a deferência como instrumento dialógico de incentivo à deliberação legislativa em sistemas de controle forte de constitucionalidade, ver Young (2018, p. 134).

¹⁷ A proposta aqui é, pois, um tipo de controle *semiprocedimental* (Bar-Siman-Tov, 2012, p. 271-279).

4 Razão pública e desempenho deliberativo como critérios de deferência

4.1 Estrutura geral da regra de deferência

Conforme já se afirmou, a legitimidade democrática do parlamento é uma razão em favor da autocontenção judicial. Em alguns casos, pode ser preponderante. A modulação da intensidade do controle de constitucionalidade em função do desempenho deliberativo de parlamentos justifica-se pelo fato de a deliberação ser, na concepção de democracia que se toma por pressuposto, um requisito de legitimidade democrática (Cohen, 1997, p. 412) – a qual, de acordo com a teoria do deliberativa do diálogo institucional, não deve ser pressuposta, mas avaliada contextualmente, com base no desempenho efetivo de cada instituição (Mendes, 2011). Avaliar o desempenho deliberativo caso a caso é um modo de testar em que medida essa razão de deferência está de fato presente, para justificar a autocontenção judicial.

Esse argumento inicial é uma simplificação. Ele precisa ser mais bem desenvolvido e sopesar dois fatores. Em primeiro lugar, entre os pressupostos da teoria do diálogo de Mendes (2011, p. 194-195) está a assunção da razão pública como critério substantivo de legitimidade, isto é, na concepção do autor, a legitimidade das leis depende também da aderência do seu conteúdo à razão pública¹⁸. Ao mesmo tempo, Mendes defende que o desempenho deliberativo é uma medida da legitimidade de cada instituição para decidir sobre questões constitucionais, de maneira contextual e gradualista. Todavia, o autor não explica como esses dois elementos podem ser conciliados – o que é necessário para sustentar o argumento anteriormente exposto. Em segundo lugar, uma decisão legislativa pouco deliberativa não será necessariamente ilegítima: a legitimação eleitoral de parlamentos e outras virtudes dos seus procedimentos decisórios devem ter alguma relevância, não podendo ser esvaziadas¹⁹.

Este trabalho está centrado no controle de constitucionalidade. Não se trata de quaisquer deliberações legislativas, mas sim das que lidam com questões constitucionais materiais e substantivas (isto é, que não sejam procedimentais ou de competência federativa), tanto para emendar a Constituição quanto para especificar seu conteúdo por meio de leis. Nesse tipo de questão, o fator decisivo para a legitimidade de uma decisão legislativa é o

¹⁸ A ideia de *razão pública*, tal como desenvolvida por Rawls (1997, p. 765), condiciona a legitimidade de decisões de autoridade à sua justificação por argumentos que possam ser razoavelmente aceitos por todo cidadão razoável – isto é, aquele que esteja disposto a encontrar termos justos de cooperação social com os demais. Tais justificativas devem ser fundadas numa concepção política de justiça endossável por tais cidadãos independentemente das controversas concepções de bem que adotem.

¹⁹ Além de influenciar o papel limitado e excepcional da análise do desempenho deliberativo na decisão judicial, esses fatores também justificam o que Kavanagh (2008, p. 191) denomina *deferência mínima* (em contraposição a *deferência substantiva*, sentido em que se utiliza neste artigo). A deferência mínima vale para qualquer caso. Refere-se ao grau elementar de respeito que juízes devem demonstrar às decisões de outros Poderes, que não podem ser anuladas apenas por desacordo com seu mérito. É uma presunção fraca de constitucionalidade que não impede que juízes apreciem a questão de mérito; apenas os orienta a fazê-lo com cuidado, sem desconsiderar de antemão as razões do legislador.

atendimento de um critério substantivo que se aplica de forma binária: a razão pública. Assim, se a interpretação legislativa de um dispositivo constitucional indeterminado for justificada pela razão pública, ela será, a princípio, legítima.

Há autores, como Webber (2009, p. 208), que defendem que o controle de constitucionalidade deve parar por aqui: bastaria que a lei fosse justificável por *alguma* razão pública para a corte reconhecer sua constitucionalidade. No entanto, há um problema com essa tese: a razão pública não determina de antemão os resultados para controvérsias em torno de questões fundamentais (Rawls, 1997, p. 794-797; Araújo, 2004). Pode haver desacordo razoável entre indivíduos que usam a linguagem da razão pública. Nesse caso, permanece a necessidade de escolher uma alternativa para decidir, mesmo que todos os lados do debate se pautem pela razão pública. O critério da razão pública não indica a resposta correta: ele delimita a zona de desacordo razoável. A questão é: se tanto o parlamento quanto a corte justificam suas decisões mediante razões públicas, quem deve prevalecer?

A resposta a essa pergunta envolve vários fatores. O que se deseja destacar é que seria apressado demais reconhecer que, nesse impasse, o parlamento deve prevalecer apenas em razão da sua legitimidade eleitoral (Mendes, 2011, p. 204). O ônus de justificação para questões constitucionais fundamentais deve ser mais elevado que para questões políticas ordinárias (Ferejohn; Pasquino, 2003, p. 27). Nessa circunstância, entra em jogo o conceito de desempenho deliberativo como métrica da qualidade deliberativa de uma decisão. Ele não substitui a razão pública como critério substantivo de legitimidade política. Serve para *comparar* a legitimidade *relativa* de duas instituições políticas igualmente legítimas para decidir sobre direitos. Nesse caso, pode-se falar em *graus* de legitimidade, como o faz a teoria deliberativa do diálogo institucional, sem perder a capacidade de distinguir claramente entre o legítimo e o ilegítimo. Se a razão pública respalda as decisões de ambas as instituições, a princípio as duas são legítimas para decidir. Verificar qual deve prevalecer em cada caso depende de avaliar contextualmente qual é *mais* legítima. A ideia de um teste de deferência procura formalizar essa compreensão da separação de Poderes numa doutrina decisória racional.

Em resumo, a estrutura básica do teste de deferência proposto seria a seguinte. Em primeiro lugar, sua aplicação ocorreria apenas em *casos difíceis*, nos quais há dúvida na aplicação de um dispositivo constitucional indeterminado. Nesses casos, critérios jurídico-formais não resolvem a controvérsia: é inevitável alguma forma de raciocínio moral e de *criação* do Direito pela corte. Para esse tipo de controvérsia, é mais evidente o déficit de legitimidade do Judiciário. Como juízes não estarão aplicando mecanicamente o Direito posto, torna-se mais difícil justificar por que suas interpretações sempre devam sobrepor-se às das instâncias majoritárias (Veríssimo, 2012, p. 6). Decidir sobre quem deve prevalecer diante desse tipo de controvérsia depende de uma concepção sobre o papel de cada instituição na separação de Poderes e sobre suas capacidades institucionais. É essa ponderação que se estrutura num teste de deferência. Por isso, a deferência não tem lugar em casos mais simples, cuja resposta está clara no texto da Constituição. Um exemplo disso

seria a instituição da pena de morte no Brasil, taxativamente proibida pela CRFB (Brasil, [2023], art. 5º, XLVIII, a).

Em segundo lugar, o princípio *substantivo* orientador da decisão da corte é a razão pública – e não a razoabilidade ou a racionalidade, como em outros testes de deferência. Para que seja constitucionalmente aceitável, uma decisão deve ser *no mínimo* compatível com a razão pública, que é um critério moral independente para avaliar a justificação de decisões políticas. Por exemplo, uma lei que, por razões estéticas ou religiosas, criminalizasse a realização de tatuagens seria claramente incompatível com a razão pública, pois representaria a imposição de uma concepção controversa de bem a toda a cidadania²⁰. Leis dessa natureza não merecem presunção de constitucionalidade. Por isso, não podem ser objeto de deferência judicial. Com isso, não se está reduzindo o raciocínio jurídico da corte a esse tipo de raciocínio moral. Esse juízo auxiliar à aplicação de uma regra de deferência não se confunde com a avaliação do mérito de um pedido de declaração de inconstitucionalidade. Para essa avaliação, a corte deve usar um padrão de argumentação jurídico-constitucional que incorpore preocupações como a fidelidade ao texto da Constituição, a presunção de coerência interna do ordenamento jurídico e a necessidade de decidir igualmente sobre casos iguais. Em meio ao julgamento, a aderência à razão pública pode ser apenas um fator entre outros²¹.

Em terceiro lugar, o princípio *procedimental* consiste no desempenho deliberativo, ao menos no que diz respeito à legitimidade democrática do parlamento. Quanto melhor o desempenho deliberativo legislativo, mais forte será a presunção de constitucionalidade da lei aprovada, e menos razões terá a corte para intervir no processo político. A qualidade no exercício da função deliberativa do parlamento é uma razão para a deferência, pois reforça sua legitimidade para ponderar os valores em disputa em casos de incerteza. De outro lado, o desempenho deliberativo será decisivo para que a corte não renuncie automaticamente ao controle de constitucionalidade, mesmo ao reconhecer que a lei é amparada por alguma razão pública. Diante de um mau desempenho deliberativo e, havendo razões públicas também *contra* a lei, a corte poderá tentar formular um argumento melhor e exigir do parlamento o atendimento das suas responsabilidades deliberativas. Essa interação deliberativa entre os Poderes está no coração da teoria deliberativa do diálogo institucional de Mendes (2011, p. 203-204), a qual busca direcionar a atuação da corte constitucional para aprimorar a qualidade deliberativa da democracia.

²⁰ Essa formulação é próxima da vedação de leis perfeccionistas, proposta por Nino (1996, p. 203) como princípio substantivo de sua teoria da autocontenção judicial. Prefere-se empregar aqui a razão pública – um critério mais abrangente e utilizado também pela teoria do diálogo de Mendes.

²¹ Um exemplo de como esses critérios funcionam de maneira independente é a vedação da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Não é difícil concluir que essa medida é incompatível com a razão pública, pois se apoia num ideal perfeccionista cuja implantação pela via coerciva do Direito é incompatível com o critério da reciprocidade. Contudo, decidir por sua inconstitucionalidade encontra uma dificuldade jurídica: o art. 226, § 3º, da CRFB, que determina: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar” (Brasil, [2023]). Ao decidir sobre essa questão na ADPF 132/RJ em 2011, o STF não considerou que essa dificuldade fosse um óbice intransponível; por outro lado, seus ministros e ministras tiveram, em tese, o ônus de enfrentar esse problema mediante argumentos jurídico-formais.

Ao decidir sobre a postura a adotar no controle de constitucionalidade, a corte deverá considerar uma pluralidade de razões. O desempenho deliberativo não é por si só uma razão conclusiva para a autocontenção. A influência dessa razão no raciocínio judicial dependerá de como outras razões para a intervenção ou a deferência incidem no caso sob decisão, o que deve ser definido contextualmente, considerando as peculiaridades de cada caso (Kavanagh, 2014, p. 470-471). Mendes (2013, p. 187-188) lista outros fatores a serem considerados nessa modulação, que se relacionam com sua teoria do diálogo institucional, mas que não exaurem todas as considerações relevantes²². Alguns casos, por exemplo, podem exigir a intervenção direta sobre o processo legislativo. Embora sejam relevantes, tais questões estão fora do escopo do artigo. Há diversos caminhos para uma corte deliberativa desenvolver suas doutrinas decisórias, não necessariamente incompatíveis com o papel que a teoria deliberativa do diálogo atribui à corte constitucional.

Destaca-se apenas um desses possíveis elementos adicionais, devido à sua relevância para a base teórica do artigo e para a aplicação dos princípios de deferência já mencionados: a *rodada procedimental* em que se encontra o caso sob julgamento. Se a controvérsia é nova, a corte terá mais razões para ser ativista, com o objetivo de instigar o parlamento a reconsiderar e justificar sua decisão original; se o caso for uma resposta legislativa a uma decisão anterior, a corte terá mais razões para a autocontenção. No entanto, estar numa segunda rodada procedimental não é razão *suficiente* para a deferência. Ela depende de limites substantivos e de um engajamento deliberativo com a decisão judicial anterior, como argumenta Dixon (2019, p. 177-183). Aqui se propõe que esse limite substantivo seja aferido pela razão pública e que o engajamento deliberativo do parlamento seja medido pelo desempenho deliberativo, que incorpora entre seus critérios o engajamento legislativo em decisões judiciais anteriores.

A regra de deferência não é exclusiva de rodadas procedimentais adicionais após a primeira decisão judicial. Como a corte também pode ser deferente numa primeira rodada, a relevância de se estar diante de uma resposta legislativa não é tão determinante quanto em teorias que aceitam a deferência apenas na segunda rodada. Em última análise, o que varia é o ônus sobre o desempenho deliberativo do parlamento, que será maior no primeiro tipo de caso. Contudo, a rodada procedimental será significativa em caso de controvérsias em torno da aplicação do princípio substantivo, já que pode haver incerteza quanto à aderência de uma justificativa à razão pública. Mesmo que numa primeira rodada deliberativa não se tenha convencido de que a lei era compatível com a razão pública, a corte poderá decidir pela constitucionalidade se a dúvida persistir numa segunda rodada e se houver também um bom desempenho deliberativo no processo que originou a resposta legislativa.

²² Um deles é o momento em que a lei foi promulgada. Há menos motivos para a deferência se a lei questionada é mais antiga do que no caso de ela ser recente (Mendes, 2011, p. 207; Souza Neto; Sarmiento, 2013, p. 156). Leis promulgadas no passado podem permanecer vigentes por inércia e perpetuar leituras controversas de valores constitucionais sem que sejam submetidas a novos testes de sua consistência. Nesses casos, justifica-se que o tribunal intervenha para forçar o Legislativo a atender ao ônus de justificar a manutenção da lei antiga.

4.2 Critérios de avaliação do desempenho deliberativo do parlamento

Apresentada a estrutura geral do teste de deferência proposto, aborda-se o conteúdo do seu princípio procedimental. Sobre isso serão observadas duas ressalvas.

Em primeiro lugar, os critérios de avaliação do desempenho deliberativo do parlamento devem ser gerais e minimalistas, a fim de não recaírem nas duas objeções suscitadas em relação às teorias da deliberação suficiente: a violação da autonomia do parlamento e a falta de capacidade institucional para sua implantação. De um lado, critérios pormenorizados demandam processos de aferição trabalhosos e exigem tempo e técnicas de investigação que transcendem as capacidades institucionais do Judiciário. De outro lado, critérios dessa natureza poderiam restringir indevidamente a autonomia parlamentar. Há aspectos de um bom processo legislativo precisam ser deixados ao juízo dos próprios parlamentares, pois a interferência judicial – mesmo que indireta, na forma de um teste de deferência – poderia produzir efeitos colaterais indesejados²³.

Em segundo lugar, o desempenho deliberativo deve ser avaliado por critérios adequados ao perfil institucional do parlamento, o que demanda uma adaptação do conceito de desempenho deliberativo desenvolvido por Mendes (2013) para cortes constitucionais. Parte-se da premissa de que dos parlamentos não se deve esperar a prática da deliberação em sentido estrito – isto é, a troca respeitosa de razões entre cidadãos livres e iguais, orientados ao bem comum e que se dispõem a serem convencidos pela força de bons argumentos. Marcada pelo partidarismo e pela competição eleitoral, a estrutura institucional dos parlamentos impede que eles sejam propriamente deliberativos (Pacola, 2023), o que é corroborado por trabalhos empíricos que avaliaram a qualidade deliberativa de debates parlamentares (Landwehr; Holzinger, 2010; Tschentscher; Bächtiger; Steenbergen, 2010). Isso, porém, não quer dizer que tais debates não sejam relevantes para realizar o ideal que as teorias da democracia deliberativa propõem.

Este trabalho adota uma abordagem sistêmica da democracia deliberativa. A noção de *sistema deliberativo* – desenvolvida por autores como Mansbridge, Bohman, Chambers, Christiano, Fung, Parkinson, Thompson e Warren (2012) – reconhece a dificuldade de se realizar de modo pleno o exigente ideal deliberativo em instituições políticas reais. Diante disso, almeja tornar factível a implantação desse ideal ao concebê-lo de forma ampla e ao considerar o resultado do trabalho conjunto das instituições de uma democracia – e não apenas as qualidades deliberativas de fóruns específicos. Com isso, pode-se aproveitar uma divisão de trabalho entre diferentes instituições, com distintas virtudes e vícios, a depender de seu desenho institucional. Assim, seria possível promover o ideal da democracia

²³ Um exemplo dessa lógica de preservação da autonomia do parlamento (bem como da independência de parlamentares no exercício do mandato) e da abertura do debate legislativo justifica o regime da imunidade parlamentar material no Brasil, que proíbe sanções civis e penais às manifestações de legisladores no exercício de suas funções (Brasil, [2023], art. 53). Porém, autoriza-se que, por quebra de decoro, sejam punidos por seus pares. Assim, deixou-se ao juízo do próprio parlamento, e não ao de uma instância externa, aferir e sancionar o exercício impróprio dessa liberdade.

deliberativa mesmo sem todas as partes do sistema político serem perfeitamente deliberativas. Podem-se, inclusive, admitir práticas não deliberativas, na medida em que contribuam para a qualidade deliberativa do sistema como um todo.

Com base nessa compreensão, a justificação pública no parlamento, ainda que adversarial, pode ser relevante para realizar a democracia deliberativa no nível do sistema político como insumo para a deliberação em outros espaços, como a esfera pública ou mesmo a corte constitucional. Por esse motivo, aqui não se propõem critérios de avaliação que tentem captar a prática da deliberação em sentido estrito. Na verdade, os critérios propostos procuram refletir a contribuição possível dos debates públicos no parlamento à realização em larga escala do ideal deliberativo, como parte de uma divisão de trabalho entre diferentes espaços da ação política. Dos debates públicos em parlamentos espera-se, sobretudo, que representantes justifiquem posições políticas na forma de um debate contraditório (Pacola, 2023; Leydet, 2015; Rummens, 2012)²⁴. Os critérios também abarcam os deveres do parlamento como interlocutor num diálogo com a corte constitucional – isto é, a dimensão *interinstitucional* da deliberação, também essencial à teoria que fundamenta este artigo.

A avaliação pode ser estruturada em quatro critérios: tempo, justificação, inclusividade e diálogo interinstitucional²⁵.

4.2.1 Tempo

Em primeiro lugar, deve-se avaliar se houve tempo adequado para apreciar o projeto de lei ou se o processo legislativo teve um ritmo acelerado, que permitiria apenas uma consideração superficial das questões implicadas na proposta. Por certo, não se deve confundir disponibilidade de tempo para a discussão com demora na tramitação. Não se deve considerar o tempo que uma proposição fica arquivada ou aguarda andamento no processo legislativo sem receber atenção de parlamentares (em virtude, por exemplo, da designação de relator em comissões). O que importa é a disponibilidade de tempo para a discussão efetiva, sobretudo em comissões permanentes especializadas, que são espaços mais propícios que o plenário para um debate qualificado.

Há uma série de artifícios que podem ser utilizados pelo governo, ao lado das lideranças da maioria, para acelerar a tramitação de projetos de lei e prejudicar o tempo de debate, evitando a contestação pela oposição (Barcellos, 2020, p. 240-241; Esteves, 2017, p. 162-168; Silva Filho, 2015, p. 174-175). Tais artifícios não são necessariamente violações regimentais. Podem ser previstos em normas regimentais ou interpretações razoáveis dessas normas.

²⁴ Não se nega, por isso, que a deliberação em sentido estrito pode ocorrer em interações informais e não públicas entre parlamentares, situações que amenizam as pressões de posicionamento frente ao eleitorado que dificultam a deliberação. Entretanto, a avaliação judicial, como parte de um teste de deferência, deve centrar-se na atividade pública de parlamentares, o que pode ser captado por avaliadores externos.

²⁵ Devido aos estreitos limites de um artigo acadêmico, apenas é possível apresentar um sucinto panorama de cada um dos quatro critérios – o suficiente para dimensionar o conteúdo do princípio procedimental no teste de deferência aqui proposto.

O principal deles é a adoção de regimes de tramitação de urgência, que permitem tanto acelerar o andamento do processo legislativo quanto abreviar ou mesmo contornar a deliberação em comissões de mérito²⁶. Possibilitam também abreviar ou mesmo contornar a deliberação em comissões de mérito, substituindo o debate em comissões pela apresentação de pareceres orais, em plenário (naturalmente mais superficiais que pareceres escritos) ou mesmo aprovar o projeto sem qualquer manifestação das comissões de mérito, conforme autoriza o regime de *urgência urgentíssima* estabelecido no art. 155 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Há outros instrumentos para esse tipo de ação estratégica. Agentes políticos são criativos na manipulação de regras regimentais, de maneira que é impossível esgotar todas as possibilidades. A corte constitucional deve ser capaz de adaptar sua avaliação para dar conta de novas estratégias desenvolvidas para esse mesmo fim. Exemplos relevantes disso são a manipulação da pauta legislativa para gerar votações-surpresa e a modificação substantiva do projeto já na fase final do processo legislativo, de modo que o teor do que está sendo votado pode diferir do teor do que foi efetivamente discutido. Isso pode envolver tanto a modificação de dispositivos quanto a inclusão de outros sem pertinência temática com o restante do projeto – os chamados *jabutis* –, garantindo sua aprovação ao aproveitar o consenso em torno da proposição original (Goldfeld, 2004, p. 383-384)²⁷.

4.2.2 Justificação

O segundo critério de análise é a apresentação pública de razões no decorrer do processo legislativo²⁸. Justificativas podem ser apresentadas em documentos formais ou em debates orais, em comissões e em plenário, e terão valor se forem destinadas tanto a outros legisladores quanto aos cidadãos em geral. O importante é que se apresentem razões de forma transparente – seja para a minoria contestar a medida proposta, seja para a sua sustentação pela maioria frente às críticas recebidas. Parte do valor de debates legislativos está na sua natureza contraditória (Leydet, 2015, p. 240-245): por um lado, a contestação da medida por opositores sujeita o exercício do poder a um crivo crítico e incentiva respostas mais robustas da maioria (Rummens, 2012, p. 35-36); por outro, a sustentação da proposta pela maioria

²⁶ Limongi (2006, p. 25-28) destaca o papel do regime de urgência para contornar vetos de comissões e garantir a aprovação da agenda do Executivo. Mas nem sempre o regime de urgência é prejudicial à deliberação em comissões, visto que pode ocorrer após a manifestação das comissões competentes, para acelerar a inclusão da matéria na ordem do dia e sua votação em plenário. Nesses casos, o tribunal pode ser mais leniente, já que os principais espaços de deliberação legislativa são as comissões.

²⁷ Nesse quesito, a corte deve restringir-se a aspectos relativos à questão constitucional que enfrenta. Caso a modificação toque em aspectos irrelevantes para a reivindicação de direitos em questão, a princípio isso não impactará o rigor do controle de constitucionalidade.

²⁸ Uma possível objeção seria que a ausência de debates pode ser apenas sinal de que há consenso em torno da matéria. No entanto, essa hipótese deveria mitigar o controle judicial, dado que a existência de consenso nada diz sobre a legitimidade da lei. O consenso no parlamento seguido de contestação na corte é um sinal de déficits de inclusão e representação mais que de robustez democrática. Isso é oportuno, pois a avaliação judicial do processo legislativo ocorrerá apenas em casos difíceis – que, por definição, são controversos.

diante dessas críticas atende a um ônus de justificação inerente ao exercício do poder de autoridade. Mesmo segura dos votos necessários para aprovar a proposta, a maioria deve desincumbir-se desse ônus e tornar transparente a fundamentação da posição defendida.

Nessa avaliação devem-se observar três ressalvas. Em primeiro lugar, como lembra Oliver-Lalana (2013, p. 148-149), deve-se evitar uma perspectiva individualizada. As normas regimentais que estruturam a deliberação legislativa evitam que haja trocas espontâneas de razões entre legisladores. Cada parlamentar tem assegurado tempo específico para manifestar-se sem ser interrompido e em ordem pré-determinada. Debates parlamentares podem estender-se por períodos longos, são fragmentados e com múltiplos atores que participam alternadamente de fóruns variados. Por isso, debates parlamentares são mais bem compreendidos como atividade coletiva de legisladores. Devido ao tempo limitado de que dispõem, parlamentares não conseguem individualmente esgotar as razões pertinentes ao tema, de forma que argumentos podem ser construídos por interlocutores diversos. Por isso, mais relevante que avaliar pormenorizadamente manifestações individuais de parlamentares é compreender o resultado do processo coletivo de justificação no parlamento.

Em segundo lugar, não se deve exigir uma abordagem aprofundada da questão constitucional enfrentada pela corte. Basta uma consideração abrangente sobre os méritos da proposta legislativa (Kavanagh, 2014, p. 467). Tampouco se deve exigir a consideração explícita de argumentos jurídico-formais, que impeçam os legisladores de enfrentar diretamente as questões morais implicadas em casos constitucionais difíceis – o que constitui uma das suas vantagens comparativas na decisão sobre direitos (Waldron, 2016). A corte deve evitar impor o uso de linguagem ou formas de raciocínio constitucional próprias do Judiciário, inadequadas ao contexto institucional do parlamento (Lazarus; Simonsen, 2015; Sathanapally, 2017, p. 75).

Por fim, a corte não deve avaliar o conteúdo de argumentos específicos apresentados por parlamentares. Devido à indeterminação de critérios substantivos e às dificuldades de sua aplicação, é mais adequada uma análise formal e procedimental. Embora isso crie o risco de validar debates superficiais, realizados com o único intuito de atender aos requisitos do teste judicial (Oliver-Lalana, 2019, p. 233-234), parece ser mais conveniente aceitar o risco, em vez de introduzir a avaliação do conteúdo no teste. Como a análise judicial tem consequências concretas para o futuro da lei em debate, a indeterminação de critérios substantivos, sobretudo em casos difíceis, fronteira, pode infundir insegurança nos parlamentares e prejudicar a abertura e a intensidade dos debates legislativos. Essa indeterminação também cria o risco de que a corte acabe por valorizar formas jurídicas de argumentação sobre direitos – o que seria inadequado, como já se afirmou. De outro lado, parece estar fora das capacidades institucionais da corte analisar minuciosamente cada pronunciamento e sistematizar essas manifestações avulsas numa avaliação coerente do processo, essencial para afastar potencial parcialidade e enviesamento na seleção de discursos ou na atribuição de peso a diferentes pronunciamentos.

4.2.3 Inclusividade

O terceiro critério que deve orientar a avaliação judicial do processo legislativo é a sua inclusividade, que comporta dois elementos. O primeiro engloba a *representação* e a *participação*. É importante que haja a representação ativa de uma variedade de perspectivas sobre as questões em pauta. Para os fins da avaliação judicial, é especialmente relevante que tenham sido ouvidas e consideradas as perspectivas dos titulares de direitos (ou de interesses relevantes) em disputa (Kavanagh, 2014, p. 463; Lazarus; Simonsen, 2015; Sathanapally, 2017, p. 59). Aqui, o tribunal estará avaliando a dimensão de *advocacia* inerente à representação política (Urbinati, 2006, p. 44-48); espera-se que parlamentares sejam representativos das expectativas da comunidade política e defendam publicamente esses posicionamentos.

Também se devem valorizar oportunidades formais de participação dos afetados no processo legislativo, como audiências ou consultas públicas conduzidas em comissões (Lazarus; Simonsen, 2015). Isso vale em especial para a participação de minorias sociais cujos direitos tenham sido impactados pela lei questionada e que sejam sub-representadas no parlamento²⁹ – o que dificulta a defesa eficaz de suas perspectivas e reivindicações de direitos no parlamento. Embora não seja necessária à legitimidade do parlamento, a participação direta pode agregar valor ao suscitar novos pontos de vista para a consideração, de forma a aprimorar a qualidade do processo decisório e complementar eventuais deficiências inerentes a mecanismos de representação eleitoral.

O tribunal deve ficar atento a audiências e consultas públicas meramente formais, sem real oportunidade de participação, com reduzida participação de interlocutores externos ou sem engajamento nas contribuições recebidas (Lazarus; Simonsen, 2015). Embora não precisem ser aceitas, essas contribuições não podem ser ignoradas. Ao longo do processo legislativo, mesmo que apenas em manifestações escritas, deve ficar claro que foram consideradas as contribuições pertinentes. Além disso, deve-se lembrar que processos participativos podem anteceder a apresentação do projeto de lei ao parlamento. É possível, por exemplo, que um projeto de iniciativa do Poder Executivo seja objeto de um amplo processo público de discussão, conduzido pelo Executivo antes do seu protocolo – como no caso da Lei nº 12.965/2014 (*Marco civil da internet*).

O segundo elemento da inclusividade relaciona-se com a definição da agenda legislativa. A função representativa de parlamentos impõe um ônus à formação dessa agenda: ela deve ser responsiva aos cidadãos. Isso demanda sensibilidade ao debate que ocorre na

²⁹ Em tese, seria possível considerar um critério de avaliação a diversidade na composição do parlamento. Neste trabalho, contudo, entende-se que o desempenho de uma instituição política deve contemplar atividades à disposição dos seus integrantes no momento da decisão, em oposição a fatores estruturais que não dependem apenas do comportamento de legisladores – como sua composição, que é definida por eleições. É claro que o parlamento pode enfrentar ou agravar esses problemas estruturais, a depender de como discipline o processo eleitoral. Porém, essa é uma questão relativa ao conteúdo da legislação, e não ao processo de sua aprovação. Assim, não se coaduna com os critérios aqui desenvolvidos.

esfera pública, fora do sistema político – um espaço aberto de comunicação social distinto do aparato estatal e, por isso, incapaz de tomar decisões vinculantes –, mas que se espera seja capaz de *influenciar* a tomada de decisões políticas (Habermas, 2020, p. 645-652; Taylor, 1995, p. 272-278). Na medida em que se construa na esfera pública uma pressão difusa para a decisão sobre questões tematizadas por cidadãos, a expectativa é que parlamentos atuem como instâncias mediadoras, capazes de inserir esses temas na pauta do sistema político e de responder adequadamente a essas demandas (Mendes, 2011, p. 222). Há aqui uma dimensão constitucional: o parlamento deve ser permeável a movimentos de reivindicação de direitos e a outras demandas de impacto constitucional, levando à frente, mediante legislação, novas interpretações de valores constitucionais (Post; Siegel, 2003, p. 1.983).

Embora seja difícil pôr em prática essas diretrizes abstratas, é essencial que a corte se disponha a reagir à inércia do parlamento em considerar reivindicações de direitos – em especial, as de grupos minoritários, que tendem a ser negligenciadas pelo processo político (Dixon, 2009, p. 259). Assim, o controle de constitucionalidade pode funcionar como corretivo para uma disfunção do sistema representativo, o que é uma forte razão em favor desse controle. A percepção dessa forma de bloqueio pode ser facilitada por interlocutores externos que, ao participarem do processo judicial, demonstrem essa injustificada inércia legislativa como parte do pleito de declaração de inconstitucionalidade.

4.2.4 Deliberação interinstitucional

O quarto critério de avaliação diz respeito ao papel do parlamento como interlocutor no diálogo institucional. O parlamento deve levar a sério os argumentos apresentados pela corte em rodadas anteriores. Isso não quer dizer que deve haver concordância automática com esses argumentos. Afinal, na separação de Poderes, o parlamento tem autoridade para sustentar suas próprias interpretações constitucionais. Deve-se esperar, contudo, ao menos um engajamento sério nos argumentos de fundo e um esforço para elaborar bons argumentos para sustentar sua divergência com a corte constitucional (Dixon, 2019; Mendes, 2011, p. 204).

Isso não significa, porém, que parlamentares devam responder a argumentos jurídico-formais – o que seria inadequado, como já se comentou. O crucial é que parlamentares se engajem com a reivindicação de direitos suscitada pela corte, ainda que por meio de linguagem política e moral, e não que respondam tecnicamente a argumentos jurídico-formais – por exemplo, sobre critérios jurídicos de interpretação constitucional.

Além disso, seria excessivo esperar que essa interlocução ocorresse durante *todo* o processo legislativo. Basta que em algum momento essas questões tenham sido expressamente consideradas. Essa tarefa é facilitada, pois a Câmara dos Deputados e o Senado Federal contam com espaços desenhados para considerar questões constitucionais: as comissões de Constituição e Justiça. Como essa é a função de tais comissões, faz sentido exigir que ao menos nesses espaços haja clara interlocução com decisões anteriores do

STF. Os pareceres escritos dessas comissões devem ocupar o centro dessa avaliação, pois seu formato permite o enfrentamento mais pausado dessas questões. Exigir o mesmo de debates orais na comissão pode ser excessivo; a suficiência da deliberação em comissões já é contemplada pelos demais critérios.

5 Conclusão

Este artigo procurou desenvolver um dos principais componentes da teoria do diálogo institucional de Conrado Hübner Mendes: a ideia de que a corte constitucional deve modular a intensidade do controle de constitucionalidade conforme o desempenho deliberativo do parlamento. Sustentou-se que a melhor forma de implantar essa ideia é proceder a um teste de deferência que considere o desempenho deliberativo do parlamento como um dos seus elementos. A ideia fundamental por trás dessa forma de deferência é que um bom desempenho deliberativo confere maior legitimidade às decisões legislativas e reforça a presunção de sua constitucionalidade, sobretudo em casos difíceis nos quais haja sérias controvérsias morais de fundo.

Isso torna efetiva a interação deliberativa da corte com o parlamento postulada pela teoria de Mendes. Uma das principais aspirações dessa interação é aprimorar a qualidade da justificação no Poder Legislativo. Por isso, no artigo também se ofereceu uma alternativa para incentivar a justificação no processo legislativo fundada na deferência judicial, em contraste com o controle judicial direto, tendência dominante na literatura jurídica nacional. Por ser menos intensa, essa forma de incentivo evita críticas que justificam a hesitação de tribunais em realizar o controle direto, sem implicar a renúncia da corte constitucional à aspiração de aprimorar a qualidade do processo legislativo.

Um teste de deferência pautado no desempenho deliberativo permite que as cortes constitucionais tenham parâmetros para respeitar a autoridade do parlamento para decidir sobre casos difíceis, caracterizados por profundas controvérsias morais subjacentes, sem ter de pressupor que o parlamento *sempre* será mais legítimo para decidir, dada sua legitimidade eleitoral. Evita-se, assim, que a deferência ocorra de forma automática e irrefletida, o que traria o risco de representar renúncia à missão da corte constitucional de proteger direitos e contribuir para a qualidade deliberativa da democracia. Nessa avaliação, quatro seriam os critérios centrais: tempo, justificação, inclusividade e deliberação interinstitucional.

O propósito do artigo não foi desenvolver uma teoria do controle de constitucionalidade completa e exaustiva. Os critérios aqui propostos não excluem razões para a intervenção ou para a deferência abordadas em outros trabalhos, como as relacionadas à capacidade institucional. Como essas diferentes razões incidem no controle de constitucionalidade é algo que apenas pode ser definido contextualmente, a cada caso.

Referências

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

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BAR-SIMAN-TOV, Ittai. Semiprocedural judicial review. *Legisprudence*, [s. l.], v. 6, n. 3, p. 271-300, July 2012. DOI: <https://doi.org/10.5235/17521467.6.3.271>.

_____. The puzzling resistance to judicial review of the legislative process. *Boston University Law Review*, Boston, MA, v. 91, n. 6, p. 1.915-1.974, May 2011. Disponível em: <https://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume91n6/documents/BAR-SIMAN-TOV.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2017. p. 468-519.

COHEN, Joshua. Procedure and substance in deliberative democracy. In: BOHMAN, James; REHG, William (ed.). *Deliberative democracy: essays on reason and politics*. Cambridge, MA: MIT Press, 1997. p. 407-437.

DIXON, Rosalind. Constitutional “dialogue” and deference. In: SIGALET, Geoffrey; WEBBER, Grégoire; DIXON, Rosalind (ed.). *Constitutional dialogue: rights, democracy, institutions*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2019. p. 161-185.

_____. The Supreme Court of Canada, Charter dialogue, and deference. *Osgoode Hall Law Journal*, [s. l.], v. 47, n. 2, p. 235-286, 2009. DOI: <https://doi.org/10.60082/2817-5069.1150>. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol47/iss2/2/>. Acesso em: 8 ago. 2024.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980.

ESKRIDGE, William N.; FERREJOHN, John. Constitutional horticulture: deliberation-respecting judicial review. *Texas Law Review*, [s. l.], v. 87, n. 7, p. 1.273-1.302, 2009. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/72828151.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2024.

ESTEVES, Luiz Fernando Gomes. *Processo legislativo no Brasil: prática e parâmetros*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/9784>. Acesso em: 8 ago. 2024.

FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: toward an institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (ed.). *Constitutional justice, East and West: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective*. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 21-36. (Law and philosophy library, v. 62).

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *Michigan Law Review*, [s. l.], v. 91, n. 4, p. 577-682, Feb. 1993. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol91/iss4/2/>. Acesso em: 8 ago. 2024.

GARDBAUM, Stephen. Comparative political process theory. *International Journal of Constitutional Law*, [s. l.], v. 18, n. 4, p. 1.429-1.457, Dec. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moaa084>. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/18/4/1429/6041420>. Acesso em: 8 ago. 2024.

GARGARELLA, Roberto. From “democracy and distrust” to a contextually situated dialogic theory. *International Journal of Constitutional Law*, [s. l.], v. 18, n. 4, p. 1.466-1.473, Dec. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moaa094>. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/18/4/1466/6156761>. Acesso em: 8 ago. 2024.

GOLDFELD, Victor. Legislative due process and simple interest group politics: ensuring minimal deliberation through judicial review of congressional processes. *New York University Law Review*, New York, v. 79, n. 1, p. 367-420, Apr. 2004. Disponível em: <https://nyulawreview.org/wp-content/uploads/2018/08/NYULawReview-79-1-Goldfeld.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2024.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Tradução e apresentação de Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Ed. Unesp, 2020.

HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2/>. Acesso em: 8 ago. 2024.

KAVANAGH, Aileen. Deference or defiance?: the limits of the judicial role in constitutional adjudication. In: HUSCROFT, Grant (ed.). *Expounding the Constitution: essays in constitutional theory*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2008. p. 184-216.

_____. Proportionality and parliamentary debates: exploring some forbidden territory. *Oxford Journal of Legal Studies*, [s. l.], v. 34, n. 3, p. 443-479, 2014. DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqu013>.

KING, Jeff A. Institutional approaches to judicial restraint. *Oxford Journal of Legal Studies*, [s. l.], v. 28, n. 3, p. 409-441, 2008. DOI: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqn020>.

LANDWEHR, Claudia; HOLZINGER, Katharina. Institutional determinants of deliberative interaction. *European Political Science Review*, [s. l.], v. 2, n. 3, p. 373-400, Nov. 2010. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1755773910000226>.

LAZARUS, Liora; SIMONSEN, Natasha. Judicial review and parliamentary debate: enriching the doctrine of due deference. In: HUNT, Murray; HOOPER, Hayley J.; YOWELL, Paul (ed.). *Parliaments and human rights: redressing the democratic deficit*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2015. p. 385-404. (Hart studies in comparative public law, v. 5).

LEYDET, Dominique. Partisan legislatures and democratic deliberation. *Journal of Political Philosophy*, Oxford, UK, v. 23, n. 3, p. 235-260, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1111/jopp.12043>.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 76, p. 17-41, nov. 2006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002006000300002>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/BFxz33vLwN9rRnGy6HQMDbz/>. Acesso em: 8 ago. 2024.

MANSBRIDGE, Jane J.; BOHMAN, James; CHAMBERS, Simone; CHRISTIANO, Thomas; FUNG, Archon; PARKINSON, John; THOMPSON, Dennis F.; WARREN, Mark E. A systemic approach to deliberative democracy. In: PARKINSON, John; MANSBRIDGE, Jane J. (ed.). *Deliberative systems: deliberative democracy at the large scale*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2012. p. 1-26. (Theories of institutional design).

MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2013. (Oxford constitutional theory).

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva: FGV Ed., 2011. (Série produção científica. Direito desenvolvimento justiça).

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

OLIVER-LALANA, A. Daniel. Legislative deliberation and judicial review: between respect and disrespect for elected lawmakers. In: _____ (ed.). *Conceptions and misconceptions of legislation*. Cham: Springer, 2019. p. 207-241.

_____. Rational lawmaking and legislative reasoning in parliamentary debates. In: WINTGENS, Luc J.; OLIVER-LALANA, A. Daniel (ed.). *The rationality and justification of legislation: essays in jurisprudence*. New York: Springer, 2013. p. 135-184.

PACOLA, Bernardo Assef. *Diálogo, deliberação e deferência: o desempenho deliberativo do parlamento como parâmetro para autocontenção judicial*. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21082023-162621/pt-br.php>. Acesso em: 8 ago. 2024.

PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in Congress: the impact of judicial review in a separated system*. Durham, NC: Duke University Press, 2004. (Constitutional conflicts).

PILDES, Richard H. Political process theory and institutional realism. *International Journal of Constitutional Law*, [s. l.], v. 18, n. 4, p. 1.497-1.502, Dec. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moaa092>. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/18/4/1497/6122374>. Acesso em: 8 ago. 2024.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Legislative constitutionalism and Section Five power: policentric interpretation of the Family and Medical Leave Act. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 112, n. 8, p. 1.943-2.059, June 2003. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/legislative-constitutionalism-and-section-five-power-policentric-interpretation-of-the-family-and-medical-leave-act>. Acesso em: 8 ago. 2024.

RAWLS, John. The idea of public reason revisited. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 64, n. 3, p. 765-807, 1997. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol64/iss3/1/>. Acesso em: 8 ago. 2024.

RAZ, Joseph. *Practical reason and norms*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2002.

RUMMENS, Stefan. Staging deliberation: the role of representative institutions in the deliberative democratic process. *Journal of Political Philosophy*, Oxford, UK, v. 20, n. 1, p. 23-44, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9760.2010.00384.x>.

SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. Controle judicial do processo legislativo: do minimalismo à garantia do devido procedimento legislativo. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 224, p. 79-104, out./dez. 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p79. Acesso em: 8 ago. 2024.

SATHANAPALLY, Aruna. The modest promise of ‘procedural review’ in fundamental rights cases. In: GERARDS, Janneke; BREMS, Eva (ed.). *Procedural review in European fundamental rights cases*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2017. p. 40-76.

SAUL, Matthew. Structuring evaluations of parliamentary processes by the European Court of Human Rights. *The International Journal of Human Rights*, [s. l.], v. 20, n. 8, p. 1.077-1.096, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1080/13642987.2016.1242314>.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. A presidencialização do Poder Legislativo e a parlamentarização do Poder Executivo no Brasil. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 81, p. 157-217, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/584>. Acesso em: 8 ago. 2024.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O âmbito material da representação discursiva pela jurisdição constitucional: um diálogo com Luís Roberto Barroso. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (org.). *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. Rio de Janeiro: FGV Ed., 2017. p. 548-561.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013. DOI: <https://doi.org/10.12957/rqi.2013.11773>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773>. Acesso em: 8 ago. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2001.

TAYLOR, Charles. Liberal politics and the public sphere. In: _____. *Philosophical arguments*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995. p. 257-288.

TSCHEMITSCHER, Axel; BÄCHTIGER, André; STEENBERGEN, Marco. Deliberation in parliaments: research objectives and preliminary results of the Bern Center for Interdisciplinary Deliberation Studies (BIDS). *Legisprudence*, [s. l.], v. 4, n. 1, p. 13-34, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1080/17521467.2010.11424699>.

URBINATI, Nadia. *Representative democracy: principles and genealogy*. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Juízes deferentes? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC*, Belo Horizonte, v. 6, n. 22, abr./jun. 2012. Versão digital.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford, UK: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1999.

_____. Principles of legislation. In: _____. *Political political theory: essays on institutions*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2016. p. 145-166.

WEBBER, Grégoire C. N. *The negotiable Constitution: on the limitation of rights*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009.

WHITTINGTON, Keith E. Extrajudicial constitutional interpretation: three objections and responses. *North Carolina Law Review*, [s. l.], v. 80, n. 3, p. 773-851, 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol80/iss3/3/>. Acesso em: 8 ago. 2024.

YOUNG, Alison L. Dialogue, deliberation and human rights. In: LEVY, Ron; KONG, Hoi; ORR, Graeme; KING, Jeff A. (ed.). *The Cambridge handbook of deliberative constitutionalism*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2018. p. 125-138.

Agradecimentos

Uma versão anterior deste artigo foi discutida com os integrantes do grupo de pesquisa Constituição, Política e Instituições em 2022. Nessa e em outras oportunidades, agradeço os comentários de Ana Laura Barbosa, Bianca Villas Boas, Camilla Borges, Felipe Gato Dutra, Júlia Cani, Leonardo Heck, Luiz Fernando Esteves, Marcos Paulo Veríssimo, Michele Zezza, Octávio Azevedo, Pedro Marques Neto e Virgílio Afonso da Silva. Também agradeço, pelas críticas e sugestões na banca da dissertação que deu origem a este artigo, a Conrado Hübner Mendes, Cícero Araújo e Luciana Silva Reis.

Responsabilidade e licenciamento

O conteúdo deste artigo é de responsabilidade exclusiva de seu(s) autor(es) e está publicado sob a licença Creative Commons na modalidade *atribuição, uso não comercial e compartilhamento pela mesma licença* (CC BY-NC-SA 4.0 DEED). Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Acesse todas as edições da
Revista de Informação Legislativa

www.senado.leg.br/rii