

## **O DIÁLOGO INSTITUCIONAL COM BASE NOS FATOS CONSTITUCIONAIS**

*INSTITUTIONAL DIALOGUE BASED ON CONSTITUTIONAL FACTS*

Luiz Guilherme Marinoni<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Professor Titular da Universidade Federal do Paraná. Visiting Scholar na Columbia University. Membro Honorário do Presidium da International Association of Procedural Law.

**RESUMO**

O presente artigo pretende demonstrar a importância do diálogo institucional com base nos fatos constitucionais. Para isso, discute acerca de como a interpretação constitucional tornou-se uma necessidade diante dos desacordos morais que marcam a sociedade contemporânea e sobre como esta não deve se limitar ao judiciário, uma vez que o sentido atribuído à Constituição também diz respeito às funções do Executivo e do Legislativo. Resulta daí uma concepção de controle de constitucionalidade que, não obstante admita a invalidação de decisões legislativas, evita a alienação da autoridade popular. Na sequência, o artigo explica o porque, à despeito do que defendem certos teóricos, a indiferença do controle de constitucionalidade em relação à realidade não sobreviveu ao tempo e denuncia o déficit de deliberação sobre os fatos constitucionais nas cortes contemporâneas. Por fim, faz uma reflexão acerca das razões da corte e do parlamento no diálogo.

**PALAVRAS-CHAVE**

Diálogo institucional - fatos constitucionais - interpretação constitucional.

**SUMÁRIO**

Introdução. 1. O diálogo institucional. 2. Controle de constitucionalidade versus supremacia judicial. 3. Um argumento contra: a perda da estabilidade do direito. 4. Os fatos no controle de constitucionalidade. 5. O déficit de deliberação sobre os fatos constitucionais nas Cortes contemporâneas. 6. A busca da verdade enquanto pressuposto ético do Estado de Direito. 7. O diálogo institucional com base nos fatos. 8. A reação do Parlamento: por que basta outra lei?. 9. As razões da Corte e do Parlamento no diálogo. Referências.

**REFERÊNCIA:** MARINONI, Luiz Guilherme. O diálogo institucional com base nos fatos constitucionais. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 8, n. 1, Porto Alegre, p. 26-51, dez. 2023.

**INTRODUÇÃO**

Limitar a deliberação da população e do Parlamento ao período anterior à decisão da Corte significa instituir uma palavra final sobre a Constituição. Porém, admitir o controle de constitucionalidade não significa submeter as pessoas e o Legislativo à interpretação constitucional do Judiciário.

A solução de questões contemporâneas com base em dispositivos constitucionais indeterminados, além de ter evidenciado que a Constituição não pode estar nas mãos exclusivas do Judiciário, demonstrou que a interpretação constitucional não pode prescindir da realidade. Assim, após um período de controle de constitucionalidade puramente

**ABSTRACT**

*This article aims to demonstrate the importance of institutional dialogue based on constitutional facts. To this end, it discusses how constitutional interpretation has become a necessity in the face of the moral disagreements that mark contemporary society and how this should not be limited to the judiciary, since the meaning attributed to the Constitution also concerns the functions of the Executive and the Legislature. This results in a conception of constitutionality control that, despite admitting the invalidation of legislative decisions, avoids the alienation of popular authority. Next, the article explains why, despite what certain theorists argue, the indifference of constitutionality control in relation to reality has not survived time and denounces the deficit of deliberation on constitutional facts in contemporary courts. Finally, it reflects on the reasons of the court and parliament in the dialogue.*

**KEYWORDS**

*Institutional dialogue - constitutional facts - constitutional interpretation.*

normativo, a teoria constitucional se rendeu à facticidade, admitindo que os fatos constituem um componente constitutivo objetivo da norma constitucional.

De outro lado, a experiência fez ver que os fatos, especialmente quando marcam os desacordos morais persistentes e as questões que dependem da evolução das pesquisas científicas, não podem conduzir a decisões públicas definitivas. Essas decisões são essencialmente provisórias, pois dependentes do consenso ou da acomodação das divergências e da evolução da ciência. Em outras palavras, estas decisões não podem deixar de conviver com o prosseguimento da deliberação.

Contudo, se a realidade ou os fatos determinam o aprofundamento da deliberação, há alguns problemas que caracterizam o atual estágio da teoria constitucional. Ainda não há teorização suficiente sobre os fatos constitucionais nem, muito menos, a respeito do modo como estes devem ser aferidos, discutidos e justificados na deliberação perante a Corte<sup>2</sup>. Reflexo disso, e talvez da pouca preocupação com a realização do diálogo institucional, é a completa falta de compromisso com uma abordagem teórica aberta ao desenvolvimento do diálogo com base nos fatos constitucionais.

O presente artigo pretende demonstrar a importância desse diálogo. Afinal, é momento de perceber que, se a busca da verdade é pressuposto ético do Estado de Direito, a devida deliberação sobre os fatos é requisito indispensável da interpretação constitucional e, mais do que isso, relevante elemento para tornar o diálogo institucional objetivamente realizável.

## 1 O DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Em uma democracia é indispensável oferecer razões que justifiquem as decisões públicas que regulam a convivência em sociedade. Assim, as instituições públicas devem mutuamente tentar se convencer, assim como às pessoas, da correção das suas decisões, expondo as suas razões para torná-las plenamente legítimas aos olhos dos seus interlocutores<sup>3</sup>.

A discussão da interpretação constitucional tornou-se uma necessidade diante dos desacordos morais que marcam a sociedade contemporânea, especialmente porque a

---

<sup>2</sup> “Both philosophically and practically, therefore, fact-finding in constitutional cases is a slapdash affair” (David Laurence Faigman, *Constitutional Fictions – A Unified Theory of Constitutional Facts*, New York: Oxford University Press, 2008, p. XII).

<sup>3</sup> Mark Greenberg, *Moral Concepts and Motivation, Philosophical Perspectives*, v. 23, 2009, p. 137-164.

Constituição, em vista do seu tecido normativo particular, propicia elaborações interpretativas que vão muito além do que nela está escrito. Como o sentido atribuído à Constituição também diz respeito às funções do Executivo e do Legislativo, além de definir os problemas que afetam diretamente as pessoas, não é plausível pretender limitar a interpretação constitucional ao Judiciário<sup>4</sup>.

Diante do controle realizado a partir de uma Constituição que contém extenso número de direitos fundamentais dotados de grande abstração, não há como supor que a relação da Corte com o Parlamento seja semelhante àquela que se dá entre alguém cuja função se limita a reprovar arbitrariedades de outrem. Ao interpretar a Constituição, a Corte pode elucidar questão que não foi resolvida pelo constituinte e tem relevância para as pessoas. O resultado da função da Corte, nesse caso, não constitui mera invalidação de lei incompatível com o texto constitucional, mas representa incrementação da Constituição, cuja feição se torna distinta em virtude da decisão judicial. A decisão da Corte, nessas situações, além de atribuir novo significado à Constituição, resolve algo que não lhe diz exclusivo respeito, mas, ao contrário, pertence claramente às pessoas e, em razão disso, também aos seus representantes eleitos.

Assim, caso a Corte não tivesse dever de expor suas razões às demais instituições e à população, *tentando convencer e esperando concordância*, o controle de constitucionalidade seria uma *genuína alienação da autoridade popular e não uma delegação feita a uma das instituições responsáveis pela interpretação constitucional*. O dever de expor razões de modo a *convencer* decorre exatamente da circunstância de que a população e as demais instituições também são titulares da interpretação constitucional e, portanto, certamente podem dela discordar. Nenhuma autoridade pode decidir sem articular razões destinadas a *convencer*, não havendo motivo para pensar de modo diferente quando se está diante de uma decisão judicial que afeta as pessoas e o modo como a vida deve ser regulado pelas demais instituições públicas responsáveis ao povo.

O que impõe a obrigação de a Corte se justificar para a população e às demais instituições públicas, apresentando razões capazes de convencê-los, é a *accountability*. A Corte, porque decide em razão das pessoas, tem dever de considerar as suas expectativas, abrindo espaço para que todos apresentem suas ideias e vontades durante o processo de

---

<sup>4</sup> Christopher F. Zurn, *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*, New York: Cambridge University Press, 2007, esp. p. 106 e ss e p. 221 e ss.

decisão, e sempre sujeitando-se à discussão e à crítica, inclusive para que as suas decisões sejam revogadas pelo Legislativo. Isso é um mínimo em termos de *accountability*, já que se poderia exigir, para maior transparência e responsividade da Corte, a observância de outros critérios, muitas vezes sugeridos nos Estados Unidos<sup>5</sup>.

A *accountability* tem relação com o modo como os decisores são investidos nas suas funções, com a forma como a participação popular ocorre no curso do raciocínio jurídico ou no procedimento que conduz à tomada de decisão, e com a decisão em si mesma, ou melhor, *com a possibilidade de a decisão ser discutida*.

Alexander Bickel, o teórico que trouxe ao debate a expressão “dificuldade contramajoritária”, não poupou críticas ao monopólio judicial sobre a interpretação constitucional em “*The Least Dangerous Branch*”<sup>6</sup>, afirmando-o incompatível com a democracia americana. No entanto, o real problema parece não estar no contramajoritarismo, mas na inexistência de *accountability* no curso e, especialmente, no final do processo de tomada de decisão – quando se está diante da própria *decisão e da sua justificativa*.

Ainda que a participação no procedimento de debate sobre a questão constitucional fosse perfeita – com séria aferição da credibilidade dos *amici* e com plena investigação e consideração dos fatos e das alegações dos representantes dos grupos –, isso de nada adiantaria caso a decisão, uma vez tomada, *não pudesse ser discutida e questionada*. Caso fosse assim, a Corte não só estaria proibida ou impossibilitada de considerar o que a população pensa para refletir sobre as suas próprias decisões, mas estaria assumindo uma posição que constitui um insuportável déficit democrático.

Como é sabido, a Corte pode revogar os seus precedentes e, ao decidir, não pode deixar de analisar os argumentos populares. Portanto, para a Corte ter responsividade em relação à população, cabe-lhe analisar e considerar o modo *como as pessoas e os grupos responderam à sua decisão*. Não se está dizendo que isso basta para a revogação de um precedente, mas que é elemento que *não pode deixar de ser levado em consideração pela Corte*<sup>7</sup>.

Lembre-se que os teóricos que sustentam a supremacia judicial reconhecem que a Corte, por mais que busque uma resposta correta, pode proferir uma decisão incompatível

<sup>5</sup> Robert Lipkin, Which Constitution? Who Decides? *Cardozo Law Review*, v. 28, 2006, p. 1068-1069.

<sup>6</sup> Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 18.

<sup>7</sup> Mark Greenberg, Implications of Indeterminacy: Naturalism in Epistemology and the Philosophy of Law II, *Law and Philosophy*, v. 30, 2011, p. 453-476.

com as pretensões populares<sup>8</sup>. Não é por outra razão que Dworkin chega ao ponto de argumentar que os precedentes podem ser revogados quando os julgadores morrem ou se aposentam<sup>9</sup>. É lamentável tentar responder ao problema da falta de credenciais democráticas da Corte mediante uma falácia ingênua dessa espécie. Ora, além de a circunstância de os Juízes serem nomeados pelo Presidente, depois de confirmados pelo Senado, estar muito aquém do que se pode esperar em termos de legitimidade democrática, esse é apenas um dos pontos relacionados à *accountability*, aquele que, dizendo respeito à *participação* na escolha das autoridades, é designado como *input-accountability*<sup>10</sup>. Constitui ingenuidade inescusável pretender resolver o problema da responsividade popular da Corte aludindo-se à alteração da sua composição.

Decidir uma questão que não é apenas fruto de uma pretensão resistida, mas que diz respeito à vida de todas as pessoas, *faz ver a distinção entre não cumprir uma decisão e recusar uma decisão que não reflete o que a população legitimamente espera de um dos intérpretes da Constituição*. Uma decisão que resolve desacordo que até então era discutido de forma razoável pela sociedade não tem como não ser rejeitada ao constituir decisão mal explicada aos olhos das pessoas. Aqui não se aplica a frase de que “decisão judicial não se discute”, mas, ao contrário, adota-se a premissa de que a decisão integra o contexto da discussão sobre a Constituição, sendo uma parcela de um todo mais amplo.

Se as instituições públicas devem deliberar sobre a interpretação da Constituição, a decisão da Corte que se forma na zona de penumbra das normas constitucionais indeterminadas, mais do que qualquer outra, deve ser vista como o entendimento de uma das instituições públicas que, ao lado da população e das demais instituições, tem o dever de desenvolver a Constituição.

Assim, a deliberação, enquanto forma de legitimação da interpretação constitucional, obviamente não fica limitada à Corte e às suas decisões, mas acompanha todo o processo que envolve a interpretação da Constituição. Quando a Corte decide, o diálogo com a sociedade e com as demais instituições persiste não apenas porque os fatos sociais se modificam, mas também porque a decisão judicial pode desconsiderar elemento essencial para a interpretação constitucional ou mesmo mal analisar ou valorar os fatos científicos, inclusive aqueles que estão no interior dos desacordos morais. Portanto, as decisões da Corte são essencialmente

---

<sup>8</sup> Ronald Dworkin, *No Right Answer?* *New York University Law Review*, v. 53, 1978, p. 1-32.

<sup>9</sup> Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 208.

<sup>10</sup> Robert Lipkin, *Which Constitution? Who Decides?* *Cardozo Law Review*, v. 28, 2006, p. 1068.

“*provisórias*”, atendendo-se à *mutabilidade* da compreensão dos fatos e dos valores sociais e à circunstância de que, na política e na vida prática, os processos de tomada de decisão e de compreensão dos fatos e das questões são sempre imperfeitos<sup>11</sup>.

Resulta daí uma concepção de controle de constitucionalidade que, não obstante admita a invalidação de decisões legislativas, evita a *alienação da autoridade popular*<sup>12</sup>. O controle judicial deve contribuir para a deliberação baseada na Constituição, apresentando uma explicação pública das razões utilizadas para decidir. Isso pressupõe, como é óbvio, que as demais instituições e a população podem questionar a decisão da Corte, oferecendo as suas razões. Não fosse assim, o controle de constitucionalidade, ao invés de constituir delegação da autoridade popular, configuraria alienação<sup>13</sup>. Ora, o controle de constitucionalidade, enquanto delegação, não tem como deixar de preservar a autoridade popular, o poder das instituições públicas eleitas e a potencialidade do compartilhamento da interpretação constitucional mediante o diálogo institucional<sup>14</sup>.

## 2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE VERSUS SUPREMACIA JUDICIAL

Não se nega a grande importância do controle de constitucionalidade. O que se rejeita é o monopólio judicial, ou seja, a indevida equiparação entre controle de constitucionalidade e supremacia judicial. Admitir o controle de constitucionalidade está muito longe de legitimar a supremacia do Judiciário, negando-se a possibilidade de as pessoas reagirem contra a decisão da Corte, oferecendo razões ao Parlamento para o encontro de solução diversa.

Como o controle judicial permite o desenvolvimento da Constituição a partir dos estímulos que vêm da população, apenas isso deveria ser suficiente para evidenciar que o controle de constitucionalidade é um “mecanismo” a serviço do encontro de um resultado compatível com as expectativas das pessoas. No entanto, quando se confere ao controle o poder de definir a interpretação constitucional, eleva-se a Corte à condição de única

---

<sup>11</sup> Amy Gutmann e Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy?* Oxford: Princeton University Press, 2004, p. 5.

<sup>12</sup> Amy Gutmann e Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy?* p. 8.

<sup>13</sup> Amy Gutmann, *The Disharmony of Democracy, Democratic Community* (Nomos XXXV), New York: New York University Press, 1993, p. 12 e ss.

<sup>14</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Processo Constitucional e Democracia*, 2ª. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2023, p. 139 e ss.

autoridade sobre a Constituição, negando-se qualquer importância à vontade da população e dos seus representantes, ainda que o que esteja em jogo sejam os desacordos morais que marcam as sociedades, caracterizados pela perpetuidade e sempre sujeitos a compreensões equivocadas e atrelados à mudança dos fatos e dos valores sociais.

O controle de constitucionalidade é importante enquanto técnica que revela a deliberação da Corte, mas se torna improdutivo para o julgamento refletido da comunidade quando assume a feição de instrumento destinado a propiciar a única e última palavra sobre a Constituição. O controle de constitucionalidade é técnica cujo fim é *contribuir* para uma decisão ponderada das pessoas, mas não serve para substituí-la ou para eliminar a sua necessidade<sup>15</sup>.

Tanto a decisão de (in)constitucionalidade, e assim o resultado que é perseguido pelo controle de constitucionalidade, quanto a não decisão (não reconhecimento da repercussão geral), o não aprofundamento da análise da questão constitucional (decisão minimalista) ou o expresso estímulo ao debate e ao diálogo abrem oportunidade para a continuação da deliberação<sup>16</sup>. Ou seja, mesmo a decisão de inconstitucionalidade, que a princípio poderia ser vista como um ponto final, não é barreira para o prosseguimento da deliberação e para que outra solução surja no Parlamento.

Se essa conclusão é fruto da identificação de que o óbice para o encontro das decisões refletidas da comunidade está na confusão entre controle de constitucionalidade e “última palavra”, torna-se fácil perceber que, tanto não decidir para permitir discussão popular e decisão parlamentar, quanto decidir, sujeitando-se à crítica popular e a outro pronunciamento do Legislativo, são faces de uma mesma moeda. Afinal, o poder pode ser usado de modo virtuoso na forma passiva (não decisão, decisão minimalista etc.) e na forma ativa, afirmando-se a (in)constitucionalidade. É possível atuar com prudência, deixando-se de decidir e permitindo-se a fluência do diálogo, e também afirmar a (in)constitucionalidade sem supor que se está encerrando a disputa sobre a interpretação constitucional. Portanto, o ponto

---

<sup>15</sup> “Providing filters for genuine deliberative debate destined to generate the electorate's reflective judgments about constitutional norms and public policy is one thing. Regarding the filter of judicial review to be more important than the electorate's reflective judgment is another. Consequently, the problem of judicial supremacy is not a problem of judicial review. The problem arises when the Court's constitutional judgment trumps the judgment of the electorate and its representatives. In the final analysis, filters designed to help formulate the community's reflective judgment must remain filters and not masquerade as final judgments” (Robert Lipkin, *What's Wrong With Judicial Supremacy? What's Right About Judicial Review? Widener Law Review*, v. 14, 2008, p. 9).

<sup>16</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor, Suprema - Revista de Estudos Constitucionais*, v. 2, p. 49-86.

está em decidir com a consciência de que não se está dando a última palavra sobre a Constituição. Não só uma versão teórica pode acreditar nisso, mas, como é óbvio, uma Corte aberta ao diálogo pode estar certa de que é assim que as coisas devem acontecer<sup>17</sup>.

### 3 UM ARGUMENTO CONTRA: A PERDA DA ESTABILIDADE DO DIREITO

Segundo Schauer e Alexander, a estabilidade requer a existência de somente uma autoridade interpretativa, a Suprema Corte, à qual todos, incluindo o Executivo e o Legislativo, devem deferência. Isso deveria ser assim porque os motivos para respeitar a lei são exatamente os mesmos que impõem o dever de respeitar a interpretação constitucional<sup>18</sup>. Schauer e Alexander sustentam que a simples divergência sobre o sentido da Constituição basta para concluir pela necessidade de alguém dotado de autoridade para afirmá-lo<sup>19</sup>. A defesa do monopólio judicial, por esses juristas, é baseada na ideia de que a existência de uma única autoridade para declarar o sentido do direito é tão relevante quanto o próprio direito.

Ocorre que a continuação do diálogo não exclui uma decisão autoritativa sobre o sentido da Constituição. O diálogo apenas desconcentra o poder, permitindo que várias autoridades compartilhem a interpretação constitucional. E isso não apenas está de acordo com a ideia de que a Constituição não pertence ao Judiciário, como também permite tutelar a estabilidade e preservar a reciprocidade e o respeito mútuo<sup>20</sup>. Embora nesta acepção a estabilidade tenha um significado mais abrangente, o certo é que nem mesmo a estabilidade do direito é prejudicada pelo diálogo, seja porque no seu curso o precedente vinculante permanece eficaz, seja porque a estabilidade não pode ficar alheia aos critérios que impõem o próprio desenvolvimento do direito – como a modificação dos fatos sociais –, seja ainda porque, além do diálogo nem sempre conduzir a uma nova decisão parlamentar, quando isso ocorre a decisão é negada em benefício das razões apresentadas e debatidas pelas instituições, pelo que o diálogo acaba por rejeitar a *perpetuidade*, e não a *estabilidade*, do direito.

---

<sup>17</sup> Miguel Gualano de Godoy, *Devolver a Constituição ao Povo*, Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 98 e ss.

<sup>18</sup> Larry Alexander e Frederick Schauer, On extrajudicial constitutional interpretation, *Harvard Law Review*, v. 110, 1997, p. 1377.

<sup>19</sup> Larry Alexander e Frederick Schauer, Defending judicial supremacy: a reply, *Constitutional supremacy*, v. 17, n. 3, 2000, p. 455 e ss.

<sup>20</sup> Segundo Cass Sunstein, os acordos teóricos incompletos ou uma solução não aprofundada da questão constitucional, ao permitirem a continuidade da discussão para o encontro de uma solução consensual ou mais refletida, permitem que as pessoas cultivem respeito mútuo, civilidade e reciprocidade. Ver Cass Sunstein, Beyond Judicial Minimalism, *Tulsa Law Review*, v. 43, 2008, p. 832.

Admitir a discussão e a eventual rejeição da decisão da Corte não significa, como é óbvio, proporcionar uma “anarquia interpretativa”<sup>21</sup> ou negar a importância do controle de constitucionalidade, mas apenas propiciar uma solução que reflita as justas expectativas da comunidade e a síntese do potencial deliberativo presente no diálogo constitucional.

Portanto, não há razão para dizer que a perda da estabilidade do direito é um obstáculo ao diálogo. Aliás, se alguma perda houver, essa é totalmente justificada diante da particularidade da resolução das questões constitucionais e do ganho obtido mediante o diálogo, pautado nas boas razões das pessoas e das instituições públicas.

#### 4 OS FATOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A redução do controle de constitucionalidade a um juízo estritamente normativo, limitado à verificação da compatibilidade entre a lei e a Constituição, não apenas permitiu atribuir à Corte a condição de “legislador negativo”, como também reproduziu a separação entre o ser e o dever-ser, fundamento da doutrina kelseniana. Essa lógica, necessária para depurar o direito, impunha a necessidade de situar o controle de constitucionalidade como um exclusivo problema de contradição normativa, indiferente à realidade política e social<sup>22</sup>. Para validar a metodologia kelseniana, preocupada em excluir da teoria do direito tudo o que fosse meta-jurídico, era necessário eliminar qualquer raciocínio sobre fatos e valores<sup>23</sup>, elaborando-se um controle “abstrato” ou puramente normativo<sup>24</sup>.

No entanto, a indiferença do controle de constitucionalidade em relação à realidade não sobreviveu ao tempo. Percebeu-se que a Constituição não alcançaria os seus fins à distância da facticidade presente nas normas constitucionais. O conteúdo da norma constitucional, em regra, não pode ser realizado a partir do que está escrito no dispositivo. Como diz Konrad Hesse, a realização do conteúdo de uma norma constitucional frequentemente depende da realidade a que se destina a regular. A interpretação constitucional, nesta perspectiva, exige a consideração das particularidades das relações

---

<sup>21</sup> Larry Alexander e Frederick Schauer, On extrajudicial constitutional interpretation, *Harvard Law Review*, v. 110, 1997, p. 1361 e ss.

<sup>22</sup> Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien: Österreich, 2000; Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2012.

<sup>23</sup> Pablo Castillo-Ortiz, The dilemmas of constitutional courts and the case for a new design of kelsenian institution, *Law and Philosophy*, v. 39, 2020, p. 617–655.

<sup>24</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Processo Constitucional e Democracia*, 2ª. ed., esp. p. 1202 e ss.

existenciais concretas sobre as quais a norma incide. Nesse sentido, fala-se em concretização da Constituição, admitindo-se que o segmento da realidade regulado pela norma constitucional é um seu componente constitutivo objetivo<sup>25</sup>.

Quanto maior é a indeterminação da norma constitucional maior é a necessidade e a possibilidade de considerar os fatos para atribuir-lhe significado diante de uma situação concreta. Na verdade, tratando-se de norma constitucional fechada, restrita é a possibilidade de cogitar sobre fatos para o controle da constitucionalidade. Nesses casos, podem importar os fatos pressupostos pela lei para a verificação da sua contradição com a imposição constitucional. Ao inverso, quando o parâmetro do controle é uma norma aberta, apontando-se apenas para o fim da legislação, identificar e esclarecer fatos é imprescindível para atribuir significado à norma constitucional na situação concreta, legitimando-se ou não a lei.

A percepção de que as normas constitucionais, para poderem ser implementadas a partir das necessidades das pessoas e da evolução dos fatos sociais, reclamam análise à luz da facticidade que lhes diz respeito, obrigou a inserção de mecanismos aptos à discussão dos fatos em sede de controle de constitucionalidade, vendo-se nas audiências públicas, na produção de prova e na participação de *amici curiae* formas de responder à importância da busca da verdade no Estado Constitucional<sup>26</sup>. Aliás, a participação popular por intermédio dos *amici curiae* passou a ser vista como fator de legitimação da jurisdição constitucional, indispensável para o respeito ao pluralismo democrático e para a Corte poder deliberar ao lado dos diferentes grupos<sup>27</sup>.

A lei n. 9.868/99 abriu oportunidade para a investigação, o debate e a justificação dos fatos no controle abstrato. Assim, referendou-se expressamente a ideia de que a interpretação não pode ser alheia à facticidade que está presente na norma constitucional, deixando-se de lado, como é evidente, as premissas que sustentaram o controle de constitucionalidade de tipo kelseniano.

Ao aportar na teoria constitucional a precedência do fato em relação ao direito,

---

<sup>25</sup> Friedrich Müller, *Metodologia do Direito Constitucional*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000; Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, Berlin: Duncker & Humblot, 1976; Konrad Hesse, A Interpretação Constitucional, *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009, n. 45. ; Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung: Freiburger Antrittsvorlesung*, Tübingen: Mohr Siebrek, 1959; Konrad Hesse, *Grenzen der Verfassungswandlung, Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlin (Horst Ehmke, Joseph H. Kaiser, Wilhelm A. Kewenig Eds.), 1973.

<sup>26</sup> Peter Häberle, *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*, Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 108-114.

<sup>27</sup> Peter Häberle, *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*, Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 13 e ss.

escreve Zagrebelsky que o dado de fato é a “mola” da interpretação<sup>28</sup>. Assim, se os dispositivos ganham vida a partir da interpretação, sendo incompreensíveis à distância das porções fáticas que lhes pertinem, o controle de constitucionalidade obviamente não pode negar a realidade.

Lembre-se que o controle concentrado ganhou contornos diferenciados em relação ao controle de tipo kelseniano quando se deu ao Juiz do caso concreto o poder de suscitar a questão de constitucionalidade à Corte Constitucional<sup>29</sup>. Sabe-se que no direito italiano, por exemplo, ao surgir uma questão de constitucionalidade prejudicial ao julgamento do mérito, cabe ao Juiz encaminhá-la para decisão da Corte Constitucional, de modo que essa realiza o controle de constitucionalidade a partir de uma questão que surge em um caso concreto.

Seria possível dizer que a circunstância de a Corte exercer o controle a partir do Juiz do caso não elimina sua natureza abstrata, uma vez que há dois processos e juízos autônomos, um sobre o caso concreto e outro sobre a constitucionalidade da norma de que o caso depende para ser resolvido. Além disso, também se poderia afirmar que o caso concreto apenas influi sobre o momento em que a questão constitucional é delineada pelo Juiz e suscitada à Corte, mas não no instante em que a Corte, após admitir a dúvida constitucional, profere a decisão.

Francisco Segado, por exemplo, chega a dizer que a concretude relativa à suscitação da dúvida constitucional *convive com a abstração da função realizada pela Corte*. Argumenta que essa não vai deixar de “*confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción a través de un conjunto de operaciones lógico-silogísticas*”, embora admita que o caso concreto tem uma “*cierta repercusión en el propio juicio constitucional, pues, llegado el momento de determinar el sentido de los enunciados normativos, puede llegar a ejercer un cierto influjo, por pequeño que sea, el caso litigioso en suspenso en el que se ha suscitado el problema de constitucionalidad y sobre ele que posteriormente se ha de pronunciar el juez a quo*”<sup>30</sup>.

O problema da posição de Segado localiza-se exatamente na minimização da influência (*cierta repercusión*) que os fatos ou a situação concreta exercem sobre o controle de constitucionalidade. Se o controle incidental, realizado pela Corte a partir da invocação da

---

<sup>28</sup> Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò, *Giustizia Costituzionale. Storia, principi, interpretazioni*, v. I, Bologna: Il Mulino, 2007, p. 91-92.

<sup>29</sup> Víctor Ferreres Comella, The European Model of Constitutional Review of Legislation: Toward Decentralization?, *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, 2004, p. 461 e ss.

<sup>30</sup> Francisco Fernández Segado, *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I, Madrid: Dykinson, 2009, p. 150.

questão de constitucionalidade, recebe a influência dos fatos do caso concreto, isso também ocorre quando o controle de constitucionalidade é realizado em virtude de ação proposta diretamente na Corte. Essa influência é inevitável, não resultando exclusivamente de um caso concreto em que a questão de constitucionalidade pode aparecer.

Os fatos influem necessariamente sobre o juízo de constitucionalidade, mesmo no controle abstrato, em virtude de a porção da realidade regulada pela norma a constituir<sup>31</sup>. Se a realidade ou os fatos sociais são um componente constitutivo objetivo da própria norma, obviamente não há como interpretar a Constituição, realizando-se o controle de constitucionalidade, sem a adequada compreensão dos fatos.

Isso quer dizer que o equívoco de Segado tem força simbólica, na medida em que não reflete apenas uma concepção acerca do controle de constitucionalidade incidental realizado pela Corte a partir da dúvida suscitada pelo Juiz do caso<sup>32</sup>, *mas carrega a força da tradição da época em que a interpretação constitucional era presa ao positivismo jurídico, sustentáculo da teoria formal da Constituição*. É que apenas a preocupação com a unidade formal do ordenamento jurídico pode justificar a alegação de que o controle de constitucionalidade, a despeito de realizado a partir de uma questão surgida no caso concreto, não faz mais do que “confrontar en abstracto dos normas jurídicas, dilucidando su compatibilidad o contradicción a través de un conjunto de operaciones lógico-silogísticas”<sup>33</sup>.

Ora, a ideia de confrontar normas em abstrato elimina os elementos da facticidade<sup>34</sup>, atualmente vistos como imprescindíveis à interpretação constitucional. Reduzir o controle de constitucionalidade a um problema de contradição normativa é encontrar exatamente o

<sup>31</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, Anmerkungen zum Begriff Verfassungswandel, *Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999, p. 141-156; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Stato, Costituzione, Democrazia*, Milano: Giuffrè, 2006, p. 615 e ss.

<sup>32</sup> Note-se, porém, que quando se alude ao controle incidental de tipo italiano, em regra nele se enxerga uma forma de controle concreto. Lucio Pegoraro, por exemplo, assim afirma: “La ‘via intermedia’ battuta negli ordinamenti sopra citati consiste in ciò: l’organo chiamato a rendere giustizia costituzionale è unico e ‘specializzato’, come in Austria; ma, al pari che negli Stati Uniti, ciascun giudice è interessato all’esercizio del controllo di costituzionalità: egli può, e in certe circostanze anzi deve, operare un preliminare giudizio di conformità alla costituzione della legge da applicare in un caso concreto e, se solo ha il dubbio (o la ragionevole certezza) che vi sia contrasto, investe della questione la Corte costituzionale. Ecco la ragione del *nomen* attribuito a questo modello, ‘concreto’ perché collegato a un caso giudiziario e non a questioni astratte, e ‘incidentale’ poiché si ancora a un incidente o eccezione processuale, e non a un ricorso diretto” (Lucio Pegoraro, *Sistemi di Giustizia Costituzionale*, Torino: Giappichelli, 2019, p. 104). No mesmo sentido, Alessandro Pizzorusso adverte que a importância de um sistema incidental, porém concentrado, está em atribuir “carattere ‘concreto’ al controllo eseguito dalle corti costituzionali quando giudicano su questioni di costituzionalità *sorte nell’ambito de un giudizio civile, penale, ecc.*” (Alessandro Pizzorusso, *Sistemi Giuridici Comparati*, Milano: Giuffrè, 1998, p. 247).

<sup>33</sup> Francisco Fernández Segado, *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, tomo I, p. 150.

<sup>34</sup> Renato G. Herani, *A Prova da Inconstitucionalidade*, Curitiba: Ed. Prismas, 2016, p. 131.

inverso do que é indispensável para quem enxerga a necessidade de compreender a realidade para atribuir sentido à Constituição. Não há como ignorar que os fatos constituem o direito constitucional.

## 5 O DÉFICIT DE DELIBERAÇÃO SOBRE OS FATOS CONSTITUCIONAIS NAS CORTES CONTEMPORÂNEAS

Mas a consciência de que o controle de constitucionalidade puramente normativo impede a compreensão e a discussão da essência das questões constitucionais não basta. Admitir a importância dos fatos para a interpretação constitucional é pouco quando o processo não é teoricamente compreendido e estruturado de modo a que os fatos sejam efetivamente considerados e levados a sério pela Corte.

Mesmo nos países em que se decide com base em cláusulas constitucionais indeterminadas, não há nada que impeça a negação dos fatos ou garanta o seu adequado esclarecimento.

David Faigman, em um dos raros livros escritos sobre o tema dos fatos constitucionais, chama a atenção para aqueles envolvidos em célebres casos decididos pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Quando um feto tem vida? A pornografia causa violência? A marcha de nazistas em Skokie incitaria a violência? A diversidade pode produzir melhores oportunidades educacionais? A Suprema Corte dos Estados Unidos costuma proferir decisões normativas que encobrem os fatos, sem sequer colocar em discussão a sua importância para a devida deliberação sobre a questão constitucional. Quando os considera, em regra não os investiga de modo a esclarecê-los e, frequentemente, não os leva em conta em conta na justificativa, agindo como se os fatos pudessem ser interpretados segundo a visão dos *Justices*<sup>35</sup>.

Não há qualquer discussão sobre a possibilidade de a Corte tratar dos fatos de ofício, sobre as regras de produção de prova e participação dos interessados e, muito menos, a respeito de standards probatórios. Não obstante o evidente e claro papel que os fatos desempenham no discurso constitucional, as preocupações acerca dos fatos são raras na doutrina e nas Cortes contemporâneas. Isso ameaça a autoridade das decisões constitucionais e a legitimidade das Cortes Supremas e Constitucionais. Já se chegou a afirmar que, embora a

---

<sup>35</sup> David Laurence Faigman, *Constitutional Fictions – A Unified Theory of Constitutional Facts*, p. XII e 43 e ss.

Constituição dos Estados Unidos tenha se fundado em princípios iluministas, a sua relação com o mundo empírico permanece presa à idade das trevas<sup>36</sup>.

Os fatos têm grande influência sobre as decisões que, para solucionar os casos constitucionais, pautam-se em direitos fundamentais. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, quando se analisou a constitucionalidade de antigas leis estaduais que criminalizavam o suicídio assistido, considerou-se a cláusula do devido processual legal para se discutir se nele está presente um direito à privacidade que garante o direito de encerrar a própria vida.

Neste caso, além de lei do estado de Nova Iorque declarada inconstitucional pela Corte do Segundo Circuito, lei do estado de Washington fora declarada inconstitucional pela Corte do Nono Circuito<sup>37</sup>, que, ao sustentar que o devido processo legal garante o direito à privacidade, lembrou *opinion* proferida em *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*<sup>38</sup> – um caso relativo a aborto –, em que se declarou que as escolhas íntimas e pessoais, vistas como imprescindíveis à autonomia e autodeterminação das pessoas, estão garantidas pela liberdade protegida pelo *due process*. Com base neste precedente, ou seja, mediante a aproximação da questão do aborto à do suicídio assistido, a Corte do Nono Circuito, a partir da cláusula do devido processo legal e do conseqüente direito à privacidade sustentou um “direito de morrer”, ou melhor, um direito de solicitar auxílio médico para interromper a vida.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao analisar o recurso contra as decisões das Cortes do Nono e do Segundo Circuitos, chegou em conclusão oposta, exatamente a de que não se poderia vislumbrar no devido processo legal um direito de liberdade que pudesse garantir o direito de encerrar a própria vida. A *opinion* que assim sustentou declarou que o *due process of law* não garante uma liberdade capaz de permitir a afirmação de um direito de cometer suicídio e, por consequência, um direito de ser assistido a cometê-lo<sup>39</sup>.

Porém, a *opinion* concorrente dos *Justices* Souter, Ginsburg e O’Connor, embora

---

<sup>36</sup> “Failure to place constitutional law on a rational and realistic empirical foundation, even one that evolves with changing times and progressing technology, threatens the legitimacy of the Court’s pronouncements. The Constitution was founded upon enlightenment principles, yet the Court’s approach to the empirical world remains mired in the Dark Ages” (David Laurence Faigman, *Constitutional Fictions – A Unified Theory of Constitutional Facts*, p. XIII).

<sup>37</sup> Tanto a Corte do Segundo Circuito, quanto a Corte do Nono Circuito, trataram de casos em que foram impugnadas leis que criminalizavam o suicídio assistido, mas com o claro objetivo de analisar a questão da eutanásia. Enquanto a Corte do Nono Circuito declarou a inconstitucionalidade com base na cláusula do *due process*, a Corte do Segundo Circuito declarou a lei inconstitucional com fundamento na cláusula da *equal protection*.

<sup>38</sup> 505 U.S. 833 (1992).

<sup>39</sup> *Opinion* majoritária redigida pelo *Justice* Rehnquist, *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 1997.

também admitindo a constitucionalidade das leis, ressaltou que não existia razão para discutir se o devido processo legal garante o direito à eutanásia<sup>40</sup>, na medida em que faltavam esclarecimentos sobre os fatos relacionados ao tema<sup>41</sup>.

Tanto esta *opinion* concorrente de caráter minimalista<sup>42</sup>, quanto a *opinion* concorrente do *Judge* Calabresi quando do julgamento do mesmo caso na Corte do Segundo Circuito – ao dar ao Parlamento oportunidade para um *second look*<sup>43</sup> –, mostraram-se impressionadas não apenas com a circunstância de os Parlamentos estaduais jamais terem discutido os fatos relacionados à eutanásia, como também com a circunstância de as pessoas e, inclusive, a comunidade médica, ainda não terem deliberado adequadamente a seu respeito. As duas *opinions* não aprofundaram a discussão da questão constitucional e, assim, evitaram um “acordo teórico completo”<sup>44</sup>, assemelhando-se a decisões provisórias. *Tudo isso para permitir o prosseguimento da deliberação.*

Esse exemplo, além de relevante para a discussão do diálogo institucional com base em fatos, permite uma série de importantes e difíceis indagações a respeito do tema dos fatos no processo constitucional. A Corte pode decidir de modo normativo, restringindo-se à discussão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, quando estão presentes fatos que podem determinar uma solução concreta? Pode a Corte considerar fatos não invocados pelas partes e *amici* para decidir? A Corte pode determinar o esclarecimento dos fatos de ofício? Quem deve decidir sobre a necessidade de esclarecimentos dos fatos, o relator ou a Corte? O que se perde, em uma Corte Constitucional, quando se retira de um ou alguns dos Juízes a possibilidade de decidir com base em fatos? É correto impedir a minoria de decidir com base em fatos quando a maioria entende que estes não precisam ser esclarecidos? É correto falar

---

<sup>40</sup> Não se pretende aqui, obviamente, tratar da questão da eutanásia. A questão é lembrada apenas por colaborar para a análise do tema do diálogo institucional entre a Corte e o Parlamento.

<sup>41</sup> *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

<sup>42</sup> Vittoria Barsotti afirmou que o *Justice* Souter, em sua *opinion* em *Vacco v. Quill*, não apenas proferiu uma decisão minimalista, mas se postou, na linha de Cass Sunstein, em termos de *democracy forcing*, convidando o legislador a confrontar-se de maneira incisiva e precisa com a questão do suicídio assistido. Ver Vittoria Barsotti, *L'Arte di Tacere – Strumenti e Tecniche di non Decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino: Giappichelli, 1999, p. 284-285.

<sup>43</sup> Em *Quill v. Vacco*, disse Calabresi que, quando uma lei reclama análise a partir de cláusulas constitucionais indeterminadas, a Corte não deve decidir *na falta de atuais e expressas manifestações da população e das autoridades eleitas*. Por isso, declarou que se deveria dar ao Parlamento oportunidade para um *second look*, o que lhe obrigaria a decidir de forma *clara e aberta* sobre um tema que é da sua responsabilidade e deve ser objeto da sua preocupação, restando à Corte a possibilidade de decidir depois da deliberação parlamentar (*Quill v. Vacco*, 80 F.3d 716, 2d Cir. - 1996).

<sup>44</sup> Cass Sunstein, *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law*, *John M. Olin Law & Economics, Working Paper n. 322*, University of Chicago, 2007, p. 12 e ss.

em ônus da prova do fato constitucional? Cabe pensar em standards probatórios, de modo a se graduar a intensidade de convicção suficiente para justificar a decisão constitucional? A Corte pode decidir sobre fatos com base no que afere no ambiente que lhe é externo? Como conciliar essa possibilidade com a deliberação interna à Corte? É possível censurar a decisão constitucional que se omite quanto aos fatos? Qual a relação entre a justificativa, os fatos e as provas?<sup>45</sup>.

## 6 A BUSCA DA VERDADE ENQUANTO PRESSUPOSTO ÉTICO DO ESTADO DE DIREITO

Esse não é o lugar para tratar das várias questões que envolvem o tema dos fatos constitucionais. Importa, no entanto, demonstrar a relação entre a busca da verdade e a deliberação constitucional, delineando-se o fio condutor do raciocínio ligado ao tema dos fatos no processo constitucional e a própria justificativa da interpretação e do diálogo pautados nos fatos constitucionais.

O Estado constitucional está comprometido com a busca da verdade. O Estado tem dever de se empenhar para alcançar a verdade, especialmente quando essa é um pressuposto para a afirmação do sentido da Constituição<sup>46</sup>. Afinal, o modo de ser de todo o ordenamento jurídico depende de como a interpretação constitucional é estabelecida.

O empenho na busca da verdade dos fatos constitucionais é um pressuposto ético do Estado Democrático de Direito. Na democracia, pressupõe-se um pacto de verdade entre as instituições públicas e o povo<sup>47</sup>, evitando-se atos de governo, leis e decisões judiciais constitucionais descomprometidas com a realidade.

O processo legislativo que deixa de se preocupar em ter claros os fatos pressupostos pelo texto legal falha com a sua própria função, ignorando a razão de ser da deliberação parlamentar. Não há qualquer dúvida de que a busca da verdade constitui um requisito da

---

<sup>45</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Processo Constitucional e Democracia*, 2ª. ed., p. 693 e ss.

<sup>46</sup> Como diz Peter Häberle, “objetivos educacionais jurídico-constitucionais, a obrigação para com a verdade das testemunhas, as fórmulas de juramento dos dignatários de funções públicas – tudo isso está relacionado à *busca da verdade*, na qual o *Estado constitucional está formalmente empenhado*. Que isto, porém, *não implica uma garantia objetiva de alcançar a verdade é evidente (...)*” (Peter Häberle, *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*, p. 108).

<sup>47</sup> “Para dunque evidente che la cura per la verità è una componente essenziale dela democrazia; per uno Stato democratico è sempre sbagliato mentire ai cittadini” (Michele Taruffo, *La Semplice Verità*, Bari: Laterza, 2009, p. 95).

democracia constitucional. O controle de constitucionalidade não tem condições de se realizar sem o comprometimento da Corte com a busca da verdade dos fatos pressupostos pelas leis, assim como dos indispensáveis à concretização das normas constitucionais<sup>48</sup>.

A verdade, enquanto pressuposto ético da democracia, constitui requisito para a interpretação constitucional. Isso não apenas aponta para a importância do diálogo constitucional, mas evidencia que a devida justificativa dos fatos lhe é indispensável, constituindo premissa à realização da democracia constitucional.

## 7 O DIÁLOGO INSTITUCIONAL COM BASE NOS FATOS

Embora o Legislativo brasileiro também não conceda a devida atenção aos fatos, não existe qualquer dúvida quanto à necessidade de bem analisá-los para a elaboração da lei. Afinal, editar uma lei é, antes de tudo, ter a realidade em conta para promovê-la segundo os termos da Constituição.

Waldron, ao demonstrar a superioridade da decisão do Parlamento do Reino Unido acerca do aborto sobre a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos em *Roe v. Wade*, advertiu que a Corte estadunidense, ao longo da sua decisão, dedicou poucos parágrafos aos aspectos mais importantes do assunto, como a vida do feto, tendo tratado exclusivamente da linguagem do *Bill of Rights* e da oportunidade de se utilizar a cláusula do *due process of law* para se “criar” direitos constitucionais. Enquanto a discussão realizada na Suprema Corte dos Estados Unidos teve como objeto questões respeitantes à teoria da interpretação, os membros da *House of Commons* trataram exaustivamente dos fatos<sup>49</sup>.

O Parlamento, melhor do que a Corte, tem condições de oportunizar debate popular e científico sobre os fatos e, assim, justificar posições que deles dependem. A incompletude e a falta de seriedade na discussão dos fatos obviamente não podem ser vistas como algo natural ao ambiente parlamentar. O Parlamento, para decidir, tem dever de tratar de todos os fatos relevantes, abordando-os a partir de uma metodologia que revele e garanta a devida participação popular, assim como a autoridade dos resultados alcançados. Não há como negar que o Legislativo tem dever de completude, de aferição da credibilidade das suas fontes e de justificativa.

---

<sup>48</sup> Sascha Kneip, *Verfassungsgerichte als demokratische Akteure. Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur Qualität der bundesdeutschen Demokratie*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2009, p. 311.

<sup>49</sup> Jeremy Waldron, The core of the case against judicial review, *Yale Law Journal*, v. 115, 2006, p. 1.384-1385.

Tanto o Legislativo quanto o Judiciário atualmente decidem questões relevantes para a sociedade a partir da zona de penumbra dos direitos fundamentais. Nessas situações, importam os fatos sociais que podem determinar uma decisão legislativa ou judicial com base em normas constitucionais de conteúdo indeterminado. Ter em conta as normas que afirmam direitos fundamentais, sem considerar e esclarecer os fatos, é proferir uma decisão interpretativa destituída de qualquer legitimidade democrática. A interpretação de direitos fundamentais apenas tem sentido quando de acordo com a realidade.

Discutir sobre a eutanásia, o aborto, as cotas universitárias e as drogas – para falar de apenas algumas questões constitucionais discutidas com base em direitos fundamentais – sem a devida atenção aos fatos é simplesmente ignorar a racionalidade da decisão que admite a inclusão dos fatos no raciocínio interpretativo.

Desconsiderar os fatos, impedindo a concretude e a racionalidade das decisões das instituições públicas, inviabiliza o diálogo em torno da interpretação constitucional, tornando a Constituição refém de instituições que podem proferir decisões incompatíveis com a busca da verdade que orienta o Estado Democrático de Direito.

O diálogo amparado nos fatos permite a otimização da busca da verdade do Estado constitucional de dois modos relevantes. Em primeiro lugar abre oportunidade para a correção de equívocos na aferição dos fatos e para o encontro de algo o mais próximo possível da realidade, favorecendo a melhor decisão constitucional. Além disso, oportuniza a supressão de omissões ou incompletudes do Parlamento ou da Corte, permitindo a descoberta do que teria sido ignorado por um ou outro. Quando se delibera para ter a melhor decisão possível e é vedado deixar de discutir sobre o que importa para o alcance da solução adequada, isto tem grande relevância.

O diálogo sobre os fatos é algo facilmente assimilável. A ausência de consideração, assim como a precariedade da investigação e da deliberação sobre os fatos, é objetivamente identificável. Alguns tipos de fato apenas podem ser corretamente investigados em ambientes específicos ou mediante pesquisas e exames tecnicamente complexos e demorados. De modo que é fácil demonstrar quando os fatos não foram objeto de deliberação ou poderiam ter sido mais adequadamente analisados, no Parlamento ou na Corte.

O Parlamento é o *locus* da deliberação popular, em que a participação das pessoas e dos grupos, sempre acompanhada de ampla possibilidade de convocação de especialistas ou de qualquer um que possa colaborar para tornar a deliberação mais frutífera, não é submetida

às formas do processo judicial. Quem pensa no modelo processual que serve aos casos conflituivos comuns, custa a perceber que, quando se discute sobre a Constituição, não importa falar em fatos diretos ou indiretos, os últimos preclusos diante da discussão do fato direto, ou mesmo em efeito preclusivo da coisa julgada, a inviabilizar a discussão de fatos insertos dentro de causa de pedir já discutida. Uma lei pode ser declarada inconstitucional, depois de declarada constitucional, com base em qualquer fato, velho ou novo<sup>50</sup>, assim como a decisão judicial pode ser questionada pelo Parlamento a partir de qualquer fato, *não importando quando surgiu ou se chegou a ser analisado quando da decisão*. Para que o Parlamento possa contrariar a decisão da Corte, ou mesmo reformar ou abandonar a lei, basta ter em conta discussão contemporânea que lhe traga outros fatos ou informes mais elaborados sobre fatos já (indevidamente) considerados.

Porém, todas as regras que servem ao procedimento inspirado na busca da verdade – na Corte ou no Parlamento – são importantes para racionalizar a interpretação constitucional, deixando-a à distância da alegação de indiferente aos valores da democracia. A justificativa viabiliza a realização do diálogo, permitindo que as instituições possam dialogar a partir de um critério racionalmente demonstrável.

Perceba-se que a verdade sobre os fatos, em que se ampara a interpretação constitucional que se opõe à lei, goza de objetividade quando racionalizada e adequadamente justificada pela Corte. É a consistência da justificativa, ou seja, a força das razões sobre os fatos, que permite à Corte convencer a população e o Parlamento da sua interpretação. E é a eventual fragilidade das razões da Corte que dará margem não apenas a justas críticas das pessoas, mas também à devida resposta do Legislativo, inclusive mediante a elaboração de lei em contradição à decisão ou ao precedente firmado em sede de controle de constitucionalidade<sup>51</sup>.

A interpretação, especialmente quando realizada na penumbra dos direitos fundamentais, deve estar atenta à verdade, cuja racionalização por meio da justificativa torna o diálogo institucional algo concreta e objetivamente realizável, absolvendo-o da acusação de ser discurso impraticável e, assim, incapaz de colaborar para resolver os problemas da interpretação da Constituição e da democracia.

---

<sup>50</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Die Wirksamkeit der Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit - in welchen Fällen ist ihre gerichtliche Überprüfung möglich?, *ZZPInt - Zeitschrift für Zivilprozess International: Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts*, v. 18, 2014.

<sup>51</sup> Ou seja, à decisão tomada no controle abstrato ou ao precedente vinculante estabelecido no controle difuso.

## 8 A REAÇÃO DO PARLAMENTO: POR QUE BASTA OUTRA LEI?

Ainda que abertura para os fatos evidencie a possibilidade de uma melhor ou mais adequada deliberação sobre a interpretação da Constituição, cabe perguntar se processo legislativo ordinário viabiliza o diálogo institucional. Lembre-se que, mesmo os doutrinadores que se voltaram diretamente à distinção entre os sistemas ditos de *weak-review* – basicamente o neozelandês, o inglês e o canadense – e os sistemas de *strong-review* – particularmente o estadunidense – divergem quanto à emenda constitucional constituir meio de implementação do diálogo constitucional<sup>52</sup>.

A alteração do texto da Constituição, não obstante possa ser, em determinadas situações, necessária para a superação da interpretação da Corte, não constitui reação caracterizada por qualquer tipo de argumentação voltada a convencer, nem confere qualquer possibilidade a um diálogo continuado. Na verdade, a emenda encerra o diálogo sobre a adequação da interpretação da Corte, constituindo criação legislativa que, qualquer que seja a anterior interpretação judicial, a ela se sobrepõe e a torna sem qualquer relevância, eliminando qualquer motivo para se continuar a discutir.

Tushnet, por ter sido levado a estudar os sistemas que não se caracterizam pela “última palavra” em virtude de a Constituição estadunidense só poder ser alterada por uma custosa emenda constitucional, instituiu o ponto hábil a distinguir o modelo forte do modelo fraco de controle de constitucionalidade na “dificuldade-facilidade” de o Legislador se sobrepor à interpretação judicial. Em razão disso, viu a emenda como uma forma de reação que poderia ser praticada num modelo forte. Nesse, em razão da dificuldade e da demora inerentes ao processo de emenda, a Corte teria a “última palavra”<sup>53</sup>.

O discurso de Tushnet, como é sabido, sofreu várias críticas, todas elas relacionadas a uma tentativa malsucedida de estabelecer, de modo abstrato, um divisor de águas entre *weak-review* e *strong-review*. Assim, por exemplo, Aileen Kavanagh demonstrou que o sistema do Reino Unido não pode ser caracterizado e analisado apenas por dar ao Parlamento

---

<sup>52</sup> Mark Tushnet e Rosalind Dixon, *Weak-Form Review and Its Constitutional Relatives: An Asian Perspective*, *Comparative Constitutional Law in Asia*, Cheltenham: Edward Elgar Publishers, 2014, p. 102 e ss; Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 33 e ss.

<sup>53</sup> Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, p. 33.

o poder de não considerar a decisão da Corte,<sup>54</sup> enquanto Rosalind Dixon criticou o fundamento utilizado por Tushnet para distinguir os modelos em face das particularidades dos sistemas do Canadá, Reino Unido, Nova Zelândia e Austrália<sup>55</sup>.

Embora as críticas de Kavanagh e Dixon nada tenham a ver com o que se pretende evidenciar nesse instante, elas são suficientes para demonstrar que Tushnet, ao separar os modelos *strong-review* e *weak-review* com base na “dificuldade-facilidade” parlamentar de reverter a decisão da Corte, estava mais preocupado em construir uma elaboração teórica capaz de servir ao direito constitucional comparado do que em ser preciso quanto aos fatores que efetivamente importam para se ter um compartilhamento democrático da interpretação constitucional.

Tushnet esqueceu as distintas finalidades da emenda e da lei ordinária enquanto formas de reação do Parlamento às decisões da Corte. A emenda pode ser vista como reação à decisão da Corte e mesmo como forma mediante a qual a população e o Parlamento a confrontam, propondo outra solução. Mas a emenda obviamente não é diálogo sobre o entendimento que deve prevalecer. A emenda *não só impõe um resultado, como parte da premissa de que o convencimento não é necessário*. Tanto é assim que Rosalind Dixon, ao aludir à distinção entre o constitucionalismo fraco e o constitucionalismo forte, esclareceu que o primeiro *promove o diálogo sobre a Constituição, enquanto a emenda a altera*<sup>56</sup>.

O equívoco de Tushnet foi não ter percebido que, embora a emenda realmente seja uma reação democrática que se realiza de modo mais difícil e lento, ela conduz a uma *alteração no objeto* da deliberação. Mas por que isso importa? Se a reação à decisão da Corte pode se dar mediante lei e emenda constitucional, como ocorre no Brasil, *é indispensável saber quando o Parlamento pode reagir mediante lei*.

*A reação parlamentar à decisão judicial pode dispensar a modificação do texto constitucional e, assim, a emenda constitucional*. Nesse caso, sendo desnecessário alterar o objeto sobre o qual paira a dúvida e a discórdia, a deliberação continua a incidir sobre o mesmo dispositivo e a mesma questão. Ou seja, na hipótese em que não é necessário alterar o

---

<sup>54</sup> Aileen Kavanagh, What’s so weak about “weak-form review”? The case of the UK Human Rights Act 1998, *International Journal of Constitutional Law*, 2015, v. 13, p. 1008-1039.

<sup>55</sup> Rosalind Dixon, Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism, *University of Chicago Public Law & Legal Theory*, Working Paper n. 348, 2011, p. 2.

<sup>56</sup> Mark Tushnet e Rosalind Dixon, Weak-Form Review and Its Constitutional Relatives: An Asian Perspective, *Comparative Constitutional Law in Asia*, p. 102 e ss; Rosalind Dixon, Constitutional “dialogue” and deference, *Constitutional Dialogue – Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge: Cambridge University Press, 2019, p. 161 e ss.

texto da Constituição, torna-se possível, por conta do diálogo sobre a interpretação constitucional, reagir à decisão da Corte mediante o processo legislativo ordinário<sup>57</sup>.

## 10 AS RAZÕES DA CORTE E DO PARLAMENTO NO DIÁLOGO

Tendo em vista que a questão constitucional muitas vezes deve ser resolvida com base em fatos e na captação do resultado do confronto entre posições morais sustentadas com razoabilidade, é inevitável que, nessas situações, prevaleçam as razões da instituição que puder, com a maior extensão, precisão e clareza possíveis, encontrá-los e retratá-los.

O Parlamento, por ser o *locus* do debate popular e, portanto, da discussão sobre os fatos e acerca das posições morais razoáveis, obviamente não pode deixar de esclarecê-los e demonstrá-los, sob pena de deixar de cumprir a sua função com a devida responsabilidade perante a sociedade. Quando a Corte trata dos fatos e das posições morais sem o devido cuidado, ou mesmo deles não trata, preferindo aprofundar a teorização sobre os princípios constitucionais, não há dúvida que o Parlamento pode e deve discutir a seu respeito. Por maior razão, se a Corte declarou a inconstitucionalidade de lei que, quando editada, não exigiu deliberação sobre os fatos que passaram a determinar a nova questão constitucional que conduziu à decisão judicial, cabe ao Parlamento deliberar sobre os fatos, tenha ou não a Corte deles tratado<sup>58</sup>.

Porém, de nada adiantaria enfatizar a importância do diálogo sem sublinhar a necessidade da responsabilidade do Parlamento perante a população. Não há como deixar de perceber que a omissão – dos intelectuais, dos políticos, dos governantes, dos juízes, da imprensa etc. – a respeito dos deveres do Parlamento constitui uma carta branca para a alienação do poder do povo e dos seus representantes.

Ainda que alguns políticos possam preferir abrir mão dos seus deveres, evitando o desgaste que pode derivar da observância de certos compromissos, é a democracia que perde quando estes se omitem. Ao deixar de cumprir os seus deveres, mediante a alienação do seu poder, o Parlamentar colabora para que a sua Casa perca o seu lugar no espaço democrático.

---

<sup>57</sup> Luiz Guilherme Marinoni, *Processo Constitucional e Democracia*, 2ª. ed., p. 339-384.

<sup>58</sup> Guido Calabresi, em *opinion* apresentada na Corte do Segundo Circuito, advertiu que a Corte sempre pode errar ao negar ao Legislador a oportunidade de um “*second look*” (Quill v. Vacco, 80 F.3d 716 2d Cir. 1996). Ver Guido Calabresi, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores), *Harvard Law Review*, v. 105, 1991, p. 80-151.

Embora isso possa ser do interesse de certos setores da sociedade, são os parlamentares os que melhor podem responder às tentativas silenciosas e não explícitas daqueles que desejam enfraquecer o Legislativo<sup>59</sup>.

O Parlamento, para preservar a sua dignidade perante a população e a sua força para o desenvolvimento da democracia, não pode deixar escapar os temas que realmente importam à sociedade, devendo discuti-los com cautela e profundidade, sem esquecer que a vida não para. Deve, em outras palavras, acolher a discussão, promovê-la, chamando as pessoas, os grupos e os especialistas ao debate, e deliberar de modo cuidadoso e responsável, sempre no momento oportuno, sem retardo que possa prejudicar o que se passa no seio social.

Todas as decisões legislativas, especialmente aquelas que têm grande repercussão social, devem ser justificadas, apresentando-se as razões pelas quais determinados fatos ou posição moral estariam a impor a restrição de direito fundamental ou uma interpretação da Constituição capaz de dar permissão à edição da lei. Tais razões, ao se servirem de premissas que têm que ser demonstradas, devem trazer junto os dados empíricos, pesquisas e pareceres técnicos que permitiram tê-las como corretas. Basicamente, a justificativa deve dar conta da discussão dos fatos e dos debates em torno dos desacordos morais, evidenciando que, diante da Constituição, adotou-se adequada decisão.

É claro que a justificativa, enquanto razões capazes de demonstrar o motivo de uma lei, se torna ainda mais relevante quando o Parlamento, diante da interpretação ou da decisão da Corte, pretende adotar interpretação contrária ou mesmo editar lei com o mesmo conteúdo da reprovada. Nesse caso, o Parlamento deve considerar as razões da Corte para, racionalmente, explicar as suas, demonstrando que não se cuidou de determinados fatos, ou deles não se tratou de forma adequada, para então evidenciar o seu significado e a sua importância para a solução da questão constitucional.

A decisão do Parlamento, para poder prevalecer, deve se fundar em fatos e dados devidamente justificados, embora a Corte obviamente possa a ela se opor. A Corte, para manter a sua posição quanto à inconstitucionalidade da lei, pode invocar fundamentos que, apesar dos fatos esclarecidos na reação parlamentar, permitam reafirmar a inconstitucionalidade. Mesmo que o Parlamento evidencie fatos ou consequências concretas que servem de amparo à lei, a Corte pode apresentar outras razões para a sua decisão.

---

<sup>59</sup> Ran Hirschl, *Towards Juristocracy*, Cambridge-Massachusetts-London: Harvard University Press, 2007, p. 65 e ss.

Porém, a argumentação da Corte, quando se situa num patamar exclusivamente normativo, deve ser capaz de demonstrar que os fatos, tal como justificados pelo Parlamento, são absolutamente incapazes de negar uma decisão de inconstitucionalidade. Em outras palavras, a Corte tem o ônus de evidenciar que, ainda que o Parlamento esteja correto em relação aos fatos, há fundamento consistente, amparado na Constituição, que obsta que a lei prevaleça.

Tal ônus não constitui mero artifício retórico. A insistência da Corte, reprovando a decisão parlamentar que se pautou nos fatos, tem que necessariamente vencer não apenas a vontade dos representantes do povo, mas também os fatos que estes fizeram ver. Lembre-se que, nessa situação, os fatos esclarecidos pelo Parlamento – mal avaliados ou mesmo desconsiderados na Corte – foram identificados a partir da própria decisão de inconstitucionalidade, de modo que não é possível desconsiderar a altíssima presunção de constitucionalidade da decisão parlamentar.

Exatamente porque a teorização a partir dos direitos fundamentais não se destina a dar à Corte a possibilidade de negar a realidade, é preciso muita atenção quando a decisão judicial, sem negar os fatos, encobre-os com base numa justificativa teórica. Afinal, *teorizar a despeito dos fatos é, no mínimo, uma forma de torná-los não importantes a uma solução que diz respeito à Constituição*<sup>60</sup>.

Tanto o Parlamento quanto a Corte têm dever de expor suas razões em defesa das suas posições, objetivando sempre convencer e, com isso, consolidar uma decisão de modo estável. Nunca é possível saber, *a priori*, a palavra que vai preponderar<sup>61</sup>. A Corte pode não ter razão para prosseguir na discussão depois de o Parlamento ter-lhe contrariado. Em outras hipóteses, a população e o Legislativo obviamente podem concordar com a decisão da Corte, consentindo com a interpretação constitucional judicialmente formulada. Isso é relevante diante dos desacordos morais razoáveis, em que os fatos e o encontro de consenso a partir da deliberação têm grande importância, bem como em face de questões que requerem o esclarecimento de fatos científicos, sempre dependentes da evolução do conhecimento.

---

<sup>60</sup> David Laurence Faigman, *Constitutional Fictions – A Unified Theory of Constitutional Facts*, p. 39 e ss.

<sup>61</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Decision-making technique and institutional dialogue, *Rivista Osservatorio Costituzionale* (Associazione Italiana dei Costituzionalisti), p. 323 e ss.

