

COMENTÁRIO

OS LIMITES DA DELIBERAÇÃO NO STF

Daniel Bogéa

O capítulo sobre deliberação no STF é pertinente e reflete certo protagonismo do tema da deliberação no campo do direito constitucional contemporâneo. Ao se propor a explicitar o estado da arte, Guilherme Klafke sintetiza de forma habilidosa os principais aspectos da literatura e o faz conferindo maior peso a trabalhos que, de fato, exercem certo papel gravitacional no campo. Nesse sentido, meu comentário parte de uma avaliação marcadamente positiva do capítulo.

Não compartilho, contudo, de certo entusiasmo que subjaz boa parte da literatura, bem como parte das considerações do autor acerca de potencialidades da deliberação em cortes constitucionais. Para tentar elaborar pontos de divergência neste diálogo, esboçarei três argumentos centrais:

- a) Um ponto mais específico, relacionado ao que percebo como uma lacuna dessa literatura no endereçamento do papel da identidade de cada juíza no processo deliberativo de colegiados;
- b) Um ponto intermediário, que parte da distinção apresentada por Klafke entre *processo decisório* e *deliberação*, para questionar seu enquadramento e sua utilidade como critério avaliativo de caráter normativamente exigente;
- c) Um ponto mais geral, de natureza teórica, para enfatizar limites do substrato teórico que subjaz essa literatura como um todo, em particular de certa matriz elitista de teoria(s) deliberativa(s) da democracia.

1. IDENTIDADE IMPORTA?

A literatura sobre deliberação no STF cumpre um importante papel de não assumir *a priori* certa reflexividade dos tribunais. Não há, por natureza, uma distintiva qualidade deliberativa desses colegiados, por se cuidar de algo que deve ser realizado na prática e aferido empiricamente. Ocorre que a problematização dessa questão enfatiza quase que exclusivamente o desenho institucional formal e, eventualmente, desvirtuamento de certas regras na prática. Muito pouco se discute sobre o impacto de um caráter homogêneo da composição de cortes e como isso pode influenciar negativamente o empreendimento coletivo de tomada de decisão. Como articulei em trabalho que foi discutido previamente em edição do PósDebate,

estudos contemporâneos voltados para o aperfeiçoamento da deliberação interna em tribunais têm sistematicamente deixado de lado uma questão com implicações importantes no processo de tomada de decisão: *quem são os juízes* que têm assento nos tribunais constitucionais e *como suas diferentes perspectivas podem influenciar* o processo comunicativo, seja para ampliar o leque de razões levadas em conta, seja para *encobrir posições estruturalmente desprivilegiadas* em favor de visões de mundo dominantes. (Bogéa 2021, p. 112)

Assim, uma agenda de pesquisa que pode ser aprofundada relaciona-se com debates contemporâneos sobre o potencial comunicativo da diversidade (e.g. Page 2007). Cuida-se de temática particularmente saliente no desigual contexto brasileiro e que pode se desenvolver em conexão com a literatura que cuida das trajetórias de ministras e ministros (e.g. Fontainha et al. 2017; Da Ros 2012).

2. DELIBERAÇÃO VERSUS PROCESSO DECISÓRIO?

Se pudesse tratar no nível mais abstrato possível das raízes teóricas de preocupações acerca da deliberação em tribunais constitucionais, partiria da seguinte questão: *como tribunais decidem* importa para sua legitimação? Em essência, penso que a literatura preocupada com o tema conecta necessariamente as dimensões descritivas de *desenho institucional* e *processo decisório* de determinado tribunal com critérios normativos orientados para justificar sua legitimidade democrática. Não há, contudo, uma oposição entre ambas as dimensões.

Explorar as dinâmicas procedimentais de um tribunal para explicitar como se dá seu processo decisório constitui passo necessário (ainda que não suficiente) para se questionar sua legitimidade a partir de uma avaliação normativa acerca do atingimento de determinados padrões deliberativos. Aliás, essa primeira etapa é central para qualquer outro empreendimento analítico acerca do processo de tomada de decisão judicial, incluindo perspectivas opostas ao deliberacionismo que não conferem qualquer valor ao processo argumentativo de troca de razões em um colegiado, examinando juízas como atores políticos estratégicos que buscam maximizar suas preferências individuais em decisões coletivas.

Nesse sentido, opor *processo decisório* a *deliberação*, como se houvesse uma fronteira clara do ponto de vista descritivo entre *procedimento* e *substância*, pode confundir o empreendimento empírico. Outras divisões podem ser mais produtivas para pesquisas teóricas ou empíricas que se amparem em ideais deliberativos. Hutt, por exemplo, contrapõe *deliberação* a *adjudicação*, reservando apenas ao último termo o necessário propósito de se atingir decisões. Essa distinção pretende enfatizar um aspecto central que distingue tribunais de outras instituições deliberativas: “os tribunais não deliberam apenas pela deliberação em si, mas para tomar decisões” (Hutt 2017, p. 95). Outro tipo de divisão poderia partir da contraposição proposta por Bohman (1998, p. 400) ao pontuar que a “deliberação sempre foi oposta à agregação e ao comportamento estratégico encorajado por votação e barganha”.

3. LIMITES DA DELIBERAÇÃO

Existem pelo menos dois tipos de crítica, em um nível mais abstrato, ao papel deliberativo de tribunais. O que chamo de *contestação interna* realiza o exame crítico de tribunais a partir de determinada concepção de democracia deliberativa. O mencionado trabalho de Hutt situa-se dentro do campo deliberacionista, mas considera que uma teoria da democracia fundada no ideal de sistemas deliberativos não pode acomodar tribunais constitucionais que exerçam o controle de constitucionalidade de tipo forte (Hutt 2017). Também a partir de uma perspectiva interna que toma certo padrão deliberativo como ideal regulativo, Maya Sen (2013, p. 330) registra que, “se a deliberação

judicial fica aquém do padrão estabelecido por democratas deliberativos, então não devemos nos surpreender caso seus benefícios também não se concretizarem.”

Já a contestação *externa* apresenta uma crítica que é refratária do próprio modelo deliberativo de justificação democrática, i.e., enfatiza os *limites da deliberação*. Questiona-se, por vezes, os limites de um propósito consensualista de deliberacionistas. Sunstein (2000), por exemplo, verifica empiricamente que determinados arranjos geram maior polarização, ao contrário do que um olhar idealista sobre os potenciais deliberativos poderia sugerir. Aqui, há espaço inclusive para desenvolvimento do ponto sobre o espectro de decisores que deliberam, dado que “a polarização do grupo é reduzida e pode ocorrer despolarização se os membros tiverem algum grau de flexibilidade em suas opiniões e os grupos foram conformados por igual número de pessoas com opiniões opostas” (Sunstein 2000, p. 118).

Nessa mesma vertente externa, teorias críticas apresentam desafios severos ao deliberacionismo que se comunicam ao transplante do debate em cortes constitucionais. A ênfase sobre deliberação em um tribunal talvez seja um “caso exemplar”, parafraseando Rawls, de uma ênfase elitista que é vista com reservas por aquelas que destacam as condições do “mundo real da política, em que desigualdades estruturais influenciam tanto procedimentos como resultados, processos democráticos que aparentam se conformar a normas de deliberação são usualmente enviesados em favor de agentes poderosos” (Young 2001). O ponto é compreender *se e como* isso pode sufocar preocupações ativistas com a participação popular e até mesmo servir para o desenvolvimento de ideias mais ousadas e problemáticas de defesa de tribunais constitucionais como representantes pela razão (Miguel e Bogéa 2020).

Klafke apresenta um retrato fiel de um debate relevante na academia brasileira. O desenvolvimento da literatura sobre deliberação no STF, contudo, não pode se esquivar de alguns desafios inexplorados, devendo caminhar para além da linha dominante que enfatiza o papel das engrenagens decisórias, os níveis de publicidade da ritualística decisória e regras internas ou distorções práticas que gerariam maior fragmentação e individualização.

REFERÊNCIAS

- BOGÉA, Daniel. 2021. “Mulheres togadas: diversidade de gênero e perspectivas sociais em cortes constitucionais”. *Revista de Informação Legislativa*, v. 58, n. 229, p. 103-126.
- BOHMAN, James, 1998. “The Coming Age of Deliberative Democracy”. *The Journal of Political Philosophy*, v. 6, n. 4, p. 400-425.
- DA ROS, Luciano, 2012. “Juizes profissionais? Padrões de carreira dos integrantes das Supremas Cortes de Brasil (1829-2008) e Estados Unidos (1789-2008)”. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n. 41, p. 149-169.

- FONTAINHA, Fernando; NUÑEZ, Izabel; OTERO, Verônica, 2017. “O lugar das elites jurídicas: o deslocamento territorial dos ministros do STF (1988-2013)”. *Contemporânea*, v. 7, n. 2, p. 341-364.
- HUTT, Donald Bello, 2017. “Deliberation and Courts: The Role of the Judiciary in a Deliberative System”. *Theoria*, v. 64, n. 3, p. 77-103.
- MIGUEL, Luis Felipe; BOGÉA, Daniel, 2020. “O juiz constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 35, n. 104, p. 1-20.
- PAGE, Scott. *The Difference: How the Power of Diversity Creates Better Groups, Firms, Schools, and Societies*. Princeton: Princeton University Press.
- SEN, Maya, 2013. “Courting Deliberation: An Essay on Deliberative Democracy in the American Judicial System”. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, v. 27, n. 2, p. 303-331.
- SUNSTEIN, Cass, 2000. “Deliberative Trouble? Why Groups Go to Extremes”. *Yale Law Journal*, v. 110, p. 71-119.
- YOUNG, Iris Marion, 2001. “Activist Challenges to Deliberative Democracy”. *Political Theory*, v. 29, n. 5, p. 670-690.