

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO E INOVAÇÃO**

Alexandre Passos Van de Pol Britto

Princípios Formais: Análise da Designação de Competências

Juiz de Fora

2020

Alexandre Passos Van de Pol Britto

Princípios Formais: Análise da Designação de Competências

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Argumentação e Políticas Públicas: empiria e inovação na pesquisa jurídica.

Orientadora: prof.^a Dr.^a Cláudia Toledo

Juiz de Fora

2020

VAN DE POL, Alexandre.
Princípios Formais: Análise da Designação de Competências / Alexandre
Passos Van de Pol Britto. -- 2020.
100f.

Orientadora: Cláudia Toledo.
Dissertação (mestrado acadêmico) -- Universidade Federal de Juiz de
Fora, Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito e
Inovação, 2020.

Nota: Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais
(FAPEMIG).

1. Princípios formais. 2. ponderação. 3. competências. I. Toledo,
Cláudia, orient. II. Teoria dos Princípios Formais.

Alexandre Passos Van de Pol Britto

Princípios Formais: Análise da Designação de Competências

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito e Inovação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Argumentação e Políticas Públicas: empiria e inovação na pesquisa jurídica.

Aprovada em ____ de ____ de 202__

BANCA EXAMINADORA

Dr. ^a Cláudia Maria Toledo da Silveira - Orientadora
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dr. ^a Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Universidade Federal de Juiz de Fora

Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno
Universidade Federal de Minas Gerais

Dedico este trabalho às mulheres e
aos homens que ainda hoje e ainda
que em memória me forjam em um
ser humano melhor...

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a minha excepcional professora e orientadora Cláudia Toledo por sua dedicação, paciência e coleguismo sem igual durante a jornada que representa um mestrado. Agradeço a minha companheira de mestrado Shayna Militão por seu engajamento sempre constante e dedicado nas reuniões de pesquisa nos últimos anos, ao Programa de Pós-graduação em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora pela oportunidade e pelo edital inclusivo, à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais pelo financiamento sem o qual estes agradecimentos seriam impossíveis, e aos colegas alunos e professores.

Agradeço especialmente ao Denis Franco Silva por seu profundo e especial apoio o qual, doidamente, nunca poderei agradecer pessoalmente, à Máira Fajardo Linhares Pereira por permanecer como uma voz em meu subconsciente, e ao Marcos Vinício Chein Feres por seu modelo inspirador e representativo. Por fim, agradeço a meus companheiros de jornada pessoal passados e presentes os quais só posso nomear em meu coração.

Não há educação sem amor. O amor implica luta contra o egoísmo. Quem não é capaz de amar os seres inacabados não pode educar. Não há educação imposta, como não há amor imposto. Quem não ama não compreende o próximo, não o respeita. (Paulo Freire, **destaque próprio**)

RESUMO

Este trabalho visa analisar criticamente os parâmetros para a designação de competências desenvolvidos por Matthias Klatt a partir da teoria dos princípios de Robert Alexy. Para tanto, utilizou-se de uma pesquisa qualitativa, mediante a revisão crítica e propositiva da bibliografia pertinente, e de uma pesquisa quantitativa, mediante a verificação empírica dos parâmetros propostos na pesquisa qualitativa. Miraram-se três objetivos específicos, dois correspondentes à etapa teórica e um à etapa empírica. A etapa teórica de análise intenciona diferenciar os conceitos de competência e procedimento dentro da teoria dos princípios no que tange os princípios formais, e analisar criticamente a correção dos parâmetros de Klatt de modo coordenado. A etapa empírica, por sua vez, submete os parâmetros síntese desta análise à verificação na jurisprudência da corte constitucional do Brasil, no que toca o tema das políticas públicas. Este tema jurisprudencial é relevante, pois as políticas públicas correspondem a uma atuação prestacional do Estado em relação aos direitos positivos, considerados fonte importante dos conflitos de competência entre os Poderes Executivo e Legislativo, e o Poder Judiciário. O trabalho conclui pela exclusão de dois dos parâmetros originais de Klatt e pelo refinamento e readequação de outros quatro parâmetros, sendo que todos estes parâmetros puderam, em maior e menor grau, ser observados na etapa empírica da pesquisa.

Palavras-chave: Princípios formais. Ponderação. Competências.

ABSTRACT

This work presents a critical analysis of the factors for the designation of competences developed by Matthias Klatt based on Robert Alexy's theory of principles. For that, it was used a qualitative research through the critical and purposeful review of the pertinent bibliography, and a quantitative research through the empirical verification of the factors proposed in the qualitative research. In this pursuit, three specific objectives are aimed, two corresponding to the theoretical phase and one to the empirical phase. The theoretical analysis stage aims to differentiate the concepts of competence and procedure within the theory of principles with respect to formal principles, and critically analyse the correction of Klatt's factors in a coordinated way. The empirical phase aims to submit the synthesis factors of this analysis to verification in the case law of the constitutional court of Brazil regarding the theme of public policies. This case law theme is relevant, as public policies correspond to a provision action by the State in relation to positive rights, which are considered an important source of conflicts of competences between the Executive and Legislative Powers, and the Judiciary one. The work concludes by deciding for the exclusion of two of Klatt's original factors and by the refinement and readjustment of four others, all of which could be observed to a greater and lesser degree in the empirical phase of the research.

Keywords: Formal principles. Balancing. Competence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1 PRINCÍPIOS FORMAIS	21
1.1 CAPACIDADE NORMATIVA E PROCEDIMENTO	21
1.2 PROCEDIMENTO EM SENTIDO AMPLO E EM SENTIDO ESTRITO	24
1.3 MODELO EM SEGUNDA-ORDEM DE ROBERT ALEXY	26
2 CONFLITO DE COMPETÊNCIAS	29
2.1 TAXONOMIA DO CONFLITO DE COMPETÊNCIAS	31
2.2 PONDERAÇÃO	32
2.3 DISCRICIONARIEDADE	33
2.4 FONTE DE CONFLITOS DE COMPETÊNCIAS: DIREITOS POSITIVOS	35
3 PARÂMETROS E CRITÉRIOS NA PONDERAÇÃO DE COMPETÊNCIAS	39
3.1 QUALIDADE DA DECISÃO	41
3.2 CONFIABILIDADE EPISTÊMICA	45
3.2.1 Confiabilidade epistêmica empírica	46
3.2.2 Confiabilidade epistêmica normativa	48
3.3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA	50
3.3.1 Legitimidade democrática em Klatt	51
3.3.2 Legitimidade(s)	54
3.4 SIGNIFICÂNCIA DOS PRINCÍPIOS MATERIAIS EM JOGO	57
3.5 FUNÇÃO ESPECÍFICA	60
3.6 SUBSIDIARIEDADE	61
3.6.1 Sistema normativo multinível europeu como ordem constitucional comunitária ..	62
3.6.2 Primazia e supremacia	64
4 PARÂMETROS DECISÓRIOS NO STF	69
4.1 TIPOS DE AÇÃO E CARACTERÍSTICAS DAS DECISÕES	71
4.2 A PRESENÇA DOS CRITÉRIOS REFINADOS NAS DECISÕES DO STF	72
4.2.1 Confiabilidade Epistêmica Empírica	72
4.2.2 Confiabilidade Epistêmica Normativa – Consenso jurídico	75
4.2.3 Legitimidade democrática	76
4.3 CONCLUSÕES PARCIAIS	78
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	85
APÊNDICE A – CRITÉRIOS POR ACÓRDÃO	93

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a teoria dos princípios, no que se refere aos parâmetros decisórios para a designação de competência propostos por Matthias Klatt (2015b). Para tanto, serão abordados os conceitos centrais de competência e de procedimento a partir dos trabalhos desse e de outros autores, por tratarem de questões relativas aos princípios formais, os quais constituem as premissas dos parâmetros estudados. Posteriormente, foi elaborado um conjunto síntese de parâmetros, os quais terão sua existência verificada mediante acórdãos sobre “políticas públicas”, no período entre 2014 e 2018, da jurisprudência constitucional brasileira.

Assim, para melhor compreender a teoria dos princípios formais, abordou-se a diferença entre competência, capacidade jurídica e procedimento. Essa conceituação é necessária, pois em alguns trabalhos tais conceitos têm sido tratados de modo indistinto. A análise da colisão de competências exigiu uma verificação de um maior número de trabalhos, especialmente aqueles de Matias Kumm (2004, 2005, 2018), pois a proposta de Klatt possui múltiplas referências jurisprudenciais e doutrinárias retiradas desse autor. Essa verificação concluiu a necessidade de alteração dos parâmetros, tendo-se buscado maior precisão na fundamentação metodológica.

Esses parâmetros, por sua vez, foram desenvolvidos por Klatt para auxiliar na ponderação de competências. Seu desenvolvimento se seguiu da análise de revisões judiciais constitucionais nacionais e internacionais diversas. Apesar disso, seus parâmetros parecem apresentar incorreções, quando suas funções são consideradas de forma coordenada e comparativa.

Em análise preliminar acerca da teoria dos direitos fundamentais de Alexy (2015 [1985]) e do conflito de competências de Klatt (2015b), partiu-se da seguinte hipótese: os parâmetros decisórios de Klatt necessitam de correção lógica, mas seus critérios são verificáveis empiricamente. Desse modo, realizou-se uma pesquisa qualitativa mediante a revisão crítica e propositiva da bibliografia pertinente, buscando-se demonstrar eventual incorreção na classificação de Klatt pela contraposição de seus parâmetros, notadamente, da qualidade da decisão primária e da legitimidade democrática. Um dos critérios de verificação de Klatt da qualidade da decisão primária seria o “engajamento”, que dita que, quando um poder dialoga com os sujeitos a serem atingidos por uma decisão, a qualidade da decisão tomada pode ser considerada maior. Contudo, como se verá, a concepção de “engajamento” é facilmente relacionada ao parâmetro da legitimidade democrática, não à qualidade da decisão primária,

pois se trata de uma das espécies de participação popular possíveis na elaboração da decisão autoritativa.

A análise dos parâmetros desenvolvidos por Klatt teve como consequências a exclusão de dois parâmetros, o refinamento de dois deles, a ressalva teórica sobre um, enquanto outro demonstrou-se incapaz de ser comprovado empiricamente. Finalmente, em uma pesquisa quantitativa, verificou-se empiricamente que os parâmetros propostos mediante essa análise se apresentavam parcialmente. Os resultados quantitativos produzidos sobre cada um dos parâmetros foram, então, brevemente correlacionados, o que permitiu identificar indícios sobre como cada um dos parâmetros propostos tende a se manifestar na corte constitucional brasileira.

1 PRINCÍPIOS FORMAIS

Robert Alexy, em *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2015), apresenta duas espécies de princípio: materiais e formais. Seu trabalho, contudo, desenvolve principalmente os primeiros, pois aborda justamente *direitos fundamentais*. A teoria sobre os *princípios materiais* foi altamente desenvolvida e divulgada na academia e na doutrina nacionais e internacionais; a segunda, entretanto, carece de um construto igualmente significativo. A fim de avançar no entendimento de princípios formais, autores como Matthias Klatt (2012; 2015a; 2015b; 2019a; KLATT; MEISTER, 2012a; KLATT; SCHMIDT, 2012) e o próprio Alexy (2014a) buscam identificar as características e as aplicações dessas normas.

Enquanto princípios materiais são aqueles que exigem que determinados conteúdos, como os direitos à saúde, educação e moradia, sejam otimizados, “princípios formais exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada” (ALEXY, 2014a, p. 13). Princípios formais não possuem por si mesmos conteúdos determinados, pois esse conteúdo se consubstancia somente na decisão proferida, variando a cada decisão jurídica. Essa definição, contudo, se apresentará insuficiente, ao serem analisados os principais elementos atribuídos por Alexy aos princípios formais: a competência e o procedimento.

Para contribuir com uma teoria dos princípios formais e, ao mesmo tempo, evidenciar o recorte teórico deste trabalho, visa-se, neste capítulo, diferenciar os conceitos de *competência* e *procedimento*, bem como a espécie de procedimento relevante para a revisão teórica dos trabalhos de Matthias Klatt, no que tange o conflito de competências.

1.1 CAPACIDADE NORMATIVA E PROCEDIMENTO

Para definir o conceito de *competência*, Alexy parte da definição de Alf Ross (1968). Essa definição é produzida a partir da oposição entre competência e diversos outros conceitos pertinentes à atuação de indivíduos (pessoas físicas) e de autoridades (pessoas jurídicas de direito público). Competência é inicialmente compreendida pelos autores como a *capacidade de modificar posições jurídicas*. Contudo, essa definição não é suficiente para distinguir o titular da capacidade de modificação de posições jurídicas, se pessoa física ou pessoa jurídica de direito público, sendo necessária um breve rearranjo terminológico.

A justificativa para essa reorganização se dá porque o uso indistinto do termo “competência” pode gerar dificuldades teóricas ao tratar das consequências das decisões

jurídicas de agentes distintos¹, levando a desbalanços entre o direito privado e o direito público. Afinal, a capacidade de modificar posições jurídicas do direito privado é fruto da efetivação de direitos fundamentais no que tange à autonomia dos sujeitos, declarada em princípio material, enquanto a capacidade de modificar posições jurídicas do direito público é fruto de princípios formais.

Dessa forma, a “capacidade de modificar posições jurídicas”, enquanto gênero, será representada pela expressão “capacidade normativa” (ALEXY, 2015, p. 235). As espécies da capacidade normativa são a “capacidade jurídica” e a “competência”. Apesar de inicialmente possuírem o mesmo significado, diante da necessidade teórica de uma distinção entre capacidade normativa de direito privado e de capacidade normativa de direito público, atribuir a esses conceitos expressões distintas é um procedimento favorável à maior clareza e precisão científica. Assim como, no idioma alemão, é possível diferenciar entre *Kompetenz* e *Zuständigkeit*, em português, é possível distinguir entre *capacidade jurídica* e *competência*, distinção pela qual se opta neste trabalho. Assim, a *capacidade jurídica*² constitui a habilidade de modificar posições jurídicas que titulares de *direito privado* possuem; e *competência*, a habilidade de modificar posições jurídicas que titulares de *direito público* possuem. Por conseguinte, uma capacidade normativa sempre fará referência a um titular e será a titularidade que permitirá identificar se se trata de um sujeito de direito privado ou de direito público.

A primeira característica da capacidade normativa é a “institucionalidade” (ALEXY, 2015, p. 235-239). Ela é necessária para a compreensão da capacidade normativa porque permite diferenciar uma ação fruto de uma *capacidade fática* de uma ação fruto de uma *capacidade normativa*. Enquanto a capacidade fática independe do Direito para existir e

¹ É o que parece acontecer com a abordagem de Virgílio Afonso da Silva (2011), quando o autor considera que as decisões jurídicas sobre o direito à liberdade religiosa de um sujeito são determinadas por uma competência. Uma vez que competências seriam determinadas por princípios formais, então, a decisão individual também seria. Contudo, como se verá neste trabalho, a institucionalidade de uma decisão não é elemento suficiente para caracterizar uma norma como princípio formal.

² Ross se refere à titularidade do indivíduo de criar normas para si como *autonomia privada*, algo relativo à capacidade de legiferar, mas coloca essa capacidade entre aspas: “por um lado, há aquelas regras de competência as quais criam o poder que nós chamamos de autonomia privada. Essas regras são caracterizadas pelos seguintes elementos. Na esfera pessoal elas criam o poder de qualquer indivíduo adulto. Esse poder está em todos os aspectos relevantes limitado pela habilidade do indivíduo de assumir responsabilidade e de dispor nos assuntos relativos aos próprios direitos. Quando as disposições de dois ou mais indivíduos são coordenadas eles estão habilitados a ‘legiferar’ contratualmente no que diz respeito às suas relações mútuas”. No original: “On the one hand there are those rules of competence which create the power we call **private autonomy**. They are characterized by the following features. In the personal sphere they create a power for every normal adult individual. This power is in all important respects limited to the individual’s ability to incur liabilities and to dispose matters concerning his own rights. When the dispositions of two or more individuals are coordinated they are enabled to ‘legislate’ by contract as far as their mutual relations are concerned”. (ROSS, 1968, p. 132, destaque do autor, destaque próprio, tradução própria).

produzir resultados no mundo material³ (ALEXY, 2015, p. 238); a capacidade normativa só existe e só produz resultados mediante o Direito (ALEXY, 2015, p. 241).

Um exemplo de ação institucional de direito privado é o casamento. Apesar de a união de pessoas ocorrer independentemente do Direito, o seu reconhecimento pelo sistema normativo como união civil demanda determinados procedimentos e requisitos para que seja válido. Um exemplo de ação institucional de direito público é a produção legislativa. Essa produção não existe fora do Direito, como a união civil de pessoas, mas o seu reconhecimento se dá pela obediência de determinados procedimentos e requisitos.

A segunda característica da capacidade normativa é a *titularidade*. Ela é necessária para a compreensão da capacidade normativa porque permite diferenciar duas espécies de capacidade normativa: a *capacidade jurídica* e a *competência*. A capacidade jurídica é determinada a partir da compreensão de “direito fundamental completo” (ALEXY, 2015, p. 477). Segundo Alexy, os direitos fundamentais, para serem maximizados, demandam não apenas permissões e liberdades, mas também direitos à organização (ALEXY, 2015, p. 470), entre eles, o direito à *capacidade jurídica*. Ela é necessária para que “institutos jurídicos” – como a propriedade, o matrimônio, a sucessão, a associação e o direito contratual – possam expressar juridicamente na máxima medida possível as vontades dos agentes. Dessa forma, quando um sujeito exerce uma capacidade jurídica, está, em último caso, exercendo o seu direito fundamental de autonomia ou liberdade, no sentido de autodeterminação. Como direito fundamental, a autonomia está regulada em um princípio material.

De outra forma, quando diz respeito à habilidade de modificar posições jurídicas que as autoridades de direito público têm em relação a quaisquer posições jurídicas, sejam elas de direito público ou de direito privado, a competência é determinada por princípio formal. Contudo, a autoridade não exerce essa habilidade como liberdade, algo que um sujeito de direito privado possui, mas com “conformação” (HACHEM, 2013, p. 653). Isto pois a autoridade é obrigada a efetivar os direitos estabelecidos por princípios materiais no sistema normativo, cabendo a elas determinar os meios mais adequados para tanto. O estabelecimento de competências, no sentido que Wolff (1976, p. 15 apud ALEXY, 2015, p. 237) atribui, serve somente à “organização da atuação estatal”. A organização da atuação estatal pode ser percebida na tradicional separação dos Poderes de Estado, mas também pode ser observada em

³ Por sua vez, deve-se distinguir *capacidade fática* de *permissão* e de *normas de conduta*. A permissão nada adiciona à capacidade fática, mas cria alternativas de ação e seu antônimo é uma proibição, sendo algo associado às sanções legais (ALEXY, 2015, p. 235). Normas de conduta não interferem na capacidade fática, nem criam alternativas de ação, mas qualificam as ações ao estabelecer obrigações, direitos e liberdades (ALEXY, 2015, p. 239).

qualquer divisão de trabalho existente no Estado a partir desta divisão. Dessa forma, quando uma autoridade emite uma decisão, está imediatamente exercendo sua competência.

A caracterização de um sujeito como titular de uma capacidade normativa ocorre a partir de uma qualificação, ou seja, pelo atendimento de critérios e pela observância a procedimentos juridicamente determinados. Essas normas são denominadas *normas constitutivas*⁴. O atendimento de um critério pode ser, por exemplo, atingir 18 anos para se casar sem autorização, ou 35 anos para ser presidente. A observância a procedimentos pode ser, por exemplo, ir a um cartório de registro civil para realizar o casamento ou se registrar em um partido político para concorrer às eleições presidenciais. Logo, *normas constitutivas estabelecem requisitos legais para a atribuição de titularidade à pessoa física para o exercício de uma capacidade normativa*.

Um dos pontos de divergência deste trabalho em relação à obra de Alexy está no tratamento indistinto dado pelo jurista sobre *competência e procedimento*⁵ (ALEXY, 2015, p. 484 e 615). Isto porque Alexy (2015) afirma que competências são determinadas por princípios formais e que princípios formais podem ser chamados de princípios procedimentais. Apesar de as competências constituírem a organização estatal, pois dividem os Poderes de Estado, a elas não podem ser atribuídas a caracterização ou identificação com “procedimentos”. A capacidade normativa é um caso especial de poder na esfera jurídica⁶ que gera resultados mediante decisões emitidas por seus titulares. Procedimentos não constituem um caso especial de poder jurídico e nenhum agente é deles titular. Estes, por sua feita, definem quem, como e sobre o que os titulares atuam. Tratam-se, portanto, de conceitos bastante distintos.

1.2 PROCEDIMENTO EM SENTIDO AMPLO E EM SENTIDO ESTRITO

Os procedimentos podem ser diferenciados em *procedimentos em sentido amplo* e *procedimentos em sentido estrito*. Os *procedimentos em sentido amplo* incluem quaisquer procedimentos, independentemente de qual titular possui a capacidade normativa para a tomada

⁴ Essas normas são chamadas tanto por Ross (1968, p. 130) quanto por Alexy (2015, p. 240) de “normas de competência”. Contudo, porque se referem a um conjunto de normas que se dirigem ao *indivíduo*, regulando não apenas como ele assume sua posição, mas também os procedimentos que deve seguir e sobre o que juridicamente está autorizado a atuar, aqui, utiliza-se *normas constitutivas*.

⁵ Até aqui, “procedimento” deve ser compreendido em sentido amplo, servindo tanto às autoridades quanto aos indivíduos. Uma distinção mais completa será realizada à frente.

⁶ “Competência é um caso especial de poder. Poder existe quando uma pessoa é capaz de efetivar, mediante seus atos, efeitos legais desejados”. No original: “*Competence is a special case of power. Power exists when a person is able to bring about, through his acts, desired legal effects*” (ROSS, 1968, p. 131, tradução nossa).

de uma decisão jurídica. Os procedimentos, em sentido estrito, se referem somente à competência, ou seja, são procedimentos relativos às decisões de autoridades de Estado⁷, objeto deste trabalho.

A relação entre procedimentos e respeito a direitos fundamentais ocorre sob uma perspectiva consequencialista. Parte-se da ideia de que procedimentos são estabelecidos mediante interesses sociais e direitos fundamentais. Dessa maneira, na medida em que esses procedimentos são respeitados, aumenta-se a confiabilidade de que as decisões emitidas sob tais procedimentos respeitam os interesses e os direitos para cuja garantia foram criados. Essa relação constitui a breve classificação proposta por Alexy (2015) dos tipos de direitos a procedimentos e direitos à organização a partir da exigibilidade de direitos fundamentais. Princípios da administração pública como os princípios da “publicidade”, da “motivação”, da “moralidade”, e da “impessoalidade” (MELQUIADES, 2012, p. 245) expressam interesses provenientes do princípio democrático. De forma semelhante, são estabelecidos procedimentos para a efetivação de direitos fundamentais nas relações de direito privado. Os procedimentos e requisitos constitutivos para o exercício de determinadas profissões, para a compra e venda de imóveis, e para o casamento, por exemplo, garantem não apenas os direitos dos sujeitos da relação, como também os direitos de terceiros. Em suma, procedimentos conectam a tomada de decisões a direitos fundamentais direta e indiretamente, ao regularem as atividades na dimensão individual, coletiva e política dos sujeitos e das autoridades do Estado (ALEXY, 2015, p. 484, 588, 90, 498). As *normas procedimentais em sentido estrito* são especialmente importantes neste trabalho porque auxiliam na ponderação de competências. Decisões autoritativas não seguem apenas regras, mas também princípios procedimentais. Consequentemente, considerar a adequação procedimental dessas decisões em relação a princípios significa acrescer a importância de se respeitar essa decisão em uma revisão judicial. Os princípios procedimentais passam, portanto, a ser uma nova forma de encarar a ponderação de competências, sistematizando ainda mais esse processo.

⁷ Alexy (2015, p. 488) faz referências a parcela destes procedimentos quando aborda os direitos a procedimentos judiciais e administrativos em sua classificação dos direitos a procedimentos e direitos à organização a partir dos direitos fundamentais, chamando-os, inclusive de “procedimentos em sentido estrito”. Aqui, contudo, a abordagem é mais ampla, incluindo não só os procedimentos abordados pelo autor, mas diversos outros.

1.3. O MODELO EM SEGUNDA-ORDEM DE ROBERT ALEXY

O pensamento de Robert Alexy mais atual e pertinente a uma *teoria dos princípios formais* é apresentado em *Princípios Formais: algumas respostas aos críticos* (2014a). Esse trabalho de Alexy é desenvolvido em resposta às críticas de “superconstitucionalização” do Direito (ALEXY, 2014a, p. 511), provocado pelo suposto efeito sistemático da aplicação da teoria dos direitos fundamentais nos sistemas normativos. Para responder a essas críticas, o autor refina sua tese sobre a discricionariedade legislativa a partir de uma nova abordagem sobre os princípios formais.

Segundo Alexy (2015a, p. 524), os princípios formais são responsáveis pela inserção na fórmula do peso da variável R^n . Essa variável corresponde à concepção de *confiabilidade epistêmica normativa* e é uma de duas espécies de *confiabilidade epistêmica*, sendo a primeira a *epistêmica empírica* (R_i^e). Aqui, (R_i^n) aparece como meio de conexão entre *princípios formais* e a *ponderação de princípios materiais* em um modelo intermediário aos *modelos de combinação puro e misto*.

A nova construção teórica sobre os princípios formais é necessária à ponderação porque, tanto no modelo puro quanto misto, a presença direta de princípios formais na ponderação gera tamanha vantagem para o princípio material sobre o qual se aplica que a proporcionalidade se torna “desproporcional” (ALEXY, 2014a, p. 521). Então, para sanar essa consideração de dois princípios, um formal e um material, de um lado; e apenas um princípio material do outro, Alexy reformula o papel dos princípios formais na ponderação.

Essa reformulação perpassa pelo estabelecimento de uma ponderação de segunda ordem (ALEXY, 2014a). Assim, a depender a relação de precedência estabelecida nessa ponderação de segunda ordem, os efeitos sobre a ponderação de princípios materiais são afetados. Na segunda ordem, serão considerados a *confiabilidade epistêmica empírica* das premissas correspondentes ao princípio material em oposição (P_j) e o *princípio formal da discricionariedade do legislador*⁸ que está adjunto ao princípio material anteposto (P_i) (ALEXY, 2014a, p. 521).

⁸ A expressão conceitual “princípio formal da discricionariedade do legislador” ao invés de “princípio formal da liberdade do legislador” (ou outra expressão semelhante) advém da compreensão a partir de Hachem de que os poderes públicos estão constringidos a realizar aquilo que o sistema normativo comanda, não se tratando, portanto, de uma liberdade. Segundo o autor os “[...] Poderes Públicos são constitucionalmente obrigados a implementar não apenas uns poucos, mas sim inúmeros direitos fundamentais. Há incontáveis opções de momentos e de meios para a adequada realização dos deveres a eles correspondentes, que deverão ser escolhidos de acordo com juízos políticos efetuados pelos representantes democraticamente eleitos povo sobre quais das infundáveis necessidades

Logo, se a confiabilidade de R_j^e receber uma classificação da escala da certeza igual a *confiável* (r), R_j^e possuirá precedência sobre o princípio formal da discricionariedade do legislador, significando que a ponderação de princípios materiais ocorrerá apenas entre seus respectivos princípios materiais. Caso contrário, se R_j^e for classificado como *plausível* (p) ou mesmo *não evidentemente falso* (e), então o *princípio formal da discricionariedade do legislador* toma precedência, significando que a ponderação de princípios materiais ocorrerá da mesma forma, mas, além dos princípios materiais, a variável R_j^e não será excluída dessa ponderação (ALEXY, 2014a, p. 522). Segundo Alexy, essa não-exclusão tem por base, justamente, o princípio formal (ALEXY, 2014a, p. 522). É a partir da consideração de Alexy, de a participação dos princípios formais na ponderação ser “indireta” (ALEXY, 2014a, p. 524), que Klatt ataca a posição de Alexy, algo que será abordado na seção 2.3 deste trabalho.

coletivas devem ser priorizadas naquele instante e quais as melhores formas para satisfazê-las” (HACHEM, 2013, p. 653).

2 CONFLITO DE COMPETÊNCIAS

O fenômeno do *conflito de competências* é inerente a um sistema de freios e contrapesos de um Estado Democrático de Direito. Nesse modelo de Estado, o Poder Legislativo possui a *competência* para a tomada de decisões com maior *amplitude material*. O conceito de amplitude material, contudo, é dependente da compreensão das *normas substantivas* (ROSS, 1968).

Ross (1968) justapõe as normas substantivas às *normas constitutivas* e às *normas procedimentais*. As normas substantivas determinam em qual medida e sobre quais conteúdos um titular está autorizado a atuar. Apesar de o objeto sobre o qual está autorizado a atuar constituir um princípio material, essas normas possuem estrutura de princípios formais. Afinal, dizem respeito à atuação de uma autoridade.

Conseqüentemente, quanto maior o *número* de objetos, ou a extensão do conteúdo, ou quantidade de matérias passíveis de serem tornadas conteúdo em relação ao qual uma autoridade pode tomar decisões, maior a *amplitude material* de sua *margem de competência*. A amplitude material da margem de competência de uma autoridade pode ser identificada diretamente tanto pela *quantidade* de tópicos/matérias/objetos que integram o conteúdo da decisão, quanto pela *qualidade* da abordagem desse conteúdo. Destarte, quanto maior o número de objetos/mais matérias (quantidade) que formam o conteúdo de decisão da autoridade, mais ampla a margem de sua competência. A qualidade do conteúdo da decisão, por sua vez, é algo mais difícil de se aferir. Trata-se não de uma análise da variedade quantitativa de matérias ou objetos em relação aos quais a autoridade tem competência para decidir, mas da *extensão do âmbito* ou da *margem da competência decisória* da autoridade. Assim, a amplitude ou extensão do âmbito decisório em relação ao tema, matéria ou objeto “educação” pode ser maior ou menor. Do ponto de vista quantitativo, trata-se de um único objeto conteúdo da decisão. Entretanto, a amplitude da margem decisória é variável. Em um Estado federal, por exemplo, as diferentes entidades federativas possuem distintos âmbitos de competência para decisão de um mesmo conteúdo. No caso brasileiro, os municípios possuem competência decisória em relação à educação infantil, os estados membros são competentes para decisões relativas ao ensino fundamental e médio, a União possui competência decisória em relação ao ensino superior.

Ao Poder Legislativo não se estabelecem normas substanciais da competência de modo expresso, pois este poder é o responsável tanto pela criação (quantidade) de direitos fundamentais, quanto pela densificação ou nível/grau de especificação (qualidade) do seu tratamento. Já o Poder Executivo, ainda que detenha o *poder regulamentar* de editar atos

normativos hierarquicamente inferiores às leis, possui tal *função ou competência normativa* para a regulamentação de leis visando à sua adequada *execução*. Por sua vez, a competência do Poder Judiciário não é normativa⁹, mas *jurisdicional*, isto é, de *aplicação* das normas. A margem de competência do Judiciário não é a de elaboração de normas ou políticas públicas gerais, mas a de decisões relativas aos *casos concretos* que chegam a ele – o Poder Judiciário não pode atuar de ofício, mas apenas mediante provocação.

Por isso, afirma-se ser o Legislativo aquele cuja competência apresenta a maior amplitude material dentre os poderes estatais, dado que possui competência *originária* para a criação e a modificação normativa em um Estado. Sua competência pode ser, então, definida como *a capacidade normativa de modificar quaisquer posições jurídicas*. É nesse momento que a compreensão da competência como um princípio é fundamental para analisar o conflito de competências.

Princípios são *comandos de otimização*, ou seja, exigem que algo seja realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto – uma vez que o objeto principal deste trabalho decorre de princípios formais, atentar-se-á às possibilidades jurídicas. Dessa forma, princípios considerados em abstrato são comandos *prima facie*. Quando aplicados no *caso concreto*, frequentemente entram em colisão com outros princípios. O resultado dessa colisão principiológica é a determinação de um comando definitivo, isto é, de uma *regra*. A solução da colisão entre os princípios se dá mediante a aplicação da *máxima da proporcionalidade*, cujas máximas parciais são *adequação, necessidade e ponderação* (ALEXY, 2000, p. 1).

Quando se questiona qual é o poder competente para a tomada da decisão no caso concreto, está-se diante de um conflito de competências. Na Alemanha, o conflito entre os Poderes Legislativo e Judiciário é o mais frequente, diversamente do Brasil, onde é mais recorrente o conflito entre o Executivo e o Judiciário. Entretanto, a revisão judicial de decisão legislativa ou administrativa nem sempre implica a realização do processo de ponderação no caso concreto, nem essa ponderação, caso ocorra, inclui um debate sobre as competências envolvidas. Estes conflitos serão abordados adiante, neste trabalho.

⁹ A competência normativa do Poder Judiciário limita-se à regulamentação de sua organização interna, como a elaboração de regimentos internos de tribunais.

2.1 TAXONOMIA DO CONFLITO DE COMPETÊNCIAS

O conflito de competências é abordado por Matthias Klatt em diversos trabalhos. Em seu artigo *Balancing Competences* (KLATT, 2015a), o autor descreve as possíveis formas sob as quais esse conflito pode ser analisado e, posteriormente, localiza sob quais delas desenvolverá seu trabalho. São, ao todo, dez formas organizadas em cinco eixos que podem ser combinados para determinar o recorte de pesquisa (KLATT, 2015a).

O primeiro eixo trata das formas “política e jurídica de conflito de competências” (Idem, p. 5). Sob a forma *política*, o conflito de competências entra em um campo de negociação, no qual arranjos políticos-institucionais possibilitam mudanças normativas e geram tensões de interesses. Sob a forma *jurídica*, o conflito trata do que é normativamente possível no sistema normativo existente, encontrando uma resposta ao conflito dentro do Direito vigente.

O segundo eixo trata das formas “lógica e funcional” de conflito de competências (Idem, p. 5). A forma *lógica* busca compreender se as competências em colisão equivalem a antinomias deônticas. A forma *funcional* objetiva identificar se as posições normativas divergentes levam a tensões teleológicas, sem necessidade de contradições deônticas.

O terceiro eixo trata das formas “material e formal” de conflito de competências (Idem, p. 5). A forma *material* ocorre diante interpretações distintas sobre um mesmo objeto substancial. A forma *formal*, por sua vez, ocorre independentemente de conflitos materiais, existindo quando as decisões dos entes conflituosos são iguais, mas não se sabe quem decide.

O quarto eixo trata das formas “real e potencial” de conflito de competências (Idem, p. 5). A forma *real* se refere a um conflito estabelecido, enquanto a forma *potencial* se refere a um ou mais conflitos que podem ou não ocorrer em um sistema normativo.

O quinto e último eixo trata das formas “abstrata e concreta” de conflitos de competência (Idem, p. 5). A forma *abstrata* trata-se do conflito que ocorre independentemente de circunstâncias. A forma *concreta* de conflito depende de circunstâncias materiais. Desse modo, o autor localiza seu trabalho sob as formas “jurídica”, “lógica”, “formal”, “real” e “concreta” (Idem, p. 5-7). Como esta dissertação se trata de uma revisão teórica do trabalho do autor, os eixos a serem analisados serão os mesmos.

2.2 PONDERAÇÃO

A atual versão da *fórmula do peso* é a seguinte (ALEXY, 2014a, p. 514):

$$W_{i,j} = \frac{P_i}{P_j} = \frac{W_i \cdot I_i \cdot R_i^e \cdot R_i^n}{W_j \cdot I_j \cdot R_j^e \cdot R_j^n}$$

$W_{i,j}$ é a variável que constitui o *peso concreto relativo*. A relação é estabelecida pela ponderação. Cada “ P ” é uma variável que corresponde a um princípio, sendo que os termos subscritos, no caso, “ i ” e “ j ”, indicam quais são os princípios em oposição. Representativamente, o princípio afetado será o dividendo, e o princípio que o afeta será o divisor. Consequentemente, cada uma das variáveis da fórmula guardará em si um termo subscrito correspondente (ALEXY, 2014b, p. 2).

A justificação interna dessa fórmula é estabelecida por duas leis: a primeira, lei da ponderação ou *lei da afetação*; e a segunda, lei da ponderação ou *lei epistêmica*. Dita a primeira lei que, “quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ALEXY, 2015, p. 593). A segunda, por sua vez, determina, que *quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia* (ALEXY, 2015, p. 617).

W constitui o *peso abstrato* do princípio. I significa a *intensidade de afetação* ou de *interferência* do princípio. R representa a *confiabilidade epistêmica das premissas* dos argumentos trazidos na *justificação externa*. Essa confiabilidade se divide em duas: *empírica* e *normativa*, e elas são expressas pelos termos sobrescritos “ e ” e “ n ”.

A *justificativa externa* é a fundamentação das premissas trazidas para o discurso, sendo relevante para a determinação do peso concreto dos princípios. A justificação externa fornece as razões para o *processo de classificação* das variáveis da fórmula do peso, pois é nela que as circunstâncias empíricas e normativas da colisão estarão em análise. O processo de justificação externa conecta a ponderação, enquanto um método legal distinto, à teoria geral da argumentação jurídica. Nas palavras de Toledo:

É na *justificação externa* que é averiguada a correção das próprias premissas, mediante regras (1) da *argumentação prática geral*, (2) da *argumentação empírica*, (3) da *interpretação*, (4) da *argumentação dogmática*, (5) do *uso dos precedentes*, e (6) das *formas especiais de argumentos jurídicos* (TOLEDO, 2005, p. 56).

A justificação externa fornece as razões sob as quais cada uma das variáveis é classificada conforme uma escala triádica. Essa escala se dá representativamente pelos termos *leve*, *moderado* e *grave*, conversíveis em uma escala geométrica também representativa: 2^0 , 2^1 , e 2^2 . Essa escala é utilizada quando a primeira lei da ponderação é aplicada e dirige-se ao grau de intensidade da interferência sofrida por cada um desses princípios, em virtude da importância de satisfação do princípio colidente. De forma equivalente, essa escala será aplicada a *R*.

A distinção a ser feita está em *R*, ao representar a confiabilidade epistêmica das premissas, que tem sua classificação determinada pela segunda lei da ponderação (ou lei epistêmica), que estabelece que, quando a certeza de realização da premissa varia entre os níveis *confiável*, *plausível* e *não evidentemente falso*. “Esses valores são representados pelos números 2^0 , 2^{-1} , e 2^{-2} ” (ALEXY, 2014b, p. 3) – e essas escalas, inclusive, podem ser distendidas conforme a necessidade de refinamento do caso concreto, mas essa extensão não será relevante aqui.

2.3 DISCRICIONARIEDADE

A discricionariedade de uma autoridade é determinada pelas normas substantivas. Elas tanto determinam sobre quais direitos fundamentais uma determinada autoridade pode atuar, como o quanto profundamente ela pode os modificar. A discricionariedade distingue-se em *material* e *epistêmica*. A *discricionariedade material* compreende tudo aquilo que as normas constitucionais não proíbem definitivamente nem comandam definitivamente. A “discricionariedade epistêmica está necessariamente associada ao problema da divergência entre aquilo que é de fato obrigado, proibido e facultado pelos direitos fundamentais” (ALEXY, 2015, p. 623). É diante da discricionariedade epistêmica que a compreensão da confiabilidade das premissas se torna mais importante e é a partir dela que se percebe dois tipos de discricionariedade: a empírica e a normativa.

Sobre a discricionariedade material, Alexy afirma algo que deve ser readequado. O autor afirma: “O fato de o legislador estar livre quando não há obrigações não precisa ser justificado. Por essa razão, **princípios formais não desempenham papel algum no que diz respeito à discricionariedade material**” (ALEXY, 2014b, p. 6, destaque nosso). Partindo da classificação sintetizada no início deste trabalho, reconhece-se que as *competências* e os *procedimentos em sentido estrito* são atribuídos por princípios formais. Consequentemente, mesmo nos casos em que não há dúvida epistêmica sobre a discricionariedade do poder Legislativo, ou seja, nos casos de discricionariedade material, os princípios formais ainda desempenham um papel relevante: eles determinam os processos de tomada de decisão.

Desconsiderar, por exemplo, o princípio democrático na tomada de decisões, principalmente quando um grande número de pessoas é afetado, pode transformar uma decisão autoritativa em uma decisão autoritária. Esse é o caso de revisão judicial da corte constitucional nacional da África do Sul, analisada por Klatt sobre uma evicção imobiliária por autoridade executiva de um grande número de indivíduos (KLATT, 2015b). Logo, o que se pode afirmar é: nos casos de discricionariedade material, os princípios formais raramente desempenham um papel *adicional*.

Há duas espécies de discricionariedade epistêmica: empírica e a normativa (ALEXY, 2014a). A discricionariedade epistêmica *empírica* ocorre em caso de incerteza no conhecimento de fatos empíricos. A discricionariedade epistêmica *normativa*, por sua vez, diz respeito à “incerteza acerca da melhor quantificação dos direitos fundamentais em jogo e ao reconhecimento em favor do legislador de uma área no interior da qual ele pode tomar decisões com base em suas próprias valorações” no caso concreto (ALEXY, 2015, p. 612). Segundo Alexy, a incerteza do conhecimento empírico atinge todos os estágios da proporcionalidade em sentido amplo, pois se refere à certeza das premissas envolvidas na solução da colisão. Consequentemente, na fórmula do peso – além da variável que expressa a afetação de princípios materiais, “*P*”, e da variável que expressa o peso abstrato desses princípios, “*W*” –, é necessário inserir uma que represente o nível de certeza sobre os argumentos a seu respeito, ou seja, “*R*”. Essa inserção significa uma “otimização epistêmica” (ALEXY, 2014b, p. 7).

Para Alexy (2014b), a tensão entre os direitos fundamentais e a competência do legislador é inerente ao Direito. Diante desse conflito, existem dois extremos: ou a atuação legislativa é paralisada pela constante necessidade de se controlarem as decisões do legislador pela revisão judicial, pois essa revisão protege direitos fundamentais, ou a atuação legislativa perde seus limites pelo respeito completo à vontade democrática, pois essa é que determina quais são os direitos fundamentais e como os alcançar (ALEXY, 2014b). Assim, toda vez que se colocasse em dúvida a dimensão material da competência do Legislativo, a supremacia caberia ou a um ou a outro, o que acarretaria, nos dois casos, problemas fortemente indesejáveis.

Como o problema surge da dúvida epistêmica, Alexy afirma que a inserção de “*R*” representaria e solucionaria essa tensão, pois permitiria avaliar a confiabilidade sobre a efetivação ou não de direitos fundamentais por uma decisão, de forma ponderada. Consequentemente, isto faria com que os princípios formais que declaram as competências do Legislativo e do Judiciário fossem incluídos na ponderação, dando aplicação prática aos princípios formais.

Contudo, Klatt afirma que essa relação não é suficiente para afirmar a participação dos princípios formais na ponderação (KLATT; MEISTER, 2012a). O que determina a inserção de “R” é o argumento de que a confiabilidade sobre premissas afeta a ponderação, pois, se há dúvida sobre uma fundamentação, gera-se uma incerteza sobre a justiça da decisão resultante (KLATT; MEISTER, 2012a, p. 140). A confiabilidade é uma variável da ponderação que pode ser sustentada por argumentos próprios, sendo o principal deles a ideia de otimização epistêmica da justiça da decisão autoritativa. Além disso, a confiabilidade das premissas diz pouco, ou nada, a respeito dos princípios formais, ou seja, a competências e procedimentos. Consequentemente, quando Alexy estabelece como regra que deve ser o Legislativo a decidir diante casos de discricionariedade estrutural, Klatt entende que essa mesma regra não é fruto de uma ponderação com princípios formais, pois eles não são requeridos no estabelecimento de qualquer discricionariedade epistêmica (KLATT; MEISTER, 2012a, p. 141).

É partir da divergência sobre o papel dos princípios formais na fórmula do peso que ocorre a principal divergência entre Klatt e Alexy. Enquanto Alexy reconhece que o papel dos princípios formais na fórmula do peso é a inserção da confiabilidade epistêmica (ALEXY, 2014a, p. 524), Klatt reconhece que a confiabilidade epistêmica pertence à fórmula do peso independentemente desses princípios (KLATT, 2012a2012a, p. 141) e, para além disso, reconhece autonomia a uma ponderação exclusiva de princípios formais na qual se expressam as colisões de competências (KLATT, 2012a2012a, p. 142).

Essa ponderação recebe o nome de “ponderação em nível de revisão”, pois trata da revisão da competência para a tomada de uma decisão (KLATT, 2012a, p. 143). É na abordagem dessa ponderação que este trabalho se aprofunda, analisando criticamente alguns dos elementos particulares desse construto.

2.4 AS QUATRO CATEGORIAS DE PROBLEMAS DOS DIREITOS POSITIVOS

Em suas investigações sobre conflitos de competência, Klatt tem se concentrado nos *direitos positivos* (KLATT, 2011, 2015a, 2015b). O conceito de direito positivo, para o autor, é atribuído a um direito por uma relação de grau entre prestações estatais opostas: a prestação positiva e a negativa. Dessa forma, se, para a efetivação de um direito, se demandam eminentemente prestações positivas do Estado, então, caracteriza-se esse direito como um *direito positivo*. Se, pelo contrário, para a efetivação de um direito, se demandam predominantemente prestações negativas do Estado, caracteriza-se esse direito como um *direito negativo*. A relação de “predominância” é necessária, pois todos os direitos são, em alguma

medida, constituídos por ambas as dimensões – “positiva” e “negativa” (KLATT, 2015b, p. 354).

Uma vez que direitos positivos exigem a prestação positiva do Estado, e não sua omissão, uma decisão judicial que os reconheça, em sede de revisão judicial, implicará em uma sentença mandatória aos demais poderes. Essa situação, por sua vez, é entendida por muitos como atuação excessiva do Judiciário ou a sua ingerência indevida na competência dos outros poderes. A isso, se acresce a crítica de que a atuação do Judiciário implicaria a formulação de políticas públicas, o que não é da sua competência.

Direitos positivos apresentam quatro categorias de problemas. A primeira categoria é a “justificação” (KLATT, 2015b, p. 355). Sob essa categoria, busca-se compreender quais são os direitos fundamentais de um sistema normativo e com qual profundidade eles devem ser efetivados pelo Estado. Essa categoria de problemas é significativa para os direitos positivos, pois, como estes exigem uma prestação positiva do Estado, adicionar novos direitos fundamentais, ou reconhecer uma obrigação maior em relação a eles, significa acrescer custos à administração pública grandiosos, se comparados aos direitos negativos que predominantemente demandam a abstenção do Estado.

A segunda categoria de problemas apresentada pelos direitos positivos refere-se ao “conteúdo” (KLATT, 2015b, p. 356). Nela, busca-se compreender a definição desse direito positivo em relação a outros direitos. Essa categoria traz um desafio gerencial ao Estado, pois, além de se demandar uma atuação administrativa extensa, relativa à primeira categoria de problemas, exige-se que o Estado gerencie os conflitos de efetivação desses direitos, levando à terceira categoria de problemas: a “estrutura dos direitos positivos” (Idem, p. 355).

Nessa categoria, busca-se compreender como um direito positivo se apresenta no sistema normativo e como ele se deve ser considerado na proporcionalidade se de forma “conjuntiva” ou “disjuntiva” (KLATT, 2015b, p. 356). Essa dificuldade pode ser melhor observada comparativamente aos direitos negativos. Enquanto direitos negativos, para serem efetivados, demandam um curso de ação mais claro, ao simplesmente exigir que o Estado se abstenha, os direitos positivos demandam uma atuação positiva que pode ser efetivada por “uma escolha livre de meios” (KLATT; MEISTER, 2012a, p. 88) – é o que Klatt chama de *estrutura conjuntiva* e *disjuntiva*, respectivamente.

A quarta categoria de problemas é a “justiciabilidade” e a “competência”. Segundo Klatt:

Esse problema concerne ao papel apropriado de cortes em realizar direitos positivos, um papel que tem que ser clarificado com respeito à competência do Legislativo.

Frequentemente, *os dois níveis de questões*, o material e de competência, são confundidos. Isso pode ser observado, por exemplo, na *bem conhecida objeção democrática* contra direitos positivos. *Essa objeção confunde o problema da justificação e o problema da competência*. Propõe-se que uma clara distinção deve ser realizada entre os *níveis material e formal* (KLATT, 2015b, 356, tradução nossa, destaque nosso)¹⁰.

Os “dois níveis de questões” e os “níveis material e formal” se referem àquela divisão do autor em duas espécies de ponderação: uma ponderação entre princípios materiais e uma ponderação de princípios formais. De acordo com Klatt, a primeira ponderação resolve o problema da justificação e a segunda, o problema da competência. O primeiro problema, o qual não aborda, refere-se às razões que fundamentam um determinado curso de ação pelo Estado na efetivação de direitos positivos; já o segundo, tema central deste trabalho, refere-se às razões que fundamentam a escolha de uma determinada autoridade para tomar essa ação. A razão da confusão entre os dois níveis por outros autores ocorre pela “bem conhecida objeção contra direitos positivos” (KLATT, 2015b, p. 355), isto é, sobre a oposição entre o princípio democrático sob o qual cidadãos de uma sociedade determinam o que é, ou não, dever do Estado e o custo elevados da prestação positiva inerente aos direitos positivos.

Será a partir da elaboração e aplicação de parâmetros à *ponderação de competências* que Klatt (2015b) solucionará essa objeção. Apesar de a *ponderação de competências* corresponder a uma ponderação entre *princípios formais*, a diferenciação entre elas ocorre porque a expressão “ponderação de competências” coloca em destaque o objeto central dessa parte da ponderação, quais sejam, as próprias competências. Esse destaque, por sua vez, permite diferenciar o papel que os *princípios procedimentais em sentido estrito* têm na ponderação como fonte de parâmetros.

¹⁰ No original: “*This problem concerns the proper role of courts in making positive rights effective, a role that has to be clarified with respect to the competence of the legislature. Often, the two levels of material questions and of the competence to decide upon them are mixed up. This can be seen, for example, in the well-known democratic objection against positive rights. This objection confuses the justification problem and the competence problem. It is submitted that a clear distinction should be made between a material and a formal level*”.

3 PARÂMETROS E CRITÉRIOS NA PONDERAÇÃO DE COMPETÊNCIAS

O objeto teórico principal deste trabalho se encontra no artigo “Direitos Positivos: Quem decide?” (KLATT, 2015b). No subitem “Determinando o peso de competências”, o autor apresenta parâmetros a serem utilizados na *justificação externa* para a *classificação* das variáveis da *fórmula do peso*. A definição de *parâmetro* é: *conjunto de critérios que orienta de modo temático os argumentos presentes na justificação externa*. Dessa forma, enquanto a *justificação externa* fornece os argumentos para o processo de classificação das variáveis da fórmula do peso, os parâmetros cuidam da organização desses argumentos mediante uma organização temática.

A organização temática dos argumentos contribui para a correção da ponderação, na medida em que torna mais clara a localização desses argumentos em relação às variáveis da fórmula do peso. Por exemplo, segundo a justificação externa, um argumento sobre os índices de criminalidade regionais – que visa indicar a eficiência de uma política pública de segurança pública – corresponde a um *argumento empírico*, pois traz em si um conhecimento de fatos reais. Todavia, segundo a aplicação de parâmetros, esse mesmo argumento interfere, gravosa ou atenuante, em um dos princípios materiais colidentes de duas formas. Primeiro, pois se relaciona à variável I_i , correspondente à “afetação do princípio material” da segurança pública, uma vez que visa demonstrar o quanto uma determinada política pública interfere sobre o conteúdo protegido normativamente. Segundo, pois se relaciona à variável R^e , *confiabilidade epistêmica empírica*, dado que todo argumento sobre o conhecimento empírico corresponde um nível na escala de certeza.

Antes de continuar, é necessário um esclarecimento terminológico. Os termos “parâmetro” e “critério” são semanticamente sinônimos, contudo, para organizar diferentes aspectos de um mesmo tema, atribuiu-se a cada um deles significados hierarquicamente distintos. Cada parâmetro corresponde a um tema de análise segundo o qual é relevante perceber a argumentação, e pode possuir um ou mais critérios na medida em que seja possível perceber subdivisões teóricas suficientemente distintas entre si. Assim, parâmetro é o gênero do qual critério é a espécie.

Klatt não se ocupa de atribuir parâmetros à ponderação de princípios materiais, mas tão somente à ponderação de princípios formais (KLATT, 2015b). Isso representa uma dificuldade para o desenvolvimento de parâmetros para a ponderação de princípios formais, pois, se comparada à teoria dos princípios materiais, a teoria dos princípios formais se apresenta muito menos desenvolvida no campo do Direito. Teoricamente, ter como ponto de comparação

parâmetros para a ponderação de princípios materiais seria interessante, pois isso representaria um ponto de partida.

Segundo o autor:

Os pesos concretos tanto da competência legislativa de decidir, quanto da competência de controle da corte constitucional podem ser determinados por uma variedade de parâmetros. A lista a seguir de cinco fatores não se pretende exclusiva. Ela pode ser suplementada com parâmetros vindouros. A discussão aqui, contudo, deve se limitar a demonstrar como o processo de justificação externa pode funcionar. A essência do meu argumento é estruturar a intensidade da revisão judicial ao usar fatores que são indicativos dos tipos de circunstâncias nas quais cortes devem empregar um leve, moderado ou grave controle de intensidade das decisões sobre a adequação das decisões do legislativo (KLATT, 2015b, p. 367, tradução nossa, destaque nosso)¹¹.

Além do que já foi dito até aqui sobre os recortes teóricos estabelecidos por Klatt, esse trecho demonstra também que o jurista se concentra nos parâmetros pertinentes à revisão judicial. Como se perceberá à frente, o resultado da análise desses parâmetros permitirá concluir por parâmetros que podem ser extrapolados para a *ponderação* realizada pelo Poder Legislativo e para a *ponderação*, sem prejuízo de estudos próprios pertinentes a diferenças entre esses poderes. Dessa forma, neste trabalho, tal como nos do autor sob análise, serão estabelecidos parâmetros a partir de conflitos das mesmas competências, mas esses parâmetros poderão ser extrapolados a outras colisões.

Klatt visa compreender quais as circunstâncias, aqui organizadas por tema, são frequentemente relevantes à interveniência do Judiciário nas decisões do Legislativo (KLATT, 2015b). A busca dessa compreensão visa constituir uma tese de revisão judicial relativa ao caso concreto, evitando o estabelecimento abstrato dessa revisão, tornando-a mais adequada ao equilíbrio institucional e à separação dos poderes. O autor aborda seis parâmetros, sendo cinco especificamente desenvolvidos em sua abordagem do conflito entre Legislativo e Judiciário, e um em seu trabalho sobre o conflito entre níveis distintos das jurisdições das cortes constitucionais presentes na Europa. Nessa ordem, os parâmetros de Klatt são: “qualidade da decisão”, “confiabilidade epistêmica” (empírica e normativa), “legitimidade democrática”, “significância dos princípios materiais em jogo”, “função específica” (KLATT, 2015b, p. 367-372), e “subsidiariedade” (KLATT, 2015b, p. 22).

¹¹ No original: “*The concrete weight of both the legislature’s competence to decide and the constitutional court’s competence to control can be determined by means of a variety of factors. The following list of five factors is not meant to be exclusive. It may well be supplemented with further factors. The discussion here, however, shall suffice to demonstrate how the process of external justification can work. The essence of my argument is to structure the intensity of judicial review by using factors that are indicative of the types of circumstances in which courts should employ a light, moderate, or serious intensity of control of legislative welfare decisions*”.

3.1 QUALIDADE DA DECISÃO

Klatt apresenta o parâmetro “qualidade da decisão” da seguinte forma:

O primeiro parâmetro que influencia o peso da competência de um decisor primário é a *qualidade da decisão*. Quanto melhor for a qualidade da decisão primária, maior deve ser o peso aplicado à competência do tomador de decisão e mais grave é qualquer intervenção sobre essa competência pela revisão judicial. A qualidade da decisão primária pode ser assegurada, por exemplo, ao se avaliarem os argumentos dados na sua fundamentação. Quanto mais extensivo e convincentes forem esses argumentos, melhor é a qualidade da decisão [...]. O conceito de “engajamento significativo”, impositivo de um dever ao Estado de consultar as pessoas afetadas por suas decisões políticas, é, portanto, bastante relevante para a qualidade da decisão primária. [...]. Essa adjudicação é atualmente sustentada por uma escala que vai do mero engajamento e do engajamento razoável até o engajamento significativo. É cediço que, ao longo dessa escala, a qualidade da decisão primária poderia elevar-se ou decair. [...]

Indo além, em ordem de avaliar a qualidade da decisão primária, alguém poderia considerar qualquer **expertise específica** do decisor primário. Tal expertise presumidamente reforça essa qualidade e, conseqüentemente, o peso da competência de decidir. Esse parâmetro é familiar ao federalismo do EUA. É frequentemente reconhecido na literatura. Por outro lado, a competência da corte de controlar uma decisão baseada na expertise é enfraquecida [...].

[...]

Por fim, a qualidade e a efetividade de um sistema legal como um todo pode também influenciar uma avaliação da qualidade da decisão primária. **Quanto melhor a performance geral do sistema legal for, maior é o peso aplicado ao tomador de decisão primário. Regras procedimentais claras e consistentes objetivos políticos**, por exemplo, podem ser indicados aqui. Por outro lado, se o sistema legal possui extensas disfunções administrativas ou legislativas, o peso da competência da corte de controlar é reforçado [...] (KLATT, 2015b, p. 367, *destaque do autor, destaque nosso*, tradução nossa)^{12, 13}

¹² No original: “*The first factor that influences the weight of the competence of the primary decision-maker is the quality of the decision. The better the quality of the primary decision, the more weight is to be assigned to the competence of the decision maker, and the more serious is any interference with that competence by means of judicial review. The quality of the primary decision can be assessed, for example, by evaluating the arguments given for its justification. The more extensive and convincing those arguments are, the better is the quality of the decision. [...] The concept of “meaningful engagement,” imposing a duty on the state to consult with people affected by its policy decisions, is accordingly quite relevant for the quality of the primary decision [...]. This adjudication is actually underpinned by a scale running from mere engagement and reasonable engagement to meaningful engagement. It is submitted that, along this scale, the quality of the primary decision may rise and decline. [...].*

Furthermore, in order to assess the quality of the primary decision, one could consider any specific expertise of the primary decision-maker. Such expertise presumptively strengthens this quality and, hence, the weight of the competence to decide. This factor is familiar from US federalism. It is frequently acknowledged in the literature. Conversely, the court’s competence to control such an expertise-based decision is weakened [...].

[...]

Lastly, the quality and effectiveness of the particular legal system as a whole may also influence the assessment of the quality of the primary decision. The better the performance of the legal system in general is, the more weight is to be assigned to the primary decision-maker. Clear procedural rules and consistency of political aim-setting, for example, can be indicative here. Conversely, if the legal system displays extensive legislative or administrative dysfunction, the weight of the court’s competence to control is strengthened [...].”

¹³ Nota de tradução: a expressão “decisor primário” se refere ao ente do Poder Público que tomou a decisão que está sob revisão judicial, a essa decisão corresponde a expressão “decisão primária”.

Ao analisar o trecho, percebe-se que o autor se utiliza de uma estrutura enunciativa que determina uma consequência gradual em relação ao objeto tratado pelo enunciado, algo que ocorrerá em todos os parâmetros. Seu enunciado para o parâmetro “qualidade da decisão”, em outras palavras, é: quanto melhor for a qualidade da decisão primária, maior deve ser o peso aplicado à competência do tomador de decisão, e mais grave deve ser qualquer intervenção sobre essa competência pela revisão judicial. A partir deste enunciado, se retiram critérios para aferir uma decisão primária de qualidade, sendo estes percebidos a partir dos argumentos dados na sua fundamentação.

O primeiro desses critérios trata do quão “extensivos e convincentes” (KLATT, 2015b, p. 367) são esses argumentos. Klatt não define o que especificamente se intenta transmitir com esses termos, portanto, o que se faz é interpretar sua aplicabilidade. Por “extensão”, se entende uma referência tanto à dimensão do texto decisório, quanto do número de argumentos presentes no corpo do texto, afinal, mais palavras são necessárias para se abordar mais argumentos. Isso é evidente nos *casos difíceis* nos quais o esforço argumentativo para produzir uma decisão jurídica é percebido pelo número e pela densidade dos argumentos. Por “convencimento”, se entende a referência à capacidade que decisões têm de sintetizar em termos dialéticos conflitos de interesses, principalmente quando trata de grupos de interesses de uma sociedade. Nesse sentido, não há do que se discordar, afinal, esses critérios constituem uma decisão de dita de qualidade. Contudo, esses critérios possuem três problemas, se considerados em relação aos outros parâmetros e critérios trazidos à ponderação de competências.

O primeiro problema é referente à alocação da “extensão” entre os critérios do próprio autor, pois essa compreensão se vincula fortemente a outros parâmetros, quais sejam, a *importância dos princípios materiais em jogo*, e a *confiabilidade epistêmica empírica e normativa*. Isso pois a extensão argumentativa pode ser encontrada em qualquer um desses parâmetros. Diante à dificuldade de demonstrar, por exemplo, a importância do cumprimento de um direito fundamental, exige-se tanto um maior número de argumentos, quanto uma maior extensão desses argumentos. Além disso, a extensão argumentativa tende a ser maior à medida em que se multiplicam, respectivamente, a quantidade de circunstâncias empíricas e normativas relevantes ao caso concreto e as incertezas sobre essas circunstâncias. Isto, por sua feita, significa dizer que o critério “extensão”, na verdade, já se inclui em cada um desses parâmetros.

O segundo problema está na compreensão subjetiva e objetiva do “convencimento”. O problema da subjetividade surge quando, por convencimento, se compreende a capacidade que a decisão tem de demover as partes de sua posição pleiteada inicialmente. Isso pois o que convence a um não necessariamente convence a outro. Já o problema da objetividade surge

quando por convencimento se compreende a capacidade que a decisão tem de responder a todas as circunstâncias consideradas trazidas ao debate. Sobre o convencimento subjetivo, nada pode se falar, dado que não está presente na decisão, mas nas consequências sociais da decisão. A medida de um *convencimento objetivo*, no entanto, pode ser aferida, ao se compreender esse convencimento como uma fundamentação decisória que considere todos os argumentos apresentados à autoridade decisória. Isto significa que a autoridade, quando responde a todos os argumentos a ela apresentados, permite objetivamente que as partes ao menos tenham a oportunidade de compreender e, conseqüentemente, se convencer ou não subjetivamente da justiça da decisão. A promoção do convencimento objetivo, no entanto, é inerente à ponderação, afinal, é dever da autoridade que pondera considerar todas as circunstâncias relevantes que lhe são trazidas e a argumentação das partes é justamente um dos processos de apresentação dessas circunstâncias à autoridade.

O terceiro problema trata do modo como o autor exemplifica esse critério: cita-se a atuação da corte constitucional da África do Sul, na qual o critério utilizado foi o “engajamento” do poder público com os sujeitos atingidos por uma evicção. Ora, por engajamento do poder público se entende o envolvimento de uma autoridade com os sujeitos interessados por uma decisão, seja ao dialogar, ao consultar ou se submeter a uma decisão desses interessados, sendo que a sua não observância pode implicar diferentes consequências, como o descumprimento de regras processuais ou a menor *legitimidade democrática*. Em qualquer dessas consequências, nem a “extensão”, nem o “convencimento” são pertinentes à concepção de engajamento. Assim, ou o engajamento seria exigível por um comando definitivo, o que atinge a legalidade da decisão, ou comporá o parâmetro da *legitimidade democrática*, que se trata adequadamente de outro critério abordado à frente.

O segundo critério sobre a qualidade da decisão se divide em dois a partir do seguinte trecho: “o **processo** seguido pelas autoridades estatais e a **qualidade da informação** colhida importam para a qualidade da decisão” (KLATT, 2015b, p. 367). A abordagem de “processo”, enquanto verificação de legalidade foi feita logo acima e receberá outras considerações quando forem expostos os parâmetros da *legitimidade democrática* e da *subsidiariedade*.

O segundo critério do parâmetro da qualidade da informação é a “expertise específica” (Idem, p. 367). Este aborda tanto a incapacidade institucional das cortes constitucionais de tratar quaisquer assuntos que requerem conhecimento técnico, quanto a presunção de que outros poderes tenham o conhecimento técnico necessário para instruir a tomada de decisões sobre esses assuntos. Em relação à incapacidade técnica das cortes, via de regra, o Judiciário não é estruturalmente composto por especialistas de uma amplitude de áreas, nem é primariamente

responsável por emitir decisões sobre qualquer assunto. Contudo, sua incapacidade institucional é mitigada tanto porque a revisão judicial ocorre sobre uma decisão já constituída em um ambiente técnico qualificado, quanto porque, além das razões trazidas na decisão primária, o Judiciário ainda é capaz de agregar outros argumentos trazidos pelas partes que se opõem à decisão administrativa ou legislativa. Assim, a revisão judicial é síntese de um debate potencialmente ainda mais qualificado. Em relação à presunção de conhecimento específico de uma autoridade, é importante destacar que a autoridade tem o dever de motivar suas decisões, ainda que não sejam exigíveis motivações exaustivas a cada decisão. Se houver o questionamento de a autoridade não ter respeitado direitos fundamentais com a decisão tomada, é cabível a revisão judicial, principalmente porque ela compõe o princípio democrático, como se verá no *parâmetro da legitimidade democrática*.

O terceiro critério do parâmetro da qualidade da decisão primária trata de como a qualidade e a efetividade de um sistema normativo influencia a avaliação da qualidade da decisão primária. A partir dessa ideia, o autor relaciona a performance do sistema legal ao peso da decisão primária. A identificação da “qualidade” de um sistema normativo, por si só, requer (outros) critérios para sua definição. Isso significa que a afirmação da disfunção de um sistema normativo não é facilmente produzida. Pelo contrário, ela demanda estudo próprio que lhe dê sentido.

O autor, ainda, explica essa relação a partir do trecho abaixo:

[...] *procedimentos claros e consistentes objetivos políticos*, por exemplo, podem ser indicativos aqui. No sentido contrário, se o sistema legal desempenha uma extensiva disfunção legislativa ou administrativa, o peso da competência do controle judicial da corte é reforçado (KLATT, 2015b, p. 368, tradução nossa, destaque nosso)¹⁴.

A falta de um “procedimento claro” e de “consistentes objetivos políticos” dizem respeito à confiabilidade epistêmica normativa, pois tratam da dúvida sobre o sentido de um dispositivo normativo. Já na hipótese de a “disfunção” do sistema normativo gerar consequências negativas das ações executiva ou legislativa quanto aos direitos fundamentais, tratar-se-ia do “parâmetro da afetação dos princípios materiais em jogo” (KLATT, 2015b, p. 372).

Dando prosseguimento, o segundo parâmetro que influencia o peso concreto das competências é confiabilidade epistêmica das premissas presentes na decisão.

¹⁴ No original: “*Clear procedural rules and consistency of political aim-setting, for example, can be indicative here. Conversely, if the legal system displays extensive legislative or administrative dysfunction, the weight of the court’s competence to control is strengthened*”.

3.2 CONFIABILIDADE EPISTÊMICA

Matthias Klatt descreve o parâmetro da confiabilidade epistêmica da seguinte forma:

[...] quanto maior a *questionabilidade epistêmica* das premissas for, maior deve ser o peso assegurado à competência da instituição que tem autoridade especial para ou solucionar essa questionabilidade ou decidir a despeito dela.

A questionabilidade epistêmica pode ocorrer tanto no nível das premissas normativa quanto empírica de uma decisão. A Corte Constitucional Federal alemã, por exemplo, decidiu que **o peso da competência legislativa é fortalecido por uma questionabilidade empírica, uma vez que é seu papel precípua e principal a tarefa de decidir sobre situações de incerteza:** [...]"

Isto é particularmente verdade em situações de questionabilidade *epistêmico-empírica* onde **prognósticos de desenvolvimento futuro** devem ser feitos, como é conhecido pela Caso dos Lordes no Reino Unido:

[...]

Um peso especial da competência do legislativo também é aceito em situações de incerteza *epistêmica-normativa* que surge em respeito a questões contestadas politicamente:

[...]

[...] quanto maior for o consenso em questões normativas, menor o peso a ser assinalado à discricionariedade legislativa e maior será a importância de exercer controle por uma corte. [...]

Por outro lado, a primazia do Legislativo de decidir em situações de questionabilidade não deve ser usada simplesmente para se esconder atrás da mera suposição de questionabilidade. Como consequência, cortes têm o dever de ao menos controlar se há mesmo questionabilidade e se a decisão seria feita sobre elementos racionais e seguindo o procedimento devido. [...] (KLATT, 2015b, p. 368, tradução nossa, destaque do autor, destaque nosso)¹⁵.

Como se farão questionamentos distintos entre a confiabilidade epistêmica empírica e a normativa, o tratamento da questão foi dividido em duas seções.

¹⁵ No original: “*The greater the epistemic unreliability of the premises is, the more weight is to be assigned to the competence of the institution that has special authority to either resolve this unreliability or decide in spite of it. Epistemic unreliability can occur at the level of both normative and empirical premises of a decision. The German Federal Constitutional Court, for example, has decided that the weight of the legislature’s competence is strengthened by empirical unreliability, since it is first and foremost their task to decide in situations of uncertainty: [...]*”

This is particularly true in situations of empirical-epistemic unreliability where prognoses of future development have to be made, as is acknowledged by the UK House of Lords: [...]

A special weight of the competence of the legislature is also accepted in situations of normative-epistemic uncertainty, which arise with respect to politically contested questions: [...]

[...] The greater consensus there is on normative questions, the less weight is to be assigned to legislative discretion, and the higher the importance of exercising control by a court. [...]

On the other hand, the pre-eminence of the legislature to decide in situations of unreliability must not be used to simply hide behind the mere assumption of unreliability. As a consequence, courts have at least the duty to control whether there is unreliability at all and whether the decision was made on rational grounds and following due procedure”.

3.2.1 Confiabilidade epistêmica empírica

A *confiabilidade epistêmica empírica* é enunciada da seguinte forma: “[...] quanto maior a *questionabilidade epistêmica das premissas* for, maior deve ser o peso assegurado à *competência da instituição que tem autoridade especial* para ou solucionar essa questionabilidade ou decidir a despeito dela”¹⁶ (KLATT, 2015b, p. 368, tradução nossa, destaque nosso).

No tocante à “questionabilidade epistêmica”, a relação utilizada pelo autor é vetorialmente inversa à expressão “confiabilidade epistêmica”. O recurso a essa inversão busca uma compreensão facilitada. Isso pois, nas escalas da fórmula do peso, a relação diretamente proporcional entre elementos de um enunciado é a mais recorrente.

No tocante à “competência da instituição que tem autoridade especial” sobre algo, Klatt afirma que o Poder Legislativo constitui autoridade especial para decidir sobre questões de baixa confiabilidade epistêmica (KLATT, 2015b, p. 368). Segundo a doutrina, diante da incerteza sobre algo, o risco de uma decisão com consequências incertas deve ser assumido pelas instituições democráticas. Essa relação é estabelecida pelo argumento do “direito ao risco”, frequentemente apresentado em oposição à revisão judicial, sob a justificativa de que ela prejudica a “experiência” (Idem, pp. 11, 109, 166) e o “aprendizado” (Idem, p. 166) político, o sentimento de “empreendimento comum” (Idem, p. 166) e impõe à democracia um “regime de guardiões” (MENDES, 2011, p. 58, 162). Dessa forma, o argumento do “direito ao risco”, principalmente nos casos nos quais a confiabilidade epistêmica empírica é baixa, justifica a competência para decidir do Legislativo.

A orientação desse parâmetro se torna ainda mais clara quando se comparam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em sua função política e jurídica. À medida em que a baixa confiabilidade mitiga a capacidade de se decidir de modo preciso, aumenta-se relativamente o peso de uma discricionariedade que valora e arrisca conteúdos circunstancialmente no campo político – daí a afirmativa de Klatt, de que “unem-se discricionariedade de valoração e escolha política” (KLATT, 2015b, p. 369). É possível reconhecer um papel *eminente político* aos dois primeiros poderes, e, ao terceiro, é possível reconhecer um papel *eminente jurídico*.

Por isso, é possível compreender que, quanto menos se sabe sobre algo, mais este algo se transforma em uma “questão política”, o que é enunciado da seguinte forma: quanto menor

¹⁶ No original: “*The greater the epistemic unreliability of the premises is, the more weight is to be assigned to the competence of the institution that has special authority to either resolve this unreliability or decide in spite of it*”.

a confiabilidade epistêmica empírica das premissas empíricas, maior deve ser a competência das autoridades eminentemente políticas para decidir. Para mensurar esse parâmetro, o autor traz os critérios da “previsibilidade” e do “consenso técnico”.

Klatt não desenvolve a concepção de “previsibilidade”, contudo, esse critério é retirado da compreensão de que “prognósticos de desenvolvimento futuro” representam, principalmente em relação a predições “sobre o futuro comportamento dos seres humanos”, um problema à confiabilidade (KLATT, 2015b, p. 369). É de se reconhecer que, ainda que a previsibilidade de fenômenos seja significativamente responsável pela segurança do conhecimento científico, o decurso temporal tende a crescer efeitos cumulativos de variantes não consideradas no momento inicial de uma previsão, diminuindo sua confiabilidade a longo prazo. Entretanto, também é de se atentar que a depreciação da segurança de uma previsão depende diretamente do campo do conhecimento sobre o qual ela ocorre. Assim, o enunciado da *previsibilidade* determina que, *quanto maior for o decurso temporal entre o resultado que fundamenta uma decisão e a própria decisão, menor é a presunção da confiabilidade desse resultado*.

Quanto ao *consenso técnico*, Klatt afirma que “[...] um baixo consenso científico reforça a competência nacional de decidir”¹⁷ (KLATT, 2015b, p. 369, tradução nossa). Aqui, contudo, há uma confusão a ser esclarecida. Klatt faz referência a um parâmetro que foi inferido da jurisprudência das cortes constitucionais da Europa por Janneke Gerards quando aborda o papel do Legislativo em “questões puramente políticas” e “questões legais” (GERARDS, 2011, p. 96). A análise ocorre sobre os conflitos de competência entre níveis jurisdicionais distintos no sistema normativo multinível da Europa. Nesse sistema, há, ao mesmo tempo, mais de uma corte responsável por decisões sobre direitos fundamentais, podendo haver até três, a depender da inclusão ou não de um país na União Europeia (UE). As cortes constitucionais são a Corte de Justiça da Europa (CJE), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e cada uma das cortes constitucionais nacionais (KLATT, 2015a).

Dessa forma, esse critério é circunstanciado em relação ao parâmetro da subsidiariedade, no sentido de definir a qual nível cabe uma competência, por isso a expressão “corte nacional” no trecho citado. Contudo, o autor não explica por que esse critério é pertinente ao conflito de competências de mesmo nível, como ele passa a favorecer o Legislativo no lugar da “corte nacional”, nem o que seria consenso científico especificamente. O *consenso científico* é produzido pela concordância dos sujeitos objetivamente qualificados em uma determinada área do conhecimento humano. Dessa forma, *quanto maior for o consenso técnico-científico*

¹⁷ No original: “[...] a lack of scientific consensus strengthens the national competence to decide [...]”.

sobre algo, mais esse conhecimento deve determinar a decisão autoritativa. Este critério vincula todas as autoridades, independentemente de sua competência.

Adicionalmente a esses critérios, é possível estabelecer um novo critério: a *confiabilidade em sentido estrito*. Ele se difere do critério anterior, pois, enquanto o consenso científico se refere ao conhecimento sobre algo, a confiabilidade em sentido estrito se refere à certeza sobre de fatos concretos, ou seja, se algo ocorreu ou não. Ele trata da fidedignidade da informação dos dados e dos eventos que compõem as circunstâncias empíricas. Esse critério determina que, *quanto maior a certeza sobre os fatos concretos, maior é vinculação desses fatos à decisão autoritativa*. Esse enunciado leva ao mesmo raciocínio do enunciado anterior, qual seja, a sua baixa confiabilidade acresce a competência do Legislativo. Contudo, este critério apresenta uma dificuldade de observação em relação à corte constitucional, pois, ao menos no Brasil, o STF raramente se volta aos fatos concretos para a tomada de decisão.

3.2.2 Confiabilidade epistêmica normativa

Da mesma forma que a confiabilidade epistêmica empírica, a confiabilidade epistêmica normativa envolve a questão da certeza sobre um conhecimento e a vinculação que esse conhecimento gera na decisão autoritativa. Entretanto, ao contrário do que se passa na confiabilidade epistêmica empírica, quanto mais baixa for a confiabilidade epistêmica normativa, maior a competência do poder judiciário para decidir. Isso porque o Poder Judiciário é eminentemente competente para decidir sobre o Direito – é o fórum para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, especialmente aquelas que demandam maior esforço hermenêutico para sua aplicação. Este frequentemente é o caso das normas de direito constitucional, pois, ao possuírem os conteúdos mais amplos, gerais e abstratos de um sistema normativo, e por serem frequentemente comandos de maximização, a realização dessas normas depende de um tratamento eminentemente jurídico que possa otimizá-las. Afirmar que a baixa confiabilidade epistêmica normativa acresce a competência do Legislativo é mitigar significativamente a competência do poder Judiciário. Se o Judiciário é desfavorecido diante de qualquer espécie de dúvida, efetiva-se a visão mecanicista de que seja mero operador de subsunções.

Reconhecer a competência do Judiciário para decidir diante da dúvida epistêmica normativa não significa retirar a importância do “fórum democrático”. Primeiro, porque a atuação do Judiciário não impede a modificação normativa do Legislativo. Segundo, porque o

Judiciário decide dentro do próprio Direito, o qual é elaborado dentro de estrutura democrática por representantes populares eleitos.

O próprio trecho referenciado por Klatt (2015b, p. 369, destaque nosso) parece não concordar com o autor: “**Quanto mais puramente política...** uma questão for, mais apropriada será ser uma resolução política, e **menos provavelmente será uma matéria apropriada para a decisão judicial [...]**”, algo com que demonstra a lógica apresentada na defesa da confiabilidade epistêmica empírica acima. Entretanto, logo em seguida, a referência diverge da conclusão parcial do autor sobre a dúvida epistêmica normativa: “*quanto maior for o conteúdo legal de qualquer assunto, maior será o potencial da corte, porque [...] é função das cortes, e não dos corpos políticos resolver questão legais*” (KLATT, 2015b, p. 369).

Esse trecho distingue o papel dos poderes a partir de diferentes objetos de questionamento. No contexto da dúvida epistêmica, uma “questão política” trata de um objeto do mundo empírico sobre o qual se sabe pouco; já uma “questão legal” trata de um enunciado normativo sobre o qual se sabe pouco. Necessário é, portanto, reconhecer que a autoridade especial para solucionar “questões legais” é o Judiciário, de forma que se trabalha com a seguinte definição: *quanto menor a confiabilidade epistêmica normativa, maior o peso da competência do Judiciário para decidir.*

Klatt relaciona um critério à confiabilidade epistêmica normativa, o critério do *consenso jurídico*: “**quanto maior for o consenso em questões normativas**, menor o peso a ser assinalado à discricionariedade legislativa, e **maior será a importância de exercer controle por uma corte**”¹⁸ (KLATT, 2015b, p. 368, tradução nossa, destaque nosso). Na medida em que já foi demonstrado que o que determina a autoridade competente é o objeto sobre o qual a dúvida epistêmica recai, passa-se, agora, para a análise do que se compreende por *consenso jurídico*.

Esse critério está em paralelo ao *consenso científico*, pois faz referência à concordância dos sujeitos objetivamente qualificados em uma determinada área do conhecimento humano. Este distingue-se do conhecimento científico, pois o discurso jurídico possui tradicionalmente determinadas fontes – quais sejam, os tratados, a doutrina, a jurisprudência e a legislação internacional e nacionais – cujo peso está condicionado ao sistema normativo no qual atuam. Dessa forma, é presumível que, no direito consuetudinário, o consenso jurídico atue distintamente de como atuaria no direito romano-germânico.

¹⁸ Nor original: “*The greater consensus there is on normative questions, the less weight is to be assigned to legislative discretion, and the higher the importance of exercising control by a court*”.

3.3 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

A abordagem inicial deste trabalho sobre as *normas procedimentais em sentido estrito* será relevante aqui. Essas normas determinam quais são os princípios e as regras a serem observados pelas autoridades durante a tomada de decisões. Uma vez que essas normas procedimentais cuidam de diferentes aspectos do processo decisório, o reconhecimento de mais normas dessa espécie tende a acrescer a probabilidade de que uma decisão seja uma decisão acertada sob a perspectiva de justiça.

A análise sobre as normas procedimentais não se apresenta amplamente desenvolvida neste espaço, pois se parte dos parâmetros apresentados por Klatt. No entanto, a presença de parâmetros no processo de ponderação de competências tende a se multiplicar, pois são muitos os princípios, por exemplo, da administração pública.

Aqui, os parâmetros que serão abordados segundo esta relação são os parâmetros da *legitimidade democrática* (KLATT, 2015b, p. 369) e da *subsidiariedade* (KLATT, 2015a, p. 22). A *legitimidade democrática* se apresenta como o terceiro parâmetro de Klatt da seguinte forma:

Legitimidade democrática de uma decisão figura como um terceiro fator na determinação do peso concreto de uma competência. *Quanto maior for a legitimidade democrática de uma competência, mais importante é essa competência.* Legitimidade democrática admite graus. [...].

Legitimidade democrática, contudo, nem sempre conta simplesmente a favor da competência do Legislativo em oposição à corte constitucional. [...]. A revisão judicial pode “auxiliar contra **falhas de inclusividade e receptividade** do processo político”, que Dixon intitula de “**pontos cegos**” e “**fardos da inércia**”. [...]

[...] se torna notável para esse argumento que a **objeção democrática**, levantada contra a revisão judicial, é também matéria de grau, e seu poder persuasivo depende de circunstâncias.

No sentido de determinar mais precisamente **quando a competência das cortes é suportada pela legitimidade democrática** talvez devêssemos aplicar os “**três valores chave**” da democracia, destacada por Fredman, nomeadamente a **prestação de contas, a participação e a igualdade**. [...]. (KLATT, 2015b, p. 370, destaque do autor, destaque nosso, tradução nossa)¹⁹.

¹⁹ No original: “Democratic legitimacy of a decision figures as a third factor in determining the concrete weight of a competence. The greater the democratic legitimacy of a competence, the more important this competence is. Democratic legitimacy admits of degrees [...].

Democratic legitimacy, however, does not always count purely in favour of the competence of the legislature, as opposed to the constitutional court. [...]. Judicial review may “help counter failures of inclusiveness and responsiveness in the political process,” which Dixon labels “blind spots” and “burdens of inertia.” [...]

[...] it becomes apparent from this argument that the democratic objection, raised against judicial review, is also a matter of degree, and its persuasive power depends on circumstances.

In order to determine more precisely when the competence of courts is supported by democratic legitimacy we may employ the “three key values” of democracy highlighted by Fredman, namely accountability, participation, and equality. [...].

Para Klatt, então, quanto mais democrática for uma decisão autoritativa, maior deve ser o peso da competência da autoridade política. A presença desse parâmetro é central em sua ponderação de competências, pois soluciona a tensão direta entre direitos fundamentais e democracia. Essa tensão, por sua vez, advinha da percepção de que a proteção dos direitos fundamentais pelo Judiciário atingia a competência do Legislativo de decidir pelas vias democráticas. Todavia, sua inserção na ponderação permite perceber que tanto a proteção dos direitos fundamentais, quanto a realização do princípio democrático, devem ser consideradas coordenadamente. Enquanto a proteção dos direitos fundamentais é o objeto da *ponderação de princípios materiais*, a *legitimidade democrática* é parâmetro da *ponderação de princípios formais*.

Definitivamente, a percepção de que o princípio democrático exerce um papel na ponderação, além de resolutive, é interessante de muitas formas. Primeiro, porque permite analisar as decisões dos poderes a partir da maximização da vontade popular no processo decisório. Segundo, porque permite ao Judiciário acrescer sua competência ao incluir procedimentos que relacionam sua decisão à vontade popular.

Nos Estados Democráticos de Direito, considerar o princípio democrático como parâmetro, contudo, não é tarefa fácil, pois por “processo democrático” não se entende apenas o modelo de *democracia representativa*. Os modelos democráticos não-representativos se distinguem de tal forma que é mais fácil os definir por um conceito negativo, *democracia não-representativa*, ou tomar emprestado a definição de Santos de “democracia participativa” (SANTOS, 2002, p. 43). Por isso, primeiro se fará a análise do parâmetro, como apresentado em Klatt (2015b), para depois se realizar considerações sobre essas outras formas de democracia.

3.3.1 Legitimidade democrática em Klatt

O primeiro elemento que poderia ser apontado como critério para a legitimidade democrática é a “legitimidade democrática por correção procedimental” (KLATT, 2015b, p. 370). De acordo com esse critério, o Poder Judiciário acresceria sua legitimidade democrática ao corrigir “falhas de inclusividade” e de “receptividade” (KLATT, 2015b, p. 370) do processo político, ou, nas palavras de Dixon (2007, p. 394, 402-404), os “pontos cegos” ou “fardos da inércia” do Legislativo. A importância desse critério se dá por representar uma resposta às críticas de Waldron (2007), quando esse autor aponta a baixíssima legitimidade democrática do Judiciário.

A compreensão das “falhas de inclusividade”, ou “pontos cegos”, relaciona-se com a ideia de “engajamento” que Klatt traz no parâmetro excluído da “qualidade da decisão” (KLATT, 2015b, p. 370). É justamente por essa relação que a ideia de engajamento foi denunciada anteriormente e trazida integralmente para o parâmetro da legitimidade democrática. A falha em atribuir legitimidade democrática ao Judiciário a partir dessa correção procedimental pode ser observada por duas razões. A primeira, porque, quando a inclusão de sujeitos é algo demandado por regras, seu descumprimento representa uma violação da legalidade e não da legitimidade democrática. A segunda, porque, quando o Judiciário ordena a correção de um procedimento inclusivo, não há acréscimo de legitimidade democrática ao Judiciário, mas à autoridade que, mediante esse procedimento, produziu uma decisão.

A compreensão de “receptividade” ao processo político, ou “fardos da inércia”, trata da resposta do Judiciário às demandas que visam garantir, por exemplo, direitos não regulados por inércia do Legislativo. Seria possível inferir que constituições mais antigas sejam mais regulamentadas pelo Legislativo, em virtude do decurso de tempo. Contudo, isso depende muito mais do modelo de Constituição, se abrangente na sua positivação ou não. A Constituição alemã, apesar de mais antiga que a brasileira, por exemplo, não apresenta uma densificação dos direitos fundamentais sociais maior. Já a Constituição americana, muito mais antiga que ambas, não se compara em termos de regulamentação positiva desses direitos pelo fato de se inserir no direito consuetudinário.

Isso também ocorre quando o Legislativo não exerce sua competência sobre mudanças recentes da sociedade ou da economia por temer, a título de exemplo, o custo político dessa atuação. Esses dois casos, entretanto, são explicações circunstanciais para a necessidade da resposta jurídica do Judiciário. Essa receptividade ou reatividade não acresce *legitimidade democrática*, por si só, ao Poder Judiciário. Afinal, a atuação do Judiciário é exercida mediante provocação. O que acresce a legitimidade democrática à decisão são procedimentos decisórios que colocam a população como sujeito participante do processo de tomada da decisão.

Daí a importância do sistema de freios e contrapesos se dá, dentre outros motivos, porque os sistemas normativos que atribuem um peso muito grande à legitimidade democrática às decisões estão mais sujeitos a paradoxos da vontade popular, ou seja, a efeitos destrutivos à democracia a partir da efetivação de uma vontade popular antidemocrática. O *paradoxo democrático* e a *supressão de direitos fundamentais* são exemplos disso. O paradoxo democrático ocorre quando ao se seguir a regra majoritária expressa em sistema político, dá-se vazão a decisão que destitui o próprio regime democrático. A supressão de direitos ocorre quando, também pela regra majoritária, o sistema político dá vazão a perseguições de múltiplas

naturezas – racial, étnica, religiosa, de gênero, de sexualidade, de nacionalidade –, que obliteram direitos fundamentais de minorias sociais.

Outra consideração a ser feita diz respeito ao *peso abstrato* dos princípios na fórmula do peso, relativa ao processo de ponderação. Até o presente momento, o peso abstrato tem sido matematicamente cancelado na fórmula do peso. Isso ocorre porque, quando os princípios a serem ponderados possuem o mesmo peso abstrato (por exemplo, os dois são princípios constitucionais), as variáveis da fórmula correspondentes ao peso abstrato presentes tanto no numerador quanto no denominador são canceladas. Essa situação é especialmente comum na *ponderação de princípios materiais* que envolvem princípios constitucionais. Isso aponta pouco desenvolvimento na teoria dos princípios sobre os efeitos do peso abstrato na ponderação, o que representa um limite deste trabalho tanto para abordar configurações distintivas entre competências, quanto entre princípios procedimentais em sentido estrito.

No tocante à análise da legitimidade democrática do Judiciário, Klatt expõe a teoria democrática de Fredman (FREDMAN apud KLATT, 2008). Segundo o Fredman, há “três valores chave” da democracia: a *prestação de contas*, a *participação*, e a *igualdade* (FREDMAN apud KLATT, 2008, p. 103-113). Em relação a esses valores, o Judiciário desempenharia um papel auxiliar importante, pois é seu papel corrigir os desvios dos outros poderes no cumprimento desses valores. Contudo, apenas um desses “valores”, além de chave à democracia, pode representar uma contribuição ao parâmetro da *legitimidade democrática* em relação ao Judiciário.

Como dito acima, a correção de procedimentos inadequados dos outros poderes não representa acréscimo à legitimidade democrática do Judiciário, pois, ao realizar a correção, esse tipo de revisão judicial está restaurando a legalidade da decisão. Dessa forma, ainda que a correção traga, além de uma correção de legalidade, um acréscimo de legitimidade democrática, essa legitimidade acresce o peso da competência do poder político que tomou a decisão, não do Judiciário.

Dentro do Judiciário, a *prestação de contas* não atribui legitimidade democrática a suas decisões, pois a prestação de contas diz respeito ao processo de comunicação das atividades de uma autoridade à população. Assim, o Poder Judiciário não apenas não está obrigado a essa prestação de contas, como não deve orientar suas decisões de acordo com a vontade popular.

A *igualdade* dentro do Judiciário, ao menos no Brasil, poderia atribuir alguma legitimidade democrática ao Judiciário, quando este corrige o equilíbrio de poder na hipótese de hipossuficiência de uma das partes processuais ou quando reconhece igualdade de direitos a minorias sociais. Esse efeito, porém, está muito mais facilmente ligado à proteção de direitos

fundamentais do que à realização do valor igualdade. O valor que resta ao Judiciário para acrescer sua legitimidade democrática, portanto, é a *participação*, sobre o que se falará no subitem a seguir.

3.3.2 Legitimidade(s)

A *legitimidade democrática* ocorre quando no procedimento para decisão tomada se efetiva o *princípio democrático* a partir de alguma espécie de participação popular. A *legitimidade argumentativa*, de outra forma, ocorre quando a decisão autoritativa é produto de uma fundamentação racional que considere tanto as circunstâncias empíricas quanto as circunstâncias jurídicas. Apesar da distinção entre essas formas de legitimidade, é de se reconhecer que, mesmo que a legitimidade argumentativa não condicione a decisão judicial a partir de uma regra majoritária, ela implica o tratamento dos sujeitos de forma livre e igual. Logo, a decisão judicial não deixa de ser democrática porque não segue a regra majoritária. A regra majoritária é apenas um dos elementos que compõe uma decisão democrática.

A grande distinção entre a deliberação dos poderes políticos e a deliberação do poder jurídico é justamente o método predominante de escolha da razão prevalecente. Nos poderes políticos, além da deliberação racional inerente ao debate, a regra majoritária exerce um grande papel na deliberação. No Poder Judiciário, as regras do discurso jurídico, predominantemente, conduzem o processo de tomada de decisão. Para além dos moldes clássicos da democracia liberal, que se estrutura a partir de regimes de democracia representativa (SANTOS, 2002, p. 49), ou seja, por um processo de escolha eleitoral de representantes da vontade popular, é possível observar modulações de regimes democráticos distintos. É o que acontece a partir da leitura de Santos (2002). Em seu trabalho, é possível compreender diversos outros arranjos de legitimação decisória. Na Índia, por exemplo, os “Panchayats” (SANTOS, 2002, p. 53 e 68) constituem uma autoridade que define o orçamento público regional. Essa autoridade não se constitui mediante normas democráticas, como as de um processo eleitoral, mas por meio dos indivíduos mais velhos daquela comunidade. Ainda que relativamente representativa, essa autoridade colegiada é resultado de um equilíbrio de valores sociais tão distintos que afeta a estrutura política da comunidade. Outro exemplo são os “conselhos regionais” em Hong Kong, que são constituídos pela regra majoritária, apesar de, às entidades de classe profissional (como trabalhadores de setores econômicos distintos) e às entidades de classe empresarial (como proprietários de imóveis e empresários dos setores econômicos da região), serem reservadas cadeiras representativas.

Essa diversidade institucional é produto das diferenças culturais sobre o que significa representar uma sociedade. A partir dessas distinções, é possível buscar formas de representação complementares ao modelo liberal representativo que possam ser consideradas na avaliação deste parâmetro. Segundo Santos (2002), os procedimentos de legitimação democrática como um todo podem ser divididos entre procedimentos representativos e participativos²⁰. Os representativos ocorrem mediante uma deliberação pela regra majoritária e pela institucionalidade; e os participativos ocorrem mediante deliberação em sentido amplo e de forma não institucional. A regra majoritária estabelece que a deliberação se encerra por uma votação e a proposição mais votada sai vencedora. Há algumas variações nessa regra, como a maioria simples, que demanda metade dos votos mais um dos presentes, e a maioria absoluta, que demanda metade mais um entre as cadeiras existentes ou três quintos dos votos (uso mais recorrente). A *deliberação democrática em sentido amplo* comporta não só as diversas espécies de votação como critério para resolver impasses, mas a argumentação e outras vias de legitimação. A *institucionalidade* ocorre pela *integração* ao sistema normativo de um modo particular de deliberação, e pela *vinculação* desse modo particular de deliberar à decisão autoritativa.

Entre os procedimentos representativos, estão as deliberações dos corpos políticos representativos, como o Legislativo, e dos *conselhos populares deliberativos*. Além desses corpos políticos, existem os processos democráticos institucionais vinculantes comuns à democracia representativa, como o *plebiscito* e o *referendo*. Entre os procedimentos participativos, estão o *amicus curiae*, as audiências públicas, o orçamento participativo, as consultas populares e os conselhos populares consultivos. Os procedimentos representativos são mais conhecidos por sua tradicional existência nas democracias ocidentais, já os procedimentos participativos requerem uma abordagem mínima a partir de Santos (2002).

O *amicus curiae* é a pessoa ou entidade interessada na questão jurídica em discussão na ação judicial – no caso em análise neste trabalho, na revisão judicial. As *audiências públicas*, utilizadas por qualquer poder, são reuniões abertas a quaisquer interessados em discutir e contribuir na tomada de decisão. O *orçamento participativo* se trata da organização voluntária da sociedade civil para discutir e apresentar ao Poder Executivo uma proposta orçamentária. A *consulta popular* é o questionamento da opinião popular, normalmente mediante pesquisa estatística sociológica ou consulta eletrônica simples, mas pode incluir formatos diversos. Os

²⁰ Santos fala sobre uma diversidade do que pode ser entendido por procedimentos democráticos. Suas outras formas, contudo, misturam-se fortemente com diversos aspectos da Sociologia, da Economia e da Política que dificilmente poderiam ser sintetizados aqui.

conselhos populares consultivos são similares aos *conselhos populares deliberativos*. Esses conselhos são frequentemente temáticos e os membros de seu colegiado normalmente possuem engajamento com o tema do próprio conselho. A diferença entre ambos está justamente na força vinculante da decisão final dos conselhos populares deliberativos. Logicamente, esse é um rol exemplificativo, pois a pesquisa sobre cada um deles representa um trabalho autônomo.

Algumas das formas de participação popular que permitem agregar legitimidade democrática à decisão do Judiciário são: o *amicus curiae* e as audiências públicas. Esses procedimentos, ainda que não vinculem a decisão da corte pela regra majoritária, influenciam-na, pois, idealmente, colocam a corte na posição de responder aos argumentos apresentados em sua participação. Desse modo, na medida em que se integram ou respondem argumentativamente às razões dos *amici curiae* ou dos participantes da audiência pública, sua deliberação é coordenada de forma democrática²¹.

As democracias representativas atualmente enfrentam um “déficit democrático”. Esse déficit “ocorre quando [...] instituições democráticas falham em efetivar o que é creditado como princípio democrático” (LEVINSON, 2007, p. 860) e quando sua capacidade de espelhar a vontade popular se torna amplamente questionada. O déficit democrático pode ser ilustrado, por exemplo, pela discrepância entre a proporção de determinados grupos sociais na população e a sua representação legislativa. Por exemplo, no Brasil, em 2018, os autodeclarados pardos constituíam 46, 7% da população (IBGE, 2018), mas somente 20, 7% dos representantes da Câmara de Deputados Federal eram pardos (BRASIL, 2018). Assim, outras formas de participação social no processo de tomada de decisões autoritativas se tornam, para este trabalho, não só pertinentes, como necessárias para a maximização do princípio democrático. Isso demonstrou-se uma verdade principalmente para decisões sobre grandes empreendimentos econômicos que afetam a população em termos de realocação do modo de condução de sua vida ou de sua relação com a terra, algo notável para populações indígenas em países das Américas.

A consideração de critérios para a legitimidade democrática, conseqüentemente, depende em muito dos condicionantes culturais. Eles são importantes, pois aumentam a variabilidade do procedimento democrático, corrigindo o déficit democrático das decisões. Entretanto, o tratamento do tema “democracia” importa em um trabalho autônomo. Por ora, o que foi abordado é suficiente para o objetivo geral do trabalho. O enunciado de Matthias Klatt

²¹ Aqui, ao menos em termos de análise do STF e suas audiências públicas, cabe uma observação. A corte constitucional do Brasil, apesar de convocar audiências públicas, não tem, contra intuitivamente, agregado os argumentos trazidos pelos participantes às suas decisões, o que pode provocar uma falta legitimidade democrática (ANDRADE, 2015).

(2015b, p. 370), anteriormente definido como “quanto maior for a legitimidade democrática de uma competência, mais importante é essa competência”, então, deve ser alterado para: *quanto maior for a legitimidade democrática da decisão autoritativa, maior o peso a ser atribuído à competência correspondente*. Isso, pois, como se viu, a legitimidade democrática depende não somente do procedimento de eleição do corpo político do Legislativo e do Executivo, mas igualmente de como os poderes públicos produzem suas decisões. Indiretamente, os procedimentos de democracia participativa apresentados servem como critérios do parâmetro da legitimidade democrática. O que se pode afirmar a partir de Santos (2002), é que a democracia participativa auxilia na correção dos déficits democráticos e, portanto, aumenta a legitimidade da autoridade que se utiliza deles.

3.4 SIGNIFICÂNCIA DOS PRINCÍPIOS MATERIAIS EM JOGO

Matthias Klatt aborda seu quarto parâmetro da seguinte forma:

Um fator adicional é a importância dos *princípios materiais* em jogo. **Quanto mais intensamente uma decisão legislativa interferir em um princípio material**, por exemplo, um direito humano ou um bem coletivo, menor a importância da competência legislativa para decidir autonomamente, e **maior a importância da competência da corte de controlar essa decisão. A intensidade da interferência na competência do legislativo pela revisão judicial corresponde diretamente à intensidade da interferência em um princípio material por uma decisão legislativa.** [...]

Quando o Legislativo está sob uma obrigação constitucional de empregar meios efetivos e suficientes para a proteção de um interesse legal, este goza de discricionariedade de avaliação e escolha política. O escopo dessa discricionariedade é dependente de uma variedade de fatores diversos, incluindo [...] a *importância dos interesses legais em jogo* (KLATT, 2015b, p. 371, *destaque do autor, destaque nosso*, tradução nossa)²².

A abordagem de Klatt sobre o enunciado do parâmetro da “significância dos princípios materiais em jogo” coloca em oposição somente os Poderes Legislativo e Judiciário. Tendo em vista que se busca universalidade de uma teoria dos princípios formais, é necessário inserir

²² No original: “A further factor is the significance of the **material principles at stake**. The more intensely a legislative decision interferes with a material principle, for example, a human right or a collective good, the less important is the legislature’s competence to decide autonomously, and the more important is the court’s competence to control that decision. The intensity of interference with the competence of the legislature by judicial review corresponds directly with the intensity of interference with a material principle by a legislative decision [...].

When the legislature is under a constitutional obligation to employ effective and sufficient means for the protection of a legal interest, it enjoys discretion of evaluation and political choice. The scope of this discretion is dependent upon a variety of different factors, including. . . **the importance of the legal interests at stake**”.

nessa abordagem também o Poder Executivo, uma vez que o papel de efetivação de direitos fundamentais pertence a todos os poderes de Estado.

O que destaca o Judiciário nesse processo de efetivação é, como aponta o autor, seu papel de “controle”. Em virtude do sistema de freios e contrapesos, à medida em que as decisões dos poderes políticos afetam mais gravemente os princípios materiais, aumenta a competência do Judiciário para o seu controle. É o que se percebe pela afirmação de Klatt: “A intensidade da interferência na competência do legislativo pela revisão judicial corresponde diretamente à intensidade da interferência em um princípio material por uma decisão legislativa” (KLATT, 2015b, p. 371).

Entretanto, deve-se destacar que o Judiciário não é o único poder cujas decisões são vinculadas aos princípios materiais de direitos fundamentais. Essa vinculação é de todos os poderes públicos, o que confere uma diretriz comum em suas decisões e não uma compreensão do Poder Judiciário como controlador e reformador das decisões dos poderes políticos. Em verdade, sendo o Poder Judiciário inserido no contexto social, a despeito de possuir a capacidade decisória tradicionalmente final nos sistemas normativos, mais tenderá a reproduzir o *status quo* de uma sociedade do que o reformar. Afinal, a corte atua sobre aquilo que uma sociedade produz positivamente, excepcionalmente contradizendo os poderes majoritários (MENDES, 2011). Apesar de ser possível galgar avanços em termos de direitos fundamentais a partir de demandas no Judiciário, não é possível reconhecer nele essa competência.

É por isso que a afirmação de Julian Rivers (2006, p. 206), “quanto mais grave for uma limitação de direitos, mais intensa deve ser a revisão engajada pela Corte”, deve ser recolocada para *quanto mais grave for a afetação de um princípio material, maior peso deve ser atribuído à competência que controla essa afetação*. Essa orientação relativa a quem controla a decisão pode parecer pouco relevante, mas, considerando a proposta de universalização dos enunciados relativos à ponderação, ela faz todo sentido. Afinal, em um sistema normativo com um sistema de freios e contrapesos, não só o Judiciário exerce o papel de controle dos demais poderes. Assim, os poderes políticos devem, igualmente, atuar no controle recíproco de seus atos no sentido do cumprimento e da efetivação daqueles princípios materiais, especialmente em se tratando de princípios de direitos fundamentais.

Klatt (2015b) considera que a ponderação de princípios formais e a ponderação de princípios materiais devem ser realizadas de forma independente. A razão para isto está na ponderação de princípios formais possuir elementos significativamente distintivos em relação à ponderação de princípios materiais. Primeiro, porque a ponderação de princípios formais relaciona competências; e segundo, porque, diferentemente de Alexy, o autor considera que os

princípios formais não são fundamento necessário para a inserção da confiabilidade epistêmica empírica e confiabilidade epistêmica normativa na fórmula do peso. No entanto, ao elaborar o seu rol de parâmetros, considera os princípios materiais na ponderação de princípios formais, o que depõe contra a própria independência.

A ponderação de princípios materiais, mediante suas variáveis, já considera o que poderia ser chamado de a “importância dos princípios materiais em jogo” (KLATT, 2015b, p. 371). A função que esse parâmetro expressa constitui, na realidade, *fundamento* teórico para a conexão entre a ponderação de princípios materiais e a ponderação de princípios formais. Não se trata, portanto de duas ponderações isoladamente, mas de uma única ponderação dividida em etapas ou em processos relativamente autônomos, dado que seus elementos são significativamente distintos. A dificuldade, por conseguinte, é estabelecer como o resultado de uma das etapas influencia o resultado da outra.

Afinal, uma vez necessário conhecer a importância dos princípios materiais para definir o resultado da ponderação de princípios formais, não se trata apenas de um parâmetro, mas de uma conexão entre essas ponderações. É, inclusive, o que pode ser lido em: “é necessário determinar **o que está em jogo** em relação aos direitos humanos para se decidir sobre o peso concreto das competências em conflito”²³ (KLATT, 2015b, p. 372, destaque nosso).

Coloca-se, então, a questão sobre o momento de realização de cada uma dessas etapas: a ponderação de princípios materiais e a ponderação de princípios formais. Ocorrem coordenada ou consecutivamente? A solução para esse questionamento não poderá ser dada aqui. Contudo, alguns apontamentos pertinentes a essa dependência devem ser feitos.

Klatt (2012, p. 247) aborda três aspectos de Murray Wesson sobre a relevância da revisão judicial sobre direitos humanos. Esses três aspectos são: “a posição de desvantagem do requerente na sociedade”, “a urgência das necessidades do requerente” e a “intersecção entre o direito positivo e outros direitos”. A abordagem desses aspectos, sistematizados por Klatt (2015b, p. 372), serve ao propósito de fundamentar a existência do parâmetro da “importância dos princípios materiais em jogo” na ponderação de princípios formais. Tais aspectos, porém, nada dizem sobre a independência entre essas etapas, pelo contrário, fundamentam sua conexão.

A “posição de desvantagem do requerente na sociedade” destaca facilmente o que pode ser lido como *déficit democrático*, algo que remete principalmente às minorias sociais, e que resgata a discussão sobre a legitimidade democrática e seus paradoxos, acima abordados. O

²³ No original: “[...] it is necessary to determine what is at stake for human rights in order to decide upon the concrete weights of the conflicting competences”.

déficit democrático, enquanto resultado negativo de um arranjo institucional deficiente em maximizar o princípio democrático, é um argumento que pertence à ponderação de princípios formais, pois o princípio do qual trata é um princípio procedimental em sentido estrito. Se, contudo, a “posição de desvantagem” se refere a uma desigualdade injustificável de direitos fundamentais, o papel último da corte é de controlar essa desigualdade na ponderação de princípios materiais. A diferença entre essas hipóteses está em que a primeira trata de uma ponderação de princípios formais decorrente de uma ponderação de princípios materiais, no que tange aos direitos políticos dos afetados pelo arranjo institucional deficiente; e a segunda trata de uma ponderação de princípios materiais, que não necessariamente demanda uma ponderação de princípios formais. Isso indica que a ponderação de princípios formais necessariamente depende de uma ponderação de princípios materiais. Afinal, se não há dúvida sobre qual é a decisão a ser tomada, não há dúvida sobre quem deve tomar essa decisão.

A “urgência das necessidades do requerente”, ainda mais facilmente, remete a uma ponderação de princípios materiais, pois a urgência do atendimento de necessidades ou direitos diz respeito à importância de satisfação dos princípios correlacionados como algo pertinente à ponderação de princípios materiais e não a um conflito de competências.

Da mesma maneira, a intersecção entre um direito positivo e outros direitos exige a ponderação de princípios materiais e reforça a conexão entre essa ponderação e a ponderação de princípios formais. Primeiro, porque todo e qualquer direito fundamental, enquanto comando de maximização, precisa ser contraposto aos outros direitos, para que se estabeleça um comando definitivo. Essa é a relação de ponderação de princípios materiais na sua forma mais básica. Logo, ainda que Wesson (2012, p. 244) se refira ao papel do Estado “na realização de direitos sociais” e de interesses da sociedade, a dúvida sobre qual autoridade deve decidir sobre esses direitos ou interesses tendenciosamente exigirá que se realize não só uma ponderação de princípios materiais como também uma ponderação de princípios formais.

3.5 FUNÇÃO ESPECÍFICA

A função específica é colocada brevemente como o último parâmetro a ser considerado na ponderação de princípios formais. De acordo com Klatt:

O último parâmetro que deve ser considerado aqui é a *função específica* empregada pela competência relevante em um sistema apropriado de divisão de trabalho entre as cortes e o Legislativo. **A não satisfação de, ou em detrimento de, uma competência é mais grave quanto maior for afetação da função específica de sua autoridade.** Por exemplo, a função específica das Cortes de ouvir casos e de realizar um processo

no qual as pessoas têm a oportunidade de mudar decisões e ter seus direitos reclamados considerados seriamente, pode fortalecer a competência da corte de controlar em um caso particular. Em um caso diferente, por outro lado, o peso da competência legislativa pode ser fortalecido se, por exemplo, a decisão lida com a matéria de defesa do reino [“reino” se refere à soberania nacional no contexto do Reino Unido] (KLATT, 2015b, p. 371, *destaque do autor*, **destaque nosso**, tradução nossa)²⁴.

Este parâmetro tem uma diferença notável em relação ao parâmetro da legitimidade democrática. Enquanto a *legitimidade democrática* é necessária à ponderação de princípios formais, por representar um *procedimento* que otimiza a decisão autoritativa, a *função específica* representa as *competências* em colisão. Em seu enunciado – “a não satisfação de [...] uma competência é mais grave quanto maior for a afetação da função específica de sua autoridade” (KLATT, 2015b, p. 371) –, ao apontar para a “não satisfação”, o autor se refere à *intensidade de afetação* da competência, equivalente à variável “I” da fórmula do peso, não a um parâmetro. Uma vez que esta pesquisa busca identificar a adequação dos parâmetros de Klatt a uma ponderação de competências, e não a adequação das variáveis em si, é necessário, portanto, retirar este parâmetro do rol de análise.

3.6 SUBSIDIARIEDADE

O último parâmetro, a *subsidiariedade*, também é determinado por uma *norma procedimental de competência*, mas, como se verá, ele não será pertinente à análise empírica. Ainda assim, sua abordagem representa, na mesma medida, um dos resultados parciais da pesquisa. Matthias Klatt (2015a) apresenta o *parâmetro da subsidiariedade* adicionalmente aos parâmetros anteriores para a solução da colisão de competências em *Balancing Competences*. Contudo, sua aplicabilidade se dá em um contexto particular, qual seja, a colisão de competência de cortes constitucionais. Essa colisão ocorre devido ao sistema normativo multinível europeu, que atribui a diversas cortes a competência da revisão judicial.

Enquanto que em um Estado de divisão dos poderes tradicional o Judiciário funciona hierarquicamente, com a corte constitucional sendo a última instância, no sistema normativo

²⁴ No original: “The last factor that shall be considered here is the specific function fulfilled by the relevant competence in a system of appropriate division of labour between courts and legislatures. The non-satisfaction of, or detriment to, a competence is the more serious the more the specific function of that authority is affected. For example, the specific function of courts to hear cases and to provide a process in which people have the opportunity to challenge decisions and to have their rights claims seriously considered, may strengthen the court’s competence to control in a particular case.¹²⁰ In a different case, on the other hand, the weight of the legislative competence may be strengthened if, for example, the decision deals with the matter of the defence of the realm”.

multinível europeu, isso não é tão simples. Nesse sistema, além da corte constitucional nacional, há cortes constitucionais internacionais responsáveis pela revisão judicial. Essas cortes são a Corte de Justiça da Europa (CJE) e a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Klatt (2011, p. 4) chega a chamar esse sistema normativo multinível de “triângulo das Bermudas europeu”, pela potencialidade de conflito das cortes.

A fundamentação normativa do parâmetro da subsidiariedade na Europa, por conseguinte, reside em dois tratados internacionais – a *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados* em seu art. 27 e o *Tratado de uma Constituição para a Europa*, em seu art. 5º. Estas normas de direito internacional atribuem vinculação dos Estados signatários à norma de direito internacional. Ao mesmo tempo, reconhecem a capacidade normativa de cada Estado de adequar domesticamente os termos dos tratados, permitindo o respeito às especificidades nacionais.

Nesse sistema, tanto os poderes nacionais quanto internacionais são competentes para alterar posições jurídicas. Conseqüentemente, o estabelecimento de uma norma que oriente a relação de tantas competências é fundamental para que se possa não só prosperar na integração europeia, mas também manter certa soberania dos Estados-membros. Como essa norma pode ser aplicada, entretanto, é o ponto complicado. Isto é, sua aplicabilidade demanda que sejam consideradas não só as circunstâncias empíricas e normativas nacionais e internacionais, relativas à ponderação de princípios materiais, mas também aquelas relativas à colisão de princípios formais.

Apesar disso, a demonstração de que o parâmetro da subsidiariedade existe e é aplicável ao sistema normativo multinível europeu possui questionamentos em sua fundamentação. Esses questionamentos advêm das dúvidas sobre (i) se o sistema normativo multinível europeu é um sistema constitucional, e (ii) se se impõe ou não um sistema hierárquico entre os níveis do sistema.

3.6.1 Sistema normativo multinível europeu como ordem constitucional comunitária

Esses questionamentos são respondidos pelo autor Matias Kumm, em quem Klatt se baseia para afirmar o parâmetro da subsidiariedade. Para responder à dúvida quanto ao fato de o sistema normativo multinível europeu ser ou não um sistema constitucional, Kumm (2004, p. 827; 918) explica, antes, quais os fundamentos da “legitimidade do direito internacional” e quais os “fundamentos de sua constitucionalidade”.

Para demonstrar os fundamentos da legitimidade do direito internacional, o autor analisa a “legalidade internacional”, a “subsidiariedade” dos sistemas normativos, a “adequação procedimental”, a “participação democrática” em seu processo de formação, e a “busca de objetivos razoáveis”. Esses fundamentos marcam tanto como o sistema foi desenvolvido – no sentido de assinalar seu percurso histórico, político e econômico –, quanto evidenciam os procedimentos de positivação. Conseqüentemente, o autor fundamenta a legitimidade do direito internacional tanto por razões oriundas das ciências políticas, quanto por razões da ciência do Direito.

O fundamento da “legalidade do direito internacional” se baseia na observação do processo de positivação e da presença nesse sistema não só de regras, mas de princípios materiais (KUMM, 2004, p. 919). Politicamente, isto representa uma cooperação e uma coordenação significativa de esforços para o bem da comunidade de países. Baseado em Rawls (1971, p. 333-342), Kumm afirma que essa atuação dos Estados visa sanar a correção das *externalidades negativas relevantes ao conteúdo de justiça* e promover a busca *de objetivos comunitários*, o que será importante para a produção de um sistema constitucional.

O fundamento da “subsidiariedade” se baseia na observação de que soberania dos Estados-membros não é obliterada com a promulgação de uma ordem constitucional internacional, mas relativizada. Nesse novo sistema, as autoridades compartilham suas competências para a efetivação de diversos princípios materiais. Historicamente, os princípios materiais desse sistema são acrescidos mediante avanços políticos – não só da União Europeia, mas da Europa (KUMM, 2004, p. 920).

O fundamento da “adequação procedimental” sustenta que a legitimidade do sistema normativo multinível europeu é derivada de cada um dos Estados-membros (KUMM, 2004, p. 924). Essa derivação ocorre mediante um processo de legitimação das normas de direito internacional na esfera nacional. Dessa forma, o sistema normativo multinível é produto de todos os sistemas normativos que envolve. Esse fundamento se opõe à ideia de que o sistema internacional seria menos democrático do que o nacional, afinal, o sistema internacional só existe porque o sistema nacional o confirma.

O fundamento da “busca de objetivos razoáveis”, por sua vez, se contrapõe à compreensão nacionalista de que as autoridades internacionais afetam negativamente os direitos fundamentais dos cidadãos em um Estado-membro (KUMM, 2004, p. 927). Afetações negativas não são propósito de Estado ou órgão internacional democrático algum, mas risco inerente ao exercício da atividade governamental. Compreender que o risco de afetações negativas em direitos fundamentais na esfera nacional é suficientemente grande é algo que só

pode ser analisado caso a caso, mas, para determinados direitos fundamentais, a ação comunitária é algo presumidamente mais eficiente²⁵.

Dando prosseguimento, os fundamentos de constitucionalidade do sistema normativo multinível europeu incluem *i*) a “compreensão de soberania” a partir das premissas de uma soberania compartilhada e da “legitimação democrática autônoma” (ou por procedimentos próprios); e *ii*) a “semelhança da ordem de valores” entre os Estados-membros e a comunidade (KUMM, 2013, p. 606-609).

A “soberania compartilhada” afirma que os Estados-membros se colocam nesse novo sistema normativo como interdependentes na tomada de decisão (KUMM, 2004, p. 920). A “legitimação democrática autônoma” afirma que esse sistema normativo internacional tem mecanismos próprios de reconhecimento das autoridades e da tomada de decisões que incluem o princípio democrático – central no sistema normativo de seus membros. A “semelhança da ordem de valores” afirma que os Estados-membros não promulgam comunitariamente princípios materiais que se oponham ao próprio sistema normativo nacional. Muito pelo contrário, esses Estados tanto projetam sua ordem de valores e interesses constitucionais na comunidade, quanto assumem valores e objetivos desta. Conseqüentemente, o sistema normativo multinível europeu não é meramente um conjunto de tratados e costumes do direito internacional, mas um sistema constitucional.

3.6.2 Primazia e supremacia

O que pode ser considerado como os “níveis” de competências é comumente associado ou às instâncias do Judiciário ou às competências administrativas do Executivo e às câmaras do Legislativo dos entes federativos – União, estados e município, por exemplo. Contudo, essas formas de organização do Estado frequentemente são hierárquicas, ou, noutras palavras, a decisão superior prevalece sobre a decisão inferior. A compreensão de uma soberania compartilhada permite às autoridades nacionais e internacionais coexistirem de modo não-hierárquico. Isto é o que ocorre no *sistema normativo multinível europeu*, segundo Klatt (2015a) e Kumm (2013), justamente por essa relativização da autoridade decisória que esse sistema normativo é classificado como “multinível”.

²⁵ Isso é especialmente evidente para o direito fundamental a um meio ambiente equilibrado em época de aquecimento global.

Diferentemente das relações entre os níveis dos poderes Legislativo e Executivo, as relações jurídicas entre cortes não comportam uma relação negociada. Por isso, é necessário determinar procedimentalmente como diferentes decisões serão atribuídas a diferentes níveis do Judiciário europeu – corte constitucional nacional, Corte Europeia de Justiça e Tribunal Europeu de Direitos Humanos (KLATT, 2015a). O procedimento pelo qual essas autoridades se relacionam é determinado pelo *princípio da subsidiariedade*.

Segundo este, as decisões de interesse comunitário devem ser tomadas pelas autoridades que representam a comunidade. Sua previsão está tanto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em seu art. 27, “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado[...]” (BRASIL, 2009), quanto no Tratado de uma Constituição para a Europa, em seu artigo 5º:

Artigo 5º. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se, e na medida em que, os objetivos da ação considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo, contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da ação considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União (UNIÃO EUROPEIA, 1992).

Reconhecendo diversos princípios materiais como objeto de conflito entre a comunidade europeia e seus Estados-membros, parte da hipótese de conflitos de competência potenciais para analisar a jurisprudência deste conflito. A partir disso, o autor aplica a norma-princípio da subsidiariedade como parâmetro da ponderação de competências (KLATT, 2015a)

A relação entre essas competências não é hierarquizada, mas também não é paritária. As autoridades comunitárias, quando os princípios materiais também são de competência dos Estados-membros, têm *primazia* para decidir. Como essa relação de primazia é estabelecida normativamente pelo Tratado de uma Constituição para a Europa, sua primazia afeta o “peso abstrato da competência comunitária à maior” (KLATT, 2015a, p. 26), fazendo com que se tenha na ponderação de uma “margem vantajosa” (KLATT, 2015b, p. 374). Sendo assim, as razões nacionais “devem ser suficientemente graves para suplantar qualquer desvantagem” à competência comunitária, o que os doutrinadores analisados por Kumm chamam de “boa razão” (KUMM, 2004, p. 921, 924). Essa primazia é retirada do próprio art. 5º da Constituição Europeia, ao ressaltar a excepcionalidade da ação nacional a partir da eficácia das medidas nacionais.

Klatt (2015a, p. 22) chama o “parâmetro da subsidiariedade” de “princípio da subsidiariedade”, confundindo a norma que determina um parâmetro na ponderação com o próprio parâmetro. Por essa razão, neste trabalho, quando se faz referência à norma, usa-se

“princípio”, e, quando se considera a aplicação da norma no momento de sua ponderação, usa-se “parâmetro”. Algo parecido ocorre com o *princípio democrático* e o *parâmetro da legitimidade democrática*. Deve-se destacar, ademais, que Mattias Kumm aborda a subsidiariedade enquanto parâmetro para a solução do conflito de competências do sistema normativo multinível, mas não oferece um enunciado, como Klatt faz em seus parâmetros, nem esclarece sob quais critérios dever-se-ia o considerar na ponderação.

Não obstante, é possível inferir esse enunciado da obra de Mattias Kumm da seguinte forma: *quanto maior o peso de um princípio material para a comunidade, maior deve ser o peso atribuído às competências comunitárias*. Para aferir o peso do princípio material para a comunidade, são necessários critérios – apresentados abaixo. Estes foram retirados da análise tanto dos trabalhos de Klatt (2015a, 2015b), quanto dos trabalhos de Kumm (2005, 2018), em suas abordagens sobre a jurisprudência e sobre a doutrina relativas ao sistema normativo multinível europeu.

O primeiro destes critérios é o *critério das externalidades negativas relevantes em termos de justiça*. A expressão “externalidade negativa” se refere aos efeitos negativos de uma atividade estatal. Ela determina que, quanto maiores forem os efeitos negativos da atividade de um Estado-membro em relação à sua comunidade (externalidade), maior o peso da competência da autoridade comunitária para intervir sobre essa externalidade. Essa relação é determinada não só pela maior imparcialidade da autoridade comunitária, mas também porque essa autoridade exerce seu poder sobre todos os Estados-membros envolvidos pela externalidade.

O represamento de um rio que flui por dois ou mais Estados-membros, por exemplo, pode violar princípios da propriedade privada e/ou do trabalho dos habitantes que vive à margem desse rio, seja porque a água represada inunda propriedades, seja porque o controle da vazante prejudica a atividade pesqueira. Se uma comunidade de Estados possui regulação sobre um ou mais princípios relevantes ao represamento, é possível perceber uma afetação em termos de justiça de um Estado em relação aos outros.

O critério das externalidades negativas relevantes em termos de justiça, é retirado da tese de Rawls (1971, p. 333-342) sobre “civilidade” e perpassa a busca comunitária da solução de problemas regionais, mas pode ser reescrito como critério das externalidades negativas sobre princípios materiais. Desse modo, pode-se estipular a seguinte relação: *quanto maior for uma externalidade negativa sobre princípios materiais, maior deve ser o peso atribuído à competência comunitária*.

O segundo critério é a *eficiência da proximidade institucional*. Segundo ele, *quanto mais eficiente uma autoridade puder ser em uma intervenção, maior deve ser o peso de sua*

competência. Este argumento não guarda uma relação particular nem com a autoridade comunitária, nem com a autoridade nacional. Ele transcreve o princípio da subsidiariedade descrito no art. 5º do tratado europeu em forma de critério. Porém, notabiliza-se a “eficiência” como aferição da competência entre as autoridades de cada um dos níveis institucionais – nacional ou internacional.

Por fim, o critério da *diferenciação nacional* é constituído a partir da relação entre “projeto nacional” e “projeto comunitário”. Este critério determina que, *quanto maior relativamente for a densificação de um princípio material em um sistema normativo, maior deve ser a competência da autoridade que atua sobre esse sistema*. Esse critério se fundamenta na positivação de prioridades pela comunidade e pelos Estados-membros. É o meio pelo qual um Estado se distingue normativamente mediante seus interesses internos, e o meio pelo qual a autoridade comunitária homogeneiza os interesses comunitários e os interesses dos Estados-membros. Esse critério, conseqüentemente, reconhece tanto a autonomia relativa para a diferenciação nacional, quanto a autonomia compartilhada da comunidade.

Assim, o exemplo de Klatt sobre a valorização do trabalho artesanal na Alemanha pode ser analisado. Afinal, mesmo que a UE não reconheça esse princípio em seu sistema normativo internacional, o sistema normativo nacional alemão se faz respeitar, pois ambos integram o sistema normativo multinível europeu. Em sentido contrário, quando se analisam historicamente as normas de direito empresarial e de direito ambiental da UE, é possível perceber que estas não só constituem o sistema normativo internacional, como constituíram razão para a regulamentação da matéria por seus Estados-membros em âmbito nacional. Assim, enquanto que no primeiro caso não há primazia da comunidade, há no segundo (KLATT, 2015a, p. 23-24). Como dito acima, entretanto, esse parâmetro não será pertinente à análise jurisprudencial da corte constitucional do Brasil, por fazer referência a um sistema normativo multinível e não a um sistema normativo nacional.

4 PARÂMETROS DECISÓRIOS NO STF

O refinamento dos parâmetros decisórios de Klatt para o conflito de competências, então, deve ser submetido ao critério da falseabilidade. Neste intuito, foram selecionadas decisões da corte constitucional do Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF), que abordam o tema *políticas públicas*. Esse tema foi selecionado como objeto da pesquisa empírica realizada pelo fato de as políticas públicas serem o meio de efetivação de direitos positivos, matéria cuja abordagem se apresenta como exemplo paradigmático para a geração de conflitos de competências entre os poderes públicos.

Além disso, é importante destacar que o estabelecimento de uma política pública soluciona razoavelmente as três primeiras categorias de problema apresentadas em Klatt sobre a efetivação de direitos positivos: a “justificação”, o “conteúdo” e a “estrutura” (KLATT, 2015b, p. 355). Isso, pois, ao se positivar uma política pública, é necessário definir quais serão os direitos realizados, em qual extensão isso se dará, como esses direitos estarão considerados em relação a outros – justificação e conteúdo –, e como, dentre várias alternativas possíveis, essas normas se dispõem estruturalmente no sistema normativo – na estrutura.

Deve-se destacar, ademais, que, reiteradamente, as decisões do STF declaram que o Poder Judiciário possui competência para viabilizar a concretização de políticas públicas já estabelecidas pelo sistema normativo. Dessa maneira, parte-se da seguinte hipótese: *é possível identificar argumentos da Corte Constitucional brasileira na revisão judicial dos atos e omissões dos demais poderes, que correspondam aos parâmetros decisórios para conflitos de competência?*

Mesmo que a expressão “políticas públicas” comporte uma vasta gama de significados, principalmente quando se migra do Direito para a Sociologia (BUCCI, 2006), o conceito de “políticas públicas” utilizado neste trabalho corresponde ao da jurista Maria Bucci, sendo também o utilizado pelo STF.

[...] *programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados* (BUCCI, 2006, p. 39, destaque nosso).

Ressalta-se que a expressão “políticas públicas” foi utilizada como termo de busca no site oficial do Supremo Tribunal Federal, e o recorte institucional ocorreu sobre decisões colegiadas (acórdãos) do plenário do STF, em inteiro teor. O recorte temporal, por sua vez, foi

de 1º de janeiro de 2014 a 31 de dezembro de 2018 (período de 5 anos). A procura teve como retorno 61 resultados, divididos em duas espécies de decisão em sede de controle de constitucionalidade: *controle concentrado* e *controle difuso*.

Foi, então, necessária a qualificação da população, pois, entre a população inicial, se encontrava um número significativo de decisões exclusivamente sobre questões orçamentárias que referenciavam “políticas públicas” meramente na indexação eletrônica das decisões, sem guardar qualquer relação temática ou mesmo sem referenciar o a expressão no corpo da decisão, bem como aquelas que meramente utilizam “políticas públicas” como objeto a ser atingido diante restrição orçamentária. Ainda, os agravos regimentais de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar, por representarem decisões interlocutórias, foram excluídos da análise. Isso porque o objeto do estudo são as decisões terminativas ou sentenças, já que é nelas que se solucionam conflitos de competência. Assim, somente o Ag. Reg. na ACO 1.472 – PA foi mantido. A partir dessa qualificação, resultaram 13 acórdãos, oito de controle concentrado e cinco de controle difuso, correspondendo a 30% da população qualificada.

Os parâmetros e critérios desenvolvidos *neste trabalho* e utilizados na análise, portanto, são:

- a. *Confiabilidade epistêmica empírica (CEE)*, constituído por *previsibilidade (PR)*, *consenso científico (CC)*, e *confiabilidade em sentido estrito (CSE)*;
- b. *Confiabilidade epistêmica normativa (CEN)*, constituído *consenso jurídico (CJ)*; e
- c. *Legitimidade democrática (LD)*, constituído por *legitimidade democrática representativa (LDR)* e *legitimidade democrática participativa (LRP)*.

A seguinte tabela apresenta quantas vezes cada critério foi observado em cada decisão:

Tabela 1 – Número de argumentos por critério por decisão

Dados da decisão			CEE			CEN (CJ ¹)			LD	
Ação	Ano	Ministro Relator	PR	CC	CSE	L	J	D	LDR	LDP
ADC 41 – DF	2017	Roberto Barroso	7			29	23	73	1	1
ADI 5135 – DF	2016	Roberto Barroso	2			20	22	12		1
ADI 5468 – DF	2016	Luiz Fux	7			12	35	40		1
ADI 4102 – RJ	2014	Cármem Lúcia				7	11	2		1
ADI 3059 – RS	2015	Ayres Britto				9	4	5		1
ADI 3721 – CE	2016	Teori Zavascki				6	9	1		

Continua

Dados da decisão			CEE			CEN (CJ ¹)			LD	
Ação	Ano	Ministro Relator	PR	CC	CSE	L	J	D	LDR	LDP
RE 658.312 – SC	2014	Dias Toffoli		3		29	35	38		1
ADI 2072 – RS	2015	Cármem Lúcia		1		7	38	1		
ADPF-MC-Ref. 341 - DF	2015	Roberto Barroso				9	0	3		
RE 592.581 – RS	2015	Ricardo Lewandowski		7		16	46	32		1
RE 627.189 – SP	2016	Dias Toffoli		5		25	11	41	1	2
RE 581.488 – RS	2015	Dias Toffoli		1		8	29	15	1	1
Ag. Reg. ACO 1.472 –PA	2017	Ricardo Lewandowski				4	0	0		
TOTAL				0	33	181	263	269	3	10

Fonte: VAN DE POL (2020).

Nota: Os argumentos sobre o consenso jurídico foram separados entre as espécies de fonte do Direito: “L” para Legislação, “J” para Jurisprudência e “D” para Doutrina.

4.1 TIPOS DE AÇÃO E CARACTERÍSTICAS DAS DECISÕES

As ações percebidas foram:

- a. Controle concentrado de constitucionalidade: ADC – *ação direta de constitucionalidade*; ADI – *ação direta de constitucionalidade*; ADPF – *ação de descumprimento de preceito fundamental*; e
- b. Controle difuso de constitucionalidade: RE – *recurso extraordinário*; e Ag. Reg. – *agravo regimental em*: ACO – *ação civil ordinária*.

O agravo regimental no STF é recurso cabível contra uma decisão proferida monocraticamente. Esse recurso permite que o relator reveja sua decisão ou a encaminhe para turma ou plenário para nova apreciação. O agravo regimental tem como razões a serem contestadas aquelas apresentadas na própria decisão monocrática. Esses argumentos, portanto, são mais frequentemente ou razões processuais contra o indeferimento do próprio instrumento, ou esclarecimentos das principais razões materiais que decidem a ação principal – aquela sobre a qual o agravo regimental recorre. Dessa forma, as decisões sobre agravos regimentais dificilmente apresentam razões pertinentes aos parâmetros da *confiabilidade epistêmica empírica* e ao parâmetro da *legitimidade democrática*, o que se pode verificar na tabela.

A ADI e a ADC são ações sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de um ou mais dispositivos de lei. Isso significa que as decisões proferidas pelo STF têm sua extensão influenciada principalmente pelo número de dispositivos normativos contestados. Uma vez que tratam de interpretação normativa, essas ações têm baixo potencial para apresentar argumentos

sobre a confiabilidade epistêmica empírica, especialmente no que tange o critério da *confiabilidade em sentido estrito*, pois ele diz respeito à certeza sobre fatos concretos. Quando para se concluir pela inconstitucionalidade, as circunstâncias empíricas são especialmente relevantes, contudo, a corte recorre a argumentos sobre o *consenso científico*, o que se pode perceber em quatro das sete ações desse grupo.

Contrária é a tendência dos recursos extraordinários (RE), pois esse instrumento constitucional tem como objeto qualquer decisão colegiada do Poder Judiciário abaixo da corte constitucional que possa ter afetado preceito constitucional, incluindo decisões sobre fatos concretos. Entretanto, o RE não realiza reexame de provas, mas tão somente aquilo empiricamente pertinente à inconstitucionalidade do dispositivo. Por extensão, ainda que, em todos os casos da amostra, a corte tenha apresentado argumentos sobre o consenso científico, o critério da *confiabilidade em sentido estrito*, pertinente particularmente ao reexame das provas, não foi observado. Essa distinção ocorre porque o consenso científico é especialmente importante para a elaboração de uma decisão universalizável.

Na ADPF presente na amostra, questiona-se a interpretação dissidente da jurisprudência infraconstitucional sobre norma emitida pelo Ministério da Educação (MEC) acerca da política pública de financiamento estudantil do ensino superior. Contudo, uma vez que o próprio MEC manifestou interpretação concordante com o requerente, a solução da ação não demandou maiores esforços argumentativos da corte e sua decisão visava cumprir um requisito formal para homogeneizar a jurisprudência nacional. Dessa maneira, mesmo sendo uma espécie de ação relevante para direitos fundamentais, pois constitui um rol amplíssimo de possibilidades, sua análise não é capaz de apresentar conclusões para o trabalho.

4.2 A PRESENÇA DOS CRITÉRIOS REFINADOS NAS DECISÕES DO STF

Neste item, serão apresentados exemplos dos critérios sintetizados por este trabalho. A exposição seguirá a ordem disposta na tabela.

4.2.1 Confiabilidade Epistêmica Empírica

4.2.1.1 Previsibilidade

O *critério da previsibilidade*, no sentido de argumentos que crescem ou reduzem a confiabilidade de premissas da decisão a partir do decurso temporal, não se apresentou em

nenhuma decisão. O STF não é competente para planejar políticas públicas ou ações de longo prazo de qualquer natureza, o que torna argumentos desse tipo pouco ou nada relevante.

Esse critério poderia ser observado, por exemplo, se fosse apresentada à corte constitucional causa em que se discute o próprio planejamento da ação estatal. Nesse ínterim, poder-se-ia mencionar a ADPF nº 347/2015, que trata do *estado de coisas inconstitucional* dos estabelecimentos prisionais do Brasil e demanda que o Poder Judiciário assumira a efetivação dos direitos fundamentais nesse setor da administração pública. Em decisão judicial sobre medida cautelar de 2015, o STF determinou medidas de combate à indigna situação prisional, assumindo papel mais positivo em relação aos direitos fundamentais dos apenados. Ainda assim, mesmo que a decisão sobre a Medida Cautelar na ADPF 347 do Distrito Federal traga medidas, no sentido de solucionar parcialmente o estado de coisas inconstitucional, não se encontram quaisquer argumentos adequados ao critério da previsibilidade.

Possível exemplo de utilização do critério *previsibilidade* pelo STF ocorrerá quando do julgamento das ADI²⁶ contra a Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016, cujos autos se encontram conclusos para sentença. A EC nº 95/2016 é a popularmente denominada “emenda do teto”, que institui novo regime fiscal para o país e atribui novas regras orçamentárias para direitos fundamentais sociais, como saúde e educação. Dentre tais regras orçamentárias, está a determinação do congelamento por vinte anos do valor dos recursos públicos destinados ao custeio desses direitos. Essas ações argumentam que, caso os investimentos sobre esses direitos sigam apenas a taxa inflacionária anual (TOLEDO; SANTOS JUNIOR, 2019), o total de recursos investido ao longo dos vinte anos será inferior ao investimento mínimo estabelecido pela Constituição Federal do Brasil de 1988, situação em que se configuraria a inconstitucionalidade da EC nº 95/2016. Dessa forma, caso o STF julgue pela materialização da referida inconstitucionalidade, é possível que a corte utilize em sua decisão argumentos correspondentes ao critério da previsibilidade. Contudo, como afirmam Toledo e Santos Junior (2019), desde 2017 os autos processuais estão paralisados.

Se esses e outros temas incluírem argumentos sobre a previsibilidade, entretanto, a corte passa a atuar sobre a inconstitucionalidade de forma preventiva, o que levantaria polêmica sobre

²⁶“As ADI são as seguintes, com os respectivos requerentes: ADI 5633 (principais entidades nacionais representativas da magistratura – AMB, Anamatra, Ajufe); ADI 5643 (Federação Nacional dos Servidores e Empregados Públicos Estaduais e do Distrito Federal, FENASEPE); ADI 5.655, (principais entidades nacionais representativas dos membros do Ministério Público – Conamp, ANPR e ANPT); ADI 5658 (Partido Democrático Trabalhista, PDT); ADI 5680 (Partido Socialismo e Solidariedade, PSOL); ADI 5715 (Partido dos Trabalhadores, PT); ADI 5734 (Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação, CNTE)” (TOLEDO; SANTOS JUNIOR. 2019, p. 52).

a atuação das cortes constitucionais e de seu papel entre os poderes públicos. Portanto, antes de se buscar a presença desse tipo de argumento, é necessário compreender se a “inconstitucionalidade preventiva” seria uma tese adequada e, portanto, se o próprio critério de previsibilidade é efetivamente passível de utilização pelo Poder Judiciário.

4.2.1.2 *Consenso científico*

A utilização do *critério do consenso científico*, no sentido de argumentos que acrescem ou reduzem a confiabilidade de premissas da decisão a partir de estudos e pareceres técnicos, encontrou argumentos baseados tanto em elementos quantitativos (estatísticos), quanto em elementos qualitativos do conhecimento.

Sobre argumentos quantitativos, destaca-se o seguinte exemplo:

De acordo com estudo do IPEA, as ações de execução fiscal promovidas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN junto à Justiça Federal possuem custo unitário médio de cerca de R\$ 5,6 mil, tramitam por um tempo médio de 9 anos, 9 meses e 16 dias, dos quais mais de 4 anos são levados apenas para a citação. *A pesquisa também demonstrou que apenas cerca de 3/5 dos processos promovidos pela PGFN vencem a fase de citação, e que a probabilidade de êxito, com a recuperação integral do crédito, é de menos de 26%.* Segundo o IPEA, considerando-se tais dados, somente em relação a créditos de valor superior a R\$ 21.731,45 seria economicamente justificável promover-se a cobrança judicial por meio do executivo fiscal (STF, ADI 5135 – DF, p. 22, destaque nosso).

Esse argumento sobre o *consenso científico* trata de uma das circunstâncias na qual a norma que permite a inscrição dos entes federativos devedores nas certidões de dívida ativa é promulgada. Essa circunstância aponta que a inscrição na dívida ativa é o meio alternativo mais eficaz de fazer com que esses entes cumpram suas obrigações econômicas. Isso se torna especialmente relevante diante do dado do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada –, que aponta uma dificuldade relevante do meio tradicional de cobrança: as ações judiciais.

Sobre argumentos qualitativos, destaca-se o seguinte exemplo:

Esse terrível panorama vem sendo reiteradamente realçado em documentos elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por ocasião de inspeções realizadas em presídios nos distintos Estados brasileiros. A partir delas, esse cenário de horror começou a ser melhor conhecido dentro e fora do Judiciário, especialmente depois da realização dos denominados “Mutirões Carcerários”, instituídos em 2008 pelo referido órgão (STF, RE 592.581 – RS, p. 19).

Esse argumento sobre o *consenso científico* trata de uma das circunstâncias na qual a decisão administrativa de não efetivar os investimentos em casa de albergado provoca a reprodução sistemática do quadro nacional do sistema prisional brasileiro, o que, tendo em vista

a jurisprudência constitucional que autoriza a efetivação de políticas públicas pelo STF, reforça a constitucionalidade da intervenção judicial. Outra forma de expressar esse critério é pela negação do conhecimento sobre algo, como se encontra a seguir:

Não parece existir fundamento sociológico ou mesmo comprovação por dados estatísticos a amparar a tese de que o dispositivo em questão dificultaria ainda mais a inserção da mulher no mercado de trabalho. Não há notícia da existência de levantamento técnico ou científico a demonstrar que o empregador prefira contratar homens, em vez de mulheres, em virtude da obrigação em comento²⁷ (STF, RE 581 488-RS, p. 12, destaque nosso).

Esse argumento aponta para a ausência de estudos sobre um aspecto da realidade, ou seja, sua baixa confiabilidade epistêmica empírica. Além disso, mostra preocupação da corte com a verificação de argumentos meramente especulativos.

4.2.1.3 Confiabilidade em sentido estrito

A utilização do *critério da confiabilidade em sentido estrito*, no sentido de argumentos que acrescem ou reduzem a confiabilidade de fatos concretos, como se percebeu na tabela acima, não foi observada em nenhuma decisão. Além das razões apresentadas a partir das espécies de ação encontradas na amostra e da limitação institucional da corte no reexame de provas, o tema “*políticas públicas*” não parece ser o melhor para permitir sua verificação, pois a análise de casos concretos específicos raramente é relevante para a produção de uma política pública.

4.2.2 Confiabilidade Epistêmica Normativa – Consenso jurídico

O apontamento do *consenso jurídico*, no sentido de argumentos que acrescem ou reduzem a confiabilidade de um entendimento jurídico, não requer muitos esforços para ser encontrado na argumentação da Corte Constitucional brasileira. Seu uso é numericamente evidente. Enquanto que todos os outros critérios somados resultam em 69 correspondências, o critério do consenso jurídico totaliza 713 correspondências – legislação (181), jurisprudência (263) e doutrina (269). A doutrina jurídica é especialmente notável na ADC 41-DF, em que é utilizada 73 vezes. Mais relevante sobre este critério seria analisar a relevância das diferentes fontes do Direito em relação a diferentes tradições de sistema normativo, consuetudinário ou

²⁷ A “obrigação” à qual o trecho se refere é a pausa de trinta minutos entre a jornada principal e a jornada de trabalho excepcional (hora-extra). Essa ação manteve a constitucionalidade da pausa.

romano-germânico, mas essa análise não é possível aqui. A referência à legislação no STF incluiu tanto a legislação nacional, quanto a legislação internacional e o direito comparado. Exemplificativamente, as referências à doutrina frequentemente acompanham remissões à própria legislação:

No contexto brasileiro, há quem afirme que o princípio da precaução foi inserido em nosso sistema jurídico com sua adesão (ratificação e promulgação) à Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e à Convenção da Diversidade Biológica. No entanto, é possível *verificar certo consenso na doutrina especializada no sentido de que o princípio da precaução*, antes mesmo da edição de cada um desses atos convencionais, *já se encontrava contido em nosso ordenamento jurídico desde a promulgação da Constituição Federal de 1988*, que veio a dispor, em seu art. 225, § 1º, incisos IV e V, que [...] [segue citação literal do referido artigo] (STF, RE 627.189 – SP, p. 20, destaque nosso).

4.2.3 Legitimidade democrática

4.2.3.1 Legitimidade democrática representativa

O *critério da legitimidade democrática representativa*, no sentido de recorrer a instrumentos democráticos institucionais vinculantes na determinação da decisão, evidenciou-se poucas vezes. Eles podem ser percebidos em três decisões²⁸, principalmente, como manifestações dos poderes políticos a favor da constitucionalidade da norma contestada e por descrição do próprio judiciário de excepcionalidades no processo decisório. Esse é o caso da ADC 41 – DF e da particular maioria de votos no Poder Legislativo, de forma a evidenciar a legitimidade democrática representativa da lei em questão.

Mais recentemente, tem-se entendido que tal presunção de constitucionalidade deve ser graduada de acordo com alguns parâmetros, voltados a concretizar a diretriz de deferência ao legislador. São eles, entre outros: (i) *o grau de legitimidade democrática do ato normativo*, que se refere à necessidade de conferir tanto mais peso à presunção de constitucionalidade quanto maior o grau de consenso parlamentar e extraparlamentar atingido durante a sua tramitação e votação; [...].

Pois bem. Tendo em vista todos os parâmetros acima, não é difícil concluir que a Lei nº 12.990/2014 deve ostentar uma presunção reforçada de constitucionalidade. *A Lei resultou da aprovação de projeto de lei de iniciativa da Presidência da República, que tramitou em regime de urgência constitucional, e obteve aprovação da quase totalidade dos membros das duas Casas Legislativas*. Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 6.738/2013 foi aprovado em Plenário por amplíssima maioria: foram 314 votos pela aprovação, 36 pela rejeição e 6 abstenções. Já no Senado Federal, o PL foi aprovado pelo Plenário por votação simbólica, contando com a manifestação favorável de todos os presentes [...]. (BRASIL, 2017a, p. 37, destaque nosso).

²⁸ ADC 41-DF, RE 627.189-SP, e RE 581.488-RS.

Esse trecho é especialmente relevante, pois o Ministro-relator não só evidencia um argumento cabível ao critério da legitimidade democrática representativa, como o anuncia como critério de manutenção da decisão legislativa. Abordagens abrangentes sobre esse critério, contudo, não são tão frequentes e extensas. Credita-se significativamente o seu uso na ADC 41 à profunda discussão social que a política pública de cotas raciais tem levantado no Brasil nos últimos anos²⁹.

No RE 581.488-RS, a decisão do Conselho Nacional de Saúde (deliberativo) sobre a política de prestação de bens e serviços pelo SUS foi utilizada como argumento à legitimidade democrática representativa:

Com o beneplácito dos órgãos colegiados do SUS, inclusive do Conselho Nacional de Saúde, foi expedida, assim, a Portaria 3916/98, do Ministério da Saúde, definindo a “Política Nacional de Medicamentos” e institucionalizando a RENAME – Relação de Medicamentos Essenciais, com a finalidade de indicar os produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população, que devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem (STF, RE 581.488-RS, p. 57, destaque nosso).

4.2.3.2 Legitimidade democrática participativa

O critério da legitimidade democrática participativa, no sentido de recorrer a instrumentos democráticos ou não-institucionais ou não-vinculantes na determinação da decisão, foram mais frequentemente observados. Estiveram presentes em nove das 13 decisões, correspondendo a sete convocações de amici curiae e dois convocações de audiências públicas³⁰. Há uma particularidade na análise deste critério. Aqui, não se analisa a influência dos amici curiae ou dos participantes das audiências públicas sobre a decisão da corte, mas a utilização ou não de instrumentos dessa espécie. A opção por uma análise qualitativa e não quantitativa desse critério ocorre porque a análise quantitativa já foi parcialmente produzida em sede do STF por Mario Andrade (2015), quando este analisa as audiências públicas da corte.

²⁹ Além da legitimidade democrática da decisão primária citada, a decisão do STF contou com a unanimidade plenária do STF e representou mais uma vitória das políticas públicas que visam a igualdade material entre raças do Brasil.

³⁰ As audiências públicas brasileiras têm a pretensão de servir como ferramenta de legitimação democrática, porém, uma abordagem breve do tema alerta para uma inviabilização do seu caráter democrático, por razões das quais destacam-se duas. A primeira crítica ocorre pela falta de critérios e procedimentos para a seleção de participantes que possa permitir a contestação de decisões que indeferem uma participação objetivamente. A segunda crítica se dá por essa discricionariedade quanto aos procedimentos fazer com que se exija, ainda que em tempos da informatização, a presença física para se inscrever como sujeito interessado – no quinto maior país do mundo em extensão territorial, exigir que o interessado se desloque até Brasília, por exemplo, que fica no meio do país, é uma espécie forte de restrição ao acesso democrático.

Pelo que o autor conclui, a legitimidade democrática da corte corresponde mais a um caráter formal que material, pois “limitam a abertura da jurisdição constitucional, basicamente, a **experts**” (ANDRADE, 2015, p. 175), destaque do autor). Isso implica na distorção presumida aqui, de que as audiências públicas e o *amicus curiae* sirvam à legitimidade democrática participativa pela oitiva de interpretações e visões de mundo socialmente difundidas” (Idem), pois o STF busca materialmente por razões da comunidade científica que acresçam à confiabilidade epistêmica empírica. Neste sentido, à exceção da presença da união, dos estados e dos municípios como participantes desses processos, todas os participantes englobados pela amostra representam sujeitos ou entidades compostas por especialistas, o que indica a manutenção atual das conclusões de Andrade (2015).

Ainda assim, uma vez que não é possível exemplificar a utilização de argumentos próprios pela corte a partir das intervenções dos participantes, pois isso demandaria ampliar a análise documental para incluir as manifestações desses participantes, o exemplo a seguir aponta a utilização de citação direta de uma dessas intervenções:

Donde o Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática (IBDI), às fls. 341, haver dito que:

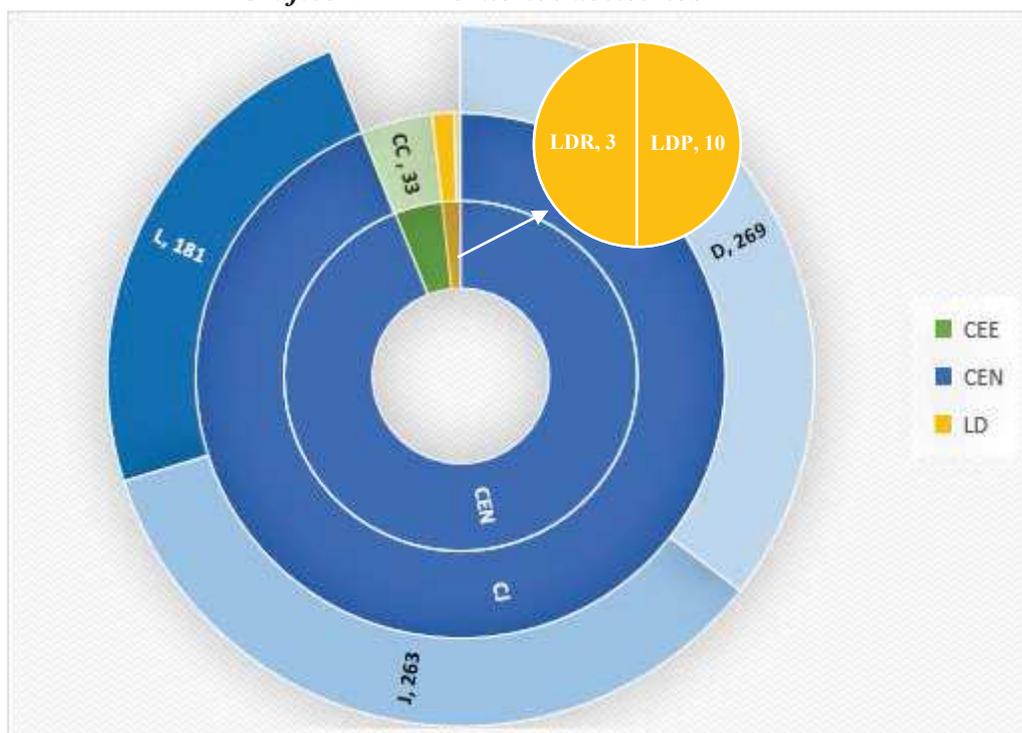
“para que se possa preservar o exercício da democracia (no momento político atual, quando as sociedades fazem a transição do modelo da sociedade industrial para o modelo da sociedade da informação), é imperioso não mirar para as tecnologias que serão usadas para controlar e administrar a informação pública como sendo uma realidade que começa e acaba na lógica do mercado.

A escolha do software não é mera decisão de governo. Trata-se de decisão de Estado. É precisamente essa qualidade que motiva a intervenção do legislativo sul-riograndense. As decisões de governo só podem se concretizar dentro de limites estreitos definidos pela legislação, no âmbito de sua competência” (STF, ADI 3,059-RS, p. 21).

4.3 CONCLUSÕES PARCIAIS

O Gráfico 1 expressa a proporção dos critérios decisórios utilizados pela corte. Ele aponta que, na amostra analisada, há predominância dos critérios de *confiabilidade epistêmica normativa* (CEN), respectivamente nas formas *doutrina* (D), *jurisprudência* (J), e *legislação* (D). Em seguida, expressam-se em maior número o *critério do consenso científico* (CC) e da *legitimidade democrática participativa* (LDP) e o da *legitimidade democrática representativa* (LDR). Como apontado acima, os critérios da *previsibilidade* e da *confiabilidade em sentido estrito* não se apresentaram na revisão judicial da corte constitucional.

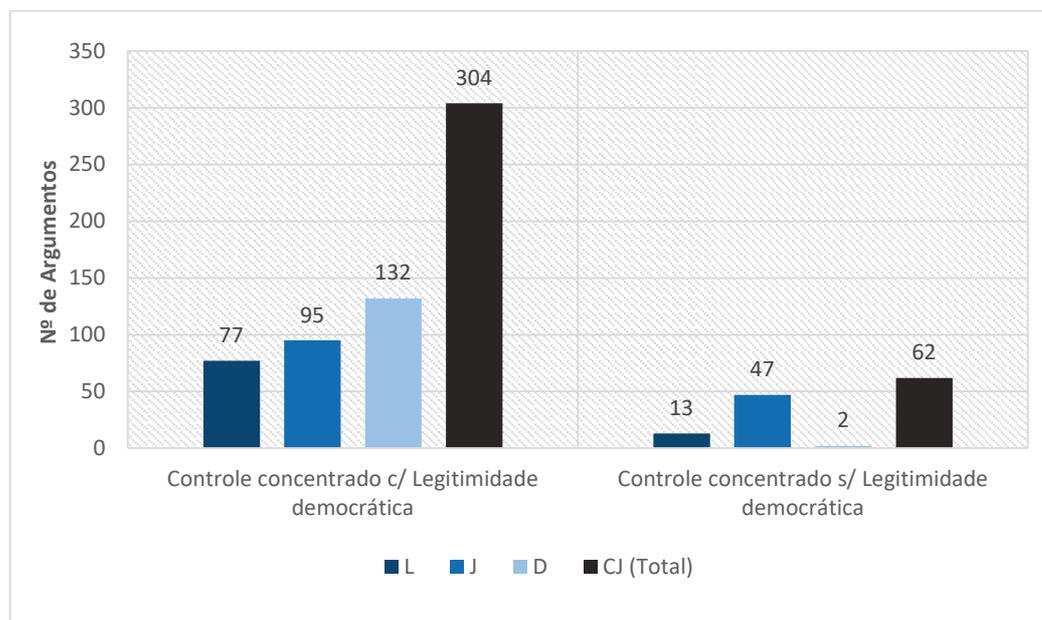
Gráfico 1 – Critérios decisórios



Fonte: VAN DE POL (2020).

Em decisões de controle concentrado de constitucionalidade, em que há um grande volume de argumentos sobre o consenso científico, nota-se também a utilização de recursos de legitimidade democrática. É o que se observa no Gráfico 2. Essa relação indica que, à medida em que os esforços argumentativos se tornam maiores, tende-se a utilizar parâmetros decisórios de outra espécie. A única dentre essas ações que utilizou mais de um recurso à *legitimidade democrática* foi a ADC 41 – DF. Nela, ocorre a utilização de um argumento sobre legitimidade democrática representativa pautado na excepcionalidade de uma votação legislativa com amplíssima maioria, representando especial legitimidade dessa decisão legislativa sobre uma política pública de cotas raciais.

Gráfico 2 – Consenso jurídico e legitimidade democrática

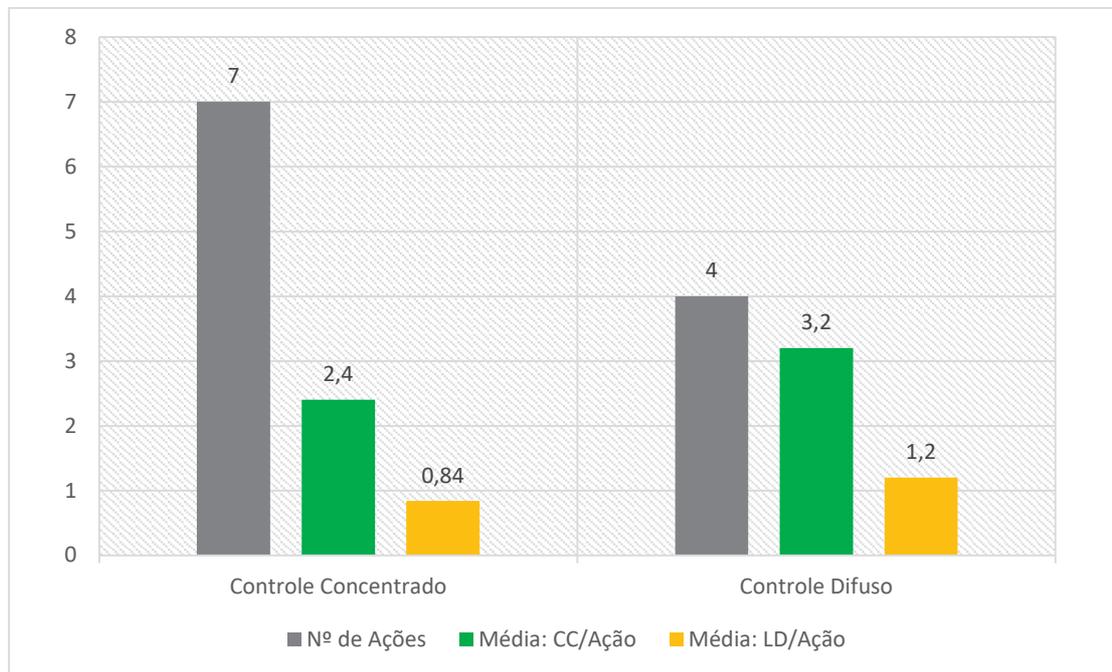


Fonte: VAN DE POL (2020).

A comparação entre a média de argumentos pertinentes ao critério do consenso científico das ações de controle concentrado é tendenciosamente menor que a mesma média entre as ações de controle difuso de constitucionalidade. O mesmo parece ocorrer com a média de uso de ferramentas de legitimidade democrática. A diferença ocorre principalmente porque, consideradas as ações de controle concentrado, três em sete não apresentam o critério do consenso científico, e duas em sete não apresentam o critério da legitimidade democrática, enquanto que, consideradas as ações de controle difuso, todas utilizam esses critérios. O RE 627.189 – SP é especialmente significativo, pois, além de apresentar cinco argumentos sobre o consenso científico, apresenta três recursos de legitimidade democrática, quais sejam, uma audiência pública, o *amicus curiae* e um especial engajamento dos Poderes Executivo e Legislativo antes da decisão legislativa.

O uso de tantos critérios distintos nas ações de controle concentrado só ocorre uma vez, com a ADC 41 –DF, já nas ações de controle difuso, apesar um menor número de ações, ocorre duas vezes, com a RE 581.488 – RS e com a acima referida RE 627.189 – SP.

Gráfico 3 – Consenso científico e legitimidade democrática nas ações de controle de constitucionalidade



Fonte: VAN DE POL (2020).

CONCLUSÃO

Este trabalho apresentou conclusões a pontos diversos da *teoria dos princípios formais* e se utilizou principalmente dos trabalhos de Robert Alexy (2003, 2014a, 2014b, 2015) e Mathias Klatt (2012, 2015a, 2015b). Com base em fundamentos extraídos do pensamento de Alexy, concluiu-se que *capacidade normativa* e *procedimentos* tratam de elementos essencialmente distintos. A capacidade normativa é gênero do qual a *capacidade jurídica* e a *competência* são espécies. A *capacidade jurídica* se refere à habilidade de titulares de direito privado de modificar posições jurídicas, e a *competência* se refere à capacidade/poder de autoridade de Estado de modificar posições jurídicas no sistema normativo.

Os procedimentos são normas que constituem, instruem e delimitam a atuação de titulares de direito privado e de autoridades de direito público, em relação aos direitos fundamentais e, em sentido amplo, em relação aos princípios materiais presentes em um sistema normativo. *Procedimentos em sentido amplo* se referem, por sua vez, a quaisquer titulares de capacidades normativas em um sistema normativo, enquanto os *procedimentos em sentido estrito* se referem somente àquelas normas que instruem o processo decisório de autoridades de Estado.

No que tange o conflito de competências, discorreu-se sobre a taxonomia formulada por Klatt para esse conflito, abordando-se a ponderação e a disposição de sua estrutura lógica na fórmula do peso. Examinou-se a concepção de discricionariedade e sua pertinência à colisão de competências, bem como a principal fonte normativa desse conflito segundo Klatt, qual seja, os direitos positivos.

Os seguintes parâmetros desenvolvidos pelo autor para a solução do conflito de competências foram analisados: i) *qualidade da decisão primária*; ii) *confiabilidade epistêmica empírica* e *confiabilidade epistêmica normativa*; iii) *legitimidade democrática*; iv) *significância dos princípios materiais em jogo*; v) *função específica*; e vi) *subsidiariedade*.

Foram excluídos os parâmetros *qualidade da decisão primária* e *significância dos princípios materiais em jogo*. O parâmetro *qualidade da decisão primária* foi excluído por se ter considerado que seus critérios pertenciam a outros parâmetros, notadamente ao parâmetro da *confiabilidade epistêmica empírica*. A exclusão do parâmetro *significância dos princípios materiais em jogo* se justificou por se ter entendido que ele ou constitui uma variável da fórmula do peso, qual seja, a *intensidade de interferência* em um princípio material, ou é razão de conexão entre a ponderação de princípios materiais e a ponderação de princípios formais.

O segundo parâmetro, confiabilidade epistêmica empírica e confiabilidade epistêmica normativa, foi parcialmente reformado no que toca a *confiabilidade epistêmica normativa*, pois ela acresce a competência do Judiciário, não do Legislativo, uma vez que, sendo função principal do Judiciário a interpretação e aplicação do Direito, uma dúvida sobre um enunciado normativo deve ser respondida, em princípio, por esse Poder.

O quinto parâmetro, referente à *função específica*, não constitui o que se entende como parâmetro à solução de competências, mas uma variável da ponderação de princípios formais, pois trata da intensidade de interferência sobre uma competência. Por fim, o sexto e último parâmetro se mostrou impertinente para a análise do sistema normativo brasileiro, pois estabelece critérios para a solução de conflito de competências em um *sistema normativo multinível*, o que não se aplica ao objeto jurisprudencial do trabalho.

A análise dos parâmetros e critérios para solução de conflito de competências gerou a seguinte síntese:

- 1) *Confiabilidade epistêmica empírica*, constituída por *previsibilidade*, *confiabilidade em sentido estrito*, e *consenso científico*;
- 2) *Confiabilidade epistêmica normativa*, constituída por *consenso jurídico*; e
- 3) *Legitimidade democrática*, constituída por *legitimidade democrática representativa*, e *legitimidade democrática participativa*.

Finalmente, realizou-se pesquisa empírica visando identificar esses critérios na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Apenas dois deles não foram observados, quais sejam a *previsibilidade* e a *confiabilidade em sentido estrito*. Creditou-se a inobservância da previsibilidade à incompetência da corte constitucional nacional na elaboração de decisões de longo prazo e se creditou a inobservância da confiabilidade em sentido estrito às normas do STF, que impedem o reexame de provas dos fatos concretos em relação às ações pertencentes à amostra.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*, Colômbia, v. 16, n. 4, p. 433-49, dec. 2003.
- ALEXY, Robert. Formal principles: Some replies to critics. *International Journal of Constitutional Law*, Nova Iorque, v. 12, n. 3, p. 511-524, 2014a.
- ALEXY, Robert. Princípios formais. In: SALIBA, Aziz Tuffi; LOPES, Mônica Sette; ALEXY, Robert. CONGRESSO BRASIL-ALEMANHA DE TEORIA DO DIREITO E DIREITO CONSTITUCIONAL: Conceito e Aplicação do Direito em Robert Alexy. *Anais [...]*. Belo Horizonte, Imprensa Univ. da UFMG, 2014b.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ALLAN, T.R.S. Deference, Defiance, and Doctrine: Defining the limits of Judicial Review. *The University of Toronto Law Journal*, Toronto, v. 60, n. 1, p. 41-59, 2010. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40542360>. Acesso em: 13 dez. 2018.
- ANDENAS, Mads; ZLEPTNIG, Stefan. Proportionality: WTO Law: in Comparative Perspective. *Texas International Law Journal*, Austin, v. 42, p. 372-401, 2007.
- ANDRADE, Mario. César da Silva. *Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal como Seara Argumentativa: cientificismo, discursividade e democracia na abordagem dos argumentos pelos Ministros*. Dissertação. (Mestrado em Direito). 2015 – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2015.
- ANDRADE NETO, João. The Debatable Universality of the Proportionality Test and The Wide-Scope Conception of Fundamental Rights. *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 1, p. 4-19, jan. /jun. 2016.
- AVRITZER, Leonardo. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Souza. *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, p. 2002. p. 561-598.
- BECKMAN, Ludvig. Deciding the demos: three conceptions of democratic legitimacy. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Londres, v. 22, n. 4, p. 412-431, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1080/13698230.2017.1390661>. Acesso em: 14 abr. 2019.
- BOROWSKI, Martin. The Structure of Formal Principles: Robert Alexy's "Law of Combination" *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, ARSP. Beiheft*, n. 119, p. 19-35, p. 2010.
- BOROWSKI, Martin. On Apples and Oranges: Comment on Niels Petersen. *German Law Journal*, v. 14, n. 8, p. 1409-1418, 2013.
- BRASIL. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em 11 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4102*. Rio de Janeiro. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, Universidade do Rio de Janeiro (UERJ). Relator: Ministro Cármen Lúcia Antunes Rocha. Distrito Federal. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.%20E%204102.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 658.312*. Santa Catarina. Requerente: A Angeloni & Cia LTDA. Requerido: Rode Keilla Tonete da Silva. Relator: Ministro Dias Toffoli. 2014b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE.SCLA.%20E%20658312.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental com Medida Cautelar nº 341*. Distrito Federal. Requerente: Partido Socialista Brasileiro (PSB). Intimado: Ministro de Estado da Educação. Relator: Ministro Roberto Barroso. 2015a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF-MC-Ref.SCLA.%20E%20341.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2072*. Rio Grande do Sul. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Cármen Lúcia Antunes Rocha. 2015b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.%20E%202072.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3059*. Rio Grande do Sul. Requerente: Democratas. Intimados: Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ayres Britto. 2015c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.%20E%203059.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 581.488*. Rio Grande do Sul. Requerente: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: União, Município de Canela, Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Dias Toffoli. 2015d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE.SCLA.%20E%20581488.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Rio Grande do Sul. Requerente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Lewandowski. 2015e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE.SCLA.%20E%20592581.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3721*. Ceará. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Governador do Estado do Ceará, Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Ministro Teori Zavascki. 2016a. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.%20E%203721.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5468*. Distrito Federal. Requerente: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA). Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Distrito Federal. 2016b. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.%20E%205468.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 627.189*. São Paulo. Requerente: Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A. Requerido: Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava e Outros(a/a), Pedro Roxo Nobre Franciosi. Relator: Ministro Dias Toffoli. 2016c. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE.SCLA.%20E%20627189.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Constitucionalidade nº 41*. Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB). Intimado: Presidente da República; Congresso Nacional. Relator Ministro Roberto Barroso. Distrito Federal. 2017a. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADC.SCLA.%20E%2041.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5135*. Distrito Federal. Requerente: Confederação Nacional da Indústria (CNI). Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Roberto Barroso. Distrito Federal. 2017b. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.%20E%205135.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Civil Originária nº 1.482*. Pará. Requerente: Agravante: Fundação Pública Estadual Hospital de Clínicas Gaspar Viana (FPEHCGV); Estado do Pará. Requerido: União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 2017c. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ACO-AgR-segundo.SCLA.%20E%201472.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estatísticas Eleitorais*. 2018. Disponível em:
<http://www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais>. Acesso em: 11 dez. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas. Principles, Precedents and Their Interplay in Legal Argumentation: How to Justify Analogies between Cases. *ARSP-Beiheft*, Old Aberdeen, v. 119, p. 63-77, 2012. Disponível em:
https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1593606_code1470905.pdf?abstractid=1593606&mirid=1 Acesso em 11 dez. 2019.

- CAROLAN, Eoin. Revitalizing the social foundations of the separation of powers. In: BARAGGIA, Antonia; VANONI, Luca Pietro; FASONE, Cristina. *New Challenges for the Separation of Powers*. London: Ed. Edward Elgar, 2018a. p. 2-27.
- CAROLAN, Eoin. The Problems with the theory of the Separation of Powers. In: CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: A Theory for the Modern State*. Oxford University Press on Demand. Dublin, 2009. p. 1-30. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1889304>. Acesso em: 3 set. 2018.
- DA SILVA, Virgílio A. *A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of constitutional law*. Nova Iorque, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007.
- DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Revisitando o regime jurídico de direito público. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora-RPGMJF*, Juiz de Fora, v. 1, p. 231-255, 2012.
- ENOCH, David. Taking Disagreement Seriously: On Jeremy Waldron's Law and Disagreement. *Israel Law Review*, Jerusalem, v. 39, n. 3, p. 22-35, 2006.
- FELLESDAL, Andreas. Global Governance as Public Authority: Structures, Contestation, and Normative Change - The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law. *Jean Monnet Working Paper*, Nova Iorque, n. 12, v. 11, New York University School of Law, 2011.
- FREDMAN, Sandra Fredman. *Human rights transformed: Positive rights and positive duties*. Oxford University Press and Demand, Oxford, 2008.
- GERARDS, Janneke. Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine. *European Law Journal*, Nova Jérícia, v. 17, n. 1, p. 80-120, 2011.
- HABERMAS, J. Três Modelos Normativos de Democracia. *Lua nova: revista de cultura e política*, São Paulo, n. 36, p. 39-53, 1995.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14.2, p. 618-688, 2013.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2012-2018*, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em encurtador.com.br/bcnK8 Acesso em 11 dez. 2019.
- KAVANAGH, Aileen. Participation and judicial review: a reply to Jeremy Waldron. *Law and Philosophy*, v. 22, n. 5, p. 451-486, 2003.
- KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KLATT, Matthias. Taking Rights Less Seriously: A Structural Analysis of Judicial Discretion. *Ratio Juris*, Colômbia, v. 20, n. 4, p. 506-529, dec. 2007.

KLATT, Matthias. Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. *Heidelberg Journal of International Law*, Heidelberg, p. 691-718, 2011.

KLATT, Matthias. *Institutionalized reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford. Oxford University Press, 2012.

KLATT, Matthias. Balancing Competences: How institutional cosmopolitanism can manage jurisdictional conflicts. *Global Constitutionalism*, Cambridge, v. 4, n. 2, p. 195-226, 2015a.

KLATT, Matthias. Positive Rights: Who Decides? Judicial review in balance. *International Journal of Constitutional Law*, Nova Iorque, v. 13, n. 2, p. 354-382, 2015b.

KLATT, Matthias. Argumentação jurídica e devido processo legal. In: TOLEDO, Cláudia. *O Pensamento de Robert Alexy como Sistema*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017. p. 51-78.

KLATT, Matthias. Legal Argumentation and the Rule of Law. In: FETERIS, E; KLOOSTERHUIS, H; PLUG, J; SMITH, C. *Legal Argumentation and the Rule of Law*. Hague, Eleven International Publishing, 2016. p. 27-46. Disponível em: <http://www.graz-jurisprudence.at>. Acesso em: 06 jun. 2018.

KLATT, Matthias. Judicial Review and Institutional Balance. Comments on Dimitrios Kyritsis. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, Europa, v. 38, p. 21-38, 2019a.

KLATT, Matthias. Law as Fact and Norm: Georg Jellinek and the Dual Nature of Law. In: SCHAUER, F; BEZEMEK, C; LADAVAC, N. (Org.) *The Normative Force of the Factual: Legal Philosophy Between Is and Ought*, Genebra, Springer International Publishing, 2019b. p. 45-64.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012a.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. Proportionality – a benefit to human rights? Remarks on the I CON controversy. *International Journal of Constitutional Law*, Nova Iorque, v. 10, n. 3, p. 687-708, 2012b.

KLATT, Matthias; SCHMIDT, Johannes. Epistemic discretion in constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*, Nova Iorque, v. 10, n. 1, p. 69-105, 2012.

KUMM, Mattias. The Legitimacy of International Law: a constitutionalist framework of analysis. *European Journal of International Law*, Europa, v. 15, n. 5, p. 907-931, 2004.

KUMM, Mattias. The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty, *European Law Journal*, Nova Jérícia, v. 11, n. 3, p. 262-307, 2005.

KUMM, Mattias. The cosmopolitan turn in constitutionalism: an integrated conception of public law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Bloomington, v. 20, n 2, p. 605-628,

2013. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/10.2979/indjglolegstu.20.2.605>. Acesso em: 06 jun. 2018.

LEVINSON, Sanford. How the United States Constitution Contributes to the Democratic Deficit in America? *Drake Law Review*, Des Moines., v. 55, p. 859-875, 2006.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2011. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

PASCUAL, Maribel González. Methods of Interpreting Competence Norms: Judicial Allocation of Powers in a Comparative Perspective. *German Law Journal*, Lexington, v. 14, n. 8, p. 1501-1521, 2013.

PAVLAKOS, George; PAUWELYN, Joost. Principled Monism and the Normative Conception of Coercion under International Law. In: EVANS, Malcolm; KOUTRAKOS, Panos. *Beyond the established legal orders: policy interconnections between the EU and the rest of the world*. London: Bloomsbury Publishing, 2011. p. 317-342. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1950071>. Acesso em: 11 set. 2018.

PERTERSEN, Niels. How to Compare the Length of Line to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law. *German Law Journal*, Lexington, v. 14, n. 8, p. 1387-1408, 2013.

RIVERS, Julian. Proportionality and variable intensity of review. *The Cambridge Law Journal*, Cambridge, v. 65, n. 1, p. 174-207, 2006.

RIVERS, Julian. Constitutional Rights and Statutory Limitations. In: KLATT, Matthias. *Institutionalized reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 248-274.

ROSS, Alf. *Directives and Norms*. London: Western Printing Services Ltd, 1968.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2002.

SARTORI, V.B. Lukács e as figuras da política na sociedade capitalista: apontamentos sobre democracia e liberalismo. *Prima Facie*, João Pessoa, v. 15, n. 28, p. 1-37, 2016.

SCHILLING, Theodor. The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Some Supplementations to Matthias Kumm. *European Law Journal*, Nova Jérícia, v. 12, n. 2, p. 173-193, 2006.

SIECKMANN, Jan-R. The Theory of Principles: A Framework for Autonomous Reasoning. *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, ARSP. Beiheft*, Stuttgart, n. 119, p. 37-61, 2010.

TEITZ, Louise Ellen. Taking Multiple Bites of the Apple: A proposal to resolve conflicts of jurisdiction and multiple proceedings. *The International Lawyer*. Estados Unidos, v. 26, p. 21-64, 1992.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracia na América: Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. *Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara – Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, jan./jun., p. 47-65, 2005.

TOLEDO, Cláudia. *Direitos Fundamentais Sociais: Entre ponderação e subsunção*. Direitos sociais em debate. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/323883795_Direitos_Fundamentais_Sociais_-_Entre_ponderacao_e_subsuncao. Acesso em: 06 jun 2019.

TOLEDO, Cláudia. Justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e conflito de competências. In: TOLEDO, Cláudia. *O Pensamento de Robert Alexy como Sistema*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017a. p. 278-292.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo existencial: a construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã. *PIDCC: Revista em Propriedade Intelectual Direito Contemporâneo*, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 102-119, 2017b.

TOLEDO, Cláudia. Competence Conflicts – Objective Criteria and Balancing of Formal Principles. In: WORLD CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR THE PHILOSOPHY OF LAW AND SOCIAL PHILOSOPHY (IVR), XXVIII, 2017, Lisboa. Anais. Lisboa, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, ARSP, 2017.[no prelo]

TOLEDO, Cláudia. Hard Cases, Rationality and Transformation of the Legal Order. In: WORLD CONGRESS OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR THE PHILOSOPHY OF LAW AND SOCIAL PHILOSOPHY (IVR), XXVIII, 2017, Lisboa. Anais. Lisboa, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, ARSP, 2017, p. 8-9,. No prelo 2017c. [No prelo]

TOLEDO, Cláudia; SANTOS JÚNIOR, Moisés. Políticas públicas de austeridade e direitos sociais. In: CUNHA, Silvério da Rocha; MARTINS, Marco A. B.; VASQUES, Rafael F. *Os Direitos Humanos por um Fio?* Perspectivas transdisciplinares dos direitos humanos em tempos difíceis. Esmeriz: Edições Húmus, 2019. p. 43-64. UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia. Bruxelas. 1992.

WESSON, Murray. Disagreement and the constitutionalisation of social rights. *Human Rights Law Review*, Oxford, v. 12, n. 2, p. 221-253, 2012.

VAN DE POL, Alexandre. Princípio Formal da Subsidiariedade: uma análise crítica para uma teoria dos princípios formais. SEMINÁRIO DE PESQUISA E EXTENSÃO DA FACULDADE DE DIREITO DA UFJF (SEMPEX), III, 2017, Juiz de Fora. Anais, Juiz de Fora, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2017. [No prelo.].

VAN DE POL, Alexandre. *Ponderação de Princípios Formais*: proposições a partir da análise de Matthias Klatt. 2017. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2017.

APÊNDICE A – Critérios por acórdão

STF. ADC 41 – DF. **Relator: Ministro Roberto Barroso. 2017. Disponível em:** <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADC.SCLA.%20E%2041.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB)

Intimado: Presidente da República; Congresso Nacional

Tema: Ação Direta de Constitucionalidade a favor de norma que garante a reserva de 20% (vinte por cento) das vagas de concurso público para autodeclarados negros. A política pública (lei tal) foi declarada constitucional. Esta ação visava principalmente a homogeneização da jurisprudência infraconstitucional. TESE: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa” (p. 3).

Parâmetros

Confiabilidade epistêmica empírica

Previsibilidade

Consenso científico

1. “Essa desproporção torna-se ainda mais evidente quando consideradas carreiras mais valorizadas que exigem nível superior e oferecem melhor remuneração. Tem-se nessa Nota Técnica o seguinte quadro comparativo[...]”, p. 183.
2. “Vejam Vossas Excelências: o censo de 2010 do IBGE aponta que cerca de metade da população brasileira é negra. Nada obstante isso, dados do IPEA demonstram que a população negra e parda segue sub-representada entre os mais ricos e sobrerrepresentada entre os mais pobres, equivalendo a 72% dos 10% mais pobres. Portanto, mais de 70% dos mais pobres no Brasil são negros [...]”, p. 21.
3. “Nada obstante isso, dados do IPEA demonstram que a população negra e parda segue sub-representada entre os mais ricos e sobrerrepresentada entre os mais pobres, equivalendo a 72% dos 10% mais pobres [...]”, p. 42 a 47.
4. “A título exemplificativo desta função ‘representativa’, Patricia Perrone aponta que diversos estudos demonstram a influência da raça dos juízes não só nas suas próprias decisões, como nas decisões dos órgãos colegiados que integram. Segundo afirma, ‘juízes afrodescendentes apresentam tendência a votar a favor de autores afrodescendentes em matéria de proteção do direito de voto, bem como que juízes brancos possuem idêntica inclinação quando juízes afrodescendentes integram o órgão colegiado de decisão’”, p. 57.
5. “A grande variedade combinatória de elementos étnico-raciais é refletida nas variações observadas em pesquisas que utilizam padrões classificatórios diferentes, conforme dividam o universo avaliado em negros e brancos; pretos, pardos e brancos; ou outras classificações. Esse tipo de inconsistência foi detectado pela literatura científica produzida a respeito do tema, como no seguinte estudo [seguida de citação extensa]”, p.80.
6. “Além disso, seria possível argumentar que, diante da incerteza de cor – em função de “fraudes” de declaração ou diferentes métodos de classificação –, a desigualdade racial também poderia ser variável. Como medidas de

desigualdade dependem de como os recursos são distribuídos entre pessoas pertencentes a diferentes grupos raciais, elas podem se alterar: 1) diante de uma redistribuição de recursos entre grupos fixos; 2) diante de uma redistribuição de grupos (ex. reclassificação racial) entre recursos; ou 3) ambos. No caso brasileiro, como a raça é uma variável volátil, o segundo tipo de dinâmica entra em vigor, fazendo com que a desigualdade racial seja causa, mas não necessariamente consequência exclusiva, das políticas de ação afirmativa”, p. 81.

7. “Consoante registrei por ocasião do julgamento desta ação, um dia antes do seu início, em 11.5.2017, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), juntamente com a Fundação João Pinheiro (FJP) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), divulgaram o estudo ‘Desenvolvimento Humano Para Além das Médias’, precisando os profundos contrastes existentes na população brasileira”, p. 113.

Confiabilidade em sentido estrito

Confiabilidade epistêmica normativa

Consenso jurídico

1. Legislação (29); Jurisprudência (23), Doutrina (73).

Legitimidade democrática

Legitimidade democrática representativa

1. “Mais recentemente, tem-se entendido que tal presunção de constitucionalidade deve ser graduada de acordo com alguns parâmetros, voltados a concretizar a diretriz de deferência ao legislador. São eles, entre outros: (i) o grau de legitimidade democrática do ato normativo, que se refere à necessidade de conferir tanto mais peso à presunção de constitucionalidade quanto maior o grau de consenso parlamentar e extraparlamentar atingido durante a sua tramitação e votação; [...]. Pois bem. Tendo em vista todos os parâmetros acima, não é difícil concluir que a Lei nº 12.990/2014 deve ostentar uma presunção reforçada de constitucionalidade. A Lei resultou da aprovação de projeto de lei de iniciativa da Presidência da República, que tramitou em regime de urgência constitucional, e obteve aprovação da quase totalidade dos membros das duas Casas Legislativas. Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 6.738/2013 foi aprovado em Plenário por amplíssima maioria: foram 314 votos pela aprovação, 36 pela rejeição e 6 abstenções. Já no Senado Federal, o PL foi aprovado pelo Plenário por votação simbólica, contando com a manifestação favorável de todos os presentes. Ademais, a Lei nº 12.990/2014 se destina à proteção de direitos fundamentais de grande relevância material – como o direito à igualdade – titularizados por minorias estigmatizadas, como são os negros”, p. 37.

Legitimidade democrática participativa

1. Amicus curiae: Instituto de Advocacia Racial e Ambiental (IARA), e Educação e Cidadania de Afrodescendentes e Carentes (EDUCAFRO).

STF. ADI 5135 – DF. **Relator: Ministro Roberto Barroso. STF, 2016. Disponível em:** <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.%20E%205135.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.492/1997, ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO. INCLUSÃO DAS CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA NO ROL DE TÍTULOS SUJEITOS A PROTESTO. CONSTITUCIONALIDADE.

Tema: Ação Direta de Inconstitucionalidade contra norma que permite o protesto de dívida de pessoas físicas e jurídicas por títulos sujeitos à inscrição na Certidão de Dívida Ativa. A ação foi indeferida, permitindo que os agentes públicos deem publicidade de seus devedores mediante essa espécie de registro. TESE: “O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política”, p. 3.

Requerente: Confederação Nacional da Indústria (CNI)

Intimados: Presidente da República e Congresso Nacional.

Parâmetros

Confiabilidade epistêmica empírica

Previsibilidade

Consenso científico

1. “De acordo com estudo do IPEA24, as ações de execução fiscal promovidas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN junto à Justiça Federal possuem custo unitário médio de cerca de R\$ 5,6 mil, tramitam por um tempo médio de 9 anos, 9 meses e 16 dias, dos quais mais de 4 anos são levados apenas para a citação. A pesquisa também demonstrou que apenas cerca de 3/5 dos processos promovidos pela PGFN vencem a fase de citação, e que a probabilidade de êxito, com a recuperação integral do crédito, é de menos de 26%. Segundo o IPEA, considerando-se tais dados, somente em relação a créditos de valor superior a R\$ 21.731,45 seria economicamente justificável promover-se a cobrança judicial por meio do executivo fiscal”, p. 22.
2. Descrição do comportamento institucional internacional: “O próprio Banco Mundial faz um ranking de países que assimilam bem os negócios de acordo com o seu sistema processual. E hoje, na análise econômica do processo, um dos meios que se observa é como um país trata da solução dos litígios por meios alternativos que não os meios judiciais. Esse protesto veio exatamente com esta finalidade de fazer com que se resolva extrajudicialmente aquilo que cotidianamente se resolvia judicialmente”, p. 43.

Confiabilidade em sentido estrito

Confiabilidade epistêmica normativa

Consenso jurídico

1. Legislação (20); Jurisprudência (22); Doutrina (12).

Legitimidade democrática

Legitimidade democrática representativa

Legitimidade democrática participativa

1. Amicus Curiae: Estado de São Paulo, Estado de Minas Gerais, Confederação Nacional dos Municípios (CNM), Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), Confederação Nacional do Sistema Financeiro (CONSIF) (Foram inadmitidas diversas unidades da Federação e associações civis e de Estado).

STF. ADI 5468 – DF. Relator: Ministro Luiz Fux. STF, 2016. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.%20E%205468.NUM.E&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL FINANCEIRO. FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. ANEXO DE LEI ORÇAMENTÁRIA ANUAL (LOA – LEI 13.255/2016). CONTROLE FORMAL E MATERIAL. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA FIXADA A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADI 4.048/DF.

PROCESSO LEGISLATIVO. LEGITIMIDADE ATIVA DA ENTIDADE POSTULANTE, DIANTE DA HOMOGENEIDADE DE SEUS MEMBROS, A REPRESENTATIVIDADE NACIONAL E A PERTINÊNCIA TEMÁTICA ENTRE A IMPUGNAÇÃO E OS FINS INSTITUCIONAIS DA ASSOCIAÇÃO REQUERENTE (ANAMATRA). ALEGAÇÃO DE OFENSA À CLÁUSULA PÉTREA DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CRFB/1988, ART. 2º C/C ART. 60, § 4º). AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO PAUTADA EM DOIS FUNDAMENTOS: A) O CASO É DE TÍPICA ATUAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO; E B) ATENDIMENTO AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO, COM RESPEITO À INICIATIVA DE PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA, DESEMPENHADA EM CONSONÂNCIA COM A AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (CRFB/1988, ART. 99). LEGÍTIMO CONTROLE ORÇAMENTÁRIO PELO PODER LEGISLATIVO. AUSÊNCIA DO ABUSO DO PODER DE EMENDA. INOCORRÊNCIA DE DESVIO DE FINALIDADE OU DE DESPROPORCIONALIDADE. CONFIGURAÇÃO DE CENÁRIO DE CRISE ECONÔMICA E FISCAL. CORTES ORÇAMENTÁRIOS EM DIVERSOS PODERES E POLÍTICAS PÚBLICAS. AUSÊNCIA, NO CASO SUB EXAMINE, DE CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO PARA PROMOVER, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, A COORDENAÇÃO DA LEI ORÇAMENTÁRIA COM O PLANO PLURIANUAL (PPA) E AS RESPECTIVAS LEIS DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS (LDO'S). O RELATÓRIO DA COMISSÃO MISTA DE PLANOS, ORÇAMENTOS PÚBLICOS E FISCALIZAÇÃO (CMO) DO CONGRESSO NACIONAL NÃO VINCULA, POR SI SÓ, A APRECIÇÃO DAS CASAS LEGISLATIVAS DO PARLAMENTO FEDERAL. POSTURA DE DEFERÊNCIA JUDICIAL EM RELAÇÃO AO MÉRITO DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR. APELO AO LEGISLADOR QUANTO A EVENTUAL ABERTURA DE CRÉDITOS SUPLEMENTARES OU ESPECIAIS DURANTE A EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA DO EXERCÍCIO (CRFB/1988, ART. 99, § 5º). PEDIDO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) CONHECIDO E, NO MÉRITO, JULGADO IMPROCEDENTE.

Requerente: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA)

Intimados: Presidente da República; Congresso Nacional

Tema: Ação Direta de Inconstitucionalidade contra lei orçamentária que reduz o valor designado à Justiça do Trabalho. TESE: "Salvo em situações graves e excepcionais, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação de poderes, interferir na função do Poder Legislativo de definir receitas e despesas da administração pública, emendando projetos de leis orçamentárias, quando atendidas as condições previstas no art. 166, § 3º e § 4º, da Constituição Federal", p. 6.

Parâmetros

Confiabilidade epistêmica empírica

Previsibilidade

Consensus científico

1. "A título de mera exemplificação quanto a alguns casos da LOA/2016 – a partir dos próprios casos mencionados pela matéria acima transcrita –, o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC) contou com redução de cerca de 60% (de R\$ 4 bilhões, para R\$ 1,6 bilhão). Já no que tange ao Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), por exemplo, houve uma redução de quase 70% (de R\$ 14 bilhões para R\$ 4,3 bilhões)", p. 37.
2. "Nesse particular, para fins de análise das denominadas 'prognoses legislativas' da legislação orçamentária anual, torna-se pertinente trazer os dados estatísticos produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com relação à série histórica de 2009 a 2014" [destaque do autor], p. 37.

3. “No que tange aos investimentos, a Justiça do Trabalho teve um corte de 90%, ao passo que os demais tiveram um corte de 40%. Só para se ter uma comparação, o MP teve um corte de apenas 7,5%, no que diz respeito ao custeio, e alguma coisa equivalente no que tange aos investimentos também”, p. 93 e 111.
4. “[...] todos sabem que, nos últimos anos, e esse dado já se mostrava com muita clareza no início de 2015, o desemprego chegou, agora, no primeiro trimestre que se encerrou em maio, em 11,2%, atingindo onze milhões e quatrocentas mil pessoas. Quer dizer, é um índice extremamente impressionante. São dados do IBGE. E, com relação ao trimestre correspondente do ano anterior de 2015, nós tivemos um incremento de 40,3% do desemprego”, p. 93.
5. “Não podemos esquecer, também, da queda do PIB, é inequívoco, estamos falando de queda de 3%, 4%, em anos continuados, e queda da arrecadação”, p. 96.
6. “Quanto a custo médio de processo, em 2013 - são os dados que temos: custo médio de processo, era de 2.369. A Justiça estadual conseguiu os melhores resultados, um custo de 1.795; na Justiça Federal, os gastos de processos foram de 2.063; a Justiça do Trabalho apresentou valor mais elevado, 3.250”, p. 96.
7. “Com base no relatório apresentado pelo Deputado Federal Ricardo Barros perante a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional (CMO), afirma-se que não ocorreu a adequada correlação orçamentária com a realidade financeira e econômica da União”, p. 9, 24 e 76.

Confiabilidade em sentido estrito

Confiabilidade epistêmica normativa

Consenso jurídico

1. Legislação (12); Jurisprudência (35); Doutrina (40).

Legitimidade democrática

Legitimidade democrática representativa

Legitimidade democrática participativa

1. Amicus Curiae: Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União (FENAJUDE) e Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (ABRAT).

STF. ADI 4102 – RJ. **Relator: Ministro Cármen Lúcia. STF, 2014. Disponível em:** <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.%20E%204102.NUM.E.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VINCULAÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS A SETORES DA POLÍTICA EDUCACIONAL. ARTS. 309, § 1º, 314, CAPUT E §§ 2º E 5º, E 332 DA CONSTITUIÇÃO DO RIO DE JANEIRO. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º, 5º, 61, § 1º, INC. II, AL. B, 165 E 212 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro

Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, Universidade do Rio de Janeiro (UERJ)

Tema: Ação Direta de Inconstitucionalidade de norma presente na Constituição do Estado do Rio de Janeiro que vincula receita tributária à educação especial e à instituição de ensino superior. “[...] Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade dos Arts. 309, § 1º, e 314, caput, § 5º e da expressão “e garantirá um percentual mínimo de 10% (dez por cento) para a educação especial”, da parte final do § 2º do art. 314, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e, por arrastamento, das expressões “à UERJ e”, “306, § 1º (atual 309), e” e “e, na hipótese da UERJ, sobre a sua receita tributária líquida” do art. 1º da Lei fluminense n. 1.729/1990 e do art. 6º da Lei estadual n. 2.081/1993”, p. 2.

Parâmetros**Confiabilidade epistêmica empírica***Previsibilidade**Consenso científico**Confiabilidade em sentido estrito***Confiabilidade epistêmica normativa***Consenso jurídico*

1. Legislação (7); Jurisprudência (11); Doutrina (2);

Legitimidade democrática*Legitimidade democrática representativa**Legitimidade democrática participativa*

1. Amicus Curiae: Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UFRJ).

STF. ADI 3059 – RS. Relator: Ministro Ayres Britto. STF, 2015. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.%20E%203059.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LEI Nº 11.871/02, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, QUE INSTITUI, NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA REGIONAL, PREFERÊNCIA ABSTRATA PELA AQUISIÇÃO DE SOFTWARES LIVRES OU SEM RESTRIÇÕES PROPRIETÁRIAS. EXERCÍCIO REGULAR DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO-MEMBRO. INEXISTÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGIFERANTE RESERVADA À UNIÃO PARA PRODUZIR NORMAS GERAIS EM TEMA DE LICITAÇÃO. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA IMPESSOALIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA ECONOMICIDADE. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

Requerente: [Partido político] Democratas

Intimados: Governador do Estado do Rio Grande do Sul, Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul

Tema: Ação Direta de Inconstitucionalidade de norma do Estado do Rio Grande do Sul que privilegia nos processos licitatórios de compra de softwares a compra de softwares livres ou sem restrição proprietária. Julgado improcedente, p. 3.

Parâmetros**Confiabilidade epistêmica empírica***Previsibilidade**Consenso científico**Confiabilidade em sentido estrito***Confiabilidade epistêmica normativa***Consenso jurídico*

1. Legislação (9); Jurisprudência (4); Doutrina (5);

Legitimidade democrática*Legitimidade democrática representativa**Legitimidade democrática participativa*

1. Amicus Curiae: Associação Brasileira das Empresas de Software (ABES), Associação Brasileira das Empresas de Tecnologia da Informação, Software e Internet (ASSEPRO Nacional), Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática (IBDI).

STF. ADI 3721 – CE. **Relator: Ministro Teori Zavascki. STF, 2016. Disponível em:** <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.%20E%203721.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LEI COMPLEMENTAR 22/2000, DO ESTADO DO CEARÁ. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSORES DO ENSINO BÁSICO. CASOS DE LICENÇA. TRANSITORIEDADE DEMONSTRADA. CONFORMAÇÃO LEGAL IDÔNEA, SALVO QUANTO A DUAS HIPÓTESES: EM QUAISQUER CASOS DE AFASTAMENTO TEMPORÁRIO (ALÍNEA “F” DO ART. 3º). PRECEITO GENÉRICO. IMPLEMENTAÇÃO DE PROJETOS DE ERRADICAÇÃO DO ANALFABETISMO E OUTROS (§ ÚNICO DO ART. 3º). METAS CONTINUAMENTE EXIGÍVEIS.

Requerente: Procurador-Geral da República

Intimados: Governador do Estado do Ceará, Assembleia Legislativa do Estado do Ceará

Tema: Ação Direta de Inconstitucionalidade de norma estadual que estabelece o rol de hipóteses para a contratação de professores sem concurso público. “[...] Ação julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucionais a alínea “f” e o § único do art. 3º da Lei Complementar 22/00, do Estado do Ceará, com efeitos modulados para surtir um ano após a data da publicação da ata de julgamento”, p. 2.

Parâmetros

Confiabilidade epistêmica empírica

Previsibilidade

Consenso científico

Confiabilidade em sentido estrito

Confiabilidade epistêmica normativa

Consenso técnico-jurídico

1. Legislação (6); Jurisprudência (9); Doutrina (1);

Legitimidade democrática

Legitimidade democrática representativa

Legitimidade democrática participativa

STF. ADI 2072 – RS. **Relator: Ministro Cármen Lúcia. STF, 2015. Disponível em:** <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.%20E%202072.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CRIAÇÃO DO FUNDO ROTATIVO DE EMERGÊNCIA DA AGRICULTURA FAMILIAR. ISENÇÃO DE PAGAMENTO CONCEDIDA AOS PRODUTORES RURAIS BENEFICIADOS PELO PROGRAMA EMERGENCIAL DE MANUTENÇÃO E APOIO A PEQUENOS PROPRIETÁRIOS RURAIS. LEI GAÚCHA N. 11.367/1999.

Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul

Intimado: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul

Tema: Ação Direta de Inconstitucionalidade de norma que cria política pública visando a recuperação de crédito de agricultores familiares atingidos por efeito climático grave a partir de isenção tributária. “[...] Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei gaúcha n. 11.367/1999”, p. 2.

Parâmetros

Confiabilidade epistêmica empírica

Previsibilidade

Consenso científico

1. “O Autor também não demonstrou como ‘*as políticas públicas referentes à recuperação do setor agrário*’ teriam sido obstadas em razão do que denominou ‘*renúncia de receitas*’”, p. 17, *destaque do autor*.

Confiabilidade em sentido estrito

Confiabilidade epistêmica normativa

Consenso jurídico

1. Legislação (7); Jurisprudência (38); Doutrina (1);

Legitimidade democrática

Legitimidade democrática representativa

Legitimidade democrática participativa

STF. ADPF-MC-Ref 341 – DF. **Relator: Ministro Roberto Barroso. STF, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF-MC-Ref.SCLA.%20E%20341.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.**

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. ADPF. NOVAS REGRAS REFERENTES AO FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR - FIES. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA. LIMINAR REFERENDADA.

Requerente: Partido [político] Socialista Brasileiro (PSB)

Intimado: Ministro de Estado da Educação

Tema: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental que impugna a aplicação de norma sobre contratos do sistema de financiamento estudantil (FIES) emitida pelo Ministério de Estado da Educação que atinge contratos anteriores à emissão normativa, prejudicando seus contratantes. "... Concessão parcial da cautelar para determinar a não aplicação do art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10/2010, com a redação dada pela Portaria Normativa MEC nº 21, de 26 de dezembro de 2014, a dois grupos de estudantes: (i) aos estudantes que postulam a renovação de seus contratos, bem como (ii) àqueles que requereram sua inscrição no FIES até 29 de março de 2015”, p. 2.

Parâmetros

Confiabilidade epistêmica empírica

Previsibilidade

Consenso científico

Confiabilidade em sentido estrito

Confiabilidade epistêmica normativa

Consenso jurídico

1. Legislação (9); Jurisprudência (0); Doutrina (3);

Legitimidade democrática

Legitimidade democrática representativa

Legitimidade democrática participativa

STF. RE 592.581 – RS. **Relator: Ministro Lewandowski. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE.SCLA.%20E%20592581.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.**

Ementa: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE

IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

Requerente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Requerido: Estado do Rio Grande do Sul

Intimados: União, Estado do Acre, Estado do Amazonas, Estado do Espírito do Santo, Estado do Minas Gerais, Estado do Piauí, Estado do Rondônia, Estado do Bahia, Estado do Amapá, Estado do Santo Catarina, Estado do Roraima, Estado do Mato Grosso do Sul, Estado do Distrito Federal, Estado do São Paulo, Estado do Pará

Tema: Recurso Extraordinário contra decisão judicial do TJRS que comanda reforma de casa de albergado. TESE: "É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes" (p. 3).

Parâmetros

Confiabilidade epistêmica empírica

Previsibilidade

Consenso científico

1. "Ouso assinalar, desde logo, que até o mais desinformado dos cidadãos possui algum conhecimento acerca do quadro de total falência do sistema carcerário brasileiro, o que faz com que tal problema ultrapasse as fronteiras do Rio Grande do Sul, constituindo, de resto, antiga mazela nacional", p. 17.
2. "De acordo com o relatório elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, em junho de 2014, o déficit de espaço nas prisões brasileiras ultrapassou a soma de 230 mil vagas¹¹, fato que constitui uma das principais causas que contribuem para o agravamento da crise no sistema", p. 18.
3. "Esse terrível panorama vem sendo reiteradamente realçado em documentos elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, por ocasião de inspeções realizadas em presídios nos distintos Estados brasileiros. A partir delas, esse cenário de horror começou a ser melhor conhecido dentro e fora do Judiciário, especialmente depois da realização dos denominados "Mutirões Carcerários", instituídos em 2008 pelo referido órgão", p. 19.
4. "Permito-me extrair, a título ilustrativo, excerto do relatório de inspeções realizadas em estabelecimentos penais e socioeducativos no Estado do Espírito Santo, em maio de 2009, abaixo transcrito: "(...) No Departamento de Polícia Judiciária de Vila Velha há apenas uma grande cela, na qual se amontoavam 256 presos (a capacidade é para apenas 36) e apenas um sanitário. Não há qualquer separação de presos doentes ou presos idosos – todos dividem o mesmo espaço [...]", p. 19.
5. "Tomo ainda como exemplo dessa verdadeira chaga institucional a situação descrita no relatório das visitas de inspeção realizadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, no Estado do Rio Grande do Sul, entre os dias 13 e 14 de julho e 10 e 11 de agosto de 2009", p. 21.
6. "Da mesma forma, o relatório intitulado 'A Visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro', elaborado pelo Conselho Nacional do Parquet, divulgado em 2013, expõe outros dados alarmantes. Confira-se: 'Os 1.598 estabelecimentos inspecionados possuem capacidade para 302.422 pessoas, mas

abrigavam, em março de 2013, um total de 448.969 presos. O déficit é de 146.547 ou 48% [...]”, p. 23.

7. “Segundo os dados constantes do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen19, do Ministério da Justiça, a população carcerária, no final de junho de 2014, era integrada por mais de 600 mil detentos, expostos, em sua maior parte, às já mencionadas agruras do sistema, em colisão frontal, dentre outros dispositivos legais, com o disposto nos Arts. 1º, III, e 5º, XLIX, da Carta Magna, que tratam, respectivamente, da dignidade da pessoa humana e das garantias asseguradas aos presos, em especial ao respeito à sua integridade física e moral”, p. 26.

Confiabilidade em sentido estrito

Confiabilidade epistêmica normativa

Consenso técnico-jurídico

1. Legislação (16), Jurisprudência (46), Doutrina (32).

Legitimidade democrática

Uso de ferramentas de democracia representativa

Uso de ferramentas de democracia participativa

1. Amicus curiae: estados de São Paulo e Pará, p. 8.

STF. RE 627.189 – SP. **Relator: Ministro Dias Toffoli. STF, 2016. Disponível em:**

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE.SCLA.%20E%20627189.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, ALÉM DE IMPOR NORMATIVA ALIENÍGENA, DESPREZOU NORMA TÉCNICA MUNDIALMENTE ACEITA. CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. AUSÊNCIA, POR ORA, DE FUNDAMENTOS FÁTICOS OU JURÍDICOS A OBRIGAR AS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA A REDUZIR O CAMPO ELETROMAGNÉTICO DAS LINHAS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA ABAIXO DO PATAMAR LEGAL. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NÃO ELIDIDA. RECURSO PROVIDO. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS JULGADAS IMPROCEDENTES.

Requerente: Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo S/A

Requerido: Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava e Outros(a/a), Pedro Roxo Nobre Franciosi

Tema: Recurso Extraordinário contra decisão judicial em instância judiciária inferior sobre direito ambiental que reduz o limite legal de emissão de radiação não-ionizante por agentes de telefonia. TESE: "no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009", p. 3.

Parâmetros

Confiabilidade epistêmica empírica

Previsibilidade

Consenso científico

1. “Com o devido respeito, mesmo a pesquisa realizada no Município de São Paulo a que se referiu o Dr. Sérgio Koifman – representante do Ministério da Saúde durante a audiência pública -, a qual levantou o número de óbitos por leucemia em crianças menores de 15 anos que ocorreram entre os anos de 1992 e 2002 e os comparou com o de crianças que haviam falecido por outras causas de morte, mesmo essa

pesquisa não trouxe conclusões que pudessem comprovar o nexo de causalidade entre a exposição aos referidos campos magnéticos e os casos de câncer”, p.35.

2. “Acentuo, ainda, que esses limites acabaram sendo aceitos em nosso país, inclusive pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), como se verifica na edição da NBR nº 15415, publicada em 20 de outubro de 2006”, p. 37.
3. “A nova normativa resultou não só das conclusões extraídas da audiência pública efetivada pela ANEEL (nº 97) no ano de 2013, instituída com vistas a colher subsídios e informações adicionais para o aprimoramento da anterior Resolução Normativa nº 398/2010, como também levou em consideração os novos níveis de referência para campos magnéticos em 60 Hz, os quais, ao final de 2010, passaram de 83,33 µT (microteslas) para 200µT (microteslas) para o público em geral, e de 416,67 µT (microteslas) para 1000 µT (microteslas) para a população ocupacional, conforme valores estabelecidos no documento oficial da ICNIRP [International Commission on Non-Ionizing Radiation Protection]”, p. 39.
4. “Em segundo lugar, da audiência pública realizada também se extrai a mesma incerteza quanto aos efeitos carcinogênicos. Foi informado, por exemplo, que a Agência Internacional de Pesquisa em Câncer (IARC) classifica os campos eletromagnéticos de baixa frequência no grupo 2B, ou seja, possivelmente cancerígeno para seres humanos”, p. 56.
5. “O trabalho feito pela Light do Rio, e apresentado em seminário realizado na Prefeitura de São Paulo, avaliando a incidência de doenças tumorais numa população de cerca de 5000 de seus trabalhadores durante um período de 5 anos é fortemente sugestivo de que existe uma maior incidência de doença nessa população [...]”, p. 77.

Confiabilidade em sentido estrito

Confiabilidade epistêmica normativa

Consenso técnico-jurídico

1. Legislação (25), Jurisprudência (11), Doutrina (41).

Legitimidade democrática

Uso de ferramentas de democracia representativa

1. “Em 2009, após amplo debate, os Poderes Executivo e Legislativo optaram por acatar os parâmetros propostos pela Organização Mundial da Saúde e o país acabou por aprovar a Lei nº 11.934/09”, p. 34.

Uso de ferramentas de democracia participativa

1. Amicus curiae: A ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica; e Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica - ABRADÉE.
2. Audiência pública no Ministério da Saúde, p. 12.

STF. RE 658.312 – SC. **Relator: Ministro Dias Toffoli. STF, 2014. Disponível em:**

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE.SCLA.%20E%20658312.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO DO TRABALHO E CONSTITUCIONAL. RECEPÇÃO DO ART. 384 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. CONSTITUCIONALIDADE DO INTERVALO DE 15 MINUTOS PARA MULHERES TRABALHADORAS ANTES DA JORNADA EXTRAORDINÁRIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. MANTIDA A DECISÃO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RECURSO NÃO PROVIDO.

Requerente: A Angeloni & Cia LTDA

Requerido: Rode Keilla Tonete da Silva

Tema: Recurso Extraordinário contra art. 384 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) que prevê tratamento diferenciado às mulheres que cumprem hora-extra, dando-lhe 15 minutos de intervalo entre a jornada formal e a extraordinária. TESE: "... fixação das teses jurídicas de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e de que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras", p. 2.

Parâmetros

Confiabilidade epistêmica empírica

Previsibilidade

Consenso científico

1. “Pela leitura desses dispositivos, podemos concluir que a Constituição Federal veio a se utilizar de alguns critérios para esse tratamento diferenciado: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas ou meramente legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho (PITANGUY, Jacqueline & BARSTED, Leila L. (org.). O Progresso das Mulheres no Brasil. Brasília: UNIFEM, Fundação Ford e CEPIA, 2006); ii) considerou existir um componente orgânico, biológico, a justificar o tratamento diferenciado, inclusive pela menor resistência física da mulher; e iii) considerou haver, também, um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo de atividades pela mulher no lar e no ambiente de trabalho”, p. 9.
2. “Não parece existir fundamento sociológico ou mesmo comprovação por dados estatísticos a amparar a tese de que o dispositivo em questão dificultaria ainda mais a inserção da mulher no mercado de trabalho. Não há notícia da existência de levantamento técnico ou científico a demonstrar que o empregador prefira contratar homens, em vez de mulheres, em virtude da obrigação em comento”, p. 12.
3. “A OIT, como agência especializada da ONU competente para as questões do trabalho da mulher, realizou, igualmente, importantes estudos e reuniões, cumprindo destacar a discussão geral sobre ‘A igualdade de oportunidades e de tratamento para os homens e as mulheres no emprego’ (Genebra, Conferência Internacional do Trabalho de 1985). E, em colaboração com a UNESCO, participou do ‘Congresso Internacional sobre a situação da mulher na educação técnica e profissional’ (Bonn, 1980)”, p. 34.

Confiabilidade em sentido estrito

Confiabilidade epistêmica normativa

Consenso jurídico

1. Legislação (29), Jurisprudência (35), Doutrina (38).

Legitimidade democrática

Uso de ferramentas de democracia representativa

Uso de ferramentas de democracia participativa

1. Amicus curiae: Associação Brasileira de Supermercados (ABRAS); Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN) (não foi detectada referência a suas manifestações).

STF. RE 581.488 – RS. **Relator: Ministro Dias Toffoli. STF, 2015. Disponível em:**

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE.SCLA.%20E%20581488.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACESSO DE PACIENTE À INTERNAÇÃO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) COM A POSSIBILIDADE DE MELHORIA DO TIPO DE ACOMODAÇÃO RECEBIDA E

DE ATENDIMENTO POR MÉDICO DE SUA CONFIANÇA MEDIANTE O PAGAMENTO DA DIFERENÇA ENTRE OS VALORES CORRESPONDENTES. INCONSTITUCIONALIDADE. VALIDADE DE PORTARIA QUE EXIGE TRIAGEM PRÉVIA PARA A INTERNAÇÃO PELO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE. ALCANCE DA NORMA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Requerente: Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul

Requerido: União, Município de Canela, Estado do Rio Grande do Sul

Tema: Recurso Extraordinário contra norma do Sistema Único de Saúde que impede a contratação de bens e serviços complementares pelo paciente de forma a modificar o atendimento universalmente prestado. TESE: “É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes”, p. 2.

Parâmetros

Confiabilidade epistêmica empírica

Previsibilidade

Consenso científico

1. “De fato, não restou demonstrado pela parte recorrente que a autorização por ele buscada na presente demanda iria resultar no aumento do número de leitos ofertados para os pacientes do SUS.”, p. 48.

Confiabilidade em sentido estrito

Confiabilidade epistêmica normativa

Consenso jurídico

1. Legislação (8); Jurisprudência (29); Doutrina (15);

Legitimidade democrática

Legitimidade democrática representativa

1. “Com o beneplácito dos órgãos colegiados do SUS, inclusive do Conselho Nacional de Saúde, foi expedida, assim, a Portaria 3916/98, do Ministério da Saúde, definindo a ‘Política Nacional de Medicamentos’ e institucionalizando a RENAME – Relação de Medicamentos Essenciais, com a finalidade de indicar os produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população, que devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem.”, p. 57.

Legitimidade democrática participativa

1. Audiência Pública: Subprocurador-Geral da República; Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul (CREMERS); Agência Nacional de Saúde (ANS); Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul; Coordenador Jurídico da Confederação Nacional de Saúde; Presidente do Conselho Nacional de Saúde; Presidente do Conselho Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul; professor da Faculdade de Medicina da USP; Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS); Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS); Procurador do Município de Canela; Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas; Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas; Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO); professora doutora da FMUSP; Ministro de Estado da Saúde”, p. 8.

STF. Ag. Reg. na ACO 1.472 – PA. **Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. STF, 2017.**

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ACO-AgR-segundo.SCLA.%20E%201472.NUME.&base=baseAcordaos>. Acesso em: 15 set. 2019.

Ementa: DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – PORTADORES DE TRANSTORNOS MENTAIS – DESATENDIMENTO DOS COMANDOS CONSTITUCIONAIS QUE TRATAM DIRETAMENTE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – DESCUMPRIMENTO DE ENCARGO POLÍTICO-JURÍDICO - COBRANÇA POR PARTE DA UNIÃO PARA QUE OS RÉUS CUMPRAM SUA PARCELA DE RESPONSABILIDADE NO ATENDIMENTO DA POLÍTICA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA AOS PACIENTES COM TRANSTORNOS MENTAIS – NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO PARA A GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DE DIREITOS DE PESSOAS VULNERÁVEIS – REPASSE DA UNIÃO COMPROVADO - ACERVO PROBATÓRIO EXAMINADO EM PROFUNDIDADE - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO COM RATIFICAÇÃO DE LIMINAR ANTERIORMENTE CONCEDIDA – FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS E MULTA EM PATAMAR RAZOÁVEL - AGRAVOS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO.

Requerente: Agravante: Fundação Pública Estadual Hospital de Clínicas Gaspar Viana (FPEHCGV); Estado do Pará

Requerido: União

Tema: Agravo Regimental contra decisão judicial que mantém sentença de condenação de municipalidade e a ordena efetivar as verbas públicas de saúde pública na esfera do atendimento de saúde mental. O presente instrumento foi indeferido por não trazer argumentação inédita ao recurso já sopesado. "Os argumentos lançados nos agravos não são inéditos e já foram devidamente sopesados", p. 2.

Parâmetros

Confiabilidade epistêmica empírica

Previsibilidade

Consenso científico

Confiabilidade em sentido estrito

Confiabilidade epistêmica normativa

Consenso jurídico

1. Legislação (4); Jurisprudência (0); Doutrina (0);

Legitimidade democrática

Legitimidade democrática representativa

Legitimidade democrática participativa