



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 4 | n. 2 | maio/agosto 2017 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional

Strategic litigation, stare decisis and opening the constitutional dialog in the judicial opinion biding

RENATA DE MARINS JABER MANEIRO*

Universidade Estácio de Sá (Brasil)
renatajaber@gmail.com

ELIANA PULCINELLI**

Universidade Estácio de Sá (Brasil)
elianapulcinelli@gmail.com

Recebido/Received: 10.01.2017 / January 10th, 2017

Aprovado/Approved: 18.07.2017 / July 18th, 2017

Resumo

A pesquisa tem por objeto o exame do litígio estratégico à luz do sistema judicial de vinculação de precedentes, sem se afastar de um desejável diálogo constitucional com as instituições e seguimentos sociais. Para tanto, inicia-se com uma abordagem sobre a técnica de redirecionamento de reivindicações políticas ao Judiciário. Em seguida, o estudo percorre o desenvolvimento desta prática no Brasil e a sua ligação com a vinculação de precedentes, com base em uma interpretação construtiva dworkiniana. Verificada a necessidade de ampliar a visão de romance em cadeia

Abstract

The survey's purpose is the examination of strategic litigation in the light of judicial precedent binding, without leaving a desirable constitutional dialogue with the institutions and social sectors. Therefore, it begins with an approach of the redirection technical policies claims to the Judiciary. Then, the study covers the development of this practice in Brazil and its connection with the stare decisis, based on a Dworkin constructive interpretation. The need to expand the vision of romance chain to cover the other authors of the constitutional novel is verified, the study is

Como citar esse artigo/*How to cite this article*: MANEIRO, Renata de Marins Jaber; PULCINELLI, Eliana. Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 193-219, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.50125.

*Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Integrante do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional. Advogada. E-mail: renatajaber@gmail.com.

** Doutora em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Professora Convidada de Direito Tributário na Fundação Getúlio Vargas *Law Program* (FGV DireitoRio). Professora de Direito Tributário no curso de graduação em Direito do IBMEC-RJ. Pós-graduada em Direito Administrativo e Administração Pública pela Universidade Estácio de Sá. Integrante do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas em Jurisdição Constitucional. Assessora de Órgão Julgador, vinculada à Assessoria Direta aos Desembargadores no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: elianapulcinelli@gmail.com.

para abranger os demais autores do romance constitucional, finaliza-se o estudo com proposta de algumas iniciativas a serem empreendidas na construção do provimento jurisdicional, e que possam auxiliar na abertura ao diálogo.

Palavras-chave: litígio estratégico; vinculação de precedentes; interpretação construtiva; romance constitucional; diálogo constitucional.

finished with the proposal of some measures to be undertaken in the judicial opinion building, and which can assist in the dialogue opening.

Key words: *strategic litigation; stare decisis; constructive interpretation; constitutional romance; constitutional dialogue.*

SUMÁRIO

1. Introdução: compreendendo a estratégia judicial de redirecionamento de reivindicações sociais e sua ligação com a vinculação de precedentes; **2.** A prática de litígio estratégico no Brasil, a questão da vinculação de precedentes, e interpretação construtiva dworkiniana; **3.** A expansão da interpretação construtiva para abranger um diálogo entre os autores do romance constitucional; **3.1.** O município de informações destinadas ao enriquecimento do quadro de instrução da decisão judicial por meio do diálogo; **3.2.** Deferência para com a interpretação dos órgãos públicos: abraçando a teoria do constitucionalismo administrativo; **3.3.** Técnicas processuais diferenciadas capazes de favorecer o diálogo com o Legislativo; **3.3.1.** Obstrução legislativa decorrente de pontos cegos e ônus inerciais; **3.3.2.** Obstrução legislativa decorrente de elevado desacordo moral; **4.** Considerações finais; **5.** Referências.

1. INTRODUÇÃO: COMPREENDENDO A ESTRATÉGIA JUDICIAL DE REDIRECIONAMENTO DE REIVINDICAÇÕES JUDICIAIS E SUA LIGAÇÃO COM A VINCULAÇÃO DE PRECEDENTES

O litígio estratégico é prática que objetiva veicular temas constitucionais que não tenham recebido o devido tratamento pelo poder público, e que, por envolver uma tática de transformação da realidade social, possui ponto de contato com a vinculação de precedentes. Por isso que é muito conhecida na experiência de países de tradição *common law*; embora seja possível identificar que essa estratégia está começando a ser utilizada no Brasil.

É bom salientar que não há pretensão de realizar abordagem sobre se o CPC-2015 incorporou ou não o sistema de precedentes, ou em que medida isso se deu; até porque os fundamentos básicos para sustentação de tal obrigatoriedade decorrem da própria Constituição, a partir da cláusula de segurança jurídica e isonomia que asseguram a integridade e coerência do sistema. Com base nesta última informação é que o trabalho será desenvolvido, preocupando-se com o problema da petrificação da interpretação constitucional, de forma a buscar fórmulas que possam auxiliar na contínua transformação e, portanto, evolução dos direitos fundamentais.

Para fins de uma conceituação, a *strategic litigation* é a utilização do espaço judicial como arena de deliberação política, a fim de oportunizar o debate público acerca de algum tema constitucional atrelado a direitos fundamentais, que não tenha

recebido o devido tratamento no Executivo ou Legislativo; podendo ser considerada bem-sucedida quando, ainda que a pretensão não seja acolhida pelo Judiciário, o assunto venha a produzir algum tipo de impacto na sociedade.¹ Diante disso, destaca-se as suas três principais características, quais sejam: (i) o redirecionamento das reivindicações sociais; (ii) a tematização do assunto; e, (iii) o mecanismo dialógico de devolução do debate à sociedade.

A primeira, decorre da obstrução existente na via ordinária própria, seja pela ausência de elaboração ou implementação de políticas públicas por parte do Executivo, seja por omissão legislativa referente ao reconhecimento de novos direitos ou de minorias,² cujas funções não são exercidas por conveniência, dificuldades orçamentárias ou ausência de formação da maioria.

Já a segunda – tematização do assunto – consistente em conferir visibilidade sobre o objeto da reivindicação, seja para categorização co-originária como direito, seja para a densificação de seu conteúdo. O objetivo central é alavancar a oportunidade de um amplo debate na sociedade e, assim, alcançar o reconhecimento ou ampliação do conteúdo do direito pelas vias ordinárias próprias (Legislativo ou Executivo).

A terceira e última característica, diz respeito ao uso do litígio estratégico como mecanismo dialógico de devolução do debate aos canais democráticos, a fim de que ocorra a abertura ou reabertura do debate público e político. Para tanto, a depender da hipótese sob exame, o Judiciário poderá adotar uma postura mais proativa ou mais contida, mas sempre com o potencial de estabelecer posteriores interações em constante deliberação entre as instituições políticas e sociais³; ou seja, uma atuação permanente de provocações recíprocas a aprimorar o sentido e efetividade do texto constitucional⁴.

Cabe mencionar que a principal questão consiste em verificar se a via judicial foi utilizada como meio de reivindicação política, visando efeitos externos ao processo (impacto que a sentença possa gerar na sociedade), ou se foi utilizada como pretensão direta e exclusiva de garantia do direito fundamental *in natura*; este o ponto nodal de diferenciação entre litígio comum e estratégico.

Para além da lógica de garantia do direito *in natura* decorrente dos efeitos materiais e diretos de uma decisão judicial, prestigia-se os seus efeitos materiais indiretos e

¹ LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Eds.) **Encyclopedia of the American Constitution**. New York: Macmillan Publishing Company, 2000. p. 231-237.

² Importante esclarecer que aqui não está a se falar de minorias quantitativas, mas sim de grupos vulneráveis que não participam do exercício do poder político, social, econômico e/ou cultural (SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-161, abr./jun. 2013.).

³ Mendes desenvolve teoria dialógica propositiva basicamente consistente na deliberação como fruto da última palavra provisória a ser dada pela Corte, e novas rodadas procedimentais a partir da resposta oferecida pelo Parlamento apta a revitalizar o tema e reiniciar os debates. (MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. São Paulo, 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo).

⁴ Vide: SILVA, Cecília de Almeida Silva et al. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

simbólicos, os quais, de acordo com as lições de Rodríguez-Garavito⁵, podem ser identificados da seguinte forma: (i) materiais, são aqueles oriundos de modificações tangíveis na conduta de indivíduos ou grupos; (ii) simbólicos, implicam em transformação cultural ou ideológica, uma vez que consistente na mudança das ideias, percepções e concepções sociais com relação à matéria objeto do caso; (iii) diretos, são os que afetam os participantes do caso, tais como, as partes litigantes, os beneficiários e/ou os organismos estatais, todos destinatários da ordem judicial; e, (iv) indiretos, referentes a toda e qualquer consequência que não esteja estipulada na sentença, razão pela qual afetam não só as partes do processo, como também outros sujeitos sociais. Importa sublinhar que a presença de um deles não exclui a de outro, ao contrário, eles podem ocorrer concomitantemente.⁶

É possível dizer que a vinculação de precedentes é efeito material e direto da decisão judicial, como uma das estratégias pretendidas de transformação da realidade social, mas não a única. Sob essa perspectiva, torna-se ainda mais importante o que Barcellos⁷ denominou de teste de universalização da decisão judicial que se pretende tomar, já que ela sempre exercerá impacto sobre situações semelhantes ou equiparáveis, sobretudo em um sistema de vinculação de precedentes.

Assim, nesta primeira parte introdutória do presente trabalho foi reservado esforços à compreensão do que se entende por litígio estratégico e o seu ponto de contato com a vinculação de precedentes.

Em seguida, a segunda etapa será destinada especialmente ao estudo do desenvolvimento desta prática no Brasil e a sua ligação com a vinculação de precedentes com base em uma interpretação construtiva dworkiniana; mas sem se descuidar da igual importância da respectiva superação, já que a transformação da realidade social é contínua, e não pode ser petrificada por uma decisão judicial.

Desse modo, verifica-se que a interpretação construtiva dworkiniana, com base na ideia de que as decisões judiciais devem ser consideradas como um romance em cadeia, pode auxiliar na transformação pretendida. Entretanto, para que temas constitucionais veiculados por intermédio de um litígio estratégico recebam o devido tratamento de acordo com a integridade do sistema jurídico do qual determinada sociedade faz parte, mister expandir essa interpretação construtiva, de molde a abranger os demais autores do romance constitucional – especialmente, porque a atribuição

⁵ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. *Texas Law review*, Austin, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, 2011. p. 1679-1680.

⁶ Para a análise de efeitos eventualmente produzidos a partir do julgamento do MI 4.733, ainda que denegada a impetração, cf.: JABER MANEIRO, Renata de Marins; CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da. Constitucionalismo democrático e litígio estratégico: o caso do mandado de injunção n.º 4.733. **Direitos e Garantias Fundamentais I: XXV Encontro Nacional do Conpedi**, Curitiba, 2016. (no prelo).

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao básico. Precedentes, uniformidade, coerência e isonomia. Algumas reflexões sobre o dever de motivação. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI; Luiz Guilherme; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Orgs.). **Direito Jurisprudencial**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 164.

de sentido ao Texto Fundante não é exclusividade do Judiciário –; o que significa um convite ao diálogo constitucional com as instituições e a sociedade, como uma forma contínua e aberta de solução de conflitos.

Finaliza-se, pois, o presente estudo com proposta de algumas iniciativas a serem empreendidas na construção do provimento jurisdicional que possam auxiliar na solução dos conflitos e, ao mesmo tempo, contribuir para a abertura desse diálogo.

2. A PRÁTICA DE LITÍGIO ESTRATÉGICO NO BRASIL, A QUESTÃO DA VINCULAÇÃO DE PRECEDENTES, E A INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA DWORKINIANA

No contexto nacional, é possível identificar no campo da interpretação ou aplicação dos direitos relativos à orientação sexual e identidade de gênero a prática do litígio estratégico, porquanto o Supremo Tribunal Federal vem sendo frequentemente levado a se manifestar sobre tais temas, por intermédio de diversas demandas, como nos seguintes casos: (i) MI 4733⁸, impetrado sob a reivindicação de criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas; (ii) ADPF 132⁹, sob a postulação de reconhecimento da união homoafetiva; e (iii) REExt 845.779¹⁰, com a pretensão de indenização por danos morais decorrente de abordagem de transexual para utilizar banheiro do sexo oposto ao qual se dirigiu, em que foi reconhecida a existência de repercussão geral voltada à possibilidade ou não de uma pessoa ser tratada socialmente como se pertencesse a sexo diverso do qual se identifica e se apresenta publicamente.

Impende notar que até mesmo os litígios individuais podem ter como pano de fundo essa estratégia de reivindicação política e transformação social da realidade para além do caso concreto, em que a parte move a primeira pedra no xadrez, servindo como instrumento impulsionador de novas demandas ou novos julgamentos no mesmo sentido; desde que todas possuam as características explicitadas no item anterior, assim como um liame entre elas.

Em verdade, principalmente no que se refere à hipótese voltada a novos direitos ou de minorias, a estratégia judicial é utilizada pelos atores sociais, que se agrupam de forma organizada e articulada, como ferramenta para reivindicar a atualização do sentido da Constituição perante o Judiciário em prol do reconhecimento ou reafirmação

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 4.733. Decisão Monocrática. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 23/10/2013. DJ: 25/10/2013. Para o aprofundamento da questão, sobretudo no que se refere ao MI 4733 como instrumento estratégico próprio do constitucionalismo democrático, consulte: JABER MANEIRO, Renata de Marins; CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da. Constitucionalismo democrático e litígio estratégico: o caso do mandado de injunção n.º 4.733. **Direitos e Garantias Fundamentais I: XXV Encontro Nacional do Conpedi**, Curitiba, 2016. (no prelo).

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Pleno. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. DJ: 14/10/2011.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 845779. Repercussão Geral. Rel. Min. Roberto Barroso. Decisão: 14/11/2014.

de seus direitos; buscando-se a transformação social ou a respectiva consolidação para além do caso concreto.¹¹

Tudo isso confirma a tese de que a *strategic litigation* vem sendo utilizada no Brasil, como um conjunto de demandas judiciais sobre um determinado tema que têm por objetivo revitalizar e manter a discussão na sociedade, de forma que o Tribunal funciona como um catalizador do debate político, viabilizando o diálogo entre as instituições e a sociedade. Embora nossa matriz jurídica se ressinta – se comparada àquela em que o litígio estratégico teve a sua origem – da solidificação do desenvolvimento de um sistema de vinculação de precedentes, que é importante mecanismo judicial de transformação da realidade para além do caso concreto.

É possível, no entanto, que incorporemos no dia-a-dia das Cortes uma metodologia para o processamento e julgamento dos casos com a dinâmica exigida nessa forma diferenciada de litigar em juízo. A uma, porque de há muito que não existe mais uma distinção material entre as duas maiores famílias jurídicas do mundo contemporâneo e; a duas, porque em nosso sistema processual civil, percebe-se a incorporação gradativa de mecanismos referentes ao sistema de precedentes judiciais e, por via de consequência de uniformização e estabilização da jurisprudência, os quais se espriam por todas as instâncias jurisdicionais.

Há décadas Cappelletti¹² já identificava esse fenômeno de convergência entre *common law* e *civil law*, atribuindo-o ao “aumento da criatividade da jurisprudência” nos sistemas do direito posto, o que contribuiu para a superação paulatina do fosso eventualmente existente entre ambas.

Cada vez mais se verifica o peso conferido à jurisprudência em países de *civil lawyers*, sendo possível perceber que hodiernamente há uma diferença muito mais ligada ao aspecto formal do que propriamente substancial entre tais sistemas. Ainda sob a ótica de Cappelletti:

para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao ‘terceiro poder’, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do direito. (...) Não se trata, contudo, de um risco e de uma aventura despidos de promessas, se é verdade que semelhante fenômeno, no nosso mundo perigosamente dividido, já está conduzindo à aproximação

¹¹ RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **RATJ - Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, v. 14, n. 2, dez. 2013. Disponível em <http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858>. Acesso em 08 de novembro de 2014. p. 3-4; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina**: Estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia. São Paulo, 2012. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16052013-162225/pt-br.php>>. Acesso em 08 dez. 2016.

¹² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Porto Alegre: Fabris, 1999. p.123.

*dos sistemas jurídicos, aproximação que, à distância, pode talvez abrir um capítulo mais luminoso na história fascinante da civilização jurídica.*¹³

Assim, fato é que a teoria dos precedentes obrigatórios se espraia cada vez mais sobre a seara do direito positivo, habitualmente oferecida como solução para o problema da indeterminação do direito, e que em última análise asseguram a integridade e coerência do sistema com fundamento na cláusula de segurança jurídica e isonomia¹⁴.

A rigor, quando se está diante da estratégia de litigação é preciso uma maior flexibilidade de interpretação, para que os Tribunais levem em consideração mudanças sociais que possam interferir no sentido constitucional. Questiona-se, pois, até que ponto a obrigatoriedade da aplicação do precedente poderia dificultar a superação da jurisprudência. Em outros termos: há preocupação em conciliar a prática da *strategic litigation* que busca a vinculação de precedentes como garantia de transformação da realidade social, e ao mesmo tempo garantir a respectiva continuidade insita à própria evolução dos direitos fundamentais.

A obrigatoriedade da vinculação dos precedentes pode tolher a criatividade judicial, na medida em que o juiz não poderá inovar nas suas decisões. Diz-se que o magistrado poderia ser impedido de demonstrar a evolução do seu posicionamento no decorrer do tempo e de decidir determinada questão jurídica da forma que achar a mais adequada àquele contexto social e temporal. Ou seja: se de um lado a obrigatoriedade do precedente é apontada como um dos fatores decisivos à transformação da realidade; de outro, poderia gerar uma imobilização da jurisprudência, o que impediria a evolução do Direito no decorrer do tempo, tornando-o inadequado às novas realidades sociais.

A solução da questão consiste na utilização de técnicas que permitam a sua mudança, uma vez que vinculação não pode significar imutabilidade. Dessa forma, excepcionalmente, os precedentes poderão ser modificados, em razão da transformação dos valores, desenvolvimento da ciência, surgimento de novas tecnologias, e tudo o mais que possa gerar a consequência de alterar o sentido da norma constitucional. Portanto, é permitido ao Judiciário a superação da sua própria jurisprudência em razão da evolução da sociedade; técnica, esta, denominada *overruling*¹⁵.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Porto Alegre: Fabris, 1999. p.133-134.

¹⁴ Nesse ponto, cabe destacar as lições de Raatz: "Costuma-se afirmar que, como o sistema do direito codificado não consegue dar conta de prever o que os juízes e Tribunais irão decidir, a saída seria a adoção de um sistema de precedentes vinculantes, mecanismo considerado capaz de garantir a segurança jurídica e a igualdade de todos perante os Tribunais". (RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 11, p. 217-237, nov. 2013. p. 217-237).

¹⁵ No que se refere à vinculação vertical, Marinoni enxerga no *distinguishing* a única possibilidade para os Tribunais locais deixarem de seguir os "precedentes" firmados em julgamentos tomados pelos procedimentos da repercussão geral e recursos repetitivos, hoje disciplinados pelo art. 1.036 do CPC/2015 (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010). É bom salientar, no entanto, que o *distinguishing* não revela (ou pelo menos não deveria revelar) uma técnica de superação do precedente em si; devendo ser encarado como uma grave anomalia a enunciação do *distin-*

Diante disso, é possível dizer que a referida técnica de superação da jurisprudência decorre do próprio sistema de precedentes, independentemente de expressa previsão legal de seus mecanismos, porque advém da necessidade de uma análise integral e coerente dos julgados ao longo do tempo; esse o fundamento da tese de interpretação construtiva defendida por Dworkin, conforme se passa a expor.

Para o referido autor, o juiz deve “limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões”.¹⁶ São os princípios que dão força gravitacional aos precedentes, razão pela qual se a decisão anterior não estiver totalmente justificada por questões de princípios, ela não terá força gravitacional alguma.

Assim, o intérprete judicial deverá sempre estar atento às razões que fomentaram as decisões anteriores, analisando os precedentes registrados ao longo da evolução da própria sociedade. É com base nessa conexão entre passado e futuro que é possível apontar para existência de um “romance em cadeia”.

Sob essa perspectiva, o magistrado tem dupla responsabilidade de interpretar e criar, considerando que precisa ter em conta o que foi abordado anteriormente para compreender qual o gênero daquele romance e como conduzirá a história a partir daquele ponto em diante;¹⁷ sendo que, “superada a tese anterior, há que se realizar toda uma construção argumentativa a justificar a alteração do entendimento”.¹⁸

Dworkin não nega as inúmeras controvérsias existentes no seio da jurisprudência e da doutrina. Ao contrário, destaca que os juízes divergem, ao menos em boa parte dos casos, não apenas sobre questões fáticas – isto é, se algum fato ou evento relatado efetivamente ocorreu – mas também sobre qual o sentido das normas jurídicas. Entretanto, mesmo reconhecendo as divergências quanto ao sentido das normas jurídicas defende que, ao se aplicar o método interpretativo por ele proposto, seja possível conferir à norma jurídica um sentido mais consistente na prática jurídica¹⁹.

Nesse caso, os juízes até podem divergir sobre qual o melhor sentido a ser atribuído à norma, pois podem ter concepções diversas a respeito de quais princípios informam nossa prática jurídica e em que medida devem ser levados em conta (peso dos princípios); embora, ao aceitarem o método do autor acima referenciado, já não mais estejam livres para decidir como quiserem.

guishing apenas para fugir do ônus argumentativo que a técnica de *overruling* está a exigir.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

¹⁸ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI; Luiz Guilherme; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Orgs.). **Direito Jurisprudencial**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 20.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

A visão do direito como integridade introduz uma racionalidade na tomada de decisão judicial, capaz de, inclusive, impor ao juiz uma solução contrária àquela que seria adotada caso sua preferência prevalecesse. No ponto, cabe salientar que Dworkin²⁰ adota uma teoria interpretativa (inexistência de tensão democrática na realização da *judicial review*), motivo pelo qual entende que as divergências não são causadas imediatamente em razão da textura aberta das normas jurídicas, mas porque há fortes argumentos de que uma interpretação diversa seria mais coerente com os princípios e virtudes de nossa prática jurídica.

Assim, há dois pressupostos que seriam comuns à atitude interpretativa de uma prática social: (i) a prática não apenas existe, mas tem uma finalidade segundo o valor, interesse, propósito ou princípio que leve em conta; e (ii) as regras da prática social devem ser compreendidas, aplicadas ou modificadas segundo essa finalidade.²¹ Seguindo essa esteira de raciocínio, Streck salienta:

Parece despiciendo referir que o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Isso porque a pretensão de buscar respostas definitivas é, ela mesma, anti-hermenêutica, em face do congelamento de sentidos que isso propiciaria. Ou seja, a pretensão a esse tipo de resposta não teria condições sequer de garanti-la. Em outras palavras, corre-se o risco de produzir uma resposta incorreta. [...] a busca da resposta correta ou de um resultado correto somente pode advir de um processo de autocorreções reiteradas, que constituem um aprendizado prático e social ao longo da história institucional do direito.²²

Essa atitude interpretativa procura atribuir um significado à prática que permita vê-la sob sua melhor luz e, então, reestruturá-la a partir dessa nova compreensão de sentido; isto é: “A interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova interpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior”²³. Dessa forma, a interpretação construtiva dworkiniana procura tornar uma prática melhor possível em face de sua finalidade, como um misto de criação e descoberta do significado.

Por sua vez, importante considerar que o litígio estratégico é uma ferramenta do constitucionalismo dialógico (conjunto de teorias dialógicas que procuram tratar do problema da tensão democrática da *judicial review* a partir do diálogo entre as

²⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 344

²³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

instituições e/ou sociedade)²⁴; tendo em vista que, ao invés da atuação judicial monolítica de solução de conflitos, pressupõem um sistema interativo de realce da divergência, com o objetivo de ampliação do debate sobre questões constitucionais sensíveis, que não se limita à arena judicial, mas se estende à arena política e social.

Sob essa ótica, quando o juiz estiver diante de um tema de direitos fundamentais objeto de um litígio estratégico, deverá considerar não só as decisões judiciais em cadeia sobre aquele tema, com base no que o próprio Judiciário entende por evolução da sociedade; como também, e principalmente, levando em consideração a interpretação do sentido da Constituição realizado pela própria sociedade e suas instituições políticas.²⁵ A construção argumentativa é importante para a criação da *ratio decidendi* e futura vinculação do precedente, mas também para respectiva superação da jurisprudência e/ou abertura aos diálogos constitucionais como garantia da integridade do sistema; o que não raro poderá significar uma maior deferência para com as escolhas políticas.

A rigor, como cada juiz deve se ver como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia quando for proferir uma decisão para um determinado caso – de maneira que tenha sempre em mente que os inúmeros precedentes representam a própria evolução – é sua função “continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora”²⁶. E, além de considerar tais argumentos sob uma visão global, avaliando sua finalidade e como se comportou a prática jurídica até aquele momento; deve igualmente abrir o campo do diálogo com os demais autores do “romance constitucional”, especialmente porque não é exclusivamente no ambiente pretoriano que se dá a interpretação do Texto Fundante.

Assim, há de ser realizada uma compreensão do sentido constitucional que considere a subsistência dos argumentos que serviram à construção dos precedentes e também outros elementos fáticos que exurgem tanto na prática dos demais braços especializados do Poder, quanto aqueles que orbitam a percepção da própria sociedade sobre o direito vindicado. Dessa forma, ao proferir a sua decisão, o magistrado

²⁴ Sobre o tema de diálogos constitucionais, cf.: BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, New York, v. 71, n. 3, p. 1-85, nov. 2005. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em 10 mar. 2015. p. 39-40. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso: 10 dez. 2015; SILVA, Cecília de Almeida Silva et al. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 23-33; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-161, abr./jun. 2013.

²⁵ Segundo Marinoni: “o verdadeiro significado da transformação da função jurisdicional está em que, ao se subordinar a lei aos direitos fundamentais, impôs-se ao juiz, além do dever de raciocinar a partir de princípios que projetam figuras não precisas, a necessidade de considerar questões de ordem moral, política e econômica que estão inseridas no tecido aberto das disposições constitucionais, o que amplifica a latitude do espaço judicial para expressar o significado do direito e resolver o caso litigioso”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos precedentes**. Justificativa do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 55).

²⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 238.

terá condições de avaliar, inclusive, como ela irá se posicionar no futuro, a partir de sua atuação como um dos “romancistas”.

3. A EXPANSÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTRUTIVA PARA ABRAN- GER O DIÁLOGO ENTRE OS AUTORES DO ROMANCE CONSTITU- CIONAL

Essa prática de litigar estrategicamente nos Tribunais, portanto, atrai necessariamente um maior ônus argumentativo quando da construção do provimento jurisdicional pelos magistrados, seja para traduzir na tomada de decisão o sentido constitucional capaz de dar adequadamente a resposta até então pendente nas outras esferas de poder, seja para promover a superação da interpretação pretérita da Corte, por meio do *overruling*.

A atuação do Judiciário demanda, pois, nesse contexto, uma construção do *ruling* que possa superar o conflito levado ao escrutínio da instância judicante por meio de um aprendizado por agregação, que pressupõe um exercício de síntese e, posteriormente, o desenvolvimento de novos argumentos. Dessa forma, importante estabelecer padrões de natureza metodológica para essa nova modalidade de análise judicial de acordo com a natureza e conteúdo do direito exigido pelos litigantes estratégicos.

Ademais, se nesse contexto censura-se a atuação judicial monológica de solução de conflitos para a prolação de decisões com o componente transformativo almejado pela *strategic litigation*, uma alternativa que se descortina para a formação do juízo de convencimento do juiz – inclusive como metodologia apta a construção da resposta adequada àquela provocação estratégica – pode se firmar em elementos prévios à tomada de decisão e que necessariamente auxiliam na abertura dialógica com os autores não judicantes do “romance constitucional”.

Essa abertura para a realidade dos fatos, por meio do diálogo, funciona como elemento legitimador dessas difíceis providências de atualização de sentido do texto constitucional. Gargarella²⁷ e Nino²⁸, apostam ambos – embora sob prismas teóricos diversos – na democracia deliberativa como ingrediente indispensável do processo de tomada de decisões, pois é ela que constrói o elo entre o Estado de Direito e a vontade popular de autorregulação.

Igualmente, o uso de ferramentas processuais – sejam aquelas integrantes do arsenal tradicional, sejam as provenientes de uma atuação judicial construtivista – que aproximem o discurso jurídico abstrato da situação fática envolvida nos autos, são componentes legitimadores.

²⁷ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

²⁸ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

A despeito de outras iniciativas de cariz instrumental e estruturante das quais se possa valer o Judiciário, a partir do amadurecimento que advirá necessariamente do processamento e julgamento de demandas intentadas estrategicamente, é possível identificar: (i) o municiamento de informações destinadas ao enriquecimento do quadro de instrução da decisão judicial, (ii) a adesão à exegese do constitucionalismo administrativo, e (iii) utilização de técnicas processuais capazes de favorecer o diálogo com o legislativo. Decerto, essas são iniciativas que reforçam a legitimidade desses proventos, especialmente porque contribuem para a abertura dialógica e, ao mesmo tempo, calibram o conteúdo do *decree*, tanto no que se refere à atribuição de conteúdo ao direito vindicado, quanto ao impacto que será produzido na sociedade, ainda que a pretensão autoral não seja acolhida pelo Tribunal.

3.1. O municiamento de informações destinadas ao enriquecimento do quadro de instrução da decisão judicial por meio do diálogo

A relevância de o magistrado municiar-se de elementos fáticos, está intimamente ligada à circunstância de que em demandas em que atores sociais litigam organizadamente, o foco de cogitação do julgador deve se ampliar para além do objeto do pedido deduzido no caso concreto, especialmente no que diz respeito às possíveis interferências recíprocas existentes entre as eventuais ações do poder público (legislativas e administrativas). Em regra, isso não se dá na realidade dos Tribunais brasileiros, porquanto boa parte dos magistrados revela desconhecer os efeitos em cadeia que a sua intervenção num determinado tema que importe no reconhecimento de um direito fundamental – especialmente os de natureza social ou econômica – pode provocar em outra ação estatal com ela correlacionada, ou mesmo no impacto que essa escolha jurisdicional gerará na sociedade.

Isso demonstra que, não raro, há um efetivo descompasso entre a realidade fática e a atuação das Cortes, que desconsideram elementos relevantes para a adequação da decisão judicial que sirva como instrumento de efetivação do câmbio social pretendido pelos litigantes estrategistas. Inúmeras amostras dessa reverberação nefasta de um provimento judicial atécnico e individualista/monológico podem ser identificados, por exemplo, no campo da adjudicação do direito à moradia²⁹ e na tutela do meio ambiente equilibrado em detrimento da otimização das ações de gerenciamento urbano³⁰; ainda que estes casos não configurem um litígio estratégico propriamente

²⁹ O tema da judicialização do direito à moradia é explorado por VALLE, Vanice Regina Lírio do; GOUVÊA, Carina Barbosa. Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial. In: **XXIII Encontro Nacional do CONPEDI**, Florianópolis, 2014. Direitos sociais e políticas públicas I, CONPEDI, 2014. p. 219-245.

³⁰ Vale citar, como exemplo o deferimento pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em setembro de 2012, no bojo do Processo 0047967-22.2012.8.19.0000, de pedido liminar formulado pelo Estado e pelo Município do Rio de Janeiro para garantir a suspensão dos efeitos das antecipações de tutelas concedidas em ações civis públicas referentes a obras nas encostas de áreas de risco, até o julgamento das respectivas apelações, após a sentença de mérito, em caso de interposição

dito, por ausência das respectivas características, mas que também demandariam o municiamento de informações a serem obtidas por intermédio do diálogo.

Note-se que não é unicamente pelo eventual comprometimento desmedido de recursos financeiros que uma medida judicial pode se revelar equivocada, porquanto, a insuficiência de conhecimento em matéria técnica sobre determinado tema também pode conduzir a uma inadequação da prestação jurisdicional. O grau de acerto do provimento judicial está diretamente relacionado à presença, no processo decisório, de elementos que orbitam outras esferas de poder e outros ambientes sociais, técnicos e econômicos.

Mas como superar esse quadro? Como salienta Nieto³¹, onde termina o conhecimento teórico – que opera de forma analítica e abstrata – começa a prudência, que conduz ao conhecimento prático e trabalha sinteticamente e com individualização, possibilitando o transitar do intelecto para a vida.

Daí que a suplantação dessa dificuldade deve passar primeiro pelo reconhecimento prudente de que o juiz nem sempre terá, numa atitude solipsista³², a melhor e definitiva resposta para o caso concreto. Em segundo, pela reflexão também ponderada de que, se a interpretação e aplicação do direito tem por objetivo um resultado concreto, estes processos podem e devem se valer tanto de conceitos próprios de outras disciplinas no campo teórico, como, em se cuidando de temas de grande apelo moral, considerar argumentos que permeiem o seio da sociedade plural e multifacetada em que vivemos; sob pena de condução ao afastamento da realidade pela hipervalorização de conceitos exclusivamente jurídicos e herméticos.

Convém observar que os provimentos jurisdicionais têm, via de regra, efeito progressivo na tutela de tais garantias, tornando efetiva, em alguma medida, a pauta valorativa constitucional de proteção dos direitos dos indivíduos. No entanto, a despeito de ser possível realmente verificar uma repercussão positiva do atuar da instância judicante na concretização dos valores e fins constitucionais, não há como fechar os olhos para o fato de que pode também existir um potencial regressivo originado justamente da assunção pelo magistrado de uma postura substitutiva quando acaba inibindo movimentos naturais de ampliação da proteção ao próprio direito tutelado. Isso

do recurso. A questão de fundo que levou ao pleito do Estado e da Comuna foi o fato de o *Parquet* ter ajuizado mais de uma centena de ações civis públicas em face dos dois requerentes, obrigando-os a executarem diversas medidas. Alegam os entes federados que “a complexidade das obras e o elevado grau de especialização que se exige para a realização das intervenções de geotécnica são fatores que obstam a execução de todas as obras ao mesmo tempo, por insuficiência de recursos técnicos (material, máquinas) e humanos (mão de obra qualificada), além da necessidade de se licitarem as intervenções que serão realizadas”. Ademais, conforme notícia veiculada no sítio eletrônico do próprio Tribunal, “[...] exigir o cumprimento das liminares poderia, a um só tempo, comprometer o cuidadoso planejamento de todas as intervenções em referência e, ainda, impor às Fazendas municipal e estadual gravíssimos prejuízos orçamentário-financeiros, cujo montante poderia ser destinado à concretização de políticas sociais relevantes como educação, saúde, habitação e a própria mitigação dos riscos geológicos”. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/97801>>. Acesso em 23 out. 2016.

³¹ NIETO, Alejandro; GORDILLO, Agustín. **Limitaciones del conocimiento jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 19.

³² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

porque, ao elaborar uma decisão judicial autoritativa, despreza a sua falta de *expertise* no campo econômico e técnico; desconsidera a existência de prioridades no que diz respeito à elaboração e implementação de programas de políticas públicas estabelecidas com critérios de escolhas razoáveis pelo Poder Executivo; ou, ainda, não leva em conta a percepção da sociedade sobre os aspectos morais e culturais do tema.

O potencial regressivo das decisões judiciais pode se manifestar, como salienta Valle³³: (i) pelo arrefecimento do debate público; (ii) pela desconsideração da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; ou mesmo (iii) pela reprodução indiscriminada de padrões culturais aos jurisdicionados. Liebenberg³⁴, por seu turno, aponta para esta anomalia decorrente da atuação substitutiva, no sentido de que tal permuta indevida de papéis entre os Poderes Executivo – quem, por princípio, deve promover as escolhas públicas – e o Judiciário, pode levar ao embotamento do próprio conteúdo do direito social que se pretende proteger ou ampliar a zona de proteção por via da *strategic litigation*. Ou seja, sob a pretensão de conferir a melhor garantia ao bem tutelado, a decisão judicial leva ao seu enfraquecimento.

De um lado, o poder público dificilmente alocará mais recursos do que aqueles necessários ao atendimento do mínimo exigido pela decisão judicial, concentrando seus esforços em empreitadas diversas; de outro, o jurisdicionado, que, em tese, poderia se ver atendido por um conjunto de atuações de espectro mais abrangente, acaba por ser tolhido dessa possibilidade.

E não é só. Quando o Judiciário, por exemplo, julga como plenamente adequada uma linha de atuação estatal mínima – seja porque se substituiu ao administrador público, seja porque simplesmente não domina o conteúdo de determinado direito social – incorre no risco de comprometer o campo de debate democrático entre a Administração e os grupos representativos da sociedade sobre a conformação daquele mesmo direito, especialmente porque, por meio de embates próprios na arena de discussão política, seria possível chegar consensualmente a uma definição conteudística mais abrangente.

Vê-se, portanto, que esse modelo de comutação constatado ordinariamente no atuar dos magistrados brasileiros reclama uma mudança, ou minimamente um arejamento, para que os provimentos jurisdicionais em matéria de proteção dos direitos socioeconômicos se tornem cada vez mais adequados e aptos a contribuir para o diálogo democrático; sobretudo em um litígio que tem em foco uma estratégia de redirecionamento de reivindicações sociais e políticas.

³³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Mercantilização dos direitos fundamentais e potencial regressivo das decisões judiciais. In: **V Congresso Brasileiro de Direito Processual**, Salvador, 2014. Constituição, processo e cidadania. Brasília: Gomes & Oliveira Livraria & Editora, 2014. p. 265-306.

³⁴ LIEBENBERG, Sandra. **Socio-economic rights**: adjudication under a transformative constitution. Claremont: Juta & Co. Ltd., 2010. p. 41-42.

Uma possível saída para mitigar essa dificuldade pode estar na consulta às instituições que promovem (ou deveriam promover) políticas públicas e aos indivíduos beneficiários dessas ações, assim como às entidades da sociedade civil que tenham envolvimento com a matéria; com vista à realização do escrutínio do acerto ou não das opções que determinaram as condutas do poder público ou mesmo as suas justificativas para uma eventual omissão.

Decerto, isso não significa que existirá como resultado desse processo dialógico uma única decisão judicial e a mais adequada para a resolução do caso concreto, mas sim que podem haver variadas soluções aptas a conduzir para o acerto da judicialização da política pública sindicada, todas elas compreendidas na construção do romance constitucional.

3.2. Deferência para com a interpretação dos órgãos públicos: abraçando a teoria do constitucionalismo administrativo

Em se tratando especificamente de litígios estratégicos que envolvam direitos cuja densificação de seu conteúdo dependa da elaboração ou implementação de políticas públicas, vale registrar, como anuncia Chayes³⁵, que o direito à participação no processo não está mais atado à antiga percepção do modelo tradicional. A rígida disciplina do processo civil vem sendo gradativamente flexibilizada, e se torna cada vez mais difícil traçar a linha entre quem deve ou pode participar da reivindicação e aqueles que dela merecem ser afastados.

Ainda sob a ótica do referido autor, no âmbito da *public law litigation*, como a apreciação do caso se dá de maneira prospectiva, a atitude casual do modelo tradicional em relação ao *fact-finding* não é mais tolerável.³⁶ O impacto dos julgamentos demanda um procedimento mais confiável para estabelecer todos os elementos que compõem o litígio, reconhecendo-se uma relação complexa e intrínseca entre a avaliação de seus aspectos fáticos e a consequência legal.

Assim, se de um lado o foco de cogitação do julgador merece ser ampliado para compreender os exatos contornos da lide e como se promove o agir estatal, ouvindo outros agentes envolvidos de alguma forma na celeuma levada ao escrutínio judicial; de outro, há de se cogitar igualmente sobre a possibilidade de o magistrado, como fundamento de suas razões de decidir, considerar com certa deferência às escolhas do gestor público, porquanto a instância executiva também atua como co-autora da interpretação constitucional. Isso porque, como salienta Valle:

³⁵ CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 89, n. 7, p. 1.281-1.316, may 1976. p. 1290.

³⁶ CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 89, n. 7, p. 1.281-1.316, may 1976. p. 1296-1297.

Afinal, é no plano das questões diárias postas à Administração que se empreende ao ajuste entre as enunciações constitucionais e a riqueza das circunstâncias apresentadas no cadinho do convívio social. O imperativo de ofertar resposta às demandas sociais exige da Administração um exercício criativo de densificação do texto constitucional, sem os benefícios da não-resposta como alternativa – a exemplo do que se dá em favor do Legislativo.³⁷

Trata-se aqui da apropriação crítica e adequada ao nosso sistema de jurisdição constitucional, da doutrina estadunidense que debate o constitucionalismo administrativo³⁸, compreendido como o processo³⁹ realizado pelas autoridades administrativas de interpretação e de atualização de sentido do Texto Fundante no desenvolver das suas atribuições institucionais típicas de regulamentar ou executar um comando normativo com vista à elaboração, implantação ou fiscalização de políticas públicas; tarefa desempenhada, por vezes, até involuntariamente, mas que envolve inexoravelmente, a consideração dos aspectos concretos e técnicos⁴⁰.

Para Ross⁴¹, o constitucionalismo administrativo se revela como um processo de solução de celeumas envolvendo normas jurídicas que resvalam em questões constitucionais mais profundas, contribuindo para o desenvolvimento do conteúdo daquele preceito fundamental e, ao mesmo tempo, traduz-se num mecanismo apto para a promoção da adaptação do próprio sentido constitucional em momentos de transformação, especialmente no que tange às mudanças na economia, estruturas sociais, tecnologia e valores públicos.

Essa atualização de sentido constitucional pode se dar por três formas diversas: (i) interpretando cláusulas abertas ou ambíguas; (ii) extraíndo a essência da previsão por meio da derivação de outros princípios insertos na Carta Base; e (iii) aplicando esses mesmos textos ou axiomas a situações concretas. O autor ainda assinala a circunstância de que as Cortes, em regra, tendem a desprezar essa interpretação promovida na instância executiva, quando, em verdade, deveriam conferir-lhe deferência; pois ela

³⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **O papel da adjudicação como mecanismo social de composição de conflitos**. (mimeo, cedido pela autora). p. 11.

³⁸ Por todos: ROSS, Bertrall L. Embracing Administrative Constitutionalism. **Boston University Law Review**, Boston, vol. 95, n. 2, p. 519-585, mar./apr. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2575399>>. Acesso em 14 jul. 2015; METZGER, Gillian E. Administrative Constitutionalism. **Texas Law Review**, Austin, vol. 91, jun. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2269773>>. Acesso em 20 jul. 2015.

³⁹ Sob o prisma de Bremer, esse processo se dá naturalmente no desenrolar diuturno das atividades do gestor público e não guarda uma relação de dependência com a circunstância de terem sido criadas agências reguladoras; cuida-se, na visão da autora, de um direito administrativo não escrito. (BREMER, Emily S. The Unwritten Administrative Constitution (2012). **Florida Law Review**, Gainesville, v. 66, n. 3, p. 1.215-1.273, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2143161>>. Acesso em 20 jul. 2015.).

⁴⁰ Nesse sentido: METZGER, Gillian E. Administrative Constitutionalism. **Texas Law Review**, Austin, vol. 91, jun. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2269773>>. Acesso em 20 jul. 2015.

⁴¹ ROSS, Bertrall L. Embracing Administrative Constitutionalism. **Boston University Law Review**, Boston, vol. 95, n. 2, p. 519-585, mar./apr. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2575399>>. Acesso em 14 jul. 2015. *passim*.

externa uma dimensão aplicativa e experimentalista que, embora distante da matriz de ação judicial, pode contribuir positivamente para o processo de *decision-making*.⁴²

A importância de considerar de forma reverente as escolhas promovidas pela Administração na forma de conduzir uma determinada política pública também é consignado por Valle, quando sustenta que é especialmente no âmbito da aplicação dos comandos normativos constitucionais – sejam regras ou princípios – que o gestor público encontrará

*espaço e oportunidade para o exercício de algum nível de experimentalismo – aquele mesmo atributo que se aponta como relevante ao adequado enfrentamento no modelo adjudicativo, das complexas questões postas pelos desafios de efetividade de direitos fundamentais, que se revelam progressivamente competitivos entre si. A função administrativa é por definição, adaptável e resiliente sob pena de infidelidade constitucional; diferentemente do que se põe com a função judiciária, que nos termos do já apontado, reclama estabilidade de reiteração de seus mesmos outcomes.*⁴³

Ocorre que, em regra, a maior dificuldade apontada para o Judiciário abraçar o constitucionalismo administrativo se funda, não no pressuposto de que a interpretação resultante da prática executiva atribua um sentido equivocado (inconstitucional) ao texto, mas sim, no de que esta seria ilegítima.

Contudo, se se reconhece a legitimidade da instância judicante para exercer a *judicial review* em prol da primazia da Constituição e do projeto transformador da Carta Base, exercício este que se dá, em regra, numa inflexão autoritativa; porque repelir a possibilidade de assentir que a Administração Pública também detenha esta legitimação para promover o processo interpretativo, que – se comparado ao das Cortes, apresenta *timing* mais célere, se dá num ambiente de conexão mais estreita com a sociedade – considera com maior grau de acuidade os padrões por ela exigidos para a conformação da política pública⁴⁴?

É da natureza da função jurisdicional – promotora da segurança jurídica – a tendência à conservação e estabilidade. As Cortes, quando interpretam cláusulas vagas ou ambíguas, normalmente optam por fazê-lo de forma consistente com valores previamente estabelecidos na jurisprudência e, por isso, as adaptações se processam, não raro, com uma tendência a prestigiar o entendimento pretoriano já consolidado⁴⁵;

⁴² ROSS, Bertrall L. Embracing Administrative Constitutionalism. *Boston University Law Review*, Boston, vol. 95, n. 2, p. 519-585, mar./apr. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2575399>>. Acesso em 14 jul. 2015. p. 524.

⁴³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **O papel da adjudicação como mecanismo social de composição de conflitos.** (mimeo, cedido pela autora). p. 12.

⁴⁴ ROSS, Bertrall L. Embracing Administrative Constitutionalism. *Boston University Law Review*, Boston, vol. 95, n. 2, p. 519-585, mar./apr. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2575399>>. Acesso em 14 jul. 2015. p. 525.

⁴⁵ ROSS, Bertrall L. Embracing Administrative Constitutionalism. *Boston University Law Review*, Boston, vol. 95, n. 2, p. 519-585, mar./apr. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2575399>>. Acesso em 14 jul. 2015. p. 538.

sobretudo quando se está diante de um sistema de vinculação de precedentes sem a proficiente abertura dialógica que aqui se defende. Assim, a partir da doutrina do constitucionalismo administrativo, é possível afirmar que a atribuição de sentido aos textos e princípios da Constituição pelos órgãos públicos alcança um nível de oxigenação bem maior do que aquela presente no âmbito exclusivo do Tribunal; razão pela qual, a deferência judicial para com as escolhas administrativas é circunstância que se demonstra favorável ao diálogo que se pretende na *strategic litigation*.

A ideia da proposta ora lançada tem por escopo chamar a atenção para a circunstância de que não deve o Judiciário se arvorar na condição de único detentor da legitimidade interpretativa e, numa postura retirada e hermética, desprezar os elementos que integram e orbitam os contornos fáticos de uma demanda – sobretudo quando o seu objeto se traduz em uma estratégia de reivindicação política originariamente pleiteada perante a Administração – sob pena de conferir a ela uma solução adjudicativa inadequada ou inexecutável.

No âmbito de nossas Cortes, convém destacar que o rompimento dessa barreira ao diálogo no processo de elaboração do sentido da Constituição não se mostra como tarefa simples; a medida em que, sobretudo no que se refere ao litígio estratégico, envolve necessariamente o conhecer da facticidade que integra e tangencia a *quaestio*, com vista à verificação quanto à existência ou não de alguma iniciativa estatal destinada à elaboração ou implementação do direito fundamental exigido judicialmente, ou mesmo relativa ao adequado escrutínio da escolha apriorística do gestor. Tal atuar sindicante demanda uma cogitação amplíssima do julgador, inclusive sobre as mencionadas relações de interferências recíprocas existentes entre as diversas ações do poder público e os eventuais reflexos do provimento judicial vindouro; a exigir, via de regra, não só um exame factual, mas também uma análise de prognose.

3.3. Técnicas processuais diferenciadas capazes de favorecer o diálogo com o Legislativo

No campo de litígios estratégicos que envolvam o redirecionamento de reivindicações sociais decorrentes da obstrução da via legislativa ordinária, cabe a mesma construção teórica realizada nos subitens anteriores relativamente à necessidade de uma decisão judicial que – ainda que proferida com base em um sistema de precedentes obrigatórios – valorize a abertura dialógica; embora aqui se cogite especificamente do diálogo entre Judiciário e Legislativo.⁴⁶

⁴⁶ O presente item não tem por pretensão realizar um estudo das teorias de diálogos constitucionais (ver nota 24), mas tão somente propor algumas técnicas processuais diferenciadas que possam contribuir para a construção de um provimento jurisdicional que, embora vinculante, possua uma abertura dialógica desejável, sobretudo em temas constitucionais veiculados por intermédio de um litígio estratégico.

Convém observar que o litígio estratégico possui em si um paradoxo, porque tem por objetivo a transformação da realidade social sem se importar com a forma pela qual ela será alcançada – se pela via ordinária própria ou judicial substitutiva – e isso repercute na seguinte circunstância: ao mesmo tempo que busca a vinculação do precedente, se favorável; não se descarta de devolver o debate às instituições e sociedade, levando em conta a evolução dos direitos fundamentais e a respectiva necessidade de continuidade de transformação.

Levando em conta tal informação, pretende-se buscar algumas técnicas processuais diferenciadas que possam favorecer o diálogo com o Legislativo na construção do provimento jurisdicional em sede de litígio estratégico; e, assim, auxiliar na redução dos efeitos colidentes desse paradoxo. Para tanto, faz-se mister apontar uma primeira distinção entre, de um lado, (i) a obstrução legislativa decorrente dos pontos cegos e ônus inerciais, e, de outro, (ii) aquela proveniente de elevado desacordo moral. Trata-se, pois, de circunstâncias distintas cujas técnicas dialógicas não poderão ser as mesmas, e por isso serão tratadas em separado.

3.3.1. Obstrução legislativa decorrente de pontos cegos e ônus inerciais

A espécie de obstrução de que trata o presente subitem ocorre em hipóteses até então não vislumbradas ou consideradas custosas pelo Legislativo.

Tanto no caso em que a obstrução decorre de ausência de uma clara definição da norma constitucional, seja em razão de uma alteração formal, seja em decorrência de uma nova interpretação judicial, ou, ainda, pela modificação de alguma circunstância fática que alavanque a necessidade de densificação do direito (pontos cegos); quanto na situação em que o Legislativo permanece inativo em situação que supõe um ônus que na realidade não pode se apresentar como causa legítima para a inação (ônus inerciais); cabe ao Tribunal assumir uma postura de deferência para com a função institucional legislativa sem, contudo, deixar de atuar nos limites de sua competência.

Na experiência sul-africana, é possível apontar o caso *Fourie*⁴⁷, em que a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade de lei local que vedava o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas; e, concomitantemente, decidiu pela devolução da matéria ao Legislativo, no prazo de um ano, sob pena de valer a aplicação da interpretação constitucional judicial em favor das minorias às situações que viessem a ocorrer a partir de então. É interessante trazer à baila a hipótese para demonstrar que a enunciação de um determinado critério decorrente da interpretação judicial, associado a um prazo para deliberação política, além de servir como estímulo ao Legislativo, à proporção que isto se apresente em maior consonância com os interesses políticos em

⁴⁷ *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another* (CCT 60/04) [2005] ZACC 19; 2006 (3) BCLR 355 (CC); 2006 (1) SA 524 (CC) (1 December 2005).

jogo; assume também uma função pedagógica, à medida que indica em linhas gerais os parâmetros considerados constitucionalmente razoáveis.

Segundo Valle⁴⁸, esse tipo de modulação dos efeitos temporais da decisão judicial se demonstra como uma técnica a serviço do diálogo com o Legislativo, sendo que encontra o seu fundamento de validade em dispositivo expressamente previsto no ordenamento jurídico pátrio, qual seja, o art. 27 da Lei 9868/99. Entretanto, a eventual concretização desse diálogo seria posterior ao julgamento definitivo do litígio estratégico, o que impediria a aplicação – ao menos de forma direta – do superveniente critério legislativo aos casos anteriores que tivessem se valido da decisão judicial.

Assim, o que se pretende propor é a oportunização do diálogo institucional durante o julgamento do litígio estratégico, antes mesmo do proferimento do provimento jurisdicional final⁴⁹; pois, assim, será possível a aplicação do critério objeto de deliberação legislativa, em uma clara demonstração não somente de deferência, mas, acima de tudo, comprometimento com a restauração da responsabilidade política – evitando-se as implicações democráticas de uma atividade judicial adjudicativa⁵⁰.

Sugere-se, portanto, um julgamento bipartite em que na primeira fase caberá ao Tribunal o exame da configuração ou não da inadequada obstrução legislativa em razão dos pontos cegos ou pesos inerciais. Em caso positivo, enunciará um comando com as respectivas diretrizes a serem eventualmente utilizadas como interpretação constitucional judicial; bem como, determinará a suspensão do processo por prazo determinado para livre manifestação legislativa, sob pena de aplicação do critério judicial quando da retomada do julgamento.⁵¹

Por fim, cabe mencionar que a despeito dessa técnica de enunciação e suspensão poder ser utilizada indiscriminadamente para a superação tanto dos pontos cegos, como dos ônus inerciais, visto que em ambos os casos há o objetivo de servir como mecanismo de advertência e impulsionamento ao diálogo; é possível ocorrer uma ponderação no que se refere à duração em si do prazo, sendo justificável uma ampliação

⁴⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 78-81, set./dez. 2014.

⁴⁹ Silva et al já advertia o fato de a doutrina estrangeira tão somente cogitar do diálogo constitucional pós decisão judicial, sendo que a interação entre os Poderes ao longo do processo de construção da decisão judicial não poderia ser descartada, uma vez que contribui para antecipação dos benefícios democráticos advindos desse diálogo. (SILVA, Cecília de Almeida Silva et al. **Diálogos Institucionais e Ativismo**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 101, NR 221).

⁵⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **O papel da adjudicação como mecanismo social de composição de conflitos**. (mimeo, cedido pela autora).

⁵¹ A sugestão tem por base algo muito próximo do que ocorreu no julgamento do MI 943 (BRASIL. STF. MI 943-DF. Pleno. Min. Rel. Gilmar Mendes. Julgamento: 06/02/2013. Publicação: 30/04/2013. Acesso: 06 set. 2014), sobre ausência de regulamentação legislativa do direito fundamental ao aviso prévio proporcional, em que o STF julgou procedente o pedido para declarar o dever constitucional de legislar, e suspendeu o julgamento para posterior análise dos variados critérios de proporção sugeridos pelos ministros; ato contínuo, o Legislativo, verificando o risco de enunciação judicial de um parâmetro desfavorável aos interesses de seus eleitores, agiu rapidamente e aprovou a lei antes mesmo do julgamento definitivo do referido *writ*. Sobre o tema, cf.: JABER MANEIRO, Renata de Marins. Mandado de injunção e jurisdição dialógica: algumas considerações a partir do caso do MI 943. **Direitos e Garantias Fundamentais I: Encontro Internacional do Conpedi**, Montevideú, 2016. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 25-41.

quando se estiver diante da primeira hipótese, eis que nesse caso, não raro, a deliberação dependerá de um período mínimo para maturação e formação do consenso.

3.3.2. Obstrução legislativa decorrente de elevado desacordo moral

Entre as causas corriqueiras de obstrução deliberativa do poder político estão também as questões de elevado desacordo moral, em que o Judiciário por intermédio de um litígio estratégico pode ser chamado a decidir, funcionando como um agente articulador do debate público, a partir do momento em que devolve a matéria às instituições políticas e sociais.

É justamente essa abertura ao debate que vai permitir a evolução de entendimento e, aos poucos, a diminuição das controvérsias sobre o tema. Isso se afina com a proposição de Mendes⁵² consistente na deliberação como fruto da última palavra provisória a ser dada pela Corte, e novas rodadas procedimentais a partir da resposta oferecida pelo Parlamento apta a revitalizar o tema e reiniciar os debates; bem como, com a ideia de interpretação constitucional em contínuo intercâmbio entre os participantes do diálogo.

Convém observar que nesses casos de elevado desacordo moral, embora se esteja cogitando do diálogo institucional com o Legislativo, a própria sociedade assume um papel importante na evolução da interpretação da constituição e formação de possíveis acordos para deliberação política em matéria objeto do litígio estratégico.

Para que seja possível uma melhor noção do que se pretende propor, cabe antes a demonstração de um caso ocorrido no Direito estrangeiro que – a despeito de *prima facie* fazer supor a lógica do diálogo institucional que se teria por frustrada – em se aprofundando a análise, há a compreensão do *status* revelador da sociedade como um todo (instituições políticas e seguimentos sociais) na função propulsora do diálogo ao longo do tempo.

Assim é que na experiência canadense há o emblemático caso *Vriend*⁵³ – a respeito de um professor de uma escola religiosa privada que foi demitido após dizer ao patrão que era *gay* – em que a Corte Constitucional considerou aplicável a garantia de não discriminação profissional também em relação à orientação sexual. Apesar do inicial clamor público e político contra a referida decisão, não foi utilizado qualquer procedimento formal de reação.

No ponto, cumpre esclarecer que o Canadá possui um mecanismo denominado cláusula não obstante, que é colocado à disposição do Legislativo para oferecer

⁵² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. São Paulo, 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

⁵³ *Vriend v. Alberta*, 1 S.C.R. 493 (1998).

substituição à decisão judicial.⁵⁴ Cabe destacar que, embora não tenha ocorrido a utilização de uma resposta dialógica formal, o Tribunal funcionou como verdadeiro agente articulador do debate, onde o tema ganhou destaque na mídia, nos seguimentos religiosos e nos mais variados grupos sociais, o que tornou possível a redução de desacordos sobre a matéria; inclusive, com relação a novos debates sobre a extensão de benefícios, redefinição de casamento, etc.⁵⁵

Portanto, para além do à época polêmico reconhecimento da garantia de não discriminação de orientação sexual nas relações de trabalho, a decisão produziu ao longo do tempo outras consequências, tais como: efeito indireto de aprovação de medidas legislativas e sociais direcionadas ao reconhecimento e extensão de benefícios ao companheiro do mesmo sexo; e efeito simbólico de criar ambiente propício ao incremento do debate público, inclusive sobre reconhecimento de união homoafetiva e, também, nova definição do instituto do casamento.

O referido caso representa um típico exemplo de como uma decisão judicial pode produzir um verdadeiro diálogo no seio das *instituições* políticas e sociais, servindo para impulsionar o debate público e proporcionar um (re)equilíbrio entre opinião pública e incorporação na linguagem do direito ao longo do tempo pelo Legislativo.

Para que seja possível a concretização desse tipo de diálogo sugere-se a utilização da técnica de clarificação dos limites de interpretação e enunciação de um parâmetro judicial em linhas gerais, com fixação de um prazo mínimo para uma nova rodada procedimental (litígio estratégico em que se veicule o mesmo tema), caso não ocorra incorporação política do câmbio social; aplicável tão somente aos casos de competência originária da Suprema Corte, excluindo-se os casos em que o assunto houver chegado ao STF por via difusa, já que o litígio estratégico pode ser veiculado em demanda individual.⁵⁶

Seguindo essa esteira propositiva de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal julgará improcedente o pedido, exercendo tão somente uma função de desbloqueio ao esclarecer pontos passíveis de serem submetidos ao novo consenso legislativo; bem como, função pedagógica no sentido de já se apontar possíveis parâmetros considerados constitucionalmente razoáveis em futura deliberação política. E, assim, devolve-se

⁵⁴ Sobre o mecanismo dialógico formal canadense, cf.: SILVA, Cecília de Almeida Silva *et al.* **Diálogos Institucionais e Ativismo**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

⁵⁵ BATEUP, Christine. Expanding the conversation: American and Canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. **Temple International and Comparative Law Journal**, New York, vol. 37, n. 6, p. 1-66, nov. 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947867>. Acesso: 06 abr. 2015. p. 49-53.

⁵⁶ O litígio estratégico não pode ser encarado com a incidência das velhas fórmulas aplicáveis ao litígio comum, como a lógica de dar a cada um o que é seu, bem como a vedação ao *non liquet*, tendo em vista que se trata de redirecionamento de reivindicações sociais que possuem o seu *locus* originalmente adequado à deliberação política institucional. Ocorre que, em se tratando de demandas individuais de controle difuso, nem sempre será tarefa fácil identificar as características de um litígio estratégico associadas ao liame entre demandas da mesma natureza que veiculem o mesmo tema, como explicitado no item 3. Por isso, optou-se em restringir a presente proposta às demandas de competência originária do STF, e nisso se inclui não só as ações diretas, como também o mandado de injunção ou demais ações constitucionais que se revistam dessa característica estratégica.

o debate à sociedade com fixação de um prazo mínimo que entender razoável a eventual reexame judicial da questão, por intermédio de uma nova demanda também de competência originária do Tribunal Constitucional; o que significa que esses critérios gerais judiciais não serão aplicados nessa primeira rodada, como também não terão efeitos vinculativos, já que não fazem parte da *ratio decidendi*⁵⁷.

Trata-se de uma técnica que estimula o debate público e pré-determina a partir de quando poderá ser ajuizada perante a Corte uma nova demanda sobre o mesmo tema; ocasião em que possivelmente a questão já estará mais madura para que seja iniciada uma nova rodada procedimental, agora com a aplicação das técnicas de enunciação e suspensão descritas no subitem anterior – por óbvio, caso não mais perdure o elevado desacordo moral. Vale dizer, a decisão anterior serviu tão somente como estímulo ao debate na sociedade e redução de desacordos sobre a interpretação constitucional a ser originariamente realizada pelo Legislativo.

Por fim, cabe ainda mencionar que isso não impede a possibilidade de julgamento de improcedência sem aplicação de qualquer técnica que contribua com a redução de desacordos morais sobre o assunto, quando houver razões jurídicas o suficiente para rechaçar a nova interpretação que se pretende conferir pelos litigantes estratégicos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa destinou-se a tratar do tema de litígio estratégico à luz do sistema de precedentes obrigatórios, e, diante da constatação de que essa prática tem por objetivo a transformação da realidade social, verificou-se que isso poderia ocorrer não só pela vinculação de precedentes, mas também a partir de um amplo debate entre as instituições políticas e seguimentos sociais; este último, inclusive, mais desejável, já que traduz o reconhecimento ou ampliação do conteúdo do Direito pelas vias ordinárias próprias.

Por sua vez, levando em conta que esse câmbio social ocorre de forma gradual e contínua, preocupou-se com o problema da petrificação da interpretação constitucional, cogitando, assim, da aplicação da teoria de interpretação construtiva dworkiniana consistente em considerar o conjunto de precedentes sobre determinada matéria como um romance em cadeia; o que significa que a integridade do sistema jurídico depende de um processo de autocorreções reiteradas ao longo do tempo, por intermédio de técnicas de superação dos precedentes.

No entanto, para que os temas constitucionais sensíveis veiculados na *strategic litigation* recebam o devido tratamento de acordo com a acima referenciada integridade

⁵⁷ Sobre o tema da *ratio decidendi* dos precedentes, cf.: SOARES, Marcos José Porto. A *ratio decidendi* dos precedentes. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, v. 22, n. 85, p. 39-73, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74476>>. Acesso: 29 abr. 2016.

do sistema, mister expandir essa interpretação construtiva, de molde a abranger os demais autores do romance constitucional. Isso porque, nesses casos, o Judiciário estará sendo chamado a deliberar sobre assunto que não era originariamente de sua alçada; e, assim, considerando que as instituições políticas e sociais podem e devem se arvorar na condição de intérpretes da Constituição, essa ampliação da interpretação construtiva dworkiniana para abranger os demais autores constitucionais quer significar uma abertura dialógica na construção do provimento jurisdicional.

Daí a sinalização que se empreende no sentido de que há uma insuficiência do modelo institucional do Judiciário brasileiro para lidar com o litígio estratégico, porquanto demonstram as Cortes que não caminham, mas deveriam caminhar, em direção a adoção de práticas que mitiguem o distanciamento da realidade e cambiem não apenas o perfil da sociedade, mas sejam capazes de privilegiar uma adjudicação mais democrática do que autoritária, provimento típico exigido em demandas em que os autores se organizam estrategicamente para buscar a resposta que os outros braços organizados do poder até então lhe negaram.

No ponto, cabe enfatizar que embora o litígio estratégico seja um importante instrumento de transformação da realidade social, sem a concretização do diálogo pode acabar servindo como ferramenta de autoritarismo judicial, além do potencial regressivo que essa decisão monológica poderia gerar.

Assim é que no último item buscou-se propor algumas iniciativas a serem empreendidas na construção do provimento jurisdicional que possam auxiliar na abertura desse diálogo constitucional antes mesmo de findo o julgamento, tais como: (i) o município de elementos fáticos com consulta às instituições políticas e seguimentos sociais; (ii) deferência para com a interpretação constitucional dos órgãos da Administração Pública; (iii) aplicação de técnicas de enunciação e suspensão, como forma de exortar o diálogo com o Legislativo, nos casos cuja obstrução tenha decorrido de pontos cegos ou ônus inerciais. E, excepcionalmente, após o julgamento, (i) a aplicação de técnicas de clarificação e enunciação direcionadas a novas rodadas procedimentais a longo prazo, quando se estiver diante de questões de elevado desacordo moral. Esta última, a única hipótese em que não ocorreria a vinculação do precedente.

Em última análise, a pesquisa teve como pano de fundo o exame sobre a possibilidade de aplicação de técnicas dialógicas na construção do provimento jurisdicional dentro de um sistema de vinculação de precedentes; o que se demonstrou perfeitamente possível a partir da ideia de expansão da interpretação construtiva para abranger todos os autores do Romance Constitucional. Dessa forma, constitui provocação para a continuação dessa linha de pesquisa, não só a busca de novas iniciativas capazes de contribuir com a abertura dialógica na construção do provimento jurisdicional, em sede de litígio estratégico; como também a investigação daquelas adequadas ao julgamento do *public law litigation* em geral.

5. REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Voltando ao básico. Precedentes, uniformidade, coerência e isonomia. Algumas reflexões sobre o dever de motivação. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARI-NONI; Luiz Guilherme; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Orgs.). **Direito Jurisprudencial**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, n. 3, p. 1-85, nov. 2005. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em 10 mar. 2015.

BATEUP, Christine. Expanding the conversation: American and Canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. **Temple International and Comparative Law Journal**, New York, vol. 37, n. 6, p. 1-66, nov. 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947867>. Acesso: 06 abr. 2015.

BREMER, Emily S. The Unwritten Administrative Constitution (2012). **Florida Law Review**, Gainesville, v. 66, n. 3, p. 1.215-1.273, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2143161>>. Acesso em 20 jul. 2015.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Cortes Supremas e Sociedade Civil na América Latina: Estudo comparado Brasil, Argentina e Colômbia**. São Paulo, 2012. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-16052013-162225/pt-br.php>>. Acesso em 08 dez. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira Porto Alegre: Fabris, 1999.

CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 89, n. 7, p. 1.281-1.316, may 1976.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Ariel, 1996.

JABER MANEIRO, Renata de Marins; CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da. Constitucionalismo democrático e litígio estratégico: o caso do mandado de injunção n.º 4.733. **Direitos e Garantias Fundamentais I: XXV Encontro Nacional do Conpedi**, Curitiba, 2016. (no prelo).

JABER MANEIRO, Renata de Marins. Mandado de injunção e jurisdição dialógica: algumas considerações a partir do caso do MI 943. **Direitos e Garantias Fundamentais I: Encontro Internacional do Conpedi**, Montevidéu, 2016. Florianópolis: CONPEDI, 2017.

LEVY, Leonard W.; KARST, Kenneth L.; MAHONEY, Dennis J. (Eds.) **Encyclopedia of the American Constitution**. New York: Macmillan Publishing Company, 2000.

LIEBENBERG, Sandra. **Socio-economic rights: adjudication under a transformative constitution**. Claremont: Juta & Co. Ltd., 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos precedentes**. Justificativa do Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI; Luiz Guilherme; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Orgs.). **Direito Jurisprudencial**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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

METZGER, Gillian E., Administrative Constitutionalism. **Texas Law Review**, Austin, vol. 91, jun. 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2269773>>. Acesso em 20 jul. 2015.

NIETO, Alejandro; GORDILLO, Agustin. **Limitaciones del conocimiento jurídico**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 1997.

RAATZ, Igor. Precedentes obrigatórios ou precedentes à brasileira. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, vol. 11, n. 11, p. 217-237, nov. 2013.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. **Texas Law review**, Austin, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, 2011.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales. **RATJ - Revista Argentina de Teoría Jurídica**, Buenos Aires, v. 14, n. 2, dez. 2013. Disponível em <http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858>. Acesso em 08 de novembro de 2014.

ROSS, Bertrall L. Embracing Administrative Constitutionalism. **Boston University Law Review**, Boston, vol. 95, n. 2, p. 519-585, mar./apr. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2575399>>. Acesso em 14 jul. 2015.

SILVA, Cecília de Almeida Silva *et al.* **Diálogos Institucionais e Ativismo**. 1 ed. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: A questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119-161, abr./jun. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOARES, Marcos José Porto. A ratio decidendi dos precedentes. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, v. 22, n. 85, p. 39-73, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74476>>. Acesso: 29 abr. 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Mercantilização dos direitos fundamentais e potencial regressivo das decisões judiciais. In: **V Congresso Brasileiro de Direito Processual**, Salvador, 2014. Constituição, processo e cidadania. Brasília: Gomes & Oliveira Livraria & Editora, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 59-90, set./dez. 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. O papel da adjudicação como mecanismo social de composição de conflitos. (mimeo, cedido pela autora).

VALLE, Vanice Regina Lírio do; GOUVÊA, Carina Barbosa. Direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial. In: **XXIII Encontro Nacional do CONPEDI**, Florianópolis, 2014. Direitos sociais e políticas públicas I, CONPEDI, 2014.