

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**ANDRÉ CARIAS DE ARAUJO**

**DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO  
DE UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA**

**CURITIBA**

**2017**

ANDRÉ CARIAS DE ARAUJO

**DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO  
DE UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA**

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Vera Karam de Chueiri

CURITIBA

2017

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**ANDRÉ CARIAS DE ARAUJO**

**DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS COMO INSTRUMENTO DE  
DESENVOLVIMENTO DE UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL  
DEMOCRÁTICA**

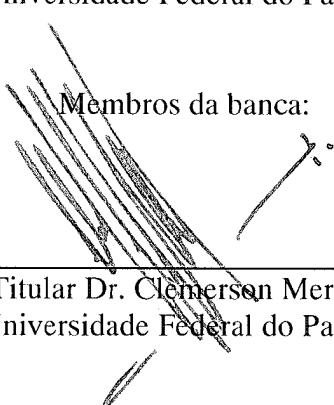
Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito.

Orientador:

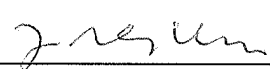


Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Vera Karam de Chueiri  
Universidade Federal do Paraná

Membros da banca:



Prof. Titular Dr. Clemerson Merlin Clève  
Universidade Federal do Paraná



Prof. Titular Dr. José Ribas Vieira  
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Curitiba, 22 de março de 2017.

## AGRADECIMENTOS

A construção deste trabalho afigura-se edificada em diversos pilares, cada qual com a sua relevância e robustez imprescindíveis a nortear seu desenvolvimento.

O pilar central, sustentáculo de minha existência, consiste em minha família. Com meus pais, Judi e Tadeu, aprendi os valores de respeito ao próximo e a perseverança na busca pela construção de um mundo melhor. A vocês, minha gratidão por tudo o que construí. Apesar da distância física, estamos muito próximos em espírito! Com minha amada Vanessa e nosso Guilherme, aprendi o sentido verdadeiro do amor, na sua mais pura essência, e a vocês agradeço diariamente por estarmos juntos nesta jornada! Em vocês reside a razão maior, aquilo que completa.

Outros pilares foram fundamentais para a elaboração deste trabalho acadêmico. Com a Professora Vera Karam de Chueiri, fonte inesgotável de conhecimento, acessibilidade e parceria, passei a compreender que a contraposição de perspectivas, com a consideração e respeito do outro, constitui relevante oportunidade de aprendizado e crescimento coletivo. Aprendi, também, que o resultado da relação entre constitucionalismo e democracia não precisa resultar apenas em tensão, mas pode produzir também diálogo. É um privilégio poder compartilhar seus ensinamentos.

Aos membros da banca avaliadora que aceitaram gentilmente o convite, Professores Clèmerson Merlin Clève e José Ribas Vieira, dois ícones do constitucionalismo deste País, devo a gratidão profunda por esta oportunidade única de aprendizado e pela genialidade compartilhada.

Agradeço, ainda, aos colaboradores do Programa da Pós-Graduação em Direito da UFPR, bem como a seus ilustres Professores com quem tive a oportunidade de convívio e aprendizagem nas disciplinas do mestrado: Celso Luiz Ludwig, Katya Kozicki, Ricardo Marcelo Fonseca e Pedro Bodê. Ao Professor Roberto Gargarella, por quem sinto profunda admiração, pela forte influência em minha formação e por tudo que representa para o direito constitucional na América Latina.

Aos amigos de academia, que não só companheiros, representaram verdadeiros guias, clareando minhas incertezas ao longo desse percurso. Foi com Miguel Gualano de Godoy que surgiram as idéias iniciais deste trabalho e o estímulo para desenvolvê-lo no mestrado. Sinto-me muito honrado por compartilhar de sua amizade e de suas brilhantes idéias. Também a José Arthur Castillo de Macedo, outro brilhante constitucionalista, minha gratidão por poder contar com as suas ponderações que

impulsionam uma constante reflexão acerca do Direito. Não menos importante foram as contribuições dos amigos e brilhantes professores Wiliam Soares Pugliese e Felipe Frank, pelos quais nutro profunda admiração.

Não seria possível concretizar esta empreitada sem o apoio inestimável de um time tão competente de parceiros de justiça. A você, Maíra Macedo Marques, agradeço por sua diária contribuição e dedicação. Sua perspectiva acerca do Direito, aliada à sua competência, fazem de você uma profissional diferenciada, com uma carreira certamente promissora. Gratidão profunda por estarmos juntos nesta empreitada. A Anderson Pressendo Mendes, parceiro e amigo, com quem tive a sorte de poder conviver. Profissional dedicado e brilhante pesquisador, que com sua visão privilegiada muito ajudou e somou na formulação de minhas idéias. À Priscila Rodrigues, exemplo de dedicação e determinação, devo profundo agradecimento por todo apoio e colaboração. A todos os demais integrantes da equipe do Núcleo de Conciliação das Varas de Família de Curitiba serei eternamente agradecido pela devoção e trabalho de qualidade que todos desenvolvem na busca da adequada solução dos conflitos familiares.

Aos meus amigos magistrados Fernanda Karam de Chueiri Sanches, Rodrigo Daledone e Paulo Mazzini, além de fonte de inspiração, guardo em vocês amizade profunda e a certeza que sempre haverá juízes em Berlim.

Aos meus amigos e companheiros de jornada do mestrado: André Arnt Ramos, Aulus Graça, Galanni Dorado de Oliveira, Judá Lobo, Pedro Henrique Galloti Kenicke, Thiago Hansen, agradeço a convivência espirituosa e fraterna.

## RESUMO

O presente trabalho examina o modelo democrático delineado na Constituição da República, debruçando-se sobre seu desenho institucional, bem como sobre como são estruturados os Poderes estatais. Como resultado dessa análise, resulta a judicialização da política e o ativismo judicial, marcados pelo protagonismo das Cortes constitucionais. Em razão dos questionamentos sobre a legitimidade dessa atuação expansiva do Judiciário, conclui-se que a atribuição da palavra final a um dos Poderes institucionais não se afigura suficiente para a efetivação dos direitos fundamentais e consolidação dos postulados democráticos, circunstância que acarreta a necessidade de uma reflexão acerca do modelo contemporaneamente adotado. Busca-se, assim, a investigação de outras combinações, entre as diversas possibilidades de interações institucionais. Emergem, nesse cenário, as teorias de diálogo institucional, que conferem aporte para assegurar a legitimação da jurisdição constitucional, e tornar mais democrática a interpretação e concretização da Constituição. Nessa diretriz, as controvérsias do sistema institucional brasileiro também devem ser solucionadas por meio de uma atividade sistêmico-dialógica, de forma a afastar o comportamento tradicional isolacionista dos Poderes instituídos, baseando-se na cooperação entre as instituições e superando-se as tradicionais teorias de interpretação constitucional e de separação de Poderes. Fica demonstrada, assim, a possibilidade de uma atuação coordenada entre os Poderes estatais, e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, a partir da utilização de mecanismos que viabilizam um processo contínuo e ininterrupto, em que cada ator institucional contribui com suas capacidades específicas, potencializando a qualidade democrática na consecução do melhor significado constitucional.

Palavras-chave: Supremacia judicial; Última palavra; Capacidades institucionais; Diálogo institucional; Diálogo interinstitucional.

## ABSTRACT

The present study examines the democratic framework outlined in the Republic's Constitution, focusing on its institutional design and on the way the three political Powers are structured. As a result of this analysis, the judicialization of politics' and the activism from judges are described, along with the Courts' protagonism. Due to the questioned legitimacy of this expansive acting from the Judiciary, it is concluded that attributing the final word to one of the institutional Powers does not hold as a way of meeting fundamental rights and consolidating democratic postulates, a circumstance that entails the necessity for a consideration of the model currently adopted. Different combinations, among the array of possible institutional interactions, are, thus, sought. Out of this scenario, institutional dialogue theories emerge, which ensure the legitimacy of the constitutional jurisdiction, and make the Constitution interpretation and materialization more democratic. Following this guideline, the controversies of the Brazilian institutional system should also be solved through systemic-dialogic actions, thus avoiding the traditional isolationistic behavior of the instituted Powers, by means of cooperation between institutions and surpassing of the traditional theories of constitutional interpretation and separation of Powers. It is thus demonstrated the possibility of a coordinated action between the State Powers, and the many segments of the organized society, based on the usage of mechanisms that enable a continuous and uninterrupted process, in which each institutional actor contributes with their specific capacities, enhancing the democratic quality in the search for the best constitutional meaning.

**Keywords:** Judicial supremacy; Last word; Institutional capacities; Institutional dialogue; Inter-institutional dialogue.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. DA CONSOLIDAÇÃO DAS BASES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL À SUPREMACIA JUDICIAL.....</b>	<b>16</b>
1.1 O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA E A ORIGEM DO JUDICIAL REVIEW .....	16
<b>1.1.1 A contribuição federalista para a formação da República norte-americana.</b>	<b>16</b>
<b>1.1.2 Antecedentes históricos do controle judicial de constitucionalidade.....</b>	<b>18</b>
<b>1.1.3 Federalistas versus Republicanos: a gênese do caso <i>Marbury v. Madison</i>.....</b>	<b>20</b>
<b>1.1.4 O julgamento de <i>Marbury v. Madison</i> .....</b>	<b>23</b>
<b>1.1.5 <i>Impeachment</i> contra Samuel Chase: a reação republicana ao julgamento do caso <i>Marbury v. Madison</i> .....</b>	<b>27</b>
<b>1.1.6 <i>Marbury v. Madison</i> e <i>Stuart v. Laird</i>: a consolidação do controle judicial de constitucionalidade .....</b>	<b>28</b>
1.2 A EXPANSÃO DO PAPEL POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO: SUPREMACIA JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL .....	31
1.3 PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	41
<b>2. CRÍTICA À SUPREMACIA JUDICIAL: A PERSPECTIVA DA ÚLTIMA PALAVRA.....</b>	<b>51</b>
2.1 CRÍTICAS INSTITUCIONAIS .....	51
<b>2.1.1 Questionamento dos limites do controle exercido pela jurisdição constitucional .....</b>	<b>51</b>
<b>2.1.2 As capacidades institucionais e o minimalismo judicial.....</b>	<b>63</b>
2.2 CRÍTICAS DEMOCRÁTICAS À SUPREMACIA JUDICIAL.....	68
<b>2.2.1 O constitucionalismo popular como crítica à supremacia judicial .....</b>	<b>68</b>
<b>2.2.2 Supremacia parlamentar em Jeremy Waldron .....</b>	<b>77</b>



<b>3. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO DE UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA .....</b>	<b>82</b>
3.1 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS, SEPARAÇÃO DE PODERES E CAPACIDADES INSTITUCIONAIS .....	82
3.2 ANÁLISE EMPÍRICA DA INTERAÇÃO ENTRE PODERES E LIMITAÇÕES INSTITUCIONAIS À ATIVIDADE JUDICIAL .....	89
3.3 TEORIAS DE DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS .....	102
3.4 MECANISMOS DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO BRASIL .....	112
3.5 DIÁLOGOS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA .....	123
<b>3.5.1 O diálogo interinstitucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional .....</b>	<b>123</b>
3.5.1.1 Superação de decisões do STF por emenda constitucional .....	125
3.5.1.2 Superação de decisões do STF por maiorias legislativas simples .....	129
3.5.1.3 Outras formas de diálogos interinstitucionais .....	135
<b>4. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>138</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>141</b>

## INTRODUÇÃO

A questão atinente à legitimidade da jurisdição constitucional situa-se no centro dos debates da teoria constitucional. Os que a questionam apontam a suposta carência de legitimação democrática da revisão judicial – a denominada dificuldade contramajoritária –, em razão dos juízes, não submetidos ao escrutínio popular, poderem invalidar as leis elaboradas pelos representantes legitimamente eleitos, muitas vezes baseados em disposições constitucionais abertas e vagas, modelando a Constituição de acordo com suas próprias preferências pessoais e políticas. Por sua vez, aqueles que a apoiam baseiam-se no argumento de que é exatamente na jurisdição constitucional que se consolida um fórum de princípios em que a democracia substantiva se afigura resguardada.

Quando a doutrina se debruça sobre o tema da última palavra sobre o significado da Constituição, normalmente o enfoque trabalhado restringe-se à avaliação de qual instituição, Corte ou Parlamento, possui melhor condição de desempenhar a aplicação e interpretação dos ditames constitucionais. Sobre essa finalidade, ora se propugna pela supremacia judicial, ora pela supremacia parlamentar. Essa tensão entre Paramentos e Cortes, decorrente do debate sobre a quem incumbe dar a última palavra sobre o significado da Constituição, envolve, também, a discussão entre dois valores políticos: democracia e constitucionalismo.

A pesquisa apresentada nesta dissertação fomenta algumas reflexões sobre a dinâmica das relações institucionais em um Estado Democrático de Direito, no sentido de se buscar investigar os ramos de governo, não como polos de poder absoluto, detentores da última palavra sobre o sentido e alcance das disposições da Constituição, mas como atores integrantes de uma cadeia contributiva. A necessidade de que algum órgão delibere em sede de controle de constitucionalidade não significa que essa deliberação seja permanente, ou que não possa haver alguma espécie de diálogo entre os Poderes e a sociedade.

Nessa perspectiva, à jurisdição constitucional se atribui o relevante papel de buscar um ponto de equilíbrio entre aqueles dois pilares do Estado Democrático de Direito acima alinhavados – democracia e constitucionalismo. A depender da forma e atuação das Cortes, pode-se restringir a autonomia política do povo, mediante a desconsideração das opções tomadas pelas instâncias majoritárias, ou, ao contrário,

podem os Tribunais validar a prevalência de uma tirania das maiorias, comprometendo a própria supremacia da Constituição. Entende-se, a partir disso, a necessidade de prudência no exercício da jurisdição constitucional.

Destarte, contrariando a ideia de que a adoção do controle de constitucionalidade implica necessariamente um modelo de supremacia judicial, buscar-se-á demonstrar que algumas experiências de dinâmicas alternativas de diálogo podem propiciar convivência mais harmônica entre os Poderes. Nesse viés, reconhecem-se as virtudes de cada um dos atores institucionais, sem, entretanto, torná-los absolutos, e, vale dizer, não assumindo que uma determinada capacidade institucional necessariamente gerará resultados melhores, mas sim, apostando que a interação entre as instituições na dinâmica da separação de poderes pode colaborar para a implantação de um processo deliberativo mais democrático e melhor.

Com a finalidade de aperfeiçoar essas ideias, a presente pesquisa será desenvolvida em três partes. Em um primeiro capítulo, analiso o contexto de tomada de decisões no Poder Judiciário, abordando o histórico, as condições e os principais fatores que contribuíram para a expansão da supremacia judicial em geral e, em especial, da autoridade do Supremo Tribunal Federal no sistema político-jurídico nacional, apontando, como uma das principais variáveis, a mudança de contexto constitucional advinda a partir da Constituição Federal de 1988.

Como decorrência desse quadro histórico, nota-se, na contemporaneidade, uma tendência à adoção de um modelo de constitucionalismo em que as Constituições são compreendidas como normas jurídicas autênticas, podendo ser invocadas concretamente perante o Poder Judiciário, no intuito, inclusive, de acarretar a invalidação de atos do Poder Legislativo. Além disso, as exigências em relação ao Estado de um papel ativo na concretização da justiça social corroboraram a valorização da interpretação e aplicação da Constituição. Diante da amplitude semântica dos direitos fundamentais e dos princípios, o Poder Judiciário passa a assumir um papel de destaque nessa tarefa.

Essa participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, muitas vezes com invasão no espectro de atuação dos demais Poderes estatais, por meio da atuação das Cortes Constitucionais, gera a concepção da supremacia judicial. Dentro desse processo, passa-se a ter a compreensão de que ao Poder Judiciário é atribuída a função de protetor derradeiro da Constituição, de forma a se justificar a sua sobreposição aos demais Poderes constituídos, com incumbência de dar respostas a todos os problemas jurídicos, e também aos de cunho político.

Diante desse quadro de avanço da supremacia judicial, entretanto, passaram a surgir questionamentos a respeito da legitimidade e dos limites que devem ser observados, visando manter um equilíbrio institucional. Com efeito, essa nova forma de atuação pode ensejar a hipertrofia do Judiciário e, por conseguinte, um desequilíbrio institucional, principalmente em razão de inexistir uma forma de controle do exercício desse ramo do Poder. O risco que existe na relação entre o Judiciário e os demais departamentos estatais é o de que os juízes se transformem em agentes públicos inatingíveis pelo controle democrático, em prejuízo direto à soberania popular.

Desse modo, no segundo capítulo da presente pesquisa, busca-se examinar as críticas relativas à supremacia judicial, decorrentes da perspectiva da última palavra. Um dos questionamentos centrais refere-se à preocupação de que o Poder Judiciário atue em descompasso com o Legislativo, apesar de não se encontrar legitimado democraticamente para interferir nas decisões adotadas por representantes majoritários. A invalidação de leis e atos normativos pelo Judiciário, quando do exercício do controle de constitucionalidade, em especial quando fundamentado em princípios constitucionais abstratos, gera uma dificuldade contramajoritária, na medida em que um Poder não submetido a mecanismo de responsabilização popular afastaria decisões efetivadas por maiorias políticas.

As críticas de caráter institucional passam pelo questionamento dos limites do controle exercido pela jurisdição constitucional. Com base no exame de precedentes históricos, demonstra-se que inexistente qualquer garantia de que a interpretação efetivada pelo Poder Judiciário seja mais favorável para a concretização dos direitos fundamentais, do que a realizada pelos demais departamentos do Estado.

Da mesma forma que os outros Poderes políticos, o Judiciário também pode errar quando se trata de minorias estigmatizadas. Se em um determinado momento a postura ativista de uma Corte Constitucional pode ser bem aceita por referendar importantes mudanças políticas, em outro, o modelo de supremacia judicial pode comportar um eventual ativismo conservador. Foi o que aconteceu com a Suprema Corte norte-americana nas últimas décadas, o que acabou por engendrar terreno fértil para o desenvolvimento do denominado constitucionalismo popular. Entre outros, podem-se citar como alguns dos participantes desse movimento, guardadas as devidas diferenças de perspectivas teóricas: Larry Kramer<sup>1</sup>, Mark Tushnet<sup>2</sup> e Jeremy Waldron<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> KRAMER, Lary. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

Em comum, a desconfiança quanto à excessiva atenção que a reflexão jurídica tem dado ao poder judicial. De diferentes formas, o comprometimento em questionar a supremacia judicial e uma posição antipopular.

Tomo essas ideias para concluir que o advento do controle jurisdicional de constitucionalidade não se traduz em consequência lógica de que aos juízes e Cortes cabe a última palavra sobre a interpretação da Constituição. Em verdade, o exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário consiste em uma das várias ações na interpretação da Constituição. Cortes e juízes devem ser vistos como mais um dos atores da tarefa de interpretação constitucional, e não os únicos. Essa ideia exclusivista se baseia na conclusão míope, extraída do julgamento de *Marbury vs. Madison*, de que, estando em debate a Constituição, é função exclusiva do Poder Judiciário protegê-la. O resultado do julgamento desse caso paradigmático não pode ser lido de forma limitada. Não se pode concluir com base no referido precedente que caberia ao Judiciário dar a palavra final sobre o tema discutido, mas sim que deve a Suprema Corte apenas decidir sobre o caso analisado. Decidir, e proferir uma resposta definitiva, constituem atribuições distintas<sup>4</sup>. Se às cortes incumbe a função de interpretação da Constituição, arrogar-se na titularidade da palavra exclusiva e final sobre a leitura constitucional caracteriza uma extrapolação de sua atribuição, que acarreta o grave risco de afastamento da política democrática das finalidades contempladas na Constituição.

Ainda que, por um lado, a atuação do Poder Judiciário seja de elevada relevância em certos campos que envolvam, por exemplo, a proteção dos grupos estigmatizados no âmbito do processo político majoritário, tutela dos direitos fundamentais, e o controle das condições de funcionamento da própria democracia, em razão de seu insulamento em relação à pressão das maiorias, que lhe asseguram capacidade institucional privilegiada, e maior independência para o exercício da avaliação crítica das tradições do que a desfrutada pelos representantes do Legislativo e Executivo, por outro lado, em searas distintas pode ser mais indicada uma autocontenção judicial, que permita o protagonismo de outros órgãos na implementação

---

<sup>2</sup> TUSHNET, Mark. *Popular constitutionalism as political law*. Chicago: Chicago-Kent College of Law, 2006.

<sup>3</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

<sup>4</sup> GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de. Quem detém a última palavra sobre o significado da Constituição? Caderno Direito e Justiça, *Gazeta do Povo*, de 10/05/2013. “Nesse sentido, ao se afirmar que ao Supremo Tribunal Federal cabe a defesa da Constituição e daí se concluir que só ele, e apenas ele, pode definir qual é o significado da Constituição, tem-se uma compreensão limitada, desprovida de justificação, conteúdo e legitimidade.”

dos ditames constitucionais, em consideração ao consenso construído na esfera majoritária<sup>5</sup>.

Indica-se uma alternativa que consiste na adoção de um comportamento minimalista e menos ambicioso por parte dos integrantes das Cortes Constitucionais, o qual viabilizaria uma postura cooperativa entre os ramos de governo. Nesse sentido, consoante o entendimento de Cass Sunstein<sup>6</sup>, a interpretação da Constituição necessita ser compreendida como um produto de diversas contribuições por parte de distintos atores e perspectivas teóricas, o que pode, algumas vezes, acarretar em uma postura de autocontenção dos juízes em situações que envolvam grandes controvérsias. De qualquer maneira, entretanto, o foco dentro da concepção minimalista não se situa na definição do ente legitimado a manifestar a última palavra, mas sim na construção de um processo dialógico complexo, implementado por formas deliberativas a partir das diversas contribuições advindas de órgãos técnicos, da sociedade civil e dos representantes eleitos democraticamente<sup>7</sup>.

Outra alternativa, tratada a partir do terceiro capítulo, são os diálogos institucionais, foco central da pesquisa desenvolvida neste trabalho. Parte-se da premissa de que não se pode analisar a atuação dos Poderes com relação à interpretação e aplicação da Constituição, sem se levar em consideração, além das teorias exegéticas que fundamentam uma decisão, as reais capacidades de Cortes e juízes no desempenho da função jurisdicional. Passa-se a pensar, então, em alternativas que viabilizem uma atuação jurisdicional que atente para as capacidades e limitações desses atores.

A partir disso, demonstra-se que, em um Estado de Direito, uma função estatal não deve preponderar sobre as demais. É imprescindível que se busque o equilíbrio institucional, de forma a se viabilizar o diálogo entre juiz e legislador, para a proteção dos direitos fundamentais. A harmonização, que viabiliza o exercício da atividade jurisdicional em conjunto com a manifestação do Poder Legislativo na interpretação da

---

<sup>5</sup> PERRY, Michael J. *The Constitution, the Courts and human rights*. New Haven: Yale University Press, 1982, p. 91-145. SARMENTO, Daniel. *O neconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: *Leituras complementares de Direito Constitucional: teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.). Salvador: JusPodium, 2009, p. 30.

<sup>6</sup> SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

<sup>7</sup> VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de; CARVALHO, Flávia Martins de. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24.09.2016.

Constituição, pode ser definida como um modelo dialógico que se caracteriza pela interlocução entre as instituições e entre estas e o povo.

Nessa concepção, nenhum dos Poderes assume função exclusiva de interpretação e aplicação da Constituição. Antes de se adotar uma concepção idealizada acerca das capacidades institucionais dos Poderes, parte-se da premissa de que todos eles se apresentam de forma superposta, cada qual no espaço de sua representatividade, interagindo na disputa da definição da norma que regulamentará determinada situação. Essa dinâmica “tende a produzir um processo deliberativo mais qualificado do que a mítica associação de um departamento estatal à vontade constituinte do povo”<sup>8</sup>.

A partir das capacidades institucionais, busca-se que distintos métodos de posturas e decisões judiciais possam ser adotados, a fim de que se alcance a melhor resposta possível na interpretação constitucional, e não uma resposta simplesmente idealizada<sup>9</sup>. Nesse sentido, consoante o entendimento da *Justice* Ruth Bader Ginsburg, os juízes têm um papel interdependente na democracia, eles sozinhos não definem a doutrina jurídica, mas participam em um diálogo com outros órgãos do governo, e também com o povo<sup>10</sup>.

O sistema dialógico estabelecido no Canadá talvez seja o mais célebre entre os atualmente existentes. Além de legitimar a jurisdição constitucional, o modelo canadense prescreve a possibilidade de reapreciação da questão pelo Parlamento, bem como a aplicação da lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte por determinado período de tempo, por intermédio da aplicação da “cláusula de não obstante” (*notwithstanding clause*). Busca-se evidenciar, com base nessa, e em outras experiências, a importância das contribuições das teorias dialógicas para o alcance do equilíbrio institucional.

Por fim, demonstra-se que se afigura possível na jurisdição constitucional brasileira a construção de um modelo de diálogo capaz de incentivar uma remodelação da estrutura institucional existente, de forma a viabilizar a implementação de uma dinâmica que proporcione uma postura mais cooperativa entre os Poderes institucionais e as Cortes, encorajando ainda o debate com a sociedade civil, na busca de implementação das disposições constitucionais. Nesse sentido, observam-se inúmeros

---

<sup>8</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 221.

<sup>9</sup> SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: *Michigan Law Review*, v. 101 N.º 04, Ann Arbor: Michigan University, 2003. p. 885-951. p. 914.

<sup>10</sup> GINSBURG, Ruth Bader. Speaking in a judicial voice. In: *New York University Law Review*, v. 67, 1992, p. 1198.

precedentes de reversão legislativa a decisões do Supremo Tribunal Federal, tanto por emenda constitucional, como por legislação infraconstitucional, o que, por si só, já afasta a concepção de última palavra definitiva do Judiciário sobre o sentido da Constituição.



## 1. DA CONSOLIDAÇÃO DAS BASES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL À SUPREMACIA JUDICIAL

### 1.1 O PODER JUDICIÁRIO NA CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA E A ORIGEM DO JUDICIAL REVIEW

#### 1.1.1 A contribuição federalista para a formação da República norte-americana

*All good government is and must be republican.*

**John Adams**

A formação histórica dos Estados Unidos influenciou o desenho de seu modelo constitucional. A ideia da limitação dos poderes dos governantes e da proteção das minorias, base do constitucionalismo norte-americano, difundiu-se nos Estados Unidos por força da circunstância de muitos dos imigrantes advindos da Europa terem sofrido perseguição religiosa em seus países de origem.

O modelo constitucional norte-americano busca harmonizar o ideário democrático, de autogoverno do povo, com o pensamento liberal, de proteção das minorias. Assim, ao mesmo tempo em que se assegurou o exercício do poder de acordo com os interesses dos governados, implementaram-se instrumentos aptos a barrar o exercício descomedido e ameaçador da liberdade individual<sup>11</sup>.

A grande preocupação de James Madison, conhecido como “pai da Constituição” norte-americana e um dos autores dos ensaios federalistas<sup>12</sup>, era a de que um governo popular, regido por uma facção constituída de uma maioria, pudesse sacrificar o bem público, motivado por paixões ou interesses próprios. Assim, buscou a definição de um mecanismo apto a limitar o exercício do poder pela maioria, dificultando sua formação e tornando mais lenta sua ação.

---

<sup>11</sup> NETO, Cláudio pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 78-79.

<sup>12</sup> Finalizados os trabalhos constituintes que culminaram na elaboração da Constituição norte-americana em 17 de setembro de 1787, o texto, para entrar efetivamente em vigor, necessitava de aprovação de 2/3 dos 13 Estados-membros. O *Federalista* reúne um conjunto de textos numerados, redigidos por Alexander Hamilton (1755 – 1804), James Madison (1751 – 1836) e John Jay (1745 – 1829), publicados na imprensa de Nova York, em 1788, enquanto se debatia a ratificação da Constituição, pela Convenção de Filadélfia. Referidos ensaios tinham por finalidade explicitar o significado da Constituição, demonstrando as vantagens da União e, assim, alcançar a sua ratificação.

Nessa perspectiva, como forma de impedir o risco de prevalência de uma tirania da maioria, Madison firmou a ideia de que uma vez ampliada a esfera pública, grupos e interesses mais numerosos surgiriam e se contraporiam, limitando-se mutuamente, inviabilizando a violação de direitos das minorias pelos grupos majoritários.

Além disso, o governo representativo viabilizaria a assunção do poder por homens preparados, que não se deixariam influenciar pelas paixões intensas e passageiras, mas que se orientariam por uma racionalidade imune à influência da tirania de multidão. Sob o viés da premissa lockiana acerca da existência de verdades autoevidentes a que apenas alguns conseguiriam ter acesso, defendia-se, de forma elitista, que a representação dos interesses da sociedade caberia apenas a alguns poucos homens<sup>13</sup>. A representação afigura-se priorizada frente à democracia, na medida em que tem condições de preservar o “bem público”, afastando o predomínio de facções ou interesses particulares<sup>14</sup>.

O modelo de governo republicano se amoldaria com perfeição a este escopo, na medida em que, em uma República, o governo seria exercido por um grupo de pessoas que, uma vez escolhidas pelos cidadãos como seus representantes, passariam a atuar pelo bem público de forma mais eficiente que os próprios representados. Disso se pode extrair a influência aristocrática sobre o pensamento de Madison que, motivado pelo receio de um governo dominado por uma base popular, afastava do centro da tomada de decisões o próprio titular. A meta estabelecida pelos *Framers of the Constitution* era a de um governo pelo povo, que protegesse tanto o povo face ao estado, como o Estado face ao povo<sup>15</sup>.

Para Madison, todos os cidadãos da República poderiam participar das decisões da coletividade de forma igualitária. O governo da maioria, assim, seria o governo republicano. Entretanto, interesses dos grupos minoritários não poderiam deixar de ser amparados frente às maiorias representativas.

Ainda de acordo com o modelo idealizado por Madison, uma ambição poderia ser neutralizada por outra ambição. Dessa forma, organizou-se uma estrutura

---

<sup>13</sup> GARGARELLA, Roberto. La revision judicial y la difícil relacion democracia-derechos. *Fundamentos y alcances de control judicial de constitucionalidad: Investigacion Colectiva del centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

<sup>14</sup> PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e idéias. In: *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, 2006, p. 15-47.

<sup>15</sup> BURNS, James MacGregor. *Packing the Court: The rise of judicial power and the coming crisis of the Supreme Court*. United States of America: Penguin Books, 2009.

institucional na qual os Poderes Executivo e Legislativo deveriam ser dispostos de maneira independente um do outro, de forma a evitar a tirania e viabilizar um controle recíproco, reforçando-se, ademais, o Poder Judiciário, considerado o ramo mais fraco<sup>16</sup>. Nessa linha de raciocínio, estabeleceu-se a razão de ser do Poder Judiciário:

Os artigos federalistas (*Federalist Papers*) (...) explicitam a função de relevo que o Poder Judiciário possuía (e possui) na sociedade norte-americana. O papel exercido pelo Poder Judiciário é evocado pela natureza humana. ‘Mas o que é o próprio governo, senão a maior das críticas à natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos’.<sup>17</sup>

### 1.1.2 Antecedentes históricos do controle judicial de constitucionalidade

O surgimento da ideia de controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos e o próprio fortalecimento do Poder Judiciário dentro da respectiva estrutura institucional decorrem da influência popular sobre as legislaturas locais<sup>18</sup>. Após o término da Guerra de Independência, algumas conquistas populares nos campos político e social, envolvendo principalmente a emissão de papel moeda de curso forçado, começaram, ocasionalmente por meio de rebeliões, a ganhar espaço. Isso fez com que a elite econômica, acuada por essas tendências, lançasse a ideia de controle judicial de constitucionalidade.

A Constituição dos Estados Unidos, aprovada em 17 de setembro de 1787 pela Convenção de Filadélfia, e posteriormente ratificada pelos treze Estados-membros, estabeleceu normativamente o sistema de freios e contrapesos, e a correspondente tripartição de Poderes. Ao definir a estrutura dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, deixou de atribuir a esse último, ao menos de forma explícita, a possibilidade de declarar a desconformidade de um ato normativo frente à Constituição, o denominado controle de constitucionalidade das leis<sup>19</sup>. Coube à Suprema Corte norte-

<sup>16</sup> LIMONGI, Fernando. “*O Federalista*”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (org). *Os clássicos da política, vol. 1*. São Paulo: Atica, 1991, p. 274-276.

<sup>17</sup> TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; CARVALHO, Ernani. *Dossiê política, direito e judiciário: uma introdução*. Rev. Sociol. Polit. Curitiba, v. 21, n. 45, mar. 2013, p. 7-11. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782013000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100002)>. Acesso em: 20/10/2016.

<sup>18</sup> GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1996, p. 17.

<sup>19</sup> Nesse sentido, o artigo III da Constituição norte-americana dispõe, tão somente, que o “poder judicial dos Estados Unidos, será investido em uma Suprema Corte, e em tribunais inferiores como o Congresso

americana, dezesseis anos depois, inferi-lo do texto constitucional, com fundamento na técnica de atuação da supremacia da Constituição, quando da decisão<sup>20</sup> proferida no caso *Marbury v. Madison* pelo *Chief Justice* John Marshall<sup>21</sup>, no ano de 1803<sup>22</sup>.

Não obstante existirem antecedentes históricos relevantes<sup>23</sup>, que já alinhavavam a ideia de controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos, pode-se dizer que foi com a referida decisão que se estabeleceram as bases da revisão judicial no constitucionalismo moderno.

A despeito da inexistência de menção expressa no texto constitucional, durante a Convenção de Filadélfia, no ano de 1787, chegou-se a discutir acerca da atuação do Poder Judiciário sobre as leis federais. Madison, juntamente com outros delegados, propôs a união do Presidente e dos Ministros da Suprema Corte sob um “Conselho de Revisão”, com a função de analisar os atos do Congresso e afastar leis inconstitucionais, ideia, entretanto, que acabou perdendo força e restou prejudicada.

Coube, então, a Alexander Hamilton, sob o pseudônimo *Publius*, em seus Artigos Federalistas, antecipar a ideia do controle judicial de constitucionalidade, cuja concepção inicial circunscrevia tal hipótese apenas aos excepcionais excessos perpetrados por maiorias legislativas. Mais tarde, isso se cristalizou como princípio fundamental do Direito constitucional norte-americano. A esse respeito, cita-se a seguinte passagem do capítulo 78, em que afirma:

---

ordenar e estabelecer”. Por sua vez, o art. 6º, 2, da Constituição dos Estados Unidos, do qual poderia se extrair eventual autorização de declaração de incompatibilidade de um ato com o texto constitucional, apenas dispõe: “Esta Constituição e as leis dos Estados Unidos elaboradas de acordo com ela, bem como os tratados celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos, constituirão a suprema lei do País; os juízes de todos os Estados ficam sujeitos a ela, não devendo prevalecer qualquer disposição em contrário na Constituição de qualquer dos Estados ou nas suas leis”.

<sup>20</sup> U.S. SUPREME COURT. *Marbury v. Madison*. 5 U.S. (1 Cranch), 137 (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html>>. Acesso em: 2 de agosto de 2015.

<sup>21</sup> O Juiz John Marshall ingressou na Corte Suprema como seu Presidente (*Chief Justice*), em razão de sua nomeação, no ano de 1801, pelo Presidente John Adams, e exerceu sua função jurisdicional até 1835.

<sup>22</sup> Saliente-se que há quem defenda que tal posição de que a revisão judicial das leis cabe ao Judiciário e foi iniciada com o julgamento do referido caso é controversa, tanto do ponto de vista histórico, quanto do ponto de vista da fundamentação jurídico-democrática. Nesse sentido: KRAMER, Larry. *The People Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.

<sup>23</sup> Apenas a título exemplificativo, com o registro da existência de inúmeros outros precedentes, cita-se o caso *Dr. Bonham’s* (1610), em cuja decisão o Juiz Edward Coke definiu que acima do Rei e do Parlamento estava a lei, cabendo ao juiz declarar a nulidade de qualquer provimento que se lhe mostrasse contraveniente. Além disso, em diversas ocasiões anteriores a *Marbury v. Madison* determinadas cortes estaduais reconheceram a incompatibilidade de diplomas legislativos com as suas respectivas constituições. Os juízes do Estado de New Jersey, em 1780, por exemplo, declararam nula uma lei por contrariar a Constituição do Estado. Ressalte-se, por sua vez, que desde 1782, os juízes da Virgínia se davam por competentes para pronunciar-se sobre a constitucionalidade das leis.

Caso se diga que os membros do corpo legislativo são eles mesmos os juízes constitucionais dos próprios poderes e que a interpretação que lhes conferem impõe-se conclusivamente aos outros setores, pode-se responder que esta não pode ser a presunção natural a menos que pudesse ser deduzida de cláusulas específicas da Constituição. De outro modo, não há por que supor que a Constituição poderia pretender capacitar os representantes do povo a substituir a vontade de seus eleitores pela sua própria. É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder. A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seus significados tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo (...).

Nota-se no referido texto o entendimento do autor federalista de que constitui dever das Cortes declarar a invalidade dos atos contrários à Constituição. Somam-se a isso outras duas passagens da mesma coletânea de artigos que compõem a obra “O Federalista”, encontradas nos capítulos 16 e 81, também de autoria de Alexander Hamilton. Neste último, trata-se da organização do Poder Judiciário, e dele se pode extrair a posição em defesa da possibilidade deste Poder promover o controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes.

Tal conclusão, por sua vez, não supunha a superioridade do Poder Judiciário sobre o Legislativo, mas apenas que o poder do povo seria superior a ambos, e que, quando a vontade do Legislativo, expressa nas leis, entrasse em conflito com a popular, expressa na Constituição, os juízes deveriam ser governados por esta última e não pelas primeiras, circunstância que caracterizaria a verdadeira supremacia da Constituição<sup>24</sup>.

Nesse sentido, o artigo VI da Constituição dos Estados Unidos proclama-a como Lei Suprema do país. A Constituição materializa-se em um documento escrito, que consolida a lei fundamental da República. Constitui-se em uma obra de um tempo e lugar bem definidos.<sup>25</sup> Assim, o ponto fundamental, que inaugurou uma nova forma de *status* do texto constitucional, não consistiu apenas em transformar o seu conteúdo em forma escrita, mas sim, implementar uma teoria que passaria a embasar a superioridade da Lei Suprema sobre as demais leis.

### **1.1.3 Federalistas versus Republicanos: a gênese do caso *Marbury v. Madison***

---

<sup>24</sup> MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas (1787-1788)*. Tradução por Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 478-485.

<sup>25</sup> GRIFFIN, Stephen M. *American Constitutionalism – from Theory to Politics*. Princeton: Princeton University, 1998, p. 11.

De início, é importante contextualizar o momento político em que o caso *Marbury v. Madison* foi analisado, de forma que se compreenda o resultado produzido e suas consequências sobre a interpretação da Constituição. Quando da adoção da Constituição, a política americana vivenciava um período extremamente conturbado, marcado por forte pressão sobre os agentes protagonistas daquele momento histórico. A análise crítica desse julgamento conduzido pela Suprema Corte dos Estados Unidos envolve discussões sobre a revisão judicial e seus limites.

Na virada do século XVIII para o XIX, quando do início da vigência da Constituição dos Estados Unidos, dois grupos políticos, ambos compostos pelos denominados “pais fundadores”<sup>26</sup>, encontravam-se em disputa pelo poder: de um lado, os Federalistas, que tinham como um de seus expoentes o então Presidente norte-americano John Adams; de outro, o Partido Republicano, representado por um de seus protagonistas, Thomas Jefferson, que mais tarde também seria eleito Presidente<sup>27</sup>, em 4 de março de 1801.

No final de seu governo, John Adams e o Congresso, composto até então em sua maioria por federalistas, visando preservar sua influência política durante a gestão do governo subsequente, articularam a aprovação da Lei do Judiciário de 1801 (*Judiciary Act of 1801*), por meio da qual se criaram alguns cargos de juízes federais, todos a serem preenchidos por indicação do Presidente. Ademais, a aludida Lei afastava a atribuição dos membros da Suprema Corte de atuarem como Juízes de cortes inferiores (*circuit judges*), responsabilidade que até então vinha sendo desempenhada com grande sacrifício, em razão das viagens constantes a diversas regiões dos Estados Unidos<sup>28</sup>.

Logo em seguida, mas ainda antes da posse de Thomas Jefferson, uma nova Lei, de 27 de fevereiro de 1801<sup>29</sup> (*the Organic Act of the District of Columbia*), atribuiu ao Presidente a prerrogativa de nomeação de 42 cargos de Juízes de Paz (*justice of the peace*). Embora se tenha tentado prover todos esses cargos, diante do exíguo espaço de

---

<sup>26</sup> *Founding fathers* (pais fundadores) constitui expressão cunhada para se referir àqueles que tiveram participação ativa na independência dos Estados Unidos e na subsequente elaboração de sua Constituição.

<sup>27</sup> O primeiro Presidente norte-americano foi George Washington (1789-1797), sucedido por John Adams (1797-1801). Na disputa seguinte, no ano de 1800, Thomas Jefferson concorreu com Aaron Burr, sagrando-se vencedor na disputa. Nessa eleição, os federalistas restaram derrotados para o Executivo, bem como bastante enfraquecidos dentro do Legislativo.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3-5.

<sup>29</sup> Registre-se que o caso *Marbury v. Madison* tem origem nesta lei, e não na lei de reorganização do Judiciário Federal de 13 de fevereiro de 1801 (*the Circuit Court Act*), conquanto ambas as normas guardem relação próxima.

tempo para o cumprimento das diversas etapas burocráticas, sob responsabilidade do então Secretário de Estado John Marshall, alguns deles deixaram de ser preenchidos. Face à circunstância dos funcionários da administração federalista terem trabalhado intensamente, inclusive durante o período noturno, para tentar, sem sucesso, empossar todos os Juízes nomeados, o episódio acabou por cunhar a expressão Juízes da meia-noite (*midnight judges*). Ao final do governo federalista, John Adams nomeou John Marshall como Presidente da Suprema Corte (*Chief Justice*).

Nesse intervalo de tempo, Thomas Jefferson, primeiro Presidente Republicano, finalmente empossado em 4 de março de 1801, nomeou como seu Secretário de Estado James Madison, o qual, como um de seus primeiros atos administrativos, e seguindo determinação do próprio Presidente, negou a entrega dos atos de investidura aos Juízes de Paz nomeados ao cabo da gestão federalista, e que ainda não haviam recebido os respectivos títulos correspondentes, como o selo de nomeação (Great Seal of the United States – equivalente às “Armas da República”, do Brasil<sup>30</sup>).

No mês de dezembro de 1801, alguns dos Juízes de Paz, entre eles William Marbury (um próspero comerciante de Georgetown), que, conquanto nomeados, deixaram de ser empossados ainda dentro da gestão de Adams, impetraram uma espécie de mandado de segurança (*writ of mandamus*) perante a Suprema Corte. Representados pelo advogado Charles Lee, pleiteavam a concessão de ordem em face de James Madison, para que este lhes entregasse os almejados títulos de nomeação. A Corte designou a sessão de 1802 para examinar o caso. O pleito formulado pelos Juízes de Paz baseou-se em uma lei de 1789 (*the Judiciary act*), que havia definido a competência originária da Suprema Corte para julgar ações daquela natureza.

O novo Congresso, formado por uma maioria republicana, revogou a Lei de organização judiciária federal aprovada no final do governo federalista (*Judiciary Act of 1801*), por meio de uma nova lei, de 8 de março de 1802, extinguindo por consequência os cargos de Juízes que haviam sido criados por John Adams, e destituindo seus ocupantes. Saliente-se que a cassação dos Juízes anteriormente nomeados contrariava frontalmente o disposto no art. III, seção I, da Constituição Federal de 1787, que

---

<sup>30</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. In: *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 40.

assegurava aos Juízes da Suprema Corte e das Cortes inferiores a vitaliciedade, desde que se comportassem dentro dos parâmetros razoáveis<sup>31</sup>.

Não bastasse isso, o novo Congresso, composto por maioria republicana e fortemente influenciado por Thomas Jefferson, por intermédio da Lei Judiciária de 29 de abril de 1802 (*Judiciary Act of 1802*), como forma de evitar questionamentos perante o Poder Judiciário, suspendeu a sessão da Corte do ano de 1802, em afronta direta ao princípio da separação de poderes recém-adotado na Constituição norte-americana, o que obstou seu funcionamento regular entre dezembro de 1801 até fevereiro de 1803. Saliente-se que essa mudança no calendário das sessões da Suprema Corte foi recepcionada por seus Juízes integrantes como uma advertência dos demais Poderes, no sentido de que o resultado dos julgamentos poderia, eventualmente, gerar sério risco à sua independência institucional<sup>32</sup>.

Todo esse ambiente de tensão acabou sendo agravado, outrossim, pela pressão de Thomas Jefferson para que não ocorresse a entrega dos títulos de investidura aos Juízes de Paz desempossados, bem como em razão do processo de *impeachment* iniciado em 1802 contra um Juiz ligado aos federalistas, circunstância que poderia radiar efeitos a outros Magistrados, inclusive da Suprema Corte. Essas medidas consolidavam uma ameaça preventiva contra uma reação da Suprema Corte – influenciada fortemente pelos federalistas – favorável ao acolhimento do pleito da ação impetrada por William Marbury ou à declaração de inconstitucionalidade da Lei de 8 de março de 1802, que revogou a norma anterior que nomeara os Juízes “federalistas”<sup>33</sup>.

Nesse contexto político, vigente nos Estados Unidos no final do século XVIII e início de XIX, permeado pela disputa de poder entre Federalistas e Republicanos, a Suprema Corte deu início, no ano de 1803, sob fortes pressões de ambos os lados, ao julgamento do caso *Marbury v. Madison*.

#### **1.1.4 O julgamento de *Marbury v. Madison***

---

<sup>31</sup> SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 20.

<sup>32</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 35.

<sup>33</sup> SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 20-21.



Como exposto anteriormente, a lei que criou os cargos de Juiz de Paz, e que se encontra no centro do conflito travado no caso *Marbury v. Madison*, foi promulgada em 1801, alguns dias antes da posse de Thomas Jefferson. Ainda nesse período, no final da gestão federalista, John Marshall, então ocupante do cargo de Secretário de Estado do Presidente John Adams, restou indicado como Presidente (*Chief Justice*) da Suprema Corte dos Estados Unidos, em razão da renúncia do Juiz Oliver Ellsworth<sup>34</sup>, e da recusa de John Jay<sup>35</sup> de assumir a presidência da Corte. A posse de John Marshall como presidente da Suprema Corte ocorreu em 4 de fevereiro de 1801, mas este, a pedido de John Adams, prosseguiu no exercício do cargo de Secretário de Estado até o dia 3 de março de 1801, véspera da posse do Thomas Jefferson na presidência.

Por esse motivo, coube a John Marshall o cumprimento de todo o trâmite burocrático, não finalizado a tempo, para o completo provimento dos cargos de Juizes de Paz anteriormente criados, os chamados Juizes da meia-noite (*midnight judges*). Mais tarde, já como Presidente da Suprema Corte, John Marshall teria um papel primacial no desfecho judicial do caso e na consolidação da jurisdição constitucional, como se verá a seguir.

Diante da recusa desmotivada do novo governo republicano de entregar os títulos aos Juizes de Paz nomeados, mas não empossados a tempo pelo governo federalista de John Adams, William Marbury, representado pelo advogado Charles Lee, ajuizou, como visto, em litisconsórcio com outros juizes de paz<sup>36</sup>, uma ação judicial (*writ of mandamus*<sup>37</sup>) na Suprema Corte, no mês de dezembro de 1801. Com fulcro na competência atribuída pela Lei Judiciária de 1789 (*Judiciary Act of 1789*), em face de James Madison, então Secretário de Estado, pleiteou William Marbury que fosse a União obrigada a empossá-lo no cargo de Juiz de Paz do Distrito de Columbia<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> O Juiz Oliver Ellsworth (1796-1800) foi indicado pelo primeiro Presidente norte-americano, George Washington.

<sup>35</sup> John Jay, um dos autores dos artigos federalistas, já havia ocupado a presidência da Suprema Corte anteriormente por indicação do Presidente George Washington, como seu inaugural ocupante, mas renunciara, em 1795, para poder concorrer ao cargo de governador de Nova Iorque.

<sup>36</sup> O litisconsórcio era formado, além de William Marbury, por Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe e William Harper, todos não empossados em seus cargos (5 U.S. 137).

<sup>37</sup> *Writ of mandamus* se assemelha ao mandado de segurança do direito brasileiro, na medida em que constitui uma ordem judicial (mandado), utilizado como remédio drástico e excepcional, e destinado a autoridades públicas ou entidades privadas a atuarem de acordo com o que for determinado pela Corte (*the remedy of mandamus is a drastic one, to be invoked only in extraordinary situations*). BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary: definitions of the terms and phrases of American and English Jurisprudence, ancient and modern with guide to pronunciation*. 6.ed. St. Paul: West Publishing, 1991, p. 663.

<sup>38</sup> SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 17-18.

Ao analisar a referida ação, apenas em fevereiro de 1803, dois caminhos lógicos se abriram ao Presidente da Corte, John Marshall: (i) não acolher o pedido formulado por Marbury sob o fundamento de que a Constituição norte-americana não previu o controle judicial de constitucionalidade das leis; (ii) ou acolher o pleito manejado no *mandamus*, sob o intenso risco de um descumprimento da ordem judicial, aliado a retaliações políticas em desfavor da Suprema Corte e de seus integrantes.

John Marshall, de forma habilidosa, atinou uma terceira via conciliadora dos diversos interesses políticos enredados no episódio histórico. Em sua decisão, subverteu a lógica sequencial de julgamento, decidindo o mérito do caso antes das preliminares. Destarte, esclareceu o julgador que os impetrantes faziam jus à investidura dos cargos para os quais foram nomeados pelo Presidente John Adams, a quem estava assegurado o poder discricionário para as referidas indicações, não mais sujeitas a qualquer espécie de revisão. Logo, recusar a entrega dos respectivos títulos aos Juízes nomeados violaria os respectivos direitos subjetivos. No entanto, ao proceder ao exame das preliminares do caso, o julgamento tomou rumo diverso<sup>39</sup>.

Nesse contexto, apesar de não fazê-lo de forma explícita, compartilhou as ideias elaboradas alguns anos antes por Alexander Hamilton, em diversos trechos dos textos coligidos na obra “O Federalista”, notadamente em seu capítulo 78, em que sustentara que caberia às Cortes a interpretação da lei, sendo certo que a Constituição constitui-se na Lei Fundamental, de forma que nenhum ato contrário à Constituição poderia ser considerado válido<sup>40</sup>.

Dessa forma, John Marshall afirmou, de forma categórica, que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E, ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve prestigiar esta última, por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo. Nesse viés, indagou John Marshall:

Para que um juiz juraria desincumbir-se de seus deveres conforme a Constituição dos Estados Unidos, se aquela Constituição não formar regra para seu governo? Se estiver muito acima dele, e não puder ser por ele inspecionada?<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 36.

<sup>40</sup> MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas (1787-1788)*. Tradução por Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 478-485.

<sup>41</sup> MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 82-83.

Ao mesmo tempo em que respondeu:

Se tal for o real estado das coisas, este será o pior dos vexames solenes. Prescrever ou realizar esta profanação torna-se igualmente um crime. Não é, também, inteiramente indigno de observação, que ao declarar qual será a lei suprema do país, a própria Constituição seja primeiramente mencionada: e não as leis dos Estados Unidos, geralmente, mas aquelas apenas que foram feitas em obediência à Constituição, gozarão daquele respeito. Portanto, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortifica o princípio, considerado essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei em choque com a Constituição é revogada e que os Tribunais, assim como outros departamentos, são ligados por aquele instrumento. A norma deve ser anulada.<sup>42</sup>

Com base nesse raciocínio, John Marshall declarou a inconstitucionalidade parcial da Lei Judiciária de 1789 (*Judiciary Act of 1789*), mais especificamente de seu § 13, que autorizava o ajuizamento de ação em face de autoridades do governo dos Estados Unidos, originariamente perante a Suprema Corte, ampliação que somente poderia ter sido efetivada por intermédio da alteração do próprio texto da Constituição de 1787, constituindo, portanto, matéria submetida à “reserva de Constituição”<sup>43</sup>. Com isso, restou inviabilizado o julgamento do mérito do *mandamus* impetrado por William Marbury, na medida em que, ampliada a competência da Suprema Corte por legislação ordinária, impossibilitava-se o procedimento. Ao final, deixou de expedir, portanto, a ordem judicial requerida, declarando-se incompetente.

Atuando dessa forma, John Marshall, ao mesmo tempo em que assegurou – ao menos na aparência – a consagração dos interesses do governo de Thomas Jefferson, estabeleceu, também, de forma expressa, a prerrogativa do Poder Judiciário de promover o controle de constitucionalidade dos atos emanados dos Poderes Legislativo e Executivo, não sem defender seus aliados federalistas, e seus atos anteriormente praticados enquanto Secretário de Estado do governo federalista de John Adams<sup>44</sup>.

A decisão de Marshall, de não acolher o pedido formulado no *mandamus* impetrado por William Marbury, para declarar a inconstitucionalidade da lei aprovada pelos Republicanos, consolidou, de forma estratégica, o controle judicial de constitucionalidade, com a respectiva aquiescência pelos demais membros dos Poderes Legislativo e Executivo, que ameaçavam o Judiciário com medidas que passavam pela obstrução de funcionamento até o *impeachment* de seus membros. Assim, de uma só

<sup>42</sup> SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 10-14.

<sup>43</sup> SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 25.

<sup>44</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 30.

vez estabilizou politicamente o país, sem qualquer ingerência no governo eleito, evitando testar os limites dos demais Poderes<sup>45</sup>, e atribuiu nova feição à teoria da tripartição de poderes contemplada textualmente de forma originária pela Constituição de 1787, ao consolidar as bases da revisão judicial. Daí se extrai a importância de John Marshall tanto para a consolidação da Federação quanto para os fundamentos do constitucionalismo americano.

### **1.1.5 *Impeachment* contra Samuel Chase: a reação republicana ao julgamento do caso *Marbury v. Madison***

Embora a decisão proferida em *Marbury v. Madison* tenha sido absorvida pelos demais Poderes constituídos, em razão das “concessões” que lhes foram atribuídas, aproximadamente um ano após o referido julgamento os representantes do Partido Republicano, ainda não satisfeitos com a condução dos rumos adotados pelo Poder Judiciário, e da nova possibilidade de revisão judicial das leis, iniciaram junto à Câmara dos Deputados “artigos de *impeachment*” contra o Juiz da Suprema Corte Samuel Chase, que conservava laços com os federalistas.

O Juiz associado da Suprema Corte Samuel Chase era reconhecido por defender os ideários federalistas, inclusive de forma pública, em seus discursos durante os julgamentos pelos júris, oportunidade em que promovia investidas dirigidas a advogados vinculados aos republicanos. Em 1803, durante um júri, Samuel Chase teceu severas críticas à Lei Judiciária de 1802 (*Judiciary Act of 1802*), aprovada pelo Congresso Republicano, aduzindo que esta atingia os alicerces e a independência do judiciário nacional, além de depreciar, ainda que não de forma expressa, as ideias do Chefe do Executivo, cargo então ocupado pelo Presidente Republicano Thomas Jefferson. Isto motivou o pedido de seu impedimento perante o Senado americano<sup>46</sup>.

Quando do julgamento do pedido no Senado, após ampla defesa assegurada pelo Presidente da respectiva Casa, cargo ocupado pelo vice-presidente Aaron Burr (1756-1836), Samuel Chase restou absolvido por apenas um voto, face sua conduta não se enquadrar em qualquer tipo de traição, suborno ou qualquer outro crime grave ou

---

<sup>45</sup> TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation, 2000, v. 1, p. 209.

<sup>46</sup> MCDONALD, Forrest. *The Presidency of Thomas Jefferson*. Lawrence: University Press of Kansas, 1976, p. 80-81.

contravenção<sup>47</sup>, hipóteses contempladas na Constituição norte-americana como ensejadoras de *impeachment*<sup>48</sup>.

### **1.1.6 *Marbury v. Madison* e *Stuart v. Laird*: a consolidação do controle judicial de constitucionalidade**

Quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, o Presidente da Suprema Corte John Marshall declarou a inconstitucionalidade do § 13 da Lei Judiciária de 1789 (*Judiciary Act of 1789*), não se manifestando, entretanto, em relação às reformas realizadas no ano de 1801. Dessa forma, as diversas mudanças imprimidas ao final do governo federalista ainda poderiam gerar efeitos contrários aos interesses republicanos, caso alguns dos prejudicados requeressem a um Juiz inferior o atendimento da pretensão não analisada pela Suprema Corte, em razão de sua incompetência reconhecida em *Marbury v. Madison*.

A Lei Judiciária de 1801 (*Judiciary Act of 1801*), aprovada no final do mandato do Presidente federalista John Adams, além de criar cargos, suprimiu, como visto, a competência dos membros da Suprema Corte de atuarem também como Juízes de cortes inferiores (*circuit judges*), anteriormente estabelecidas pela Lei Judiciária de 1789 (*Judiciary Act of 1789*), e que impunha a obrigação aos membros da Suprema Corte de se deslocarem, periodicamente, a alguns Estados para julgar, em colegiado formado com outros Juízes de primeiro grau, determinadas causas.

Em *Stuart v. Laird* (1803)<sup>49</sup>, apreciado apenas uma semana após o julgamento de *Marbury v. Madison*, Hugh Stuart, um dos *circuit judges* afastados por intermédio da Lei aprovada em 1802 pelos republicanos, requereu que a Suprema Corte declarasse inconstitucional a revogação da Lei Judiciária de 1801 (*Judiciary Act of 1801*), viabilizando, por consequência, que os Juízes permanentes dos Tribunais de Circuito (cargo até então desempenhado cumulativamente pelos magistrados da Suprema Corte) reassumissem suas funções, mantendo-se a Suprema Corte como “Corte de Apelação”.

---

<sup>47</sup> O art. II, em sua seção 4, da Constituição dos Estados Unidos, assim dispõe: “The president, Vice President and all civil Officers of the United States, shall be removed from Office on Impeachment for, and Conviction of, Treason, Bribery, or other high Crimes and Misdemeanors”.

<sup>48</sup> SUPREME COURT JUSTICES. *Samuel Chase (1741 - 1811)*. Disponível em: <<http://www.michaelariens.com/ConLaw/justices/chasesam.htm>>. Acesso em: 2 de agosto de 2015.

<sup>49</sup> U.S. SUPREME COURT. *Stuart v. Laird*, 5 U.S. (1 Cranch), 299 (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/299/>>. Acesso em: 2 de agosto de 2015.

O caso *Stuart v. Laird* (1803) foi analisado em primeira instância, quando ainda em vigor a Lei Judiciária de 1801 (*Judiciary Act of 1801*). Durante o interregno compreendido entre a prolação da decisão, proferida por um Juiz com competência atribuída pela Lei Judiciária de 1801, e o respectivo cumprimento, adveio a Lei Judiciária de 1802, aprovada pelo novo governo republicano, que, como assinalado, revogava a Lei de 1801, gerando uma repriminção da Lei Judiciária de 1789. Assim, quando do processo de execução, manejado por John Laird, diante das reformas efetivadas pela Lei Judiciária de 1802, não mais existia o cargo de Magistrado que proferira a decisão originária, o que levou ao ajuizamento da demanda perante o *Circuit Court* que existia anteriormente, nos termos da Lei Judiciária de 1789<sup>50</sup>.

Diante desse quadro, ao ser demandado no processo de execução, Stuart argumentou que a demanda não poderia tramitar perante juízo distinto daquele que prolatara a decisão executada, de forma que se impunha o respectivo arquivamento. Além disso, aduziu que a Lei Judiciária de 1802, ao suprimir o órgão responsável pela decisão originária, incidiu em inconstitucionalidade, na medida em que reestabeleceu uma competência da Suprema Corte, que também não encontrava previsão na Constituição de 1787.

Inconformado com a decisão proferida junto ao *Circuit Court*, em que tinha assento John Marshall, Stuart interpôs recurso à Suprema Corte. Não obstante pudesse participar do julgamento, consoante às regras vigentes à época, o *Chief Justice* John Marshall declinou de sua competência sob alegação de ter participado como *circuit judge* no juízo de primeiro grau, o que gerou a designação do *Associate Justice* William Patterson, federalista que participara da Convenção da Filadélfia, para a relatoria do caso.

Em sua decisão, rechaçando os argumentos de Stuart, e de forma contrária ao que decidido em *Marbury v. Madison*, o Juiz afirmou que ao Congresso dos Estados Unidos fora atribuída pela Constituição legitimidade para estabelecer tribunais inferiores. O julgador acrescentou, ainda, que a designação de membros da Suprema Corte para atuarem nos *Circuit Courts* constituía prática válida, existente desde a organização inaugural do sistema judicial e fruto de uma construção constitucional<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 35.

<sup>51</sup> SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 36.

Com essa decisão, pode-se dizer que a Suprema Corte, de uma só vez, reafirmou o julgamento efetivado pelo *Circuit Court*, confirmou a constitucionalidade da Lei Judiciária de 1802, de autoria do governo republicano, e, de forma estratégica, fortaleceu o *judicial review*, consolidando a estabilização da situação política em que se encontravam envolvidos os Poderes instituídos dos Estados Unidos no início do século XIX.

Ao promover a interpretação em conjunto dos casos *Marbury v. Madison* e *Stuart v. Laid*, bem como do pedido de *impeachment* instaurado contra o Justice Samuel Chase, anteriormente descrito, Bruce Ackerman atribui novo significado ao debate sobre a última palavra na interpretação da Constituição. Nesse contexto, caso se adotasse em *Stuart v. Laid* o mesmo raciocínio elaborado em *Marbury v. Madison*, tal situação implicaria no acolhimento do pedido formulado por Stuart, com a consequente declaração de inconstitucionalidade da revogação do *Judiciary Act* de 1801<sup>52</sup>. Agindo assim, entretanto, a Suprema Corte colocaria em sério risco seu funcionamento diante das ameaças do governo republicano.

Tal postura revela uma forte influência política sobre a Suprema Corte, na capacidade de interpretação da Constituição em período de intensa conturbação institucional. A manutenção em *Stuart v. Laid* dos efeitos formais da decisão proferida em *Marbury v. Madison* consistiu em recuo fundamental, e propiciou a acomodação judicial da interpretação constitucional republicana, assegurando a independência judicial e propiciando o surgimento da ideia do papel contramajoritário do Poder Judiciário, cujo desenvolvimento restaria reservado a momento futuro mais favorável<sup>53</sup>.

Da análise de todo esse contexto, depreende-se um caráter político no exercício das funções de cada um dos Poderes institucionais, não se podendo atribuir ao Poder Judiciário um desempenho meramente técnico, apartado da política e de suas influências. Em outras palavras, como explicitado por Juliano Benvindo, não se pode imaginar o Judiciário como “o local da sabedoria, da dignidade interpretativa, da racionalidade, enquanto o da política seria um mundo sombrio, imprevisível, caótico e irracional”<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005, p. 228.

<sup>53</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 38-39.

<sup>54</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 201, p. 74, jan/mar. 2014.

## 1.2 A EXPANSÃO DO PAPEL POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO: SUPREMACIA JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL

Ao se construir um breve retrospecto do constitucionalismo moderno, vislumbra-se que durante muito tempo as Constituições eram interpretadas como meras proclamações políticas, carentes de normatividade, cabendo ao Poder Legislativo, dentro de um sistema rígido de separação de poderes, a edição de normas jurídicas, imunes à jurisdição constitucional<sup>55</sup> ou a qualquer tipo de controle externo do legislador soberano.

Tal desenho institucional, durante o século XIX, passa a sofrer uma mutação a partir do surgimento da ideia de que os atos emanados do Poder Legislativo, frutos das opções democráticas, poderiam ser submetidos à revisão judicial. O marco dessa transformação, como pontuado na seção anterior, foi estabelecido em 1803, com o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em que o Presidente da Corte, John Marshall, com fundamento na seção 2, do artigo III, da Constituição Americana de 17 de setembro de 1787, apesar de não autorizado de forma expressa, definiu que caberia ao Poder Judiciário, no caso a Suprema Corte norte-americana, verificar se uma lei estaria de acordo com a Constituição.

Estabelecida a possibilidade do controle de constitucionalidade das leis e demais atos emanados de outros Poderes, a partir daí, a Suprema Corte norte-americana durante os séculos XIX e XX, após complexas etapas que incluíram importantes concessões e entendimentos edificados entre os Poderes, consolidou os fundamentos da sua autoridade para definir o sentido derradeiro sobre a Constituição.

Por sua vez, no continente europeu o desenvolvimento da jurisdição constitucional seguiu rumo e ritmo diversos. Até o início do século XX, as ideias positivistas imperantes afastavam qualquer tentativa de controle dos atos do Poder Legislativo, sob o fundamento de que todo o Direito estaria abarcado pelo sistema legal existente, circunstância que reservaria ao Poder Judiciário a função de mero aplicador autômato das leis, expressão de um Poder quase “nulo”, ou nas palavras de

---

<sup>55</sup> GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. In: *Revista de Direito de Estado*, v. 1, n. 4, 2006, p. 9.



Montesquieu, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”<sup>56</sup>. As Constituições desse período careciam de força normativa, simbolizando apenas programas políticos inspiradores do trabalho do legislador, jamais podendo ser invocadas para a defesa de direitos perante o Judiciário<sup>57</sup>.

Não obstante tenha prevalecido por longo período, durante o século XX essa compreensão passou por profundas transformações, em primeiro lugar, em razão do advento do controle de constitucionalidade, marcado pelos debates travados no início do século, entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, sobre quem seria o legítimo defensor da Constituição. Kelsen<sup>58</sup> atribuía o referido papel ao tribunal Constitucional, de forma que sua atuação seria equiparada a de um legislador negativo, absolutamente determinada pela Constituição, enquanto que Schmitt<sup>59</sup> destacava que a revisão dos atos do Parlamento por um Tribunal poderia desequilibrar o sistema constitucional, na medida em que uma instituição que toma consciência de sua influência política tende a ampliar seus próprios poderes.

Em segundo lugar, em razão da constatação de que as maiorias políticas podem, como aconteceu no caso dos simpatizantes do nacional socialismo alemão, chancelar regimes tirânicos e suas atrocidades. Esse cenário resultou na promulgação de novas Constituições com a previsão de Cortes Constitucionais, responsáveis pelo controle de constitucionalidade e proteção dos direitos fundamentais, bem como na vigência das ideias centrais de subordinação da legalidade a uma Constituição rígida<sup>60</sup>.

Os Tribunais Constitucionais passaram a mesclar a estrutura do modelo kelseniano, desenvolvido em uma primeira etapa das transformações sucedidas no continente europeu a partir do início do século XX<sup>61</sup>, com características do

<sup>56</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do Espírito das Leis*. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 91.

<sup>57</sup> Nesse sentido: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992, p. 57-96.

<sup>58</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria E. A. P. Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 153. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>59</sup> SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 72.

<sup>60</sup> As constituições do pós-guerra materializam uma dupla tendência, como afirma Rodrigo Brandão: “(i) uma ‘moralização dos textos constitucionais, que pode ser ilustrada pela Lei Fundamental de Bonn ter erigido a dignidade da pessoa humana como conceito fundador da nova ordem constitucional, estabelecido limites materiais ao poder de reforma constitucional e submetido o Judiciário à ‘lei e ao Direito’; (ii) uma confiança na tutela dos direitos fundamentais por instituições contramajoritárias”. Cf. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 56.

<sup>61</sup> Essa primeira etapa, iniciada no século XX, é marcada pelo ideário positivista liberal, com destaque dos estudos desenvolvidos por Hans Kelsen. Dentro da concepção kelseniana, adotada em sua Teoria pura do Direito, busca-se purificar a ciência jurídica com a finalidade de convertê-la em uma verdadeira ciência. Nessa perspectiva, o juspositivismo atribui à teoria do Direito uma função descritiva e estabelece um

constitucionalismo norte-americano<sup>62</sup>. Nessa perspectiva, apesar de adotarem o modelo abstrato e concentrado de controle de constitucionalidade, com um conteúdo mais extenso do que a Constituição de 1787, características típicas do modelo positivista-liberal, deixaram de relevar a soberania do Estado, e a absoluta discricionariedade do Parlamento, para priorizar a supremacia da Constituição, identificada como autêntica norma jurídica, e a subordinação do legislador às suas normas.

Referido panorama abriu espaço nos países ocidentais, após o fim da 2ª Guerra Mundial, para uma ascensão da justiça constitucional sobre o campo da política, sendo este objeto de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo e resultante do exercício do voto popular. Nesse contexto, em diversas questões de responsabilidade de instâncias políticas tradicionais, o Poder Judiciário passou a ser provocado a se manifestar, transformando-se em importante interveniente do processo democrático.

Essa participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário, em especial na concretização dos direitos fundamentais, com a invasão no espectro de atuação dos demais Poderes constituídos, por meio da atuação das Cortes Constitucionais – responsáveis por aplicar o texto constitucional em todas as suas potencialidades e a monitorar violações a direitos fundamentais – iniciou na Europa a ideia da *supremacia judicial*.

Dentro desse modelo, os princípios constitucionais passam a figurar como instrumento voltado a recepcionar as demandas políticas e sociais que se fazem presentes em determinada sociedade. Percebe-se, então, que a moral – encoberta ou explicitamente constante na linguagem indeterminada dos princípios<sup>63</sup> – não se colocava

---

isolamento da ciência jurídica em relação às demais ciências, em particular, à ética e à política. Além disso, Kelsen delineia um modelo próprio de revisão judicial marcado pela reverência ao Parlamento. Além de imprimir uma natureza constitutivo-negativa e efeitos prospectivos ao seu modelo concentrado de controle de constitucionalidade, Kelsen relacionava a função do Tribunal Constitucional à ideia de “legislador negativo”, compreendendo que a este caberia uma análise exclusiva da questão do Direito, atinente à incompatibilidade, em tese, entre as regras infraconstitucional e constitucional, afastando-se a apreciação de fatos e interesses concretos, normalmente coligados a parâmetros estabelecidos princípios constitucionais abertos.

<sup>62</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: editorial Trotta, 2003, p. 126.

<sup>63</sup> Segundo Paulo Ricardo Schier, durante longo período de tempo, afirmar que determinado dispositivo continha caráter principiológico significava retirar-lhe sua normatividade, pois, nos modelos conservadores da teoria jurídica, os princípios não passavam de meros conselhos éticos, políticos ou morais, aos quais não estavam os legisladores vinculados. SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, outubro-dezembro, 2005. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 22 de agosto de 2016.

tão distante do Direito, como o positivismo normativista kelseniano até este momento propugnava<sup>64</sup>.

A preferência por juízes, em especial por Cortes Constitucionais, constitui um dos aspectos fundamentais dessa nova ideologia<sup>65</sup>. A concepção juspositivista de que a última palavra caberia ao legislador não se coadunaria com a garantia judicial da supremacia da Constituição. Nesse prisma, o juiz deixa de ser um mero aplicador do Direito, para intervir no processo político, ao utilizar a função judicial para estabelecer valores fundamentais, que devem ser respeitados pelos poderes do Estado e, assim, conduzir a política para que ela se oriente na busca da justiça<sup>66</sup>.

Todo esse cenário redundava em um processo denominado de *judicialização da política*, fruto da ampliação do campo de atuação do Poder Judiciário sobre questões de cunho político, social ou moral, anteriormente decididas pelas instâncias políticas tradicionais<sup>67</sup>, e fundamentado em técnicas de controle de constitucionalidade originadas no modelo norte-americano.

Na esteira dessa concepção, promove-se uma transferência de poder decisório das instâncias políticas tradicionais (Poderes Legislativo e Executivo) para o Poder Judiciário, que passa a concretizar direitos e garantias contempladas no texto Constitucional, revisando e implementando políticas públicas e, muitas vezes, revendo as regras do jogo democrático, de forma a gerar a absorção pelo Direito das questões sociais<sup>68</sup>. Soluções de questões polêmicas e de elevada importância para a sociedade são atribuídas às cortes constitucionais em razão, muitas vezes, de ações promovidas por grupos políticos ou sociais que restaram vencidos na arena legislativa<sup>69</sup>. A interferência dos tribunais no espectro político passa a tornar-se visível nos países democráticos devido à utilização cada vez maior de procedimentos judiciais por parte de agências

---

<sup>64</sup> CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa - Cuadernos de filosofía del derecho*, n. 21-I, 1998, p. 209-220.

<sup>65</sup> Nesse sentido: POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell (coord.). 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 193.

<sup>66</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 28.

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)>. Acesso em: 20/08/2016.

<sup>68</sup> HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. In: *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, p. 721-754.

<sup>69</sup> Nesse sentido: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics and Judicialization*. New York: Oxford University Press, p. 136-208.

executivas e legislativas, bem como através do exercício do controle de constitucionalidade<sup>70</sup>.

Dentro dessa perspectiva, passa-se a ter a compreensão de que ao Poder Judiciário é atribuída a função de protetor derradeiro da Constituição, de forma a justificar a sua sobreposição em relação aos demais Poderes constituídos, e que este Poder teria a incumbência de dar respostas a todos os problemas jurídicos e também aos de cunho político. Tal papel se revela fortalecido ainda em razão da carência de legitimidade, em alguns sistemas institucionais, em relação aos atos emanados do Poder Legislativo e Executivo, o que acarreta a transferência de todo o sistema representativo ao Poder Judiciário.

Com base nessa concepção, o jurista francês Antoine Garapon<sup>71</sup> analisou o fenômeno da ampliação de poderes do Judiciário, em obra na qual apresenta o referido Poder como instância de resgate dos ideais de Justiça, na medida em que o juiz se torna terceiro imparcial que compensa o déficit democrático da atuação ineficiente dos poderes políticos (Legislativo e Executivo). A jurisdição – e, assim, em boa medida o juiz – seria a última instância moral de sociedade, uma das últimas instâncias simbólicas a se manter de pé. O Poder Judiciário passa a ser compreendido como o guardião das promessas constitucionais, além de intervir para a proteção da Constituição e dos direitos fundamentais, assumindo a função institucional de recuperação da democracia.

Esse novo contexto do Direito, que alguns relacionam à concepção filosófica denominada de pós-positivismo<sup>72</sup>, em que se desenvolve a *judicialização da política*, constitui o marco filosófico do chamado constitucionalismo contemporâneo, movimento que na Espanha e na Itália recebeu, originariamente, a denominação de neoconstitucionalismo. Apesar da forte semelhança dos aspectos centrais do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, esta última abordagem apresenta alguns traços que a distinguem da primeira.

Na abordagem pós-positivista, a normatividade dos princípios e a centralidade da argumentação jurídica redefinem a relação entre as esferas do Direito e da moral, que

---

<sup>70</sup> TATE, Neal; VALINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1997, p. 02.

<sup>71</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 48.

<sup>72</sup> Enquanto no Brasil difundiu-se a expressão pós-positivismo, em países como Itália e Espanha o termo neoconstitucionalismo ganhou maior destaque para expressar uma ideia muito assemelhada à visão pós-positivista.

passam a ser trabalhadas sem segmentação<sup>73</sup>. Entende-se que a moral penetra no Direito por intermédio, tanto da consagração normativa de valores morais em princípios, como pela argumentação, não se fazendo necessário recorrer-se a valores metafísicos ou doutrinas religiosas, como no jusnaturalismo, nem tão pouco buscar amparo nos sistemas, ritos e critérios formais, como no caso do juspositivismo<sup>74</sup>. Com isso, o dualismo entre Direito e moral que constitui o chamado positivismo metodológico cede espaço a um gradualismo. Todo esse novo contexto viabiliza o travamento de debates relevantes, como a ponderação de interesses, a eficácia dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade.

No Brasil, uma das primeiras referências a esse marco filosófico, datada do ano de 1995, encontra-se no trabalho elaborado por Paulo Bonavides, em seu Curso de Direito Constitucional. Denominou o constitucionalista brasileiro de juspublicismo pós-positivista “a construção doutrinária da normatividade dos princípios” elaborada a partir do “empenho da Filosofia e da teoria Geral do Direito em buscarem um campo neutro onde se possa superar a antinomia clássica Direito Natural/Direito Positivo”. Segundo o referido autor, o pós-positivismo seria representado pelos momentos constituintes recentes em que se destacavam a hegemonia axiológica dos princípios, “convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”<sup>75</sup>.

Ainda no contexto nacional, Margarida Lacombe Camargo argumenta que o pós-positivismo, como movimento de contraposição ao modelo kelseniano de negação a valores, pode ser categorizado em duas vertentes: uma primeira, baseada nos aportes teóricos de Dworkin e Alexy, aponta para o reconhecimento da força normativa dos princípios com seu potencial valorativo; a segunda, fundamentada nos trabalhos desenvolvidos por Viehweg e Perelman, pauta sua força lógico-legitimante nos fundamentos que sustentam as decisões judiciais<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. *Nos vinte anos da Carta Cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo*. In: BINEBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 120.

<sup>74</sup> DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1982. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Trans. William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996. NINO, Carlos Santiago. *La validez del derecho*. Astrea: Buenos Aires, 2006. NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional – análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005.

<sup>75</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 237.

<sup>76</sup> CAMARGO, Margarida Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 141.

Oportuno, por fim, o registro do artigo redigido por Luís Roberto Barroso no qual se delineou as bases do ideário pós-positivista sob a perspectiva teórica – e não sob o ponto de vista da filosofia do Direito –, marcada pela ascensão dos valores, a essencialidade dos direitos fundamentais e, com destaque, o reconhecimento da normatividade dos princípios<sup>77</sup>.

Por sua vez, o vocábulo neoconstitucionalismo<sup>78</sup> surgiu, de forma inaugural, em trabalho elaborado por Susanna Pozzolo<sup>79</sup>, e depois restou difundido por coletâneas coordenadas pelo jurista mexicano Miguel Carbonell<sup>80</sup>, a partir de 2003. O referido termo representa as transformações sucedidas a partir da 2ª Guerra Mundial nos sistemas jurídicos constitucionais (constitucionalismo contemporâneo) e no modelo de Estado (Estado constitucional democrático).

Dentre os diversos aspectos delineados pela doutrina, podem-se eleger como suas principais diretrizes a normatividade, a supremacia e a centralidade da Constituição, em que os princípios possibilitam um espaço de maior atuação do intérprete<sup>81</sup>. A força normativa da Constituição acarreta que todos os seus comandos

---

<sup>77</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 1, n. 1, 2001, p. 15-59.

<sup>78</sup> Quanto aos prefixos “neo” e “pós”, Luis Roberto Barroso afirma que “vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para jingles, e não para sinfonias. O direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era. Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja um boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.” *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em <12/01/2016.

Em sentido crítico à originalidade da expressão, posiciona-se Roberto Gargarella, ao afirmar que as proposições apresentadas por essa corrente de pensamento, apesar de bem intencionada, se utilizam ideias já expostas anteriormente por inúmeros pensadores, como Ronaldo Dworkin e todos aqueles que lhes seguiram. (GARGARELLA, Roberto. *Piazzolla, Dworkin, y el neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://seminariogargarella.blogspot.com.br/2011/08/piazzolladworkin-y-el.html>>. Acesso em: 22/09/2016).

<sup>79</sup> POZZOLO, Susanna. Metacritica del neoconstitucionalismo. Uma risposta ai critici di ‘Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico. In: *Diritto e questioni pubbliche*, n. 3, 2003, p. 51-70. Disponível em: <[http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2003\\_n3/monografica\\_a/D\\_Q-3\\_Pozzolo.pdf](http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2003_n3/monografica_a/D_Q-3_Pozzolo.pdf)>. Acesso em: 20/08/2016.

<sup>80</sup> CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

<sup>81</sup> Consoante às diretrizes definidas por Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo estrutura-se em três planos de análise que se inter-relacionam: o dos textos constitucionais, que se tornaram mais substantivos e incorporaram amplos elencos de direitos fundamentais; o das práticas judiciais, que passaram a recorrer

passem a ter seu caráter normativo reconhecido, ainda que a intensidade da eficácia jurídica seja variável. Além disso, a constitucionalização do Direito provoca irradiação das normas constitucionais, em especial daquelas referentes aos direitos fundamentais, para os demais ramos do ordenamento jurídico.

No que se refere ao campo da hermenêutica, abandona-se a visão juspositivista até então predominante, demarcada por uma pretensa objetividade e neutralidade, para se adotar um novo modelo de argumentação e raciocínio jurídico, mais aberto à moral<sup>82</sup>, em que se sobressaem a ponderação<sup>83</sup> e a adoção da proporcionalidade<sup>84</sup>. Nesse cenário, ao Poder Judiciário se atribui um papel de destaque, a função de implementar os valores contemplados na Constituição, priorizando-se assim uma perspectiva interna do Direito, isto é, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a perspectiva externa, do observador, para um plano secundário<sup>85</sup>. A esse respeito, oportuna a transcrição do magistério de Daniel Sarmento:

No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em

---

a princípios constitucionais, à ponderação e a métodos mais flexíveis de interpretação, sobretudo na área de direitos fundamentais; e o dos desenvolvimentos teóricos de autores que, com as suas ideias, ajudaram não só a compreender os novos modelos constitucionais, mas também participaram da sua própria criação. Cf. CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: Elementos para una definición. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Mauricio. *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 197-208.

<sup>82</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: *Leituras complementares de Direito Constitucional: teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.). Salvador: JusPodium, 2009, p. 40: “A argumentação jurídica, apesar de não se fundir com a Moral, abre um significativo espaço para ela. Por isso, se atenua a distinção da teoria jurídica clássica entre a descrição do Direito como ele é, e prescrição sobre como ele deveria ser. Os juízos descritivo e prescritivo de alguma maneira se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no próprio marco da ordem jurídica. Em outras palavras, as fronteiras entre o Direito e a Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas, permanece em vigor, mas as fronteiras entre os dois domínios tornou-se muito mais porosa, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, e a cultura jurídica começa a ‘levá-los a sério’”.

<sup>83</sup> Sobre o tema, a obra que ganhou maior destaque na doutrina é o livro de Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>84</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>85</sup> Nesse sentido: ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?* Curitiba: Juruá, 2011. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: *Leituras complementares de Direito Constitucional: teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.). Salvador: JusPodium, 2009, p. 31-68. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 202-203.

nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitam a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico, a ubiquidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência<sup>86</sup>.

No contexto nacional, o termo neoconstitucionalismo passou a ganhar destaque mais recentemente, na esteira dos trabalhos publicados por Miguel Carbonell, em 2003, e desde esse período vem sendo desenvolvido como uma ideologia que aborda as transformações ocorridas nos sistemas constitucionais. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso, um dos representantes de destaque desse modelo, pontua que o neoconstitucionalismo representa uma série de transformações desencadeadas no Estado e no Direito constitucional, dentre as quais se destacam:

“(i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”<sup>87</sup>.

Antes dessa alteração de paradigma constitucional, entretanto, foi primordial a consolidação das bases da chamada “dogmática constitucional da efetividade” ou “dogmática constitucional transformadora”, surgida logo após a promulgação da Constituição Federal de 88 e que teve como percussores os Professores Clèmerson Merlin Clève<sup>88</sup> e Luís Roberto Barroso<sup>89</sup>. Segundo os referidos constitucionalistas, a Constituição, como norma que é, deveria ser amplamente aplicada pelo Judiciário, independentemente da regulamentação de seus dispositivos pelo legislador ordinário, o

---

<sup>86</sup> SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: *Leituras complementares de Direito Constitucional: teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.). Salvador: JusPodium, 2009, p. 38.

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito*. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 12/01/2016.

<sup>88</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A teoria constitucional e o direito alternativo: Para uma dogmática constitucional emancipatória*. In: Uma vida dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: RT, 1995, p. 34-53. *O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>89</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 224.



que até então não era algo rotineiro<sup>90</sup>. Com a ideia de que a Constituição vale e incide<sup>91</sup>, passou-se a entender que a principiologia constitucional deveria irradiar seus efeitos para todo o sistema. Assim, o ordenamento jurídico deveria ser relido à luz dos valores insculpidos no texto constitucional por intermédio do processo denominado de *filtragem constitucional*<sup>92</sup>.

Em cotejo entre o lineamento teórico do pós-positivismo e a concepção de neoconstitucionalismo acima mencionada, conclui-se que, conquanto ambos tenham se desenvolvido no mesmo interregno temporal, iniciado a partir do segundo pós-guerra, se aproximem no campo ideológico, e compartilhem de uma mesma base teórica, o pós-positivismo caracteriza-se como uma teoria geral do Direito, aplicável a qualquer ordenamento jurídico, em que a conexão necessária entre a moral e o Direito figure como ponto de destaque. Por outro lado, o neoconstitucionalismo caracteriza-se como uma teoria de um determinado tipo de Estado (*Estado constitucional democrático*), no qual se reconhece uma conexão contingente entre o Direito e a moral, materializada pela incorporação de amplo rol de valores morais por intermédio dos princípios constitucionais<sup>93</sup>.

Fenômeno diverso da *judicialização da política* constitui o *ativismo judicial*<sup>94</sup>. Apesar da existência de inúmeras acepções, pode-se entendê-lo como processo político-

---

<sup>90</sup> Registre-se que anteriormente à difusão das ideias da referida doutrina, José Afonso da Silva, em obra clássica sobre o tema, cuja primeira edição data de 1968, defendeu que qualquer norma constitucional deveria produzir alguma eficácia, estruturando com base nessa ideia uma classificação das normas constitucionais em três categorias: de eficácia plena e aplicabilidade imediata; de eficácia contida e aplicabilidade imediata; de eficácia limitada e aplicabilidade mediata. Mesmo essas últimas, que dependiam da atuação do legislador para produzir na integralidade seus efeitos, geravam uma eficácia mínima desde a sua entrada em vigor, como, por exemplo, a de acarretar a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais que contrastassem, em forma ou substância, com seu conteúdo e a de direcionar a interpretação do direito infraconstitucional. (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

<sup>91</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>92</sup> Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

<sup>93</sup> VALE, André Rufino do. Aspectos do Neoconstitucionalismo. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 09, jan-jun 2007, p. 68-69: Se o neoconstitucionalismo é concebido como um conjunto de teorias que pretendem descrever o processo de constitucionalização dos sistemas jurídicos contemporâneos, seu traço distintivo não poderia ser outro que a adoção de um peculiar modelo constitucional: o denominado ‘modelo axiológico de Constituição como norma’. De acordo com esse modelo, a Constituição é marcada pela presença de princípios, especificamente, de normas de direitos fundamentais que, por constituírem a positivação (expressão normativa) de valores da comunidade, são caracterizadas por seu denso conteúdo normativo de caráter material ou axiológico, que tende a influenciar todo o ordenamento jurídico e vincular a atividade pública e privada.”

<sup>94</sup> MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. In: *University of Colorado Law Review*, vol. 73, 2002, p. 104. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=330266](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266)>. Acesso em: 12.10.2016. O autor classificou as dimensões do ativismo em sete espécies: (i) Ativismo contramajoritário: a relutância dos tribunais de acatar as decisões dos poderes democraticamente eleitos; (ii) Ativismo Não originalista: a

institucional destinado a alargar competências, em favor de um modelo de jurisdição constitucional, com forte apelo de supremacia<sup>95</sup>. Com tal comportamento, buscam as Cortes expandir o sentido e o alcance da Constituição, distanciando-se da aplicação simples do Direito e atingindo o campo de atuação dos demais poderes institucionais, de forma a assumir uma função de legislador positivo. Cass Sunstein aponta que o ativismo judicial pode ser mensurado pela frequência com que um determinado magistrado ou tribunal invalida as ações (normas e atos normativos) de outros poderes de Estado, em especial do Poder Legislativo<sup>96</sup>. Analisa-se com que frequência os Tribunais “retiram a decisão das mãos dos eleitores”<sup>97</sup>. Além disso, será considerada ativista o tribunal ou juiz que procura suprir omissões dos demais poderes com suas decisões.

Diante de toda essa trajetória histórica desenvolvida a partir da 2ª Guerra Mundial, e que redundou no protagonismo dos Juízes e Cortes frente aos demais Poderes, parcela considerável da doutrina defende que a absorção dessas novas competências assumidas pelo Judiciário precisa estar associada à imposição de limites e à sujeição de controle, sob risco de legitimação de eventuais abusos e de instalação de um superpoder, com preponderância em relação aos demais órgãos constitucionais.

### 1.3 PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

---

recusa dos tribunais em deferir a interpretação judicial originalista nos casos decisivos, enquanto que o originalismo está baseado na estrita fidelidade ao texto ou a intenção original dos legisladores; (iii) Ativismo de precedentes: a recusa dos tribunais em deferir os precedentes judiciais; (iv) Ativismo Jurisdicional: a recusa dos tribunais em aderir aos limites jurisdicionais do seu próprio poder; (v) Ativismo Criativo: a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional; (vi) Ativismo de correção: o uso do poder judicial para impor obrigações afirmativas aos outros ramos do governo ou o exercício do controle judicial sob as instituições governamentais, como parte de uma solução judicialmente imposta e (vii) Ativismo Partidário: o uso do poder judicial para realizar os objetivos claramente partidários. (tradução nossa). “(1) Counter-Majoritarian Activism: the reluctance of the courts to defer to the decisions of the democratically elected branches; (2) Non-Originalist Activism: the failure of the courts to defer to some notion of the originalism in deciding cases, whether the originalism is grounded in a strict fealty to text or in reference to the original intent of the framers; (3) Precedential Activism: the failure of the courts to defer to judicial precedent; (4) Jurisdictional Activism: the failure of the courts to adhere to jurisdictional limits on their own power; (5) Judicial Creativity: the creation of new theories and rights in constitutional doctrine; (6) Remedial Activism: the use of judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of government or take governmental institutions under ongoing judicial supervision as a part of a judicially imposed remedy and (7) Partisan Activism: the use of judicial power to accomplish plainly partisan objectives.”

<sup>95</sup> SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 13.

<sup>96</sup> SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 41-44.

<sup>97</sup> SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, p. 43.

Todo o processo histórico desencadeado na Europa após a 2ª Guerra Mundial, que viabilizou o desenvolvimento dos ideários do neopositivismo e da concepção acerca do neoconstitucionalismo delineada no ponto anterior, somente encontrou abertura no Brasil, viabilizando a irradiação dos efeitos das referidas teorias, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Antes disso, os textos constitucionais eram interpretados como meras cartas de intenções, carecedoras de efetividade e aplicabilidade<sup>98</sup>, adotando-se um modelo de jurisdição constitucional típico do positivismo jurídico.

Conquanto as Constituições, desde a proclamação da República, já se fundassem na soberania popular, e o Judiciário se caracterizasse como um poder autônomo, inclusive com a possibilidade de exercício de controle de constitucionalidade das leis, antes de 1988 não se estabeleceram as condições necessárias para o desempenho regular de sua missão constitucional.

Com efeito, o ordenamento jurídico era estruturado de uma forma que em seu núcleo situavam-se as leis e Códigos, e apenas de forma marginal a Constituição. Assim, a análise dos questionamentos acerca da conformidade das leis com as normas constitucionais na maior parte das vezes restavam afastados por intermédio de argumentos superficiais como o princípio da separação de poderes, insindicabilidade judicial das questões políticas<sup>99</sup>, presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público e discricionariedade legislativa<sup>100</sup>.

Durante os períodos autoritários pelo qual passou a República brasileira (1930-1945 e 1964-1988), a tônica foi a hipertrofia do Poder Executivo, e a opressão que este exercia sobre os demais Poderes, inviabilizando o exercício de proteção dos direitos contemplados constitucionalmente pelo Judiciário. Dentro dos instrumentos jurídicos, os decretos e portarias prevaleciam sobre a lei. A atuação dos quartéis era de maior

---

<sup>98</sup> Sobre o tema, precisa a observação de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento: “Na acidentada história institucional do Brasil, não faltaram Constituições. Foram oito até agora, editadas respectivamente em 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988. Mas, se sobraram Constituições, faltou-nos constitucionalismo. A maior parte das Constituições que tivemos não logrou limitar de forma eficaz a ação dos governantes em favor dos direitos dos governados. Muitas delas foram pouco mais que fachadas, que visavam a emprestar uma aparência de legitimidade ao regime, mas que não subordinaram efetivamente o exercício do poder, que se desenvolvia quase sempre às suas margens” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 97).

<sup>99</sup> Cf. PAMPLONA, Danielle Anne. *O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas*. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

<sup>100</sup> MELO, Claudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 229-266.

relevo na solução das questões do que a do Supremo Tribunal Federal<sup>101</sup>, que não gozava da mesma independência de que passou a usufruir posteriormente. As esparsas tentativas de reação do Poder Judiciário contra as investidas do Executivo foram rechaçadas com contra-ataques, como o descumprimento injustificado de ordens judiciais, proposta de alteração do número de membros do Supremo Tribunal Federal, aposentadoria forçada de Ministros, e até mesmo ameaça de dissolução da mais alta Corte do país.

Nos demais períodos democráticos da República que antecederam 1988, apesar de asseguradas as condições institucionais para o exercício de sua função constitucional, ainda assim prevaleceram o conservadorismo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a subserviência aos demais Poderes. Portanto, inexistiu espaço para a consolidação das condições necessárias para a afirmação da supremacia da Constituição e muito menos para uma supremacia judicial<sup>102</sup>.

Com a promulgação da Constituição de 1988, o país passou a viver um período de estabilidade política, com a consolidação dos alicerces do Estado democrático, o que viabilizou o fortalecimento das instituições e das respectivas funções. O texto constitucional, impregnado de princípios abertos e de intensa carga axiológica, passou a ser mais reverenciado, e a longa distância que separava seu conteúdo da realidade fática foi sendo, gradativamente, encurtada.

Nessa perspectiva, os direitos sociais, que até então eram interpretados, de forma preponderante, como normas programáticas, passaram a ter sua aplicabilidade debatida sob a nova perspectiva da argumentação moral, marcada pela preocupação com valores e democracia, sendo representados por novas categorias como o “mínimo existencial”, “reserva do possível” e “proibição do retrocesso”<sup>103</sup>.

Nas cortes brasileiras, diante do reconhecimento e defesa da constitucionalização do Direito, políticas públicas passaram a ser controladas com frequência, especialmente em razão do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal de que o Judiciário, em tema de direitos fundamentais, está autorizado não só a

---

<sup>101</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 116-126.

<sup>102</sup> Cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 89-117.

<sup>103</sup> Sobre o tema, veja-se a seguinte coletânea: NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

tutelar, mas mesmo a formular políticas públicas<sup>104</sup>. Para a implementação dos direitos sociais concebidos pela Constituição Federal de 1988, utiliza-se como fundamento, entre outros, o método de interpretação concretista das normas constitucionais de Friedrich Muller<sup>105</sup>, bem como a teoria da força normativa da Constituição, de Konrad Hesse<sup>106</sup>. Nessa diretriz, por exemplo, a mais alta Corte do país tem consolidado sua jurisprudência no sentido de determinar que os governos federal, estadual e municipal, com fundamento no direito contemplado no art. 196 da Constituição da República, forneçam medicamentos e proporcionem atendimento médico especializado a portadores de diversas doenças<sup>107</sup>.

A par disso, realçou-se o papel do Poder Judiciário, por intermédio da consagração da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, inciso XXXV), inaugurando-se novos mecanismos de controle de constitucionalidade, seja pela ampliação do rol dos legitimados ativos para a deflagração de seu exercício (CF, art. 3º), como pelo incremento de seus objetivos, ao prever o controle de constitucionalidade por omissão. Posteriormente à promulgação da Constituição de 1988, somaram-se a essas ampliações a criação da ação declaratória de constitucionalidade pela Emenda Constitucional n. 3/2003, a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental pela Lei n. 9.882/99, bem como as novidades introduzidas pela Lei n. 9.868/99, que fortalece a jurisdição constitucional, dentre as quais a da figura do *amicus curiae* e a possibilidade de realização de audiências públicas<sup>108</sup>, e, ainda, aquelas introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45/04 (Reforma Judiciária).

---

<sup>104</sup> Conquanto essa seja a postura do STF, não se encontra isenta de críticas, como se analisará no item 2.2.

<sup>105</sup> MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

<sup>106</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

<sup>107</sup> Nesse sentido: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (STF, RE 855178 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015).

<sup>108</sup> A introdução no sistema brasileiro dos institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas encontra amparo na doutrina de Peter Häberle, com a sua sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. Adite-se, ainda, que referidos mecanismos viabilizam a abertura à participação popular nos processos de discussão e decisão, conferindo maior legitimidade democrática às decisões judiciais, como será demonstrado no Capítulo 3.

Nesse cenário, o Judiciário passou, paulatinamente, a ocupar um lugar de destaque na implementação dos valores da Constituição e na equação política do poder e, por consequência, restou favorecido o processo de judicialização da política<sup>109</sup>. Partidos políticos, desde que com representação política no Congresso, Estados membros, representações da sociedade civil organizada, entre outros grupos, passaram a provocar o Poder Judiciário e a se utilizar dos mecanismos de controle de constitucionalidade na defesa de seus interesses, quando estes não foram atendidos no campo político. O Supremo Tribunal Federal restou eleito por essas instituições como uma espécie de órgão moderador da República. Há quem defina o processo de progressiva transferência dos poderes decisórios das instituições representativas para o Poder Judiciário como “juristocracia” (*juristocracy*)<sup>110</sup>.

A questão da judicialização da política envolve vários enfoques diferentes. No Brasil, a judicialização resulta, sobretudo, de um modelo de constitucionalização abrangente. Apesar de a Constituição brasileira cobrir uma grande quantidade de matérias, tal disciplina é bastante detalhada. Tratar uma matéria dentro da Constituição consiste, de certa forma, em tirá-la da política e trazê-la para o Direito. As normas previstas na Constituição, sobre as mais diversas matérias, servem como fundamento para pretensões perante o Poder Judiciário, contra quaisquer medidas controversas tomadas por um agente político<sup>111</sup>.

A judicialização, no atual momento, também se deve a uma retração do Poder Legislativo. A forma de organização do sistema eleitoral brasileiro levou a um descolamento da sociedade civil e da classe política. Além disso, a descrença da sociedade nos partidos políticos e no Poder Legislativo, fruto de um quadro sistêmico de corrupção endêmica, acaba por ocasionar a esperança na atuação do Poder Judiciário como solução derradeira dos problemas políticos e sociais. Política de qualidade constitui um pressuposto necessário a uma democracia. Muito se tem discutido a

---

<sup>109</sup> VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice R.; MELO, Manoel P. C.; BURGOS, Marcelo B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>110</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004, p. 1-5/; 11-12; 38-49; 149-168; 211-223. Para o autor, os fundamentos desse fenômeno residem no interesse das elites em insular questões específicas de política democrática, com a finalidade de se assegurar a preservação de determinados interesses hegemônicos que não encontrariam apoio popular. Assim, delegar a autoridade de fazer política às Cortes pode configurar um meio eficiente de transferir responsabilidade e diminuição de riscos políticos.

<sup>111</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 17. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista Direito FGV*, v. 04, n.º 02. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. p. 447.

respeito da necessidade de uma reforma política, como forma de restaurar a funcionalidade do sistema eleitoral brasileiro, bem como intensificar a relação entre a política e a sociedade<sup>112</sup>.

A ampliação da atuação do Poder Judiciário vem alcançando também o próprio processo político, por meio de decisões que, em alguns casos, apenas suprem omissões, e, em outros, alargam sua competência institucional, alterando interpretações legislativas e controlando as regras do jogo democrático. Nesse sentido, podem-se citar, exemplificativamente, os casos em que o Supremo Tribunal Federal definiu a perda de mandato por infidelidade partidária<sup>113</sup>, determinou a fixação proporcional do número de vereadores consoante o número da população<sup>114</sup>, reafirmou requisitos de edição de medidas provisórias<sup>115</sup> e vedou a doação de empresas às campanhas políticas<sup>116</sup>.

Acrescente-se que aspectos relevantes dos direitos fundamentais, alguns relacionados a temas marcados fortemente por conteúdo moral, deixaram de ser legislados nos últimos anos e, por conseguinte, coube ao Judiciário a sua implementação. Isso ocorreu, por exemplo, nos casos das uniões homoafetivas como entidades familiares<sup>117</sup>, do aborto de fetos anencéfalos<sup>118</sup>, da validade de pesquisas em células-tronco embrionárias<sup>119</sup>, da liberdade de expressão e manifestação de pensamento<sup>120</sup>, bem como da discriminação positiva<sup>121</sup>. Diante desse cenário, o Poder Judiciário acabou por ocupar um espaço de atendimento das demandas sociais que não foram atendidas de maneira satisfatória pelo Poder Legislativo.

Com supedâneo nessa perspectiva, percebe-se uma postura ativista por parte de alguns dos integrantes do Supremo Tribunal Federal em determinados casos, em especial naqueles considerados “difíceis”, visando assegurar direitos contemplados na

---

<sup>112</sup> Segundo Luís Roberto Barroso, “a expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.” BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais – Estudos em homenagem ao Professor Gilmar Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 254.

<sup>113</sup> Mandado de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604. In: Informativo STF nº 482.

<sup>114</sup> Recurso Extraordinário 197.917, Rel. p/ acórdão Min. César Peluso, DJ 18/02/2005.

<sup>115</sup> ADI 4048, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 22/08/2008.

<sup>116</sup> ADI 4650, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23/02/2016.

<sup>117</sup> ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 13/10/2011. Nesse julgamento, inclusive, em relação à união homoafetiva, o Supremo Tribunal Federal deu interpretação à norma que não se afigura compatível com o sentido literal de seu texto.

<sup>118</sup> ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 30/04/2013. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal acrescentou o aborto eugênico às hipóteses em que se autoriza legalmente a interrupção da gravidez.

<sup>119</sup> ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 28/05/2010.

<sup>120</sup> ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 06/11/2009.

<sup>121</sup> ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 20/10/2014.

Constituição, sobretudo os de caráter social ainda não implementados, e que antes eram tratados como objetos de normas programáticas<sup>122</sup>. Outrossim, em discussões alheias à atividade judicial envolvendo a elucidação de temas que geram controvérsias morais e científicas dentro da sociedade, tem se observado um aprofundamento, por parte de alguns Ministros, no exame de questões que muitas vezes transcendem o caso e a *expertise* dos julgadores<sup>123</sup>. Em tais situações, inclusive, observa-se a realização de audiências públicas e a participação de *amici curiae*, como formas de tentar legitimar a decisão da Corte através do embasamento da opinião pública, tendo em vista a carência de legitimidade democrática para o exame de questões com alto nível de complexidade.

Nessa mesma diretriz, em um viés de alteração de paradigma, muitas decisões do Supremo Tribunal Federal, por influência da doutrina constitucional, têm se valido do princípio da proporcionalidade, da ponderação de interesses, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, além de novas técnicas decisórias que afastam a concepção de “legislador negativo” cunhada por Kelsen, como as sentenças aditivas<sup>124</sup> e o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> Nesse sentido, oportuna a transcrição das palavras do Ministro Celso de Mello: “No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais“. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004.

<sup>123</sup> ADI 3510, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ 28/05/2010. No referido julgamento, que inaugurou inclusive a utilização das audiências públicas pela Suprema Corte, o posicionamento da maior parte dos Ministros abordou o enfrentamento da questão do início da vida, com manifestações sobre temas de ordem científica, religiosa, ética e filosófica. No voto condutor, conquanto o Ministro Carlos Ayres Britto tenha afirmado que a questão em debate não se situava na determinação do início da vida, mas sim, na determinação dos aspectos e momentos dessa vida que estão validamente tutelados pelo ordenamento jurídico, embasou sua decisão em dispositivos constitucionais que asseguram o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à liberdade da pesquisa científica, bem como defendeu a utilização de células-tronco embrionárias, sustentando a tese de que, para existir vida humana, é necessária a fecundação do óvulo feminino por um espermatozoide masculino, avançando sobre o aspecto restrito objeto de debate circunscrito ao art. 5º da Lei impugnada.

<sup>124</sup> Tal modalidade de decisão pode ser vislumbrada, de modo claro, no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 29.06.2007: “(...) É possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional”. Vide também: ADPF 54, rel. Min. Marco Aurélio, DJE 30/04/2013. A mencionada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental admitiu, por maioria de votos, a possibilidade de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, declarando, mediante a utilização da técnica de interpretação conforme, a inconstitucionalidade da interpretação segunda a qual a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos constitui conduta típica dos tipos penais contemplados nos arts. 124, 126, 128, incisos I e II do Código Penal. A decisão do Supremo Tribunal Federal acrescentou conteúdo à lei, modificando o sentido original definido pelo legislador, na medida em que o Código Penal previu apenas



Esse contexto também faz surgir reflexões a respeito da ampliação da esfera de atuação do Poder Judiciário, por intermédio do ativismo judicial, e a questão da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, considerando a denominada “dificuldade contramajoritária”<sup>126</sup>, debate que remete à filosofia constitucional e à tomada de posição entre defensores do precedimentalismo e substancialismo<sup>127</sup>, este último utilizado como referencial para neoconstitucionalistas.

A conjuntura acima delineada, decorrente, em especial, da supremacia da Constituição, do desenvolvimento no constitucionalismo brasileiro da efetividade e da perspectiva neoconstitucionalistas, acarretou o surgimento e consolidação da ideia de que ao Supremo Tribunal Federal cabe a última palavra sobre a interpretação da Constituição.

Nesse contexto, o protagonismo assumido pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos pode ser enquadrado na tipificação de William P. Marshall<sup>128</sup> de um ativismo jurisdicional, em razão do alargamento da competência institucional por parte de alguns de seus integrantes. Destarte, “o ativismo brasileiro, portanto, foca-se no ativismo jurisdicional como mecanismo a assegurar a ampliação de competências (formal e normativa), caminhando para uma linha de fronteira com o governo dos juízes”<sup>129</sup>. Outrossim, existe certa tendência a um ativismo criativo, incluindo a elaboração de novas teorias e direitos na doutrina constitucional, não obstante se destaquem apenas as modalidades de interpretação conforme e declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto<sup>130</sup>.

---

duas hipóteses excludentes de punibilidade do aborto: (i) aborto necessário ou terapêutico (CP, art. 128, inciso I) e (ii) aborto sentimental ou moral (CP, art. 128, inciso II). Em assim agindo, o Supremo Tribunal Federal afastou o dogma de legislador negativo e, por conseguinte, adotou uma postura ativista, porquanto supriu uma omissão dos demais Poderes instituídos com a decisão, incluindo uma nova modalidade de exclusão da punibilidade do delito de aborto – em caso de gestação de feto portador de anencefalia.

<sup>125</sup> ADPF 347/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 9/02/2016.

<sup>126</sup> Sobre a chamada “dificuldade contramajoritária”, veja-se: BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986. Vide também o ponto 2.1.1.

<sup>127</sup> Para os procedimentalistas, como John Hart Ely e Jürgen Habermas, a jurisdição constitucional deve apenas assegurar os procedimentos atinentes ao exercício dos canais democráticos. Por sua vez, para os substancialistas, como Ronald Dworkin e Laurence Tribe, a jurisdição constitucional pode ingressar no conteúdo de determinado direito, assegurando a concretização de efeitos de todo o corpo constitucional.

<sup>128</sup> Vide nota de rodapé n. 94.

<sup>129</sup> TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Rio de Janeiro, setembro de 2008, p. 136. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15\\_639.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf)>. Acesso em: 22/07/2016.

<sup>130</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 222.

Por sua vez, há quem defenda a tese de que a jurisdição constitucional no Brasil está no horizonte, nem de uma judicialização, como tradicionalmente é conceituada, nem propriamente da visão americana clássica de ativismo judicial. Nesse sentido, o Professor José Ribas Vieira reconhece por parte dos integrantes do STF um ativismo de caráter jurisdicional. Isto é, um procedimento, construído a partir das mais relevantes decisões, objetivando, precipuamente, não a concretização de direitos, mas o alargamento de sua competência institucional<sup>131</sup>.

Além de diversas críticas contra a expansão do Poder Judiciário, que levou à passagem, para alguns, de um quadro de supremacia constitucional para o de uma supremacia judicial, a expansão gradativa da jurisdição constitucional tem gerado relevantes debates sobre novas formas de conceber uma racionalidade decisória que seja justificável, como se verá adiante. Referido cenário produz um aumento da tensão entre os Poderes, com a mitigação do ideário kelseniano, no que concerne à qualificação do Judiciário como legislador negativo, do próprio princípio da separação dos poderes e da suposição de “neutralidade” política dos juízes encarregados de promover a revisão judicial.

Por ora, importa destacar que atribuir ao Poder Judiciário um monopólio da interpretação constitucional<sup>132</sup> ou, quando menos, um protagonismo na referida função hermenêutica, seria incidir em um erro, assim como acreditar no extremo oposto. A defesa de um ou outro extremo se torna temerária. Em vez de se defender a prevalência de uma ou outra instituição política, deve-se perseguir o equilíbrio entre elas. Para isso, a cada um dos Poderes estatais atribui-se uma missão: ao Judiciário, a resistência à tentação de invasão do espaço de atuação próprio dos outros departamentos do Estado; por sua vez, aos demais Poderes impõem-se o cumprimento efetivo das funções que

---

<sup>131</sup> VIEIRA, José Ribas. *Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil*. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/4411/artigo-3-revisado.pdf>>. Acesso em: 22/09/2016.

<sup>132</sup> Nesse sentido, as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal: ADI 293-MC. Rel. Min. Celso de Mello, j. 06/06/1990; ADI 2797/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15/09/2005; ADI 2860/DF, Rel. Min. Mezes Direito, j. 15/09/2005; ADI 3.345/DF, Rel. Min. Celso de Melo, j. 25/08/2005. Na doutrina, ver: VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: *Revista Direito FGV*. v. 04, N.º 02. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2008. SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional – Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo – Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

lhes foram atribuídas constitucionalmente, sob pena de se tornar necessária a atuação judicial para a consolidação da força normativa da Constituição.

A ambos, entretanto, torna-se factível, como será visto adiante, a via do processo dialógico. Isto é, a interpretação e aplicação da Constituição podem envolver uma conduta cooperativa, não adversarial, edificada em universos deliberativos a partir de fluxos que viabilizem a participação não só dos Poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário –, mas também da sociedade civil organizada, todos motivados pela busca de uma interpretação constitucional melhor e mais democrática. Essa abertura ao diálogo é proveitosa, na medida em que viabiliza o controle recíproco entre os Poderes institucionais, contribuindo para a correção de eventuais erros na exegese constitucional e para o aperfeiçoamento das instituições democráticas.

## **2. CRÍTICA À SUPREMACIA JUDICIAL: A PERSPECTIVA DA ÚLTIMA PALAVRA**

No capítulo anterior, foi analisado o fenômeno de reconhecimento do Poder Judiciário, como instituição asseguradora das expectativas frustradas da sociedade, que se relacionam em boa parte com a crise pela qual passam as instâncias políticas. Em uma nova perspectiva de atuação, o Poder Judiciário, além de resolver os conflitos individuais tradicionais, passou a exercer a função de garantidor dos direitos fundamentais e ampliou o exercício da jurisdição constitucional.

Essa nova forma de atuação, no entanto, pode ensejar a hipertrofia do Judiciário e, por conseguinte, um desequilíbrio institucional, principalmente em razão de inexistir uma forma de controle do exercício disfuncional desse Poder. Assim, pode, em tese, o Judiciário se transformar em um superpoder ou, como adiante se verá, no superego da sociedade.

No contexto brasileiro, diversos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos assinalam uma transição de diretriz, da supremacia da lei, para a preeminência da jurisdição constitucional. Algumas das críticas a esse novo modelo circunscrevem-se a aspectos institucionais, bem como a questões substanciais que enfocam o déficit democrático dessa atuação.

### **2.1 CRÍTICAS INSTITUCIONAIS**

#### **2.1.1 Questionamento dos limites do controle exercido pela jurisdição constitucional**

A atuação expansiva do Poder Judiciário no cenário institucional mundial é evidente e decorre, como visto, em boa parte, do modelo de constitucionalismo norte-americano. O sistema brasileiro não se apresenta de forma diversa. Como consequência da construção delineada no capítulo anterior, nota-se no âmbito do Direito constitucional pátrio que questões morais, econômicas, políticas, ambientais e outras envolvendo temas de repercussão geral, e/ou a interpretação da Constituição, são levados até a última instância para exame do Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 102 da Lei Fundamental da República.

Um dos questionamentos relativos ao caráter juriscêntrico alcançado nos últimos tempos pelo Poder Judiciário, por conta do neoconstitucionalismo e do próprio ativismo judicial, parte de seu caráter antidemocrático, porquanto os protagonistas desses movimentos não são agentes eleitos pelo voto popular e, por conseguinte, não estão sujeitos à prestação de contas eleitorais, carecendo-lhes, portanto, *accountability*<sup>133</sup>. Nessa perspectiva, a revisão judicial se apresentaria como uma verdadeira força contramajoritária, antidemocrática, na medida em que, ao ser realizada, distorcer-se-ia a verdadeira vontade dos representantes do povo.

Apesar de reconhecer a revisão judicial como “uma instituição anômala” no cenário político norte-americano (*a deviant institution in the American polity*), Alexander Bickel defendeu a legitimidade do Poder Judiciário para o exercício do controle de constitucionalidade, sob o argumento de que o insulamento dos juízes em relação ao campo da política eleitoral, em conjunto com os seus demais atributos institucionais, assegurariam as condições necessárias para a proteção dos valores e princípios duradores da comunidade, que eventualmente poderiam ser ameaçados por condutas advindas do processo político ordinário<sup>134</sup>. A interpretação da Constituição exigiria mais do que os agentes dos Poderes Executivo e Legislativo podem realizar, na medida em que requer uma capacidade especial para a definição criativa e renovada de um conjunto de regras fundamentadas em princípios, princípios estes que representam os valores basilares da sociedade<sup>135</sup>. Nesse sentido, os juízes estariam numa melhor posição para identificar o *ethos* da comunidade<sup>136</sup>, porquanto, além de se encontrarem fora da arena política e não buscarem um interesse específico, possuem, em razão de seu insulamento e do próprio tempo, as condições de apelar para o melhor da natureza

---

<sup>133</sup> Com relação ao *accountability* judicial, nota-se, em alguns países, em especial no continente europeu, um melhor desenvolvimento desse aspecto por intermédio de exigências de supermaiorias para a nomeação/aprovação de integrantes das Cortes Constitucionais, circunstância que resulta numa escolha de membros mais moderados, e mandatos fixos para os Juízes, entre outras medidas.

<sup>134</sup> BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16-17. SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011, p. 314.

<sup>135</sup> BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2ª Ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 24-25. BINENBOJM, Gustavo. *Duzentos anos de jurisdição constitucional: as lições de Marbury v. Madison*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/duzentos-anos-de-jurisdição-constitucional-as-licoés-de-marbury-v-madison>>. Acesso em: 22/04/2016.

<sup>136</sup> Sobre a consideração das capacidades institucionais do intérprete da Constituição, ver capítulo 3, deste trabalho.

humana, e de seguirem as maiores virtudes da sociedade, as quais podem ser esquecidas em períodos de comoção social<sup>137</sup>.

Nessa mesma linha, pode-se resgatar o papel do Poder Judiciário dentro da perspectiva democrática, sustentando-se que a democracia não se exaure na observância do princípio majoritário, mas alcança o respeito às regras do jogo democrático, que englobam as garantias de condições básicas de participação igualitária, assim como a proteção das minorias<sup>138</sup>.

Uma das maiores objeções à teoria formulada por Bickel consiste em como se definir a certeza de que os anseios e valores estabelecidos pelos juízes coincidem efetivamente com os da sociedade, e não com os seus próprios. Julgamentos realizados sob o enfoque individual dos magistrados, algumas vezes com caráter normativo, podem gerar um risco maior à democracia do que as propostas legislativas, porquanto as decisões proferidas pelas cortes não se sujeitam a reformas pelo povo, a não ser, dependendo do sistema constitucional, por intermédio de emendas, as quais deverão ser submetidas, inclusive, a novo controle judicial de constitucionalidade<sup>139</sup>. A busca de uma solução passa pelo encontro de um ponto de equilíbrio, já que, se por um lado a definição de limites às decisões majoritárias pode encontrar amparo na democracia, por outro, o seu abuso pode se transmutar em uma postura antidemocrática, por restringir em excesso a possibilidade do povo de se autogovernar<sup>140</sup>.

Outro questionamento ao neoconstitucionalismo é o de que os princípios constitucionais, em sua maior parte, têm a função de absorver as demandas políticas e

---

<sup>137</sup> BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2ª Ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 25. Vide também: BINENBOJM, Gustavo. *Duzentos anos de jurisdição constitucional: as lições de Marbury v. Madison*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/duzentos-anos-de-jurisdiacao-constitucional-as-licoes-de-marbury-v-madison>>. Acesso em: 22/04/2016.

<sup>138</sup> DAHL, Robert A. *Sobre democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001, p. 97-113.

<sup>139</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Duzentos anos de jurisdição constitucional: as lições de Marbury v. Madison*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/duzentos-anos-de-jurisdiacao-constitucional-as-licoes-de-marbury-v-madison>>. Acesso em: 22/04/2016.

<sup>140</sup> Sobre a tensão entre o constitucionalismo e a democracia, vide: NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003. GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012. CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte. In: *Revista Direito FGV*. v. 06, N.º 01. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2010. Nesse último texto, os autores apontam que a tensão entre democracia e constitucionalismo pode encontrar uma alternativa no percurso do caminho comum às duas noções, de forma a destacar as características e qualidades recíprocas com a compreensão de que um é constitutivo do outro. E acrescentam que esse caminho comum pode se situar no princípio da igualdade, sem se olvidar que a igualdade material somente pode ser assegurada quando liberdades moralmente relevantes (ex: liberdade de expressão, de religião, de convicção, de orientação sexual, dentre outras) restem efetivamente garantidas, tuteladas e concretizadas.

sociais que se fazem presentes dentro de determinado período em uma dada sociedade. Possibilita-se, assim, que reivindicações com conteúdo moral assumam a forma de direitos fundamentais positivados, todavia, indeterminados em seu sentido específico. Novamente, o risco que se faz presente consiste na utilização excessiva de princípios vagos, como o da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da livre iniciativa e da moralidade administrativa, para fundamentar as decisões, mesmo quando já existe regra clara tutelando a situação específica, com a finalidade de encorpar as decisões ou, no caso do segundo princípio, para reavaliar valorações ou escolhas realizadas por outros entes administrativos<sup>141</sup>.

Tal constatação pode implicar em riscos à previsibilidade e segurança jurídica, como a falta de uma moral comum ou objetiva, que possibilite a determinação de um sentido unívoco ou universal para determinado princípio, remetendo-se, em vez disso, a impressões subjetivas a definição de seu conteúdo. Além disso, tal situação origina um novo papel da jurisdição constitucional, em que juízes e cortes são provocados a decidir sobre direitos que envolvem dilemas morais, o que acaba por potencializar o grau de discricionariedade judicial, visto que finda por autorizar decisões que se edificam em convicções pessoais, em prejuízo de uma argumentação racional.

Há o risco também de que essa reaproximação entre o Direito e moral, cuja concretização confere aos julgadores maior possibilidade de criar o Direito e, por conseguinte, de uma maior amplitude da chamada discricionariedade judicial, possa ser utilizada de forma descomedida, de modo que os juízes substituam a vontade das representações democráticas, definindo o que é o Direito, a pretexto de estarem apenas interpretando cláusulas abertas e princípios jurídicos. Essa hipótese pode ainda ser agravada, dado o grau de empoderamento das Cortes Constitucionais, pelo fato de que, em determinadas situações, existe a ameaça de o Poder Judiciário promover verdadeira substituição do Poder Constituinte, sob a justificativa de estar interpretando a Constituição, na medida em que se atribui aos juízes um poder capaz de modelar o texto constitucional, repleto de normas vagas e abertas, de acordo com seus valores e preferências políticas<sup>142</sup>, em franca violação à separação de poderes<sup>143</sup>, sem contar o

---

<sup>141</sup> SARMENTO, Daniel. *O neconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: *Leituras complementares de Direito Constitucional: teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.). Salvador: JusPodium, 2009, p. 33.

<sup>142</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 55-74.

<sup>143</sup> Nesse sentido, o voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 132, que tratou do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar. No mencionado voto, entendeu o

fato de que inexistia garantia de que a interpretação do Judiciário será melhor do que a desempenhada pelo Legislador<sup>144</sup>.

Não se pode olvidar que existem cenários em que a atuação do Judiciário pode ir de encontro às minorias, cujos direitos estejam sendo promovidos na arena política. Nessa perspectiva, a história do constitucionalismo norte-americano, por exemplo, é pródiga em julgamentos cujas decisões restringiram direitos fundamentais, o que pode ser evidenciado por *Dred Scott v. Sandford*<sup>145</sup> de 1857 – em que a Suprema Corte se mostrou complacente com a escravidão nos Estados do Sul dos Estados Unidos da América –, ou por *Plessy v. Ferguson*<sup>146</sup> – em que a mesma Corte, no ano de 1896, confirmou a doutrina dos “iguais, mas separados” (*equal, but separate*), chancelando a lei que proibia brancos e negros de viajarem no mesmo vagão, situação modificada apenas em 1954, com o julgamento de *Brown v. Board of Education*<sup>147</sup>. Alguns anos mais tarde, na era *Lochner*<sup>148</sup>, observou-se uma série de decisões da Suprema Corte no exercício de ativismo judicial, iniciadas em 1905 com o julgamento de *Lochner v. New York*<sup>149</sup>, baseadas em um liberalismo econômico exacerbado – não imposto no texto constitucional e muito menos correspondente às visões da maioria política –, e contrárias à legislação trabalhista e a outras medidas econômicas que visavam tutelar interesses de camadas desfavorecidas da população<sup>150</sup>. Tal período restou marcado por uma grave crise institucional em que o Presidente Franklin D. Roosevelt, visando

---

Ministro que a interpretação jurídica não pode ultrapassar os limites objetivamente delineados nos parâmetros normativos, relevando que a norma constitucional foi clara ao expressar que a união estável somente pode se configurar entre homem e mulher. E complementou “Não há aqui, penso eu, com o devido respeito das opiniões divergentes, como cogitar-se de uma mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a ‘separação dos Poderes’ à dignidade de ‘cláusula pétrea’, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional”. Conclui-se que o Supremo Tribunal Federal atuou como legislador positivo na espécie, criando uma nova norma no ordenamento jurídico, porquanto, em seu sentido literal, o texto constitucional tutelou apenas a proteção à união estável entre homem e mulher (CF, art. 226, § 3º). ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011, DJ 14.10.2011.

<sup>144</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

<sup>145</sup> *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S., 393 (1857). Em *Dred Scott v. Sandford*, a Suprema Corte definiu que os negros levados aos Estados Unidos como escravos não eram alcançados pela proteção constitucional, bem como não poderiam se tornar cidadãos norte-americanos, razão pela qual lhes faltava legitimidade para pleitear qualquer direito perante a Corte. Referida decisão consolidou, ainda, o entendimento de que os escravos negros, assim como os bens móveis e imóveis, não poderiam ser retirados de seus donos sem o devido processo legal.

<sup>146</sup> *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

<sup>147</sup> *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>148</sup> A era *Lochner* foi superada apenas pelo julgamento de *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 US 379, 399 (1937).

<sup>149</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

<sup>150</sup> Sobre a era *Lochner*: TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988, p. 567-581.



reverter a jurisprudência contrária à sua política econômico-social, chegou a proferir diversas ameaças contra a Suprema Corte, como a aposentadoria forçada de juízes e a ampliação do número de seus integrantes. Por fim, mais recentemente observa-se que a Suprema Corte norte-americana, em nome da “supremacia judicial”, vem reconhecendo a inconstitucionalidade de atos normativos progressistas, que tratam sobre direitos fundamentais de minorias. Exemplo disso ocorreu no julgamento do caso *City of Boerne v. Flores*<sup>151</sup>, em que a Corte definiu que não poderia ser aplicada aos Estados a lei federal que estendera a proteção da liberdade de religião para além do ponto em que ela tinha sido reconhecida pelo tribunal em caso precedente (*Employment Division, Department of Human Resources of Ohio v. Smith*<sup>152</sup>). Invalidada a lei federal, o Congresso norte-americano tentou afastar esse último precedente da Suprema Corte acerca da liberdade religiosa, considerado restritivo, com a finalidade de ampliar o referido direito em prol de minorias religiosas. A tentativa, entretanto, restou obstada pela Suprema Corte sob o fundamento de que o ato legislativo seria conflitante com a sua prerrogativa de dar a última palavra sobre a interpretação constitucional.

Ainda, como exemplo de um ativismo judicial promovido em desfavor da proteção de grupo vulnerável, no cenário brasileiro pode-se citar o caso “Raposa Serra do Sol”<sup>153</sup>, no qual o Supremo Tribunal Federal, ao impor condicionamentos às futuras demarcações de terras indígenas, acabou por limitar os direitos fundamentais dessa minoria étnica.

Inexiste qualquer garantia de que a interpretação efetivada pelo Poder Judiciário seja mais favorável para a concretização dos direitos fundamentais, do que a realizada pelos demais departamentos do Estado. Assim como os Poderes políticos, o Judiciário também pode errar contra as minorias estigmatizadas. O que se observa na história é uma variação de posição das cortes constitucionais que, em determinados momentos, acabam implementando verdadeiros retrocessos em matéria de direitos. Tal circunstância constituiria o que Roberto Mangabeira Unger denominou o “pequeno segredo sujo” (*dirty little secret*) da teoria do Direito contemporânea, que importaria em condutas desconformes à democracia, com a imposição de limites às majorias, ao invés da restrição de poderes das minorias dominantes. Esse “pequeno segredo sujo” é um desconforto para a democracia, pois, sob a falsa ideia de sua proteção, opta-se por

---

<sup>151</sup> 521 U.S. 507 (1997).

<sup>152</sup> 494 U.S. 872 (1990).

<sup>153</sup> Petição n. 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, j. 19.02.2009, DJ 1º.07.2010.

práticas e arranjos contramajoritários, em prejuízo de investimentos em reformas institucionais – e em favor de juízes –, reformas estas que ampliariam o compromisso público e envolvimento popular<sup>154</sup>.

Portanto, se em dado momento a postura ativista de uma Corte Constitucional pode ser bem aceita por referendar importantes mudanças políticas, em outro, o modelo de supremacia judicial pode comportar um eventual ativismo conservador. Foi o que aconteceu com a Suprema Corte norte-americana nas últimas décadas, o que acabou por engendrar terreno fértil para o desenvolvimento do denominado constitucionalismo popular, tratado nos tópicos seguintes. Entre outros, pode-se citar como alguns dos participantes desse movimento, guardadas as devidas diferenças de perspectivas teóricas: Larry Kramer<sup>155</sup>, Mark Tushnet<sup>156</sup> e Jeremy Waldron<sup>157</sup>. Em comum, a desconfiança quanto à excessiva atenção que a reflexão jurídica tem dado ao poder judicial. De diferentes formas, o comprometimento em questionar a supremacia judicial e uma posição antipopular.

Nesse contexto, passa-se a discutir como a ênfase excessiva nas cortes judiciais pode acarretar o afastamento de outros entes importantes na interpretação e concretização da Constituição, ocasionando o arrefecimento do papel Executivo, Legislativo e também da própria esfera pública informal, representada pelo povo. Ao se apostar na capacidade irrestrita dos juízes de aplicarem as normas jurídicas, com a convicção de que todas as questões encontram repostas no sistema normativo, produz-se a falsa premissa de que a política se restringe ao poder constituinte, remanescendo a jurisdição constitucional como garantidora da correta aplicação da normatividade, enquanto que a doutrina acaba por se refugiar na exegese das cortes. Assim, os tribunais constitucionais se assenhoreariam da Constituição<sup>158</sup>.

---

<sup>154</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* London: Verso Press, 1996, p. 72 e seguintes. Vide também: GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Defesa: Curitiba, 2015.

<sup>155</sup> KRAMER, Lary. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

<sup>156</sup> TUSHNET, Mark. *Popular constitutionalism as political law*. Chicago: Chicago-Kent College of Law, 2006.

<sup>157</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

<sup>158</sup> BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova*, n. 61, 2004, p. 19-20. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452004000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002)>. Acesso em: 20/07/2016.

O modelo judicialista gera, ainda, o risco de se criar um governo aristocrático, composto por sábios da toga<sup>159</sup>, que atua como um verdadeiro pai de uma sociedade infantilizada, que não consegue se autogovernar<sup>160</sup>. Baseados no ordenamento jurídico, os juízes passam a ser vistos como protagonistas do processo de “resgate” das promessas constitucionais. Por sua vez, a política, face ao quadro de grave crise de representatividade que enfrenta em vários sistemas institucionais, é relegada a um plano secundário. Trata-se de uma visão idealizada do Judiciário e bastante crítica quanto às demais esferas de Poder<sup>161</sup>. Conquanto se trabalhe sob a perspectiva dos equívocos do processo político majoritário, deixa-se de reconhecer as limitações e lacunas do Poder Judiciário e seus juízes, depositando-se neles expectativas que nem sempre serão atendidas de forma satisfatória, bem como se desconsidera a influência política sobre a qual esta instância encontra-se submetida, como restou exposto no primeiro capítulo deste trabalho<sup>162</sup>.

É certo considerar que a atuação do Poder Judiciário seja de alta relevância em certos campos que envolvam, por exemplo, a proteção dos grupos estigmatizados no âmbito do processo político majoritário, tutela dos direitos fundamentais e o controle das condições de funcionamento da própria democracia. Isso se dá em razão de seu insulamento em relação à pressão das maiorias, que lhe asseguram capacidade institucional privilegiada e maior independência para o exercício da avaliação crítica das tradições, do que a desfrutada pelos representantes do Legislativo e Executivo. Por outro lado, em searas distintas, pode ser mais indicada a autocontenção judicial, permitindo o protagonismo de outros órgãos na implementação dos ditames constitucionais, em consideração ao consenso construído na esfera majoritária<sup>163</sup>.

---

<sup>159</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

<sup>160</sup> No contexto germânico, o tema foi trabalhado por MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em: 02/11/2016. SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodium, 2011, p. 316-317.

<sup>161</sup> SARMENTO, Daniel. *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 88*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 311-322.

<sup>162</sup> SARMENTO, Daniel. O neconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Leituras complementares de Direito Constitucional: teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.). Salvador: JusPodium, 2009, p. 29.

<sup>163</sup> PERRY, Michael J. *The Constitution, the Courts and human rights*. New Haven: Yale University Press, 1982, p. 91-145. SARMENTO, Daniel. O neconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.

No cenário brasileiro, há quem sustente que o Poder Judiciário, em determinados casos (mais precisamente naqueles que envolvem a discussão sobre direitos fundamentais e nos que tangenciam o princípio da dignidade da pessoa humana) vem ultrapassando seus limites e invadindo a esfera dos Poderes Executivo e Legislativo, circunstância que acarretaria, como visto, a violação ao princípio da separação de poderes e ao princípio democrático<sup>164</sup>. Nessa diretriz, o ativismo judicial desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos pode ser observado, exemplificativamente, quando a Corte reaprecia a valoração realizada pelo Legislativo e Executivo, ou impõe a estes últimos Poderes formas de condução, valendo-se de princípios abstratos.

A aplicação direta de princípios contemplados na Constituição pelo Supremo Tribunal Federal amplia seu campo de atuação de forma excessiva, em exercício típico de ativismo judicial, mediante: (i) utilização de técnicas interpretativas que acarretam o afastamento do sentido literal do texto constitucional (interpretação conforme<sup>165</sup> e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto<sup>166</sup>); (ii) criação de norma legal na hipótese de reconhecimento de inconstitucionalidade por omissão; (iii) invalidação de norma legal ou administrativa com fundamento em princípio constitucional; (iv) criação ou alteração de norma constitucional mediante prolação de sentenças aditivas; (v) imposição de condutas concretas aos demais Poderes estatais<sup>167</sup>.

Pode-se questionar a legitimidade dos juízes ao inovarem no ordenamento jurídico, quando da flexibilização das decisões judiciais pelo uso das referidas técnicas. Com base nesse mesmo argumento, a Corte Constitucional italiana, por exemplo, “tende a ser vista como um co-legislador ou mesmo como um legislador, principalmente em

---

In: *Leituras complementares de Direito Constitucional: teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.). Salvador: JusPodium, 2009, p. 30.

<sup>164</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

<sup>165</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.034. A interpretação conforme constitui modalidade de decisão de controle de normas, em que, havendo duas ou mais interpretações possíveis de uma lei, deve o intérprete priorizar aquela que esteja em conformidade com a Constituição, em relação às outras interpretações que sejam inconstitucionais.

<sup>166</sup> Conquanto institutos distintos, há quem assemelhe a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto à interpretação conforme. Opta-se neste trabalho pelo entendimento de que a interpretação conforme se caracteriza pela opção do intérprete, dentre as possibilidades interpretativas existentes, por aquela que seja conforme à Constituição, declarando nulas as outras interpretações incompatíveis com o texto constitucional. Por sua vez, a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto define como inconstitucional uma determinada hipótese de incidência da lei, sem que haja modificação no texto normativo.

<sup>167</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 143.

razão de suas sentenças ‘aditivas’ ou ‘substitutivas’<sup>168</sup>. Ao se utilizar dessas formas de interpretação constitucional, o Supremo Tribunal Federal, em determinadas situações, pode atuar como um verdadeiro legislador positivo, criando riscos quanto a eventuais excessos por parte de seus integrantes.

Outro aspecto negativo da expansão da postura ativista dos juízes é o de que esta pode ser conveniente, em certos casos, aos demais Poderes, na medida em que reduz os ônus políticos com a tomada de uma decisão judicial sobre assuntos polêmicos e conflitantes<sup>169</sup>. A supremacia judicial teria o condão de promover a “irresponsabilidade dos legisladores”, os quais acabariam relegando a solução de questões para as cortes, esquivando-se do dever de tomar decisões difíceis<sup>170</sup>. De fato, existem fatores propriamente políticos que podem incentivar a judicialização da política. Frente aos sistemas constitucionais em que ministros das cortes constitucionais não são eleitos, decisões eventualmente impopulares não geram reflexos pessoais, apesar de poderem acarretar certa impopularidade sobre a imagem institucional do Poder Judiciário. Não se pode negar a possibilidade, outrossim, de agremiações partidárias se utilizarem dos Tribunais após a derrota nos processos deliberativos parlamentares, recurso empregado como estratégia recorrente para a implementação de interesses políticos. Dentro dessa perspectiva, consolida-se nas palavras de Oscar Vilhena Vieira uma verdadeira “supremocracia”<sup>171</sup>.

Nessa mesma linha de raciocínio, mas com um viés pouco diverso, Ran Hirschl defende, com base na teoria da *preservação hegemônica*, que o processo de judicialização da política que vem ocorrendo em diversos países, como no Canadá, Inglaterra, Nova Zelândia e África do Sul, decorre da participação de uma elite econômica e cultural, que busca reconquistar um espaço perdido no campo da política majoritária, e a manutenção de seu poder, utilizando-se para tanto da hegemonia que

---

<sup>168</sup> FAVOREAU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 91.

<sup>169</sup> VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de; CARVALHO, Flávia Martins de. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24.09.2016.

<sup>170</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 187.

<sup>171</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista de Direito de Estado*, ano 3, nº 12, p. 107-142, outubro 2008.

possuem junto ao Poder Judiciário, verdadeiro reduto utilizado como área de bloqueio de transformações políticas ameaçadores de seus interesses na instância majoritária<sup>172</sup>.

Ainda sob o enfoque da ciência política, Tom Ginsburg, com fundamento nas Cortes Constitucionais asiáticas, desenvolveu a teoria *do seguro*, para a qual a constitucionalização dos direitos e a judicialização da política consistiriam em uma forma dos agentes se protegerem contra eventuais perdas de poder, após a entrada em vigor de uma nova Constituição. Diante do desconhecimento dos arranjos futuros de poder e de eventuais perdas de posição, o Poder Judiciário poderia servir como uma forma segura de proteção contra alterações propostas por órgãos majoritários<sup>173</sup>.

Todo esse quadro se torna ainda mais gravoso nos sistemas em que prevalece a ideia de que a Corte Constitucional possui o poder da última palavra em temas constitucionais. No cenário brasileiro, o próprio Supremo Tribunal Federal se considera “árbitro definitivo da constitucionalidade das leis”<sup>174</sup>. Entende a Corte constitucional do país que sua função “de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, *caput*), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental”<sup>175</sup>.

Tal posicionamento se baseia na conclusão míope, extraída do julgamento de *Marbury vs. Madison*, de que, estando em debate a Constituição, é função exclusiva do Poder Judiciário protegê-la. O resultado do julgamento desse caso paradigmático não pode ser lido de forma limitada. Desse modo, não se pode concluir com base no referido precedente que caberia ao Judiciário dar a palavra final sobre o tema discutido, mas sim que deve a Suprema Corte apenas decidir sobre o caso analisado. Decidir e proferir uma resposta definitiva constituem atribuições distintas<sup>176</sup>. Se às cortes incumbe a função de

---

<sup>172</sup> HIRSHL, Han. *Towards Juristocracy*. The origins and consequences of new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 11.

<sup>173</sup> GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies*. Constitutional courts in Asian cases. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 25. Vide também: SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional*: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2013, p. 316-317.

<sup>174</sup> Caso emblemático é o do julgamento no Supremo Tribunal Federal da ADI 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, no qual se reconheceu a inconstitucionalidade formal de lei que pretendia interpretar a Constituição. Nesse sentido, afirmou-se que “não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação a Constituição; a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma da gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma superior”.

<sup>175</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade*. In: André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. 2ª tiragem. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 467.

<sup>176</sup> GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de. Quem detém a última palavra sobre o significado da Constituição? Caderno Direito e Justiça, *Gazeta do Povo*, de 10/05/2013. “Nesse sentido, ao se afirmar que ao Supremo Tribunal Federal cabe a defesa da Constituição e daí se concluir que só ele,

interpretação da Constituição, arrogar-se na titularidade da palavra exclusiva e final sobre a leitura constitucional caracteriza uma extrapolação de sua atribuição, que acarreta o grave risco de afastamento da política democrática das finalidades contempladas na Constituição<sup>177</sup>.

De qualquer forma, em matéria de interpretação constitucional, a Corte, composta por intérpretes humanos e falíveis, pode errar, como também podem os demais Poderes. É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição – nem ao Judiciário, nem ao Legislativo – o "direito de errar por último", abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com fundamento na ideia de diálogo, em lugar da visão mais tradicional, que concede a última palavra nessa área ao Supremo Tribunal Federal. Assegura-se, assim, que as diferentes capacidades institucionais de cada intérprete sejam valorizadas, possibilitando-se a contribuição de cada uma das posições no processo decisório<sup>178</sup>. No cenário nacional, como se verá de forma mais aprofundada no Capítulo 3, já se observa a consideração dessas premissas na postura de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, como exemplifica a seguinte manifestação do Ministro Luiz Fux, no voto em que se analisou o regime especial de pagamento de precatórios pelos estados, Distrito Federal e municípios<sup>179</sup>:

(...) parece-me que esta Suprema Corte não pode se arvorar à condição de juiz da robustez do debate parlamentar para além das formas expressamente exigidas pela Constituição Federal. No que excede os limites constitucionais, há que se reconhecer uma espécie de deferência à atuação do Poder Legislativo no campo dos atos formais que se inserem no processo político, dotados de um valor intrínseco pelo batismo democrático também no que concerne à interpretação da Constituição. É tênue, com efeito, o limite entre a defesa judicial dos valores da Constituição, missão irrenunciável deste Supremo Tribunal Federal por força da própria Carta de 1988 (CF, art. 102, *caput*), e uma espécie perigosa de supremacia judicial, através da qual esta Corte acabe por negar qualquer voz aos demais poderes políticos na construção do sentido e do alcance das normas constitucionais.

Portanto, a necessidade de que algum órgão delibere em sede de controle de constitucionalidade não significa que esta deva ser permanente ou que não possa haver

---

e apenas ele, pode definir qual é o significado da Constituição, tem-se uma compreensão limitada, desprovida de justificação, conteúdo e legitimidade.”

<sup>177</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 324-326.

<sup>178</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 406.

<sup>179</sup> ADI 4357, Rel. Min. Ayres Britto, j. 14.03.2013, DJe 26.09.2014

alguma espécie de diálogo entre os poderes, concebendo assim, que o Supremo Tribunal Federal não detém o monopólio da guarda da Constituição, havendo a possibilidade de um papel mais protagonista dos demais Poderes, a partir da utilização dos mecanismos já existentes, ou mesmo da criação de novos dispositivos que permitam o desenvolvimento de diálogos institucionais.

### 2.1.2 As capacidades institucionais e o minimalismo judicial

Diante do avanço da supremacia judicial nos Estados Unidos, inclusive em alguns casos com a defesa do monopólio das Cortes na interpretação constitucional, o movimento denominado de minimalismo judicial (*judicial minimalism*<sup>180</sup>), cujo referencial de destaque é o professor norte-americano Cass Sunstein, surge com a proposta de redefinir o papel do Poder Judiciário dentro de um Estado que se caracteriza como democrático, posicionando-se a favor de uma postura mais contida por parte das Cortes.

O ponto principal da teoria defendida por Sunstein é o de que as cortes, em suas decisões, em especial naquelas que envolvem grande complexidade (científica, moral, religiosa, entre outras), deixam a questão em aberto, evitando apresentar de forma açodada respostas substantivas e conclusivas<sup>181</sup>. Nesses casos, a falta de informações, circunstâncias modificáveis, e desacordos morais razoáveis, podem elevar os custos da decisão e de um eventual erro. Recomenda-se, portanto, o desenvolvimento das “virtudes passivas” do Poder Judiciário<sup>182</sup>, de forma a evitar construções teóricas e filosóficas muito abrangentes.

Uma decisão minimalista, em tais circunstâncias, teria o mérito de proporcionar um espaço para que futuras reflexões possam ser formuladas. Portanto, as questões que não sejam consideradas essenciais para a resolução de um caso concreto não devem ser apreciadas pelas Cortes, assim como os casos complexos que ainda necessitam alcançar uma maior maturidade nas discussões na sociedade<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> PETERS, Christopher J. Assessing the new judicial minimalism. *Columbia Law Review*, out. 2000.

<sup>181</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 184.

<sup>182</sup> SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 10-14.

<sup>183</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 63.



A amplitude das decisões judiciais pode provocar o afastamento da sociedade e dos demais poderes estatais do debate de questões relevantes. Por esse motivo, muitas vezes os casos importantes não devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, ficando reservados para a deliberação na esfera pública e para o exercício da democracia<sup>184</sup>. Inclusive, no caso norte-americano, o Congresso estaria melhor posicionado para apresentar repostas finais às questões jurídicas, por compreender a dimensão democrática melhor do que a Suprema Corte.

Em questões de alta complexidade, eventualmente analisadas sob um viés maximalista, os provimentos jurisdicionais precipitados, ainda que bem teorizados, podem prejudicar a democracia, na medida em que, além de correrem o risco de serem proferidos enquanto não há maturidade sobre seu conteúdo na sociedade, a definição de uma questão controversa sem deferência em relação ao processo político majoritário tende a gerar uma polarização do debate político, pois os que tiveram a sua posição vencida não se considerarão abarcados pelo projeto constitucional, e buscarão posições radicais em suas condutas e discursos<sup>185</sup>.

Além disso, as decisões judiciais que sejam mais amplas do que o caso requer acabam por ampliar o respectivo horizonte de teorização, podendo gerar consequências não antecipadas pelo julgador e prejudicar pessoas não envolvidas diretamente no caso concreto, dificultando a criação de consensos e contribuindo para cindir a sociedade<sup>186</sup>. No cenário brasileiro, nas hipóteses em que as decisões possuam efeito *erga omnes*, o impacto da referida amplitude pode se apresentar ainda mais nefasto. Portanto, afigura-se recomendável que juízes e cortes adotem posturas modestas ou humildes frente aos casos considerados complexos.

Ao tratar dos desacordos morais razoáveis existentes nas sociedades contemporâneas pluralistas, Sunstein aponta duas técnicas destinadas a equilibrar a convivência de concepções distintas com a estabilidade social e, por conseguinte, obter-se um consenso moral mínimo<sup>187</sup>: os compromissos dilatórios e os acordos

---

<sup>184</sup> Cf. SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. In: *Revista de Direito do Estado – RDE*, p. 107-142.

<sup>185</sup> SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds – why the founding document doesn't mean what it ment before*. New Jersey: Princeton University Press, 2009. Vide também: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 185.

<sup>186</sup> SUNSTEIN, Cass. Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional. Trad. De Letícia Borges Thomas. In: *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. TEIXEIRA, A.V.; OLIVEIRA, Elton S. de. Barueri: Manole, 2010, p. 294-317.

<sup>187</sup> SUNSTEIN, Cass. Incompletely theorized agreements in constitutional law. University of Chicago, In: *Public Law Working Paper*, n. 147. Disponível em:

incompletamente teorizados. Os compromissos dilatórios resultam de acordos quanto a princípios gerais, remanescendo os desacordos em relação a normas específicas. No caso brasileiro, é possível citar o exemplo do debate entorno da liberdade de expressão (princípio que encontra convergência no nível geral) e o controle ou regulação da mídia (objeto de amplos desacordos na sociedade). Por sua vez, no caso dos acordos teorizados de modo incompleto, busca-se construir convergência para as decisões de casos concretos sem, entretanto, definir um consenso em relação aos princípios mais gerais que fundamentam a decisão.

Em um ambiente social em que se sobressai o pluralismo, os acordos teorizados de modo incompleto indicam a necessidade de decisões que prestigiem a ideia de consideração mútua, imprescindível nas democracias contemporâneas, porquanto possibilitam a convergência de posições político-jurídicas quando isso é necessário e tornam desnecessário o acordo quando ele é impossível. Obtém-se, assim, um consenso sobre a resposta para a questão específica em discussão, sem que se deixe de respeitar os diversos entendimentos sobre o princípio constitucional em debate<sup>188</sup>. Nessas condições, viabiliza-se o cumprimento da função do Poder Judiciário, sem riscos de conflitos ideológicos desnecessários entre julgadores, e no próprio espaço da sociedade.

Sunstein propugna que as decisões minimalistas devem conter duas características: superficialidade (*shallowness*), e estreiteza ou restrição (*narrowness*). As decisões devem ser “estritas em vez de largas” e “rasas em vez de profundas”. Assim, aprofundando-se em grande controvérsias dogmáticas, políticas, empíricas ou filosóficas, as decisões

devem ser estreitas na medida em que a corte deve decidir (como já citado) simplesmente o caso concreto sem antecipar como outros casos semelhantes (ou análogos) seriam solucionados. E devem ser rasas, na medida em que não

---

<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=957369](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957369)>. Acesso em: 22/11/2016. Vide também: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 185-186. Esse último autor destaca que, conquanto Sunstein denomine as duas situações de “acordos incompletamente teorizados”, optou-se, assim como no presente trabalho, por reservar essa denominação apenas para a segunda hipótese, na medida em que a primeira recebeu por Carl Schmitt a denominação de “compromissos dilatórios” ou cláusulas dilatórias, que acabou se difundindo na teoria constitucional. Ver SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 2006, p. 14-25.

<sup>188</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 185-186.

devem tentar justificar a decisão por fundamentos que envolvam princípios constitucionais básicos<sup>189</sup>.

A título de exemplo, com base na perspectiva da estreiteza, não caberia ao Supremo Tribunal Federal, ao examinar questão atinente à demarcação de uma área indígena, definir condicionantes gerais a serem observadas pelo Poder Judiciário em casos futuros<sup>190</sup>. Assim, as decisões judiciais podem se basear em “acordos incompletamente teorizados”, como exemplificam de forma precisa Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

Suponha-se uma ação judicial em que se busque a reforma de uma unidade prisional, sob o argumento de que as suas condições ofendem a dignidade da pessoa humana. Não há porque, num caso como este adentrar no interminável debate teórico sobre se o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser objeto de uma leitura mais liberal, focada na autonomia, ou mais próxima do jusnaturalismo cristão ou do comunitarismo, que justificam mais facilmente as restrições heterônomas à liberdade, com base em algum modelo de “vida boa”. Se há amplo consenso no sentido de que prisões em condições degradantes afrontam a dignidade humana, esta seria uma discussão ociosa, que, além de consumir tempo e recursos escassos, poderia produzir conflitos desnecessários. O minimalismo, portanto, favorece posturas modestas e pragmáticas dos juízes, voltadas para a resolução do problema concreto que lhes é apresentado<sup>191</sup>.

A corrente minimalista sustenta que, agindo dessa forma, os juízes poupariam tempo e energia nos julgamentos, evitando disputas irrelevantes nos órgãos colegiados. Outrossim, tal perspectiva reduziria o risco de reações sociais contra os provimentos jurisdicionais<sup>192</sup>, o denominado efeito *backlash*<sup>193</sup>. Sobre a reação pública às decisões judiciais, Cass Sunstein entende que a existência de contrariedade sólida da opinião

<sup>189</sup> OLIVEIRA, Daniel de Almeida. *Stephen Griffin e a teoria constitucional Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 32. SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 2001, p. 10-11.

<sup>190</sup> Petição nº 3.388, Rel. Min. Carlos Britto, DJ, 1º/7/2010. Ao examinar os embargos de declaração opostos à decisão final, afirmou-se que as condicionantes apenas seriam vinculantes para o caso específico analisado, entretanto, por integrarem um precedente da Corte Suprema, elas deveriam pautar a atuação do Poder Judiciários em casos futuros. Exemplo extraído da obra: SOUZA NETO, Cláudio pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014, p. 225.

<sup>191</sup> A expansão da revisão judicial decorrente do constitucionalismo democrático gera a possibilidade de reações sociais e institucionais contra as decisões da Corte Constitucional. Temas complexos podem eventualmente ocasionar reação de grupos sociais, levando alguns a atribuir a essa circunstância uma ameaça à democracia, o que, portanto, deveria ser evitado pela Jurisdição Constitucional. O entendimento defendido neste trabalho compartilha a ideia de que o *backlash* relativo às decisões em matéria constitucional constitui parte do diálogo constitucional que deve preponderar nas sociedades democráticas, traduzindo um dissenso que lhes é constitutivo.

<sup>192</sup> SOUZA NETO, Cláudio pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014, p. 225.

<sup>193</sup> SOUZA NETO, Cláudio pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014, p. 226.

pública à decisão judicial pode gerar efeitos negativos, como riscos de descumprimento do provimento jurisdicional, estimulação da polarização do debate político e produção de efeitos concretos contrários aos esperados<sup>194</sup>. Por outro vértice, apesar de a Suprema Corte possuir um estoque de decisões contramajoritárias que lhe franqueia avançar na proteção dos direitos das minorias, não se pode negar que o alinhamento de sua jurisprudência com a opinião pública constitui ferramenta eficiente para assegurar a implementação de suas decisões em face dos demais ramos de governo, na medida em que eventual descumprimento nesse caso pode gerar alto custo político<sup>195</sup>.

Uma boa teoria norteadora da interpretação dos direitos pelos juízes deve atentar para as capacidades institucionais dos atores<sup>196</sup>. Nesse sentido, as teorias tradicionais do Direito, que defendem a postura judicial, por vezes deixam de considerar os déficits dos juízes e cortes, que, por mais preparados intelectualmente e bem intencionados, compõem-se de seres humanos comuns, com as limitações intelectuais inerentes a toda e qualquer pessoa, carecendo-lhes tempo e informações necessárias para a análise, em especial, de questões complexas<sup>197</sup>. Acrescente-se, ainda, que além de não possuírem, muitas vezes, conhecimento técnico para prever a integralidade das consequências de suas decisões, precipuamente nos planos político, científico e econômico, nem sempre juízes estão munidos da *expertise* necessária em teoria ética, moral ou política<sup>198</sup>. Se os magistrados estiverem, ao contrário, conscientes dessas circunstâncias, proferirão provimentos de acordo com razões rasas – ou seja, com fundamento em entendimentos modestos e amplamente compartilhados, em relação a

---

<sup>194</sup> SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds – why the founding document doesn't mean what it ment before*. New Jersey: Princeton University Press, 2009, p. 140-165.

<sup>195</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Diálogos constitucionais nos Estados Unidos e no Brasil. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/4/2015\\_04\\_1443\\_1490.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/4/2015_04_1443_1490.pdf)>. Acesso em: 14.12.2016.

<sup>196</sup> SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 88*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 317-318.

<sup>197</sup> SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. In: *Michigan Law Review*. Vol. 101, n. 4, 2003, p. 885-951.

<sup>198</sup> Vide ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, DJE 28/05/2010. No julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra o disposto no art. 5º da Lei 11105/2005 (Lei de Biossegurança), que permitia a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapêuticos, em franca postura minimalista, a Ministra Ellen Gracie, sem tecer considerações profundas sobre a definição de vida e sua origem, e afirmando que a Corte não foi provocada para decidir a respeito da correção ou superioridade de uma corrente científica ou tecnológica, mas tão somente para contrastar o art. 5º da citada norma com os ditames constitucionais, afirmou em seu voto que “não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceito que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma academia de ciência”. Por outro lado, no mesmo julgamento, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito proferiu voto em que para invalidar autorização concedida pelo legislador, utilizou-se de posição altamente controversa sobre questão de natureza eminentemente científica.

questões de princípios – e estreitas – isto é, com o objetivo de decidir especificamente o caso concreto, em vez de construir teorias que alcancem outras situações<sup>199</sup>.

Por fim, importante salientar que para Sunstein, o minimalismo não constitui um método de interpretação para toda e qualquer situação. Alguns contextos fáticos podem impor, excepcionalmente, uma postura maximalista, como nos casos em que haja necessidade de segurança jurídica, de forma a indicar que os juízes, em se encontrando confiantes no acerto da decisão, manifestem-se de forma mais ampla, não deixando em aberto a questão<sup>200</sup>. De qualquer maneira, entretanto, o foco da concepção minimalista não se situa na definição do ente legitimado a manifestar a última palavra, mas sim na construção de um processo dialógico complexo, implementado por formas deliberativas a partir das diversas contribuições advindas de órgãos técnicos, da sociedade civil, e dos representantes eleitos democraticamente<sup>201</sup>.

## 2.2 CRÍTICAS DEMOCRÁTICAS À SUPREMACIA JUDICIAL

### 2.2.1 O constitucionalismo popular como crítica à supremacia judicial

*The Constitution of the United States was a layman's document, not a lawyer's contract. That cannot be stressed too often. Madison, most responsible for it, was not a lawyer; nor was Washington or Franklin, whose sense of the give-and-take of life had kept the Convention together.*

**Franklin D. Roosevelt**

Nos Estados Unidos, a jurisdição constitucional e o ativismo judicial sofrem forte questionamento, por excluírem a participação do povo na definição da Constituição e na resolução das controvérsias constitucionais. Nesse sentido, o

<sup>199</sup> SUNSTEIN, Cass. *Radicals in hobes: why extreme right-wing courts are wrong for America*: New York: Basic Books, 2005. Vide também: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 186.

<sup>200</sup> SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 262-263.

<sup>201</sup> VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de; CARVALHO, Flávia Martins de. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24.09.2016.

constitucionalismo popular surge com o propósito de afastar a interpretação e aplicação da Constituição pelo Judiciário, em favor de sua “restituição” ao povo, por intermédio de sua atuação nas ruas, pelo voto popular, ou pelo trabalho de seus representantes no Parlamento<sup>202</sup>. O fundamento para tanto reside na história do constitucionalismo norte-americano, pela qual pode se extrair que a “Constituição popular” precedeu à “Constituição legal”<sup>203</sup>.

Na sua origem, o povo norte-americano – entendido como um corpo coletivo capaz de ação independente – contava com diversos instrumentos jurídicos, como o voto, direito de petição e direito de reunião, advindos da experiência revolucionária inglesa, e que lhes tornavam aptos a exigir o cumprimento da Constituição pelos governantes. Durante os séculos XVIII e XIX, apontar a inconstitucionalidade das leis e exigir a sua retificação constituíam práticas populares com amplo reflexo, que podiam gerar inclusive protestos e impedimentos quanto ao cumprimento da norma eivada pelo respectivo vício<sup>204</sup>. Nesse contexto, os cidadãos, em conjunto com agentes públicos, e conscientes da distinção entre Direito e política, promoviam debates adequados a cada plano específico, atribuindo ao final a definição da Constituição à vontade do povo. Portanto, a ideia de que a Constituição, além de limitar o governo, pode ser exigida pelo povo, embora hoje possa parecer de difícil assimilação, constituiu prática comum na Inglaterra e nos Estados Unidos daquele período<sup>205</sup>.

Relevante destacar que a revisão judicial das leis nos Estados Unidos remonta a período anterior ao exame do caso *Marbury v. Madison* e, apesar disso, não se sustentou a supremacia da jurisdição constitucional quanto à definição do conteúdo das normas constitucionais. De maneira oposta, Larry Kramer aponta que nesse período a interpretação e aplicação da Constituição eram efetivadas pelos departamentos do Estado e também pelo povo, que possuía papel relevante nessa tarefa. Nesse contexto, com a finalidade de comprovar o sofisma da última palavra do Poder Judiciário na interpretação da Constituição, Larry Kramer edifica uma crítica histórica ao

---

<sup>202</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

<sup>203</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 192.

<sup>204</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Defesa: Curitiba, 2015, p. 55.

<sup>205</sup> KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 33. Vide também: KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Trad. Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 51.

desenvolvimento do controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos e à exclusão do povo no processo de interpretação da Constituição.

Após realizar a releitura dos debates constitucionais ocorridos nos Estados Unidos, Larry Kramer conclui que a revisão judicial surge como um ato de resistência. Durante a Convenção de Filadélfia, a maior parte dos delegados não cogitou a possibilidade do controle jurisdicional de constitucionalidade, e o pensamento corrente era o de que a Constituição seria implementada por intermédio dos meios políticos tradicionais<sup>206</sup>. Tanto é assim, que não se pensaram em mecanismos capazes de equilibrar a independência da Suprema Corte com *judicial accountability*, como ocorreu no continente europeu, onde se previram algumas cautelas, como o estabelecimento de mandatos para os integrantes das Cortes, processos não tão rígidos de reforma constitucional, entre outras, com o intuito de conciliar as decisões e posicionamentos dos Tribunais com a opinião pública, gerando assim responsividade judicial<sup>207</sup>. Apenas poucos participantes da Convenção enxergaram alguma finalidade para a revisão judicial, mas não com os contornos atualmente alcançados. Para estes últimos, a revisão judicial foi pensada como algo excepcional, a ser utilizada como substituto à resistência popular, desde que a inconstitucionalidade da norma impugnada fosse incontestável<sup>208</sup>.

No livro *The People Themselves*, ao realizar a análise da trajetória histórica da revisão judicial, partindo do século XVIII e chegando até os dias atuais, Larry Kramer<sup>209</sup> conclui que inexistente fundamento para a supremacia judicial e, por conseguinte, para a exclusão do povo no processo de interpretação da Constituição, caso se considere, ao menos, o propósito originário dos pais fundadores, mas também o dos

---

<sup>206</sup> KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 78. Vide também: VICTOR, Sergio Antonio Ferreira. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: São Paulo, 2013, p. 121.

<sup>207</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 193.

<sup>208</sup> KRAMER, Larry D.. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 92. VICTOR, Sergio Antonio Ferreira. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: São Paulo, 2013, p. 121.

<sup>209</sup> Uma reflexão importante sobre o tema foi empreendida de forma precisa por Miguel Gualano de Godoy, a partir da releitura histórica promovida por Larry Kramer sobre a construção do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos. Vide: GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Defesa: Curitiba, 2015, p. 50 e seguintes.

delegados da Convenção de Filadélfia e, por fim, os demais acontecimentos políticos ocorridos até a década de 1950<sup>210</sup> nos Estados Unidos<sup>211</sup>.

Larry Kramer inicia sua argumentação a partir de três casos analisados anteriormente a *Marbury v. Madison*, que evidenciam a importância e alcance da participação popular na interpretação da Constituição. Em todas as situações resta demonstrado o respeito que se tinha pela participação do povo na implementação da Constituição. Até o fim do século XVIII, não obstante inexistisse uma disciplina estruturada acerca do controle jurisdicional de constitucionalidade, como visto, já havia uma ideia a respeito de sua existência. Nessa época, quando se buscava a declaração de nulidade de alguma lei em razão de se contrapor ao texto constitucional, isso era feito como um verdadeiro ato “político legal” em favor do povo, e não como uma atribuição específica e exclusiva dos Juízes e das Cortes<sup>212</sup>.

É com base nessa perspectiva que deve ser lida a decisão proferida por John Marshall, em 1803, no caso *Marbury v. Madison*, na qual se define que “é um dever necessário do Poder Judiciário dizer o que é o Direito”<sup>213</sup>. A leitura que se impõe ao referido julgamento e a suas consequências, considerado todo o contexto histórico já delineado, é a de que o Judiciário seria mais um intérprete do significado da Constituição, mas não o único. Tanto aos Juízes e Cortes, como aos demais agentes públicos e cidadãos, se incumbiria a interpretação e o cumprimento dos ditames constitucionais<sup>214</sup>. Todavia, em parte alguma da referida decisão se defende a supremacia judicial.

Após o referido julgamento, durante o século XIX, com o desenvolvimento da sociedade norte-americana e os reflexos da evolução econômica, aceleradas pela revolução industrial, e a influência desse cenário sobre o Direito, já compreendido como ciência, com estrutura e linguagem próprias, a capacidade de interpretação das questões jurídicas passou a se tornar mais restrita, diante da complexidade de seu novo conteúdo.

<sup>210</sup> Registre-se que a ideia de Supremacia Judicial foi estabelecida em 1958 no julgamento de *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

<sup>211</sup> KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

<sup>212</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Defesa: Curitiba, 2015, p. 58-59.

<sup>213</sup> *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803). “It is emphatically the duty of the Judicial Department to say what the law is”.

<sup>214</sup> KRAMER, Larry D.. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 125-126. Vide também: KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Trad. Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 162-164.



Paralelamente a isso, a mediação entre o povo e o governo passou a se concretizar por intermédio dos partidos políticos, recentemente criados, circunstância que influenciou significativamente a estrutura e funcionamento da sociedade<sup>215</sup>. Assim, a política popular passou a ser absorvida pela política partidária, que só se interessava em ganhar cargos, em contraposição àquela primeira, que cada vez mais foi perdendo sua relevância como supervisora das instituições políticas. A “voz do povo” passa a se expressar pela manifestação dos representantes eleitos. A política então passa a se modelar de acordo com seu aspecto moderno, em que dificilmente se consegue falar de “povo” como uma entidade corporativa, capaz de agir de forma independente<sup>216</sup>. O afastamento do povo do centro de tomada das principais decisões políticas e sociais, e todas essas outras transformações, acabaram por influenciar na aceitação da ideia de que às cortes e aos juízes cabia dar a última palavra sobre o significado da Constituição<sup>217</sup>.

A história norte-americana foi marcada nos períodos subseqüentes por ciclos em que ora prevalecia a supremacia judicial, ora reforçava-se o constitucionalismo popular, o que, mais uma vez, evidencia que jamais os pilares da participação do povo na interpretação da Constituição foram afastados da sua tradição jurídico-constitucional<sup>218</sup>, como pode se observar pela forte reação ao julgamento de *Dred Scott v. Sandford*<sup>219</sup>, especialmente direcionada à Suprema Corte, que inclusive foi chancelada por críticas do Presidente Abraham Lincoln, em seu discurso de posse em 4 de março de 1861<sup>220</sup>. Analogamente, durante o governo do Presidente Franklin D. Roosevelt, o que se observou foi uma série de medidas que visavam implementar um mecanismo de democracia direta, como eleições primárias e referendos, com a perda de espaço por chefes de partidos e a recolocação do povo na definição de diretrizes da política, bem como a retomada do papel popular na interpretação constitucional. O

---

<sup>215</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Defesa: Curitiba, 2015, p. 61.

<sup>216</sup> KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 168-169. KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Trad. Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 212-213.

<sup>217</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Defesa: Curitiba, 2015, p. 61.

<sup>218</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Defesa: Curitiba, 2015, p. 62-63.

<sup>219</sup> *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. 393 (1856).

<sup>220</sup> KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 212. Vide também: KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Trad. Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011, p.262-263.

Presidente Roosevelt, invocando o constitucionalismo popular e a interpretação do povo<sup>221</sup>, questionou o controle judicial de constitucionalidade e os poderes da Suprema Corte, tomando medidas drásticas, como a ameaça de restrição da competência da Corte e aumento do número de seus membros (*court packing plan*).

Esse cenário do constitucionalismo norte-americano, que até então contava com diversos momentos de manifestação do povo para definir o significado da Constituição, foi alterado no ano de 1958, quando do julgamento do caso *Cooper v. Aaron*<sup>222</sup>, em que a Suprema Corte acabou por afirmar que desde *Marbury v. Madison* restara consolidada a sua soberania na interpretação constitucional, com a concordância de todos os demais Poderes e cidadãos norte-americanos. As manifestações em relação à supremacia judicial persistiram em julgamentos proferidos algumas décadas depois, como se nota em *City of Boerne v. Flores*<sup>223</sup>, em 1997, e *United States v. Morrison*<sup>224</sup>, em 2000, ambos julgados durante a presidência do Juiz William Rehnquist, amplo defensor da corrente da supremacia judicial<sup>225</sup>.

Em verdade, o argumento criado pela Suprema Corte não encontra amparo na sua história constitucional, na medida em que, como foi delineado anteriormente, além de não ter sido defendida a supremacia judicial em *Marbury v. Madison*, durante toda a história norte-americana, embora tenha se alternado a participação popular na interpretação constitucional, esta jamais deixou de existir.

Assim, pode-se concluir que até a segunda metade do século XX, a última palavra sobre a interpretação da Constituição coube ao povo, e não à Suprema Corte, o que pode ser comprovado pelas fortes reações populares às decisões judiciais e à consequente alteração, em alguns casos, do posicionamento impugnado, como no caso das decisões revertidas na era *Lochner*, em razão das ameaças do Presidente Franklin D. Roosevelt de empacotamento da Corte. Nesse sentido, a Constituição, antes que uma norma, sempre foi interpretada como um documento político acessível ao povo.

Após o julgamento de *Cooper v. Aaron*, a defesa do monopólio das Cortes na interpretação da Constituição acabou prevalecendo, inclusive com ampla aceitação

---

<sup>221</sup> KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 216-217. Vide também: KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Trad. Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011, p.269.

<sup>222</sup> *Cooper v. Aaron* 358 U.S. 1 (1958).

<sup>223</sup> *City of Boerne v. Flores* 521 U.S. 507 (1997).

<sup>224</sup> *United States v. Morrison* 529 U.S. 598 (2000).

<sup>225</sup> KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 216-217. Vide também: KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*. Trad. Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011, p.269.

popular, e pelos demais Poderes estatais. Conquanto 60% dos norte-americanos considerem que a Suprema Corte deve ter a última palavra em questões constitucionais<sup>226</sup>, como visto, isso nem sempre foi assim. Esse tipo de posição tem dificultado a consolidação do ideário do constitucionalismo popular, na medida em que majoritariamente se aceita a expansão do poder da Suprema Corte, com plena deferência às decisões judiciais, a não ser em situações extremas em que pontualmente se observa um maior distanciamento da opinião pública, o que gera pronta e enérgica reação.

Nas últimas décadas, o apoio popular à supremacia judicial nos Estados Unidos tem decorrido em muito das diversas medidas políticas adotadas por governos conservadores que restringiram avanços sociais, em contrapartida à afirmação de direitos pela Suprema Corte. Isso de certa forma atrai a simpatia até mesmo do Partido Democrata, reconhecido pela defesa de causas progressistas, que tem enxergado no Poder Judiciário um importante aliado para a consecução de seus programas de governo. Para se contrapor a esse posicionamento, vozes conservadoras, representadas na maioria das vezes por integrantes do Partido Republicano, buscam questionar a legitimidade da Suprema Corte, em razão de seu déficit antidemocrático<sup>227</sup>.

Em períodos anteriores, entretanto, a equação era inversa, ou seja, com a prevalência de corrente mais conservadora na Suprema Corte, vozes progressistas tenderam a se contrapor à revisão judicial, sob o argumento de que as questões políticas fundamentais devem ficar a cargo dos órgãos eleitos pelo voto popular<sup>228</sup>. Com isso, observa-se que, embora se tenha consolidado a ideia de supremacia judicial pelas diversas correntes de pensamento político, ainda que com divergência em relação a seus limites, as críticas à sua configuração ainda persistem, e são manejadas em períodos históricos distintos, alternadamente, por aqueles que se sentem prejudicados por seus reflexos.

Após analisar a evolução histórica da revisão judicial nos Estados Unidos e concluir pela incoerência da ideia da última palavra do Poder Judiciário, Larry Kramer, sem abandonar a premissa popular como diretriz principal na interpretação

---

<sup>226</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 192.

<sup>227</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Defesa: Curitiba, 2015, p. 69.

<sup>228</sup> SOUZA NETO, Cláudio pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014, p. 227.

constitucional, passa a delinear uma forma mitigada de seu exercício, ou seja, um controle de constitucionalidade desacompanhado da ideia de supremacia judicial. Em sua obra posterior, *Judicial review without judicial supremacy*, o autor posiciona-se no sentido de que a palavra final se encontra na mão do povo, na opinião pública e que, caso isso não seja observado, há mecanismos de reação política contra decisões judiciais, como o *impeachment* dos integrantes da Corte ou o aumento do número de seus integrantes, diminuição de suas competências, e até mesmo o desatendimento puro e simples dos provimentos judiciais, que desempenham verdadeiro papel de controle sobre a instância judicial. Ao contrário do que se possa pensar, tais instrumentos de interação não fomentam o conflito interinstitucional, ao contrário, desestimulam-nos, gerando responsividade judicial, na medida em que, embora de rara utilização, a sua mera possibilidade pode gerar a contenção das Cortes no exercício de seus poderes, por intermédio da possível antecipação de eventuais reações políticas, e a adoção de medidas mais sensíveis às opiniões dos representantes dos demais departamentos do Estado e de seus mandatários legítimos, o povo<sup>229</sup>.

Na mesma linha de pensamento de Larry Kramer encontram-se as ideias defendidas por Mark Tushnet<sup>230</sup>. A posição adotada por Tushnet pode ser caracterizada como populista, no sentido de buscar a distribuição da responsabilidade pelo Direito constitucional de forma ampla, não atribuindo qualquer peso normativo à interpretação da Constituição realizada pelas cortes<sup>231</sup>. Propugna, assim, a retirada da “constituição dos tribunais”, sob o argumento de que as cortes não teriam legitimidade para se manifestar de forma definitiva sobre o conteúdo do texto constitucional. Tushnet se comporta como um crítico da Suprema Corte norte-americana, quanto ao alegado monopólio na interpretação da Constituição, pois referida postura minimiza a relevância das diversas opiniões defendidas fora dos tribunais. Defende, portanto, a ampliação das opiniões relativas às questões constitucionais.

Tushnet ainda estabelece uma distinção entre o que denomina de “constituição grossa” (*thick constitution*) e “constituição fina” (*thin constitution*)<sup>232</sup>. A primeira seria formada pelo detalhamento da organização do governo, encontrando-se disposta nas

---

<sup>229</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 193.

<sup>230</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

<sup>231</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 23.

<sup>232</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 9-12.

normas específicas da Constituição, suas emendas e nos precedentes construídos sob a disciplina do *common law*. Apesar de importantes, tais disposições não geram controvérsias populares, de forma que se tornam indiferentes ao público, restando interpretadas e modificadas pelos poderes constituídos. Por sua vez, a segunda é formada pelo conjunto de garantias fundamentais de igualdade, liberdade de expressão e liberdade, que foram contempladas na Declaração de Independência dos Estados Unidos, e posteriormente passaram a constituir o preâmbulo da Constituição norte-americana, representando os compromissos mais fundamentais do povo. Diante de sua elevada relevância, a adaptação de tais compromissos às circunstâncias contemporâneas remanesce reservada exclusivamente ao povo, por intermédio do debate democrático, constituindo o objeto de reivindicação do constitucionalismo popular<sup>233</sup>.

Conquanto originariamente referido autor tenha se posicionado pela extinção da revisão judicial no sistema constitucional norte-americano<sup>234</sup>, mediante a apresentação de emenda constitucional, por ser desnecessária e inconveniente em razão da aderência do povo americano à chamada “constituição fina”, em um segundo momento, revendo tal perspectiva, passou a defender a sua possibilidade, todavia, de uma forma branda (*weak form of judicial review*), mas jamais com preponderância sobre a interpretação constitucional realizada pelos demais departamentos do Estado<sup>235</sup>. O foco de sua crítica se transfere da revisão judicial para a supremacia judicial.

Tal forma de controle caracteriza-se pela possibilidade de reversão das decisões judiciais pelo Poder Legislativo, circunstância que viabilizaria o estabelecimento de um diálogo interinstitucional, como adiante se verá. Nesse arranjo, a supremacia judicial não encontra amparo, na medida em que pode prejudicar o papel do Parlamento no desempenho de suas funções, inclusive estimulando o que se denomina de descumprimento antecipado da Constituição pelo Legislativo, fenômeno por intermédio do qual referido departamento estatal aprovaria, de forma consciente, leis populares, entretanto, eivadas de vício de inconstitucionalidade, transferindo o ônus de invalidá-las, com todos os seus consectários, ao Poder Judiciário.

Assim, se a Constituição, além de organizar a estrutura de poder do Estado, representa o compromisso fundamental de uma comunidade de pessoas que se

---

<sup>233</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 12/31.

<sup>234</sup> TUSHNET, Mark. *Non-judicial review*. In: *Harvard Journal of Legislation*. vol. 40, p. 453-492, 2003.

<sup>235</sup> TUSHNET, Mark. *Alternatives forms of judicial review*. In: *Michigan Law Review*, v. 101, n. 9, p. 2.781-2801, 2003. TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights – judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

reconhecem reciprocamente como livres e iguais, logo o conteúdo das normas constitucionais também apenas adquire sentido por intermédio da política democrática, que assegura a efetiva participação do povo em sua interpretação. Diante disso, conclui Miguel Gualano de Godoy que “retomar a afirmação de que não há constitucionalismo sem democracia e nem democracia sem constitucionalismo deve, hoje, implicar, necessariamente, também outra afirmação: não pode haver Constituição sem povo”<sup>236</sup>).

### 2.2.2 Supremacia parlamentar em Jeremy Waldron

*There are many of us, and we disagree about justice.*

*Jeremy Waldron*<sup>237</sup>

Jeremy Waldron defende que um sistema constitucional não é intrinsecamente vinculado à prática da jurisdição constitucional, ou seja, a revisão judicial não se apresentaria como algo dado, indispensável ao funcionamento da democracia constitucional<sup>238</sup>. Em sociedades democráticas em que exista séria controvérsia sobre o conteúdo dos direitos individuais, as questões morais controversas não devem ser decididas por juízes não eleitos, mas sim pelo povo, mediante a atuação de seus representantes. A delegação a juízes das decisões sobre os desacordos morais existentes em uma sociedade ignora um dos atributos mais relevantes da democracia, qual seja a possibilidade de todos os cidadãos poderem participar da solução das questões moralmente controversas em condição isonômica. As ideias inovadoras de Waldron trazem de volta o Poder Legislativo ao centro da teoria constitucional.

Em um dos pontos fundamentais de sua teoria, Waldron se manifesta de forma contrária à separação entre argumentos de direito (*principles*) e argumentos de política (*policies*) realizada por Dworkin<sup>239</sup>. Referida separação não seria adequada, na medida em que restringe os desacordos apenas às questões de política (*policies*), que se submeteriam à deliberação das majorias, excluindo-se as questões de direito (*principles*), como se nestas últimas sempre houvesse uma resposta correta a ser definida

<sup>236</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Defesa: Curitiba, 2015, p. 28.

<sup>237</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 1.

<sup>238</sup> WHITTINGTON, Keith E. An “indispensable feature”? Constitutionalism and judicial review. In: *NYU Journal of legislation and public policy*, 2002-2003.

<sup>239</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Malheiros Fontes, 2002.

pelo Poder Judiciário. Os desacordos morais razoáveis não se restringem apenas às definições de políticas públicas, alcançando também as respostas atinentes ao conteúdo dos direitos que se situem no núcleo das sociedades modernas, e que a democracia estabelece que sejam concedidos a todos os cidadãos.

Waldron propõe que os desacordos a respeito do conteúdo dos direitos devem ser mediados de forma que os argumentos em contraste tenham igual acesso ao processo político, respeitando-se dessa forma as noções de igualdade e de autonomia moral de cada indivíduo, tão caras à democracia. Devem homens e mulheres poder participar da definição concreta do conteúdo de seus direitos, e não serem tratados como meros destinatários das normas que lhes protegem constitucionalmente. A visão divergente sobre os direitos deve ser levada em consideração no momento de sua definição, inexistindo espaço para a imposição de uma concepção única de seu conteúdo<sup>240</sup>.

O processo de tomada de uma decisão comum pode ser complexo e indireto e, além disso, envolver estruturas complexas de eleição e representação. Entretanto, deve seguir uma diretriz em busca de um mesmo ideal: a participação das pessoas – por intermédio de algum mecanismo – em termos basicamente iguais. Daí se conclui que não pode haver democracia a não ser que o direito de participar seja mantido, bem como que as complexas regras do processo político representativo sejam regidas pelo Direito. Caso algumas pessoas restem excluídas desse processo, ou o processo seja desigual ou inadequado, Direito e democracia estarão comprometidos<sup>241</sup>.

A partir disso, conclui Jeremy Waldron que não se podem confundir as teorias da justiça, que visam buscar uma resposta sobre o conteúdo moral dos direitos, com teorias de autoridade, relacionadas aos processos decisórios, que têm a finalidade de definir o critério de eleição da teoria da justiça que prevalecerá em determinada sociedade<sup>242</sup>. Como não se pode atribuir uma única definição correta sobre o conteúdo moral dos direitos, o caminho seria buscar o melhor procedimento que viabilize o alcance de respostas mais justas para uma dada sociedade<sup>243</sup>. Nesse sentido, o direito à participação viabiliza que todos os membros da sociedade possam satisfazer sua condição de indivíduos autônomos, por intermédio de votação pública.

---

<sup>240</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 250-251. Vide também: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 187.

<sup>241</sup> WALDRON, Jeremy. Judicial review and the conditions of democracy. In: *The Journal of Political Philosophy*, v. 6, n. 4, p. 335-355, 1998, p. 342.

<sup>242</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 212.

<sup>243</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 188.

Nesse contexto, segundo Waldron, a opção da revisão judicial careceria de legitimidade democrática, revelando-se incompatível com o ideal de autodeterminação coletiva do povo. Não se pode atribuir ao Poder Judiciário o poder de invalidar leis por contrariarem princípios morais abstratos, na medida em que a própria interpretação judicial está sujeita também a desacordos, como pode se observar no debate em torno do princípio da igualdade e as políticas de ação afirmativa, ou até mesmo na discussão acerca do aborto.

Nos últimos tempos, ao mesmo tempo em que se idealizou a figura do juiz – representado pela figura mítica de Hércules, como pensado por Dworkin – deixou-se de lado o Parlamento. Busca o filósofo neozelandês, através de sua teoria, resgatar a dignidade do Poder Legislativo, de forma a reequilibrar as forças entre as Cortes e o Parlamento, esforço que muitas vezes recebe críticas centradas em questões contingentes. Defende, assim, que seja dispensado um tratamento igualitário entre Corte e Parlamento. Para assegurar a dignidade a que o Legislativo faz jus, aponta:

Quero que vejamos o processo de legislação – na sua melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles. Esse é o tipo de compreensão da legislação que eu gostaria de cultivar. E penso que, se capturássemos isso como a nossa imagem da legislação, haveria, por sua vez, uma saudável diferença no nosso conceito geral do direito<sup>244</sup>.

Tanto no campo representativo como na jurisdição constitucional podem ocorrer erros na reposta sobre o conteúdo dos direitos contemplados na Constituição, inexistindo qualquer garantia de que uma instituição ou outra promova mais acertos do que erros. Levando em consideração tal conjuntura, a melhor escolha da reposta para os desacordos morais existentes na sociedade não passa pela sua delegação a agentes não eleitos e sem responsividade popular. A resposta mais adequada, consoante o pensamento de Waldron, encontra-se na deliberação travada no Parlamento, porquanto se trata de mecanismo que viabiliza igual oportunidade de influência aos envolvidos com a decisão. Nesse sentido, conclui:

---

<sup>244</sup> WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 3.



A discordância sobre direitos não é irracional e as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda levá-los a sério. Nessas circunstâncias, elas precisam, para resolver suas discordâncias, adotar procedimentos que respeitem as vozes e as opiniões das pessoas – milhões delas – cujos direitos estão em jogo nessas discordâncias e tratá-las como iguais nesse processo. Ao mesmo tempo, elas devem assegurar que esses procedimentos enfrentem, de maneira responsável e deliberativa, as questões difíceis e complexas que as discordâncias sobre direitos levantam. Os procedimentos legislativos ordinários podem fazer isso (...) e uma camada adicional de revisão final pelos tribunais acrescenta pouco ao processo, a não ser uma forma bastante insultuosa de cerceamento e uma ofuscação legalista das questões morais em jogo na nossa discordância sobre direitos.<sup>245</sup>

Em obra posterior sobre o tema, conquanto persista a sustentar o viés antidemocrático da revisão judicial, Waldron passa a focar sua crítica contra os modelos fortes de controle de constitucionalidade, em que a última palavra sobre a interpretação da Constituição acaba sendo atribuída às Cortes<sup>246</sup>. Afirma que, por vezes, a concordância à revisão judicial encontra-se atrelada ao apoio dado a certas decisões. A partir disso, busca definir o núcleo de argumento contrário ao controle judicial de constitucionalidade, abstraindo se as decisões foram boas ou más. A sua objeção à revisão judicial passa a depender da existência de algumas condições, que, uma vez presentes, autorizariam o seu exercício. Por outro lado, o controle de constitucionalidade não se justificaria em sociedades em que se encontrem consolidados os seguintes elementos institucionais e políticos: (a) instituições democráticas em bom funcionamento, incluindo uma legislatura representativa eleita com base em sufrágio universal; (b) instituições judiciais não representativas em bom funcionamento e que resguardem o Estado de Direito; (c) um compromisso genuíno da maioria da sociedade com a ideia de direitos individuais e das minorias; (d) desacordo de boa-fé entre os membros da sociedade sobre a aplicação concreta dos direitos das minorias<sup>247</sup>.

Presentes todas essas circunstâncias, os desacordos quanto ao sentido dos direitos deverão ser definidos junto ao Parlamento, carecendo de legitimidade política a atuação das Cortes, nesse caso. Por outro lado, em não se encontrando configurados quaisquer uns desses componentes, resta caracterizado um quadro de desequilíbrio, que ainda assim não autorizaria o exercício da revisão judicial de forma automática,

---

<sup>245</sup> WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17-64.

<sup>246</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. In: *The Yale Law Journal*, 115, 6, p. 1.353-1.357, april 2006.

<sup>247</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. In: *The Yale Law Journal*, 115, 6, p. 1.360, apr. 2006.

carecendo antes do cumprimento do ônus de regular justificação no contexto concreto. O exercício do controle judicial de constitucionalidade somente encontraria amparo, por exemplo, em situações de Parlamentos disfuncionais, culturas políticas corruptas, legados de racismo, entre outras, caracterizando-se dessa forma como uma solução não ideal, cabível apenas para situações extraordinárias<sup>248</sup>. De qualquer forma, o controle judicial de constitucionalidade não pode ser considerado um elemento comum da democracia.

---

<sup>248</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 189.

### 3. DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO DE UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA

#### 3.1 DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS, SEPARAÇÃO DE PODERES E CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

No primeiro capítulo deste trabalho analisou-se como se formaram as bases da jurisdição constitucional, a partir do julgamento, pelo *Justice* John Marshall, do caso *Marbury v. Madison*, ocasião em que se definiu a noção de Constituição como norma superior de um determinado ordenamento jurídico, cuja proteção incumbe ao Poder Judiciário. A partir desse julgamento, passando-se por diversas etapas, chegou-se à ideia de supremacia judicial, isto é, à ideia de que a Suprema Corte deve ter a última palavra sobre a interpretação da Constituição.

No capítulo anterior restaram analisados diversos questionamentos a essa ideia de supremacia judicial. Após o exame das críticas institucionais à referida concepção, passou-se à análise das críticas de natureza democrática. Larry Kramer, um dos idealizadores do constitucionalismo popular, defende uma ampliação do sentido da interpretação da Constituição, para incluir o povo como protagonista desse processo<sup>249</sup>. Mark Tushnet, por sua vez, após defender a abolição da revisão judicial<sup>250</sup>, passou a aceitá-la, entretanto, sob um viés fraco, que viabilizaria a implementação de algumas práticas dialógicas<sup>251</sup>. Ainda no mesmo capítulo, abordou-se a concepção de supremacia parlamentar defendida por Jeremy Waldron, que delineia as dificuldades de se justificar a revisão judicial, enfatizando a prioridade do estudo dos parlamentos e de suas relevantes atribuições, em especial no que diz respeito à atividade de interpretação constitucional. Não obstante o autor admita a possibilidade da revisão judicial em determinadas situações<sup>252</sup>, contrapõe-se à supremacia judicial.

---

<sup>249</sup> KRAMER, Larry. *The People Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.

<sup>250</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 175-176.

<sup>251</sup> TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights – judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

<sup>252</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. In: *The Yale Law Journal*, 115, 6, p. 1.353-1.357, apr. 2006.

Diante de tais questionamentos, e com base na atuação crítica de algumas Cortes Constitucionais, novas propostas de desenvolvimento da revisão judicial surgiram. Desse modo, sem reiterar o mesmo equívoco de algumas das posições críticas à supremacia judicial, de confiar na última palavra, e deixando de se ater com maior profundidade à questão relativa à estrutura institucional dos Poderes, os diálogos institucionais inauguram um novo modelo de interpretação da Constituição, que não alberga a superposição de um Poder em relação aos demais.

Em vez de focalizarem-se as disfunções dos Poderes envolvidos na interpretação da Constituição, parte-se da premissa de que os Poderes públicos devem ser exercidos de forma harmônica e interdependente. No lugar da competição, ou conflito, em relação à última palavra, opta-se por uma postura dialógica e permanente entre as instituições, que atuam, então, como parceiras na busca do melhor sentido da Constituição, utilizando-se cada uma de suas singulares *expertises*. Nessa concepção, inexistente verticalidade ou hierarquia entre as instituições, mas sim uma cadeia de contribuições para as soluções dos dilemas constitucionais<sup>253</sup>.

As teorias dialógicas estabelecem a possibilidade da construção de um modelo de revisão judicial que viabiliza uma postura cooperativa entre instituições políticas e as Cortes, incentivando um debate que envolve de forma ampla a sociedade civil. Nesse caso, a última palavra acerca do sentido da norma constitucional não é de titularidade nem do Poder Judiciário, nem do Legislativo, mas é descoberta por meio de constantes diálogos institucionais, que podem incluir também a participação do povo. Viabiliza-se, desse modo, que o debate sobre questões constitucionais se torne mais amplo, aberto, transparente, autoconsciente e crítico, reforçando o potencial democrático do sistema de forma ampla. Assim, uma das principais qualidades desse tipo de mecanismo de diálogo reside na possibilidade dos diversos Poderes institucionais alcançarem acordos que erradiquem os temores e críticas atinentes à ideia de imposição de soluções que se ligam, em certas circunstâncias, à revisão judicial. Em outros termos, as soluções dialógicas prometem acabar com as tradicionais objeções ao controle jurisdicional de constitucionalidade, edificadas sobre a carência de legitimidade democrática do Poder Judiciário, afastando as críticas à última palavra judicial e contribuindo para que a

---

<sup>253</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

política volte a ocupar um lugar proeminente na tomada de decisões<sup>254</sup>. Nesse sentido, Kent Roach, ao examinar o sistema de diálogo canadense, propugna que é preferível o diálogo franco a um monólogo, seja decorrente da supremacia judicial, seja da supremacia parlamentar<sup>255</sup>.

Não há como trabalhar sob esse novo viés sem relacioná-lo à questão da separação de poderes. Na proposta clássica de Montesquieu para a divisão tríplice de Poderes: o Poder Legislativo cria as leis e corrige ou anula aquelas que foram elaboradas; por sua vez, o Poder Executivo celebra a paz ou declara a guerra, envia ou recebe embaixadores, instaura a segurança, previne invasões; por fim, incumbe ao Poder Judiciário julgar os crimes ou os conflitos entre os particulares. Acrescenta ainda o filósofo iluminista que, num Estado, para que exista liberdade política, faz-se necessário que estes três Poderes não estejam aglutinados nas mãos de um único órgão ou único homem. É imprescindível, portanto, que os Poderes se repartam por entre órgãos distintos, de sorte que possa cada um deles, sem usurpar as funções do outro, impedir que os demais abusem de suas funções. Cada ramo de Governo possui a faculdade de estatuir sobre os assuntos relativos às suas funções, ou seja, tem a capacidade de ordenar por si próprio, ou de retificar o que foi ordenado por outrem; e, além disso, dispõe da faculdade de impedir que os outros Poderes ataquem o equilíbrio constitucional das funções estatais, anulando as suas condutas ilegais<sup>256</sup>.

Diante dessas premissas e com base nos pressupostos da noção de diálogos institucionais, sobretudo o seu vínculo com as capacidades das instituições e dos seus membros, a fórmula clássica da tripartição de poderes pensada por Montesquieu passa a ser analisada sob uma nova perspectiva, que leva em consideração os desenhos institucionais contemporâneos.

De acordo com a concepção tradicional de separação de Poderes, a distinção entre política e Direito, no plano da jurisdição constitucional, pode ser compreendida da seguinte forma: enquanto as regras definidas na Constituição são consideradas isentas à atuação da política, submetendo-se tão somente à interpretação do Poder Judiciário (questões puramente de Direito), por outro lado, os princípios, não regulados de forma específica pelos textos constitucionais do modelo positivista, restariam resguardados

---

<sup>254</sup> GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, nº 2, Diciembre de 2013, p. 1-32.

<sup>255</sup> ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law Inc., 2001, p. 295-296.

<sup>256</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: EDIPRO, 2003.

apenas à política, imunes às interpretações técnico-jurídicas (questão puramente política). Disso resulta que caberia ao Legislativo a criação do Direito, enquanto ao Judiciário incumbiria a atividade técnica de sua aplicação irrestrita. A criação e aplicação do Direito, portanto, não estavam aglutinadas no mesmo departamento do Estado. Daí a denominação desse modelo de orgânico-funcional. Nessa concepção tradicional, não haveria possibilidade de interferências de um ramo de Poder no espaço de atuação do outro, de forma a resguardar a rígida distinção entre campo político e do Direito. Destarte, ao mesmo tempo em que não poderiam os órgãos legislativos imiscuir-se na aplicação concreta do Direito pelo Poder Judiciário, este, por sua vez, seguiria rigidamente os critérios norteadores predeterminados pelo Legislador<sup>257</sup>.

Esse paradigma positivista-liberal da separação de poderes passou a sofrer interferências do fenômeno da judicialização da política<sup>258</sup>. Com efeito, considerando-se que toda a vida política e social subordina-se às previsões da Constituição, e que este documento contempla os Tribunais constitucionais, por consequência, todas as questões políticas e sociais passam de alguma forma pelo Poder Judiciário, repercutindo na prática de como os juízes devem se comportar. Tal circunstância, aliada ao avanço do Judiciário sobre o sentido indeterminado da Constituição, mediante a aplicação de princípios constitucionais abertos e da atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes aos pronunciamentos judiciais, acarreta muitas vezes uma postura ativista pelo Judiciário na própria criação de normas jurídicas<sup>259</sup>.

Apesar desse cenário, como se verá adiante, os demais Poderes políticos possuem maneiras de reagir às decisões de inconstitucionalidade que não se amoldem aos seus anseios, de forma que o sentido final da leitura da Constituição não se assenta necessariamente no Poder Judiciário. Nessa diretriz, pode-se observar uma interação permanente entre as instâncias políticas e o Judiciário, bem como entre esses e a sociedade civil, o que confere *accountability* à atuação das Cortes, porquanto às suas manifestações se reconhece referibilidade, e, em certa medida, à opinião pública e às preferências de maiorias políticas.

No lugar da leitura tradicional da separação de poderes, busca-se evidenciar, com os modelos dialógicos, como é possível pensar a tarefa da interpretação e aplicação

---

<sup>257</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 217-218.

<sup>258</sup> Ver tópico 1.2.

<sup>259</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 219.

da Constituição de forma cooperativa, e não como uma disputa de adversários<sup>260</sup>. O princípio da separação de Poderes deve ser compreendido como uma forma de proporcionar, não uma separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre os diversos departamentos do Estado. Essa nova leitura, decorrente da concepção dialógica, evidencia dois aspectos fundamentais na solução das questões que envolvem a interpretação constitucional: em primeiro lugar, as decisões tomadas por qualquer um dos ramos de Poder retratam um caráter parcialmente definitivo, encontrando-se sujeitas a questionamentos pelos demais ramos de governo. Em segundo lugar, cada esfera de Poder carrega atributos que as reforçam ou inibem para a tomada das decisões<sup>261</sup>. Consoante o magistério de Conrado Hübner Mendes, “separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinita”<sup>262</sup>.

Outro aspecto relevante a ser previamente tratado quando se fala em interpretação constitucional é a questão relativa às capacidades institucionais de cortes e juízes, isto é, o papel e os efeitos de suas decisões quando da interpretação e aplicação da Constituição. Sobre esse tema, Cass Sunstein e Adrian Vermeule enfocam o exame das capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos das decisões judiciais<sup>263</sup>. Consideram os autores que os integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que interpretam a Constituição, são agentes humanos, com virtudes e deficiências, qualidades e limitações próprias. Logo, falíveis. Ademais, atuam em conformidade a procedimentos legais determinados, que podem lhes impor restrições significativas<sup>264</sup>.

Com base nessa perspectiva, uma teoria adequada seria aquela que se fundamentasse em uma visão mais realista sobre as capacidades institucionais, com consideração das qualidades, potencialidades e, inclusive, deficiências e limitações do

---

<sup>260</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 105.

<sup>261</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: *Revista de Investigações Constitucionais*, Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, Curitiba, vol. 2, n. 3, set/dez 2015, p.183-206, p. 189.

<sup>262</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

<sup>263</sup> SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: *Michigan Law Review*, v. 101 N.º 04, Ann Arbor: Michigan University, 2003. p. 885-951.

<sup>264</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 435.

intérprete, e não a que parte da idealização de sua figura<sup>265</sup>. As teorias que se pautam em uma imagem idealizada dos juízes podem não alcançar os resultados planejados quando manejadas por magistrados de carne e osso, que não materializem aquela figura desejada, ou que se sujeitem a situações externas que inviabilizem o alcance do resultado esperado (como a sobrecarga de trabalho dos juízes brasileiros<sup>266</sup>). Por isso, a necessidade de teorias hermenêuticas que possam se adaptar à realidade da jurisdição de massa, como no caso brasileiro<sup>267</sup>, apresentando mecanismos que possam funcionar nesse contexto específico. Ademais, em determinadas situações, pode ser mais vantajoso optar por uma teoria que não demande uma postura excepcional do juiz, mas apenas que limite a probabilidade de erros graves por magistrados menos habilitados<sup>268</sup>. Esse mesmo raciocínio aplica-se aos representantes dos demais Poderes, bem como a todos os agentes estatais que exercem de alguma forma a interpretação e aplicação da Constituição, ou seja, antes de se criar uma figura ideal, deve-se trabalhar com as capacidades reais dos aludidos intérpretes, consideradas suas vantagens, limitações e deficiências<sup>269</sup>.

Conquanto os juízes brasileiros estejam bem aparelhados para o julgamento das questões jurídicas, o mesmo não se pode dizer com relação a temas que envolvam conhecimentos técnicos atinentes a outros ramos do conhecimento humano. Apesar disso, o Poder Judiciário cada vez mais é provocado a solucionar questões complexas, que envolvem muitas vezes a criação e implementação de políticas públicas, as quais

---

<sup>265</sup> SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: *Michigan Law Review*, v. 101 N.º 04, Ann Arbor: Michigan University, 2003. p. 885-951. Vide também: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 435.

<sup>266</sup> Dados do Relatório Justiça em Números de 2015 revelam que, no ano de 2014, 99,7 milhões de processos tramitaram no Judiciário brasileiro. Exemplificativamente, na primeira instância, onde o acúmulo de serviço é maior e a distribuição de investimentos diminuta, a capacidade produtiva anual é de apenas 27% da demanda (casos novos + acervo) imposta à sua apreciação. Isso evidencia que para dar vazão ao estoque de processos seria necessário cessar a distribuição por quase 4 anos e, nesse período, baixar anualmente o mesmo número de processos em 2014. A taxa de congestionamento na primeira instância é de 73%, enquanto que no segundo grau a taxa é de 48%. A carga de trabalho (casos novos + acervo) por magistrado de primeiro grau é de 6.442 processos. Consulta realizada junto ao Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 22.12.2016.

<sup>267</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 435.

<sup>268</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Defesa: Curitiba, 2015, p. 141.

<sup>269</sup> SUNSTEIN, Cass. VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: *Michigan Law Review*, v. 101 N.º 04, Ann Arbor: Michigan University, 2003. p. 885-951. Vide também: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 435.



demandam, para o completo êxito, o emprego de conhecimentos específicos diversos. Nesses casos, os Poderes Legislativo e Executivo reúnem em seus quadros profissionais técnicos habilitados a prestar a assessoria competente na tomada das complexas decisões que compreendem, com frequência, aspectos técnicos, econômicos e políticos. Por outro lado, essa mesma estrutura de apoio para a tomada de decisão não existe dentro do Poder Judiciário. Isso não significa a impossibilidade de atuação jurisdicional nesses casos, até mesmo diante da garantia contemplada no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. Em tais situações, inclusive, pode o Judiciário valer-se de instrumentos como as audiências públicas, participação de *amici curiae* e realização de provas técnicas periciais por *experts*, como forma de mitigar as aludidas carências e dar aporte à manifestação judicial. Entretanto, uma postura do Poder Judiciário que não considere as referidas limitações de seus membros e, por outro lado, deixe de apresentar deferência à posição baseada na *expertise* dos especialistas dos órgãos estatais competentes, certamente não produzirá resultados eficientes<sup>270</sup>.

Para solucionar situações como essas, Rodrigo Brandão estabelece um critério de interpretação e aplicação da Constituição que propugna que o Poder Judiciário teria uma primazia *prima facie* em questões de direitos fundamentais, e os Poderes Executivo e Legislativo, em questões de políticas públicas<sup>271</sup>. Possuir primazia *prima facie* não significa, entretanto, que a sua interpretação será obrigatoriamente a melhor, mas tão somente que existe uma possibilidade de assim o ser. Com base nessa perspectiva, afasta-se a ideia de monopólio de determinada instituição na interpretação da Constituição e, por conseguinte, abre-se a possibilidade de se estabelecer um diálogo institucional em que cada uma das instituições atua com primazia na seara de sua competência e especialidade, sem qualquer preferência de ordem absoluta entre elas<sup>272</sup>.

Diante disso, a clássica teoria da separação de Poderes, baseada na sua concepção liberal, resta superada pela perspectiva das capacidades institucionais, na medida em que a divisão pautada na atuação do Judiciário nas questões de princípio e, por outro lado, do Legislativo nas questões de política, sem interferência de qualquer

---

<sup>270</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 435-436. Vide também: SARMENTO, Daniel (Coord.). *A proteção judicial dos direitos sociais*. In: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586.

<sup>271</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 223.

<sup>272</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Defesa: Curitiba, 2015, p. 146-147.

uma das instituições na esfera de atuação da outra, não encontra mais amparo na doutrina dos diálogos, que, afastando os monopólios das instituições, aponta somente para um protagonismo dos Poderes nas suas respectivas esferas de competência<sup>273</sup>.

Em determinadas situações, por exemplo, como as que envolvam minorias estigmatizadas no processo político, como presos e homossexuais, pode-se recomendar não uma posição deferente do Poder Judiciário, mas, ao contrário, uma postura ativista de seus membros. Com efeito, em situações como essas, o relativo insulamento diante das maiorias sociais, bem como a *expertise* profissional de seus integrantes na defesa de direitos, lhe assegurariam, em tese, melhores condições de proteção das aludidas minorias. Portanto, a opção de uma postura contida ou mais ativista do Poder Judiciário depende, dentre outros fatores, da consideração das suas capacidades institucionais<sup>274</sup>, bem como dos efeitos sistêmicos de sua interpretação e decisão.

Conclui-se, assim, que ambas as concepções, da supremacia judicial e da supremacia parlamentar, partem de pressuposto equivocado de que a suposta primazia da capacidade institucional de cada um dos ramos de Poder prevalece em relação à do outro. A capacidade institucional dos ramos de Governo deve ser analisada sob um viés dialógico, ou seja, ao invés de se enxergar os Poderes de forma estanque e adversarial, deve-se apostar numa perspectiva que priorize as qualidades e capacidades de cada uma das instituições, sem se ignorar suas limitações e falibilidades<sup>275</sup>.

### 3.2 ANÁLISE EMPÍRICA DA INTERAÇÃO ENTRE PODERES E LIMITAÇÕES INSTITUCIONAIS À ATIVIDADE JUDICIAL

Durante muito tempo as pesquisas empíricas a respeito do comportamento judicial se restringiram à dicotomia entre os modelos legalista e atitudinal. De maneira sintética, para o primeiro, a função judicial encontra-se vinculada ao Direito, de forma que os limites de sua aplicação circunscrevem-se aos textos normativos, aos precedentes ou à doutrina. Já para o segundo modelo, as diretrizes seguidas pelos juízes quando do exame de questões morais controvertidas encontram-se em sua própria ideologia. A

---

<sup>273</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 223.

<sup>274</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 437.

<sup>275</sup> GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo*: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Defesa: Curitiba, 2015, p. 149.

partir da década de 1980, surgiu um novo modelo baseado na interação institucional, que busca examinar o impacto da dinâmica de Poderes em sua relação mútua, em especial entre Legislativo e Judiciário. Trata-se do neoinstitucionalismo, teoria que evidencia a existência de limitações institucionais à atividade do Judiciário, que vão além da consciência do juiz acerca dos limites que definem a legitimidade de sua atuação<sup>276</sup>.

Daí se conclui que as influências sobre o comportamento judicial não se restringem à própria instituição, por força da ideologia ou do Direito, mas alcançam também a atuação dos demais ramos de governo, que atuam motivados por fatores políticos e institucionais diversos. Além disso, estudos empíricos evidenciam também que juízes e cortes possuem um canal de comunicação ativo com a opinião pública, no que concerne às questões políticas relevantes. A esse respeito, Larry Kramer, ao referir-se à supremacia judicial, aponta episódios que demonstram que a pressão política em inúmeras vezes foi suficiente para limitar os excessos da Suprema Corte, evitando e, em algumas situações, impedindo a supremacia judicial<sup>277</sup>. Por outro lado, o apoio popular à Suprema Corte pode lhe blindar contra ataques e retaliações dos demais ramos de poder, elevando o custo político do descumprimento de suas decisões, além de assegurar o aumento da prolação de decisões contramajoritárias, de forma a proteger interesses de minorias<sup>278</sup>. Assim, passa-se agora ao exame de algumas limitações institucionais impostas à atividade judicial.

Um primeiro instrumento de interação consiste nos ataques institucionais às Cortes, que podem se configurar, por exemplo, na minoração ou majoração do número de seus integrantes, alteração de competências e até mesmo nos pedidos de impedimento (*impeachment*) de juízes, com finalidades distintas das previstas na Constituição, como o reenquadramento de posicionamentos jurisprudenciais em favor de determinados interesses de grupos políticos ou econômicos<sup>279</sup>.

---

<sup>276</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 225-227.

<sup>277</sup> KRAMER, Larry. *The People Themselves: popular constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004. Vide tópico 2.2.1 deste trabalho.

<sup>278</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

<sup>279</sup> Como descrito na seção 1.1.5, a rejeição do pedido de *impeachment* do Justice Chase no Senado norte-americano, durante o conflito entre federalistas e antifederalistas, impediu a utilização do referido instrumento como forma de realinhamento político. No Brasil, o número de pedidos de *impeachment* de ministros do Supremo Tribunal Federal alcançou em 2016 o recorde absoluto das últimas décadas. De 2000 a 2014 houve apenas cinco pedidos. Em 2015, dois pedidos foram protocolados no Senado. O número avançou em 2016, quando houve 11 requerimentos para impedir seis ministros da Corte. O

O conjunto de circunstâncias envolvidas no episódio de “empacotamento da Corte” (*Court Packing Plan*), nos Estados Unidos, elucida bem esse quadro de ataque ao Judiciário. Durante o governo do Presidente Franklin D. Roosevelt, a Suprema Corte, composta por integrantes conservadores, declarou a inconstitucionalidade de várias normas com viés social, algumas delas destinadas a retirar o país da grave crise econômica iniciada com a quebra da Bolsa de Nova York em 1929. Com sua reeleição em 1936, Roosevelt teve seu caminho aberto para reagir à jurisprudência conservadora da Suprema Corte. Com essa finalidade, apresentou projeto de lei que lhe autorizaria a nomear um novo juiz para cada membro da Suprema Corte que contasse com 70 anos de idade no momento da aprovação da reforma, e se recusasse a se aposentar, o que lhe garantiria a reversão da jurisprudência que impedia o avanço de seu plano de governo<sup>280</sup>. A proposta não foi aprovada, todavia a ameaça do *Court Packing Plan* teve o condão de gerar a mudança de entendimento da Suprema Corte e, por conseguinte, arrefecer a tensão entre os Poderes. A partir desse evento, teria passado a existir um acordo tácito entre os departamentos de Estado, que assegurava ao Judiciário um poder político significativo, mediante a condição de que não se afastasse demais da opinião pública, precipuamente quando em jogo questões politicamente sensíveis<sup>281</sup>.

Sobre os instrumentos utilizados de forma estratégica pelos Poderes, como forma de fazer prevalecer suas preferências sobre as Supremas Cortes – em razão de atingirem o Estado de Direito, a independência judicial e a separação de poderes, fulminando muitas vezes o potencial das Cortes de protegerem direitos contra abusos do próprio Estado – apesar de ser possível questionar sua legitimidade, não há como deixar de se reconhecer, ao menos no plano descritivo, o impacto desses mecanismos, em especial quando há o significativo afastamento da interpretação de princípios constitucionais controvertidos pelas Cortes em relação aos interesses políticos

---

movimento pode ser visto como uma reação à atuação cada vez mais política que a Corte tem adotado nos últimos anos, quando tomou decisões em casos polêmicos, muitas vezes em caráter liminar, envolvendo autoridades de outros Poderes, desagradando aos lados da disputa política. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,stf-tem-recorde-de-aco-es-de-impeachment,10000100135>>.

Acesso em: 15.01.2017.

<sup>280</sup> FISHER, Louis. *Constitutional dialogues* – interpretation as a political process. Oxford: Princeton University Press, 1988, p. 212-213. Vide também: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 228-229.

<sup>281</sup> FRIEDMAN, Barry. *The will of the people*: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009, p. 4.

respaldados por amplo apoio popular<sup>282</sup>. Prova disso, aliás, reside no fato de que, como visto, mesmo não tendo sido colocado em prática, a mera ameaça do “empacotamento” da Corte foi suficiente para que esta não se afastasse demais da opinião pública, realinhando sua jurisprudência aos anseios do aclamado Presidente da República.

Por sua vez, existem outros instrumentos que permitem aos Poderes Políticos e ao povo comunicarem suas preferências às Cortes constitucionais, sem violação das cláusulas impostas pelo Estado Democrático de Direito, em que pese possam eventualmente não guardar perfeita relação com as finalidades normativas a elas atribuídas pelo texto constitucional. Com efeito, como decorrência do sistema de freios e contrapesos, diversas ferramentas encontram-se à disposição dos ramos de governo, como formas de enviar determinada mensagem ao Poder Judiciário. Como exemplo<sup>283</sup>, no cenário nacional pode-se citar a aprovação do orçamento do Poder Judiciário<sup>284</sup> que, consoante o disposto na Constituição da República, resulta de um desenho institucional que envolve interação dos Poderes Legislativo e Judiciário na definição de subsídios dos magistrados<sup>285</sup>. Com efeito, apesar de os Tribunais poderem apresentar suas propostas orçamentárias dentro dos limites definidos, conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias (CF, art. 99, § 1º), o Congresso Nacional não fica vinculado à proposta orçamentária enviada pelo Judiciário, podendo aprovar, na lei orçamentária anual, orçamento menor (CF, art. 165). Frise-se que a independência e autonomia financeira do Poder Judiciário nesse caso fundamentam-se na sua relevância

---

<sup>282</sup> Sobre o tema, vale lembrar a proposta de Larry Kramer no sentido de que devem os poderes políticos redirecionar as orientações jurisprudenciais da Suprema Corte, mediante a utilização de instrumentos como o *impeachment* de juízes, cortes no orçamento do Poder Judiciário, descumprimento de decisões da Suprema Corte, redução de competências e alteração do número de integrantes. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 232.

<sup>283</sup> O Poder Judiciário também é controlado pelos demais Poderes, principalmente no que diz respeito à competência do Congresso Nacional em legislar sobre a organização judiciária (CF, art. 48, IV, 93, I, d, II, 124, parágrafo único, 121 e 113) e a livre escolha e nomeação dos Ministros do STF pelo Chefe do Executivo (CF, art.101).

<sup>284</sup> Com relação ao orçamento do Poder Judiciário, o STF já teve a oportunidade de decidir que o Chefe do Executivo deve se limitar a encaminhar a proposta do Judiciário ao Legislativo para deliberação, sob pena de ingerência indevida (AO 1482, Min. Rel. Marco Aurélio, DJe de 28/09/2007). Nesse julgamento, o relator, Min. Marco Aurélio, relembrou de situação ocorrida logo após a promulgação da Constituição de 1988: "Já em 1989, diante de tentativa do Poder Executivo de alterar o que remetido pelo Judiciário Federal para compor a proposta orçamentária da União, o Supremo pronunciou-se, sob a presidência do ministro Néri da Silveira, no sentido da impossibilidade da prática, ficando assentado que incumbe aos Tribunais, de que trata o artigo 99, § 2º, da Lei Maior da República, aprovar os respectivos orçamentos, que, enviados ao Poder Executivo, haverão de ser incorporados ao projeto de lei orçamentária, da forma em que aprovados." Sobre o tema: TAVARES, André Ramos. Orçamento e Judiciário. *Jornal Carta Forense*, 03.11.2011. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/orcamento-e-judiciario/7897>>. Acesso em: 12.11.2016.

<sup>285</sup> CONTI, José Mauricio. *A autonomia financeira do Poder Judiciário*. São Paulo: MP Editora, 2006, p. 15-38.

para o interesse público e o próprio Estado de Direito, e não em conveniência dos próprios juízes, de forma que o referido Poder possa decidir de maneira serena e imparcial, cumprindo com sua missão constitucional no interesse da sociedade. Face ao amplo poder do Congresso Nacional, o cenário institucional que envolve tal questão pode, eventualmente, gerar barganhas e eventuais ataques ao Judiciário, daí porque referida ferramenta não constitui instrumento legítimo de demonstração de insatisfação do povo ou de seus representantes, na medida em que, além de não consistir em mecanismo efetivo de reforma de decisões judiciais, em nada contribui para a manutenção de equilíbrio entre os Poderes (CF, art. 2º)<sup>286</sup>.

Outra situação que pode gerar alguma influência política sobre as Cortes consiste na nomeação de seus integrantes. Existem diversos modelos de seleção de juízes para as Cortes Supremas e Cortes Constitucionais, que envolvem critérios de independência e de responsividade judicial. Nos Estados Unidos, por exemplo, a indicação de ministros da Suprema Corte pelo presidente da República, regra geral, é acompanhada de um processo no Senado Federal. Naquele país, o que se observa é um processo de deliberação intensamente politizado, em que as opiniões dos candidatos a respeito de questões controvertidas são amplamente debatidas e levadas em consideração no momento da aprovação da indicação, não sendo incomum, inclusive, a rejeição de candidatos pelos senadores. Os debates desenvolvidos no Senado Federal serviriam como forma de gerar a participação do povo no processo de interpretação constitucional, porquanto, além de influenciar o candidato sabatinado no momento da apresentação de suas repostas, irradiariam efeito até mesmo sobre futuros candidatos que venham a pleitear uma vaga na Corte. Por meio dessa dinâmica deliberativa, seria possível a construção de um modelo dialógico entre Legislativo e Judiciário na interpretação da Constituição<sup>287</sup>. Apesar do processo de indicação de juízes poder gerar o alinhamento da jurisprudência das Cortes aos anseios de grupos políticos dominantes, e também da própria opinião pública, não se conhece de forma efetiva o grau de

---

<sup>286</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 233.

<sup>287</sup> KATYAL, Neal. Legislative constitutional interpretation. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/532/>>. Acesso em: 22/11/2016. Vide também: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 236.

impacto desse processo para a concretização do referido objetivo, nem mesmo se acarreta alguma influência<sup>288</sup>.

Outro fator relevante que pode influenciar as decisões judiciais refere-se à possibilidade de elas não serem implementadas. Apesar dos graves prejuízos causados pelo descumprimento de uma decisão judicial aos postulados do Estado de Direito, com desgaste profundo das relações entre as instituições políticas, deve-se atentar para os efeitos concretos do referido mecanismo sobre a interação entre o Judiciário e demais ramos do Governo. O enfoque de teorias normativas muitas vezes deixa de considerar a distinção dos momentos de prolação das decisões judiciais e da respectiva implementação, ignorando o fato de que os provimentos jurisdicionais não se impõem de forma automática, muitas vezes carecendo da intervenção de outras esferas ou de complexos atos políticos para produzirem os efeitos neles manejados. Hamilton, ainda no século XVIII, já antevira tal cenário, ao definir o Judiciário como “o poder menos perigoso”, por não possuir “a chave do cofre”, nem a “espada”. Como se observar dos artigos nº 78 e 79, dos Federalistas<sup>289</sup>, na esteira de Montesquieu, o Poder Judiciário seria o mais fraco dos ramos de governo, em razão de sua inércia. Diante dessa circunstância, seria o menos perigoso para os direitos políticos e, por outro lado, indicaria a necessidade de se adotarem precauções para resguardá-lo dos ataques institucionais dos demais Poderes. Daí a relevância de se garantir a estabilidade dos juízes, assim como outros mecanismos que protejam sua independência, como a irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade. Essa concepção já denuncia a ausência de força institucional do Poder Judiciário, em especial para a implementação de decisões que dependam de uma conduta comissiva por parte dos destinatários do respectivo provimento jurisdicional.

---

<sup>288</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 236. O autor alerta, entretanto, que “mesmo nos Estados Unidos, onde há efetiva deliberação no Senado sobre os candidatos, falar-se em um fina sintonia entre a sua jurisprudência e a vontade popular parece ilusório. Isto porque a maioria das questões decididas pela Suprema Corte não vem à baila no processo de nomeação e de confirmação dos candidatos à Suprema Corte, e, mesmo que as questões constitucionais fossem discutidas no Senado, como as nomeações são raras, o momento em que elas precisarão ser discutidas dificilmente coincidirá com a sabatina do candidato. Além disso, o impacto de uma nomeação sobre a mudança da jurisprudência da Suprema Corte é relativo, pois depende não só da fidelidade de quem entra, mas também do perfil ideológico de quem sai (a substituição de juiz conservador por outro juiz conservador terá reduzida repercussão), não se podendo ainda desconsiderar a dificuldade prática de superar jurisprudência há muito consolidada”.

<sup>289</sup> MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas (1787-1788)*. Tradução por Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 478-486.

Acrescenta Rodrigo Brandão que esse cenário é ainda mais agravado, em determinados casos, em razão da linguagem técnica e hermética utilizada pelo Judiciário, aliada à pequena saliência política de elevado número de manifestações judiciais de uma Corte Suprema, circunstância que acarreta o desconhecimento e, por conseguinte, o próprio descumprimento de significativas decisões prolatadas com efeitos *erga omnes* e vinculante<sup>290</sup>.

Consoante o autor, todos esses aspectos conjugados, que implicam na ameaça de descumprimento das decisões judiciais, levariam os juízes a manter um comportamento mais contido, inclusive com deferência a normas que, conquanto não realizem completamente os ditames constitucionais, encontram amparo na opinião pública e nos demais Poderes. Referida hipótese traria consigo, portanto, capacidade real de influenciar a tomada de decisões judiciais que contrariem visões majoritárias da sociedade e dos poderes políticos, agregando limites, além da ideologia e do Direito, na atuação do Judiciário<sup>291</sup>.

Outro mecanismo de superação de decisões da Suprema Corte seriam os denominados diálogos interinstitucionais. Com efeito, a institucionalização dos referidos diálogos, mediante a autorização normativa de superação de uma decisão da Corte Constitucional pelo Poder Legislativo, pode configurar uma forma de prévio constrangimento ao Judiciário. No Canadá, de forma paradigmática, a Carta Canadense de Direitos e Liberdades, de 1982, estabelece na Seção 33 que o Parlamento pode manter efetiva sua legislação por um interregno de até 5 anos, ainda que tal norma tenha sido qualificada como incompatível com as disposições da Carta pela Corte Constitucional. Trata-se da denominada *notwithstanding clause* (cláusula “não obstante”)<sup>292</sup>. Diante de sua abrangência e de seu enfoque normativo, referido tema será tratado de forma específica no próximo tópico deste trabalho<sup>293</sup>.

---

<sup>290</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 239-240.

<sup>291</sup> VANBERG, Geog. *The politics of judicial review in Germany* (political economy of institutions and decisions). 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 14. Vide também: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 240.

<sup>292</sup> RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. *Judicial review e democracia: caminhos para um controle dialógico de constitucionalidade*. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 113, jul-dez de 2016, p. 405-430, p. 414.

<sup>293</sup> Além deste exemplo, Roberto Gargarella, em importante texto sobre o tema, cita mais três casos emblemáticos: O novo modelo constitucional da *Commonwealth* decorrente das reformas advindas, além do Canadá (1982), no Reino Unido (1998), Nova Zelândia (1990), Austrália (2004) e no Estado de Victoria (2006), que combinaram elementos tradicionais do *common law* com novas declarações de direitos, viabilizando a consolidação de uma relação dialógica entre os Poderes Legislativo e Judiciário. O



Essa série de métodos de reação às decisões judiciais acaba por influenciar a atuação dos Tribunais Constitucionais. Nesse contexto, pesquisas empíricas evidenciam que muitas vezes as Supremas Cortes, ou Cortes Constitucionais, atuam de forma consentânea com a opinião pública, o que confirma as perspectivas neoinstitucionalistas, no sentido de que, além da ideologia e do Direito, outros fatores institucionais e políticos influenciam a tomada de decisões judiciais<sup>294</sup>. Para Barry Friedman, os juízes encontram-se constrangidos pelo sistema político que os rodeia. Há diversos elementos que constroem o seu poder, e que não se limitam apenas às regras de interpretação. O autor postula quatro níveis, que se combinariam em situações específicas, denominando-os de “círculos concêntricos de influência”<sup>295</sup>: em primeiro lugar, os juízes encontram-se envolvidos em uma interação estratégica com outros juízes, na composição dos colegiados, onde ocorre deliberação, mas também barganhas e acomodações; em segundo lugar, pelas pressões impostas pelas demais instâncias inferiores do poder Judiciário; em terceiro lugar, pelos demais Poderes, com os quais se relacionam por intermédio dos diálogos interinstitucionais; em quarto lugar, pela opinião pública. Com base nessa percepção, as Cortes e juízes, visando à autopreservação, seguem uma diretriz pautada por uma postura de “reação antecipada”, amoldando suas preferências a perspectivas para que não causem reações adversas dos poderes políticos<sup>296</sup>.

---

primeiro desses mecanismos se refere ao envolvimento que se impõe aos poderes legislativos quanto à revisão de constitucionalidade das normas antes destas entrarem em vigor (uma verdadeira revisão *política* de constitucionalidade). Já o segundo mecanismo diz respeito ao que Mark Tushnet denominou de formas fracas de controle de constitucionalidade, as quais implicam em técnicas de revisões de constitucionalidade apartadas da ideia de supremacia ou última palavra judicial. Um segundo exemplo trata-se do direito de consulta estabelecido como forma de proteção às comunidades indígenas afetadas por novas formas contemporâneas de exploração econômica, cujo embasamento jurídico assenta-se na Convenção 169/1989 da OIT; Declaração da ONU, de 2007, referente aos povos indígenas; e, por fim, em algumas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que definiram que a consulta nessa circunstância constitui princípio geral de direito internacional. Por fim, cita o professor argentino as Audiências públicas realizadas na América Latina, por Tribunais Superiores em litígios que envolvem problemas públicos de relevância e graves violações de direitos, das quais integram não somente as partes envolvidas, mas também representantes da sociedade civil. Medidas como estas foram efetivadas no Brasil, para discutir temas de saúde pública; na Argentina, em relação às discussões sobre a Lei de Serviços de Comunicação Audiovisual, a situação das prisões e ao meio ambiente; na Colômbia, quanto aos problemas de superlotação carcerária, meio ambiente, saúde e deslocamento de pessoas. GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, nº 2, Diciembre de 2013, p. 1-32.

<sup>294</sup> FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009, p. 14.

<sup>295</sup> FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. In: *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, 2005, p. 263. Vide também: MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140.

<sup>296</sup> WHITTINGTON, Keith. *Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review*. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/ea34/14f9e78163d091ae0a4411eed061cc6a86d3.pdf>>.

Pode-se observar de forma mais clara essa interação entre os ramos de governo, quando do advento de uma nova Constituição. De maneira geral, o que se nota é um arrefecimento do exercício do controle judicial de constitucionalidade nesses períodos, a fim de se evitar ataques institucionais e retaliações, o que inclui, ademais, a citada reação antecipada, com vistas a mitigar uma preferência original, adaptando-se à posição adotada pelos poderes políticos. Isso decorre da ausência de sustentação política das Cortes nos momentos de entrada em vigor de uma nova ordem constitucional, de forma que a medida tenciona até mesmo a própria autopreservação dos Tribunais. Nesse sentido, em estudo aprofundado sobre o tema, Tom Ginsburg verificou o estabelecimento de um padrão pautado pela cautela das Supremas Cortes em momentos iniciais de um novo regime constitucional, diante da necessidade de construção de uma imagem de neutralidade política, o que possibilita uma blindagem contra retaliações, revertendo esse quadro no sentido progressivo do ativismo, na medida em que o tempo avança. Por conseguinte, nesse lapso temporal tendem os tribunais a proferir decisões pautadas na observância formal do Direito, esquivando-se de aplicar princípios abstratos a questões de políticas relevantes, objetivando expandir seu poder de forma paulatina<sup>297</sup>.

Referida conduta contrasta com o comportamento institucional esperado em tal circunstância, na medida em que, durante a transição dos modelos constitucionais, inúmeras normas editadas sob a égide do regime precedente tendem a se contrapor à nova ordem constitucional. Essa dinâmica pode ser exemplificada, no caso brasileiro, quando do advento da Constituição Federal de 1988, momento em que se destacou uma postura autocontida do Supremo Tribunal Federal, que somente após alguns anos passou a consolidar a sua expansão judicial. Rodrigo Brandão ilustra esse cenário com três casos bastante elucidativos<sup>298</sup>.

O primeiro decorre do entendimento firmado no sentido de que a incompatibilidade de lei anterior à Constituição com seu novo conteúdo implica em revogação da norma pretérita, e não de inconstitucionalidade superveniente, o que afasta

---

Acesso em: 22/11/2016. Vide também: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 250.

<sup>297</sup> GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies – constitutional Courts in asian cases*. USA: Cambridge University Press, 2003, p. 70-71.

<sup>298</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 252.

o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade em tal situação<sup>299</sup>. O segundo exemplo envolve o julgamento da ação que questionava a constitucionalidade da Medida Provisória 173/1990, a qual vedava ao Poder Judiciário a concessão de liminares contra medidas provisórias anteriores, relativas ao Plano Collor, que determinavam a retenção de recursos depositados em instituições financeiras<sup>300</sup>. Por fim, o terceiro caso envolve o Programa Nacional de Desestatização do governo Fernando Henrique Cardoso, que encontrou no Supremo Tribunal Federal um importante aliado para sua implementação, na medida em que a Corte não invalidou nenhum leilão de privatização da antiga empresa estatal, bem como não julgou procedente nenhuma das 39 Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra ele ajuizadas<sup>301</sup>.

Sob o enfoque do processo decisório, as teorias de equilíbrio propugnam que alguns limites políticos e institucionais constroem Cortes e juizes na interpretação dos ditames constitucionais. Dentre essas teorias, destaca-se o modelo da *rational choice theory*, que prioriza um enfoque estratégico, quando da análise das manifestações das Cortes em relação às preferências das demais instituições políticas. Nesse sentido, William N. Eskridge Jr. sustenta que o Poder Judiciário, em paralelo à aplicação de suas preferências de ordem jurídica ou ideológica, submete-se a um “jogo político sequencial”, consoante tradução de Rodrigo Brandão. Atribui-se, assim, uma dimensão dinâmica à interpretação do Direito, como decorrência da separação dos poderes e dos mecanismos de freios e contrapesos. Nessa sistemática, a aprovação de uma lei impõe a reunião de preferências de uma maioria dos integrantes do Parlamento e da participação do Presidente da República, com seu poder de veto ou sanção. A isso se soma a participação do Poder Judiciário, o qual, pelo mecanismo de controle de constitucionalidade, pode invalidar a lei, de forma que o resultado final surgirá da interação das preferências de cada um dos Poderes institucionais<sup>302</sup>.

Dentro da dinâmica da *rational choice*, antes do “jogo da separação de poderes” começar, cada participante possui uma preferência inaugural, representada pelo resultado prático que pretende. Face aos riscos das referidas preferências não prevalecerem diante das opções dos demais jogadores, cada um dos Poderes atua de

---

<sup>299</sup> STF, ADI 438, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 07.02.92, DJ 27.03.92. Posteriormente, com o advento da Lei 9.882/99, passou-se a permitir o controle de constitucionalidade abstrato de norma pré-constitucional mediante a interposição de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

<sup>300</sup> ADI 223, Rel. p/ Acórdão Min. Paulo Brossard, j. 05.04.90, DJ 29.06.90.

<sup>301</sup> OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v48n3/a04v48n3.pdf>>. Acesso em: 19/11/2016.

<sup>302</sup> ESKRIDGE Jr., William N. Overriding Supreme Court statutory decisions. In: *Yale Law Journal*, v. 101, n. 2, p. 331-417, 1991.

forma estratégica, a fim de alcançar o resultado mais próximo possível da preferência inicial, o que inclui até mesmo concessões, se necessárias para a obtenção de vitória, ainda que parcial. O resultado dessa interação tende a se manter em um “ponto de indiferença”, em que as preferências dos jogadores se encontram num ponto de equilíbrio.

O fundamento empírico do modelo apresentado por Eskridge reside nas inúmeras crises institucionais decorrentes das escolhas de preferências pelo Poder Judiciário, em sentido diametralmente oposto às definidas pelo Poder Legislativo e Executivo, sem qualquer postura de autorrestrição por parte daquele. Isso pode ser confirmado, exemplificativamente, pelos acontecimentos da era *Lochner*. Em um novo contexto político-social, em que a liberdade privada passou a se submeter a maiores restrições, em razão da busca dos desígnios do Estado de bem-estar social defendidos pelo Presidente Franklin D. Roosevelt, o ativismo judicial da Suprema Corte norte-americana, em prol do liberalismo econômico, provocou forte reação do Poder Executivo, que, por sua vez, gerou nova alteração de posicionamento do Judiciário, chegando, finalmente, a um ponto de equilíbrio. Outro fato que confirma de forma empírica o modelo ora explicitado consiste na circunstância das decisões mais duradouras, proferidas pela Suprema Corte, referirem-se a temas altamente controversos, o que dificulta a reunião de esforços pelos poderes políticos para a obtenção de consenso e, por consequência, para a superação da decisão judicial, tendo em vista o alto custo político nela inserido<sup>303</sup>.

Em um viés crítico a essa posição, Thomas G. Hansford e David F. Damore sustentam que, não obstante o modelo da *rational choice* apresente contribuições interessantes para o exame empírico da relação interinstitucional entre Cortes e Parlamentos, por outro lado, acaba por superestimar o prévio conhecimento dos participantes do jogo sobre a “separação de poderes”, quanto às preferências dos adversários, assim como deixa de considerar a influência de outros fatores apartados da posição originária dos atores políticos, como a atuação de grupos de interesse articulados e a influência gerada pela opinião pública<sup>304</sup>.

---

<sup>303</sup> ESKRIDGE Jr., William N. Overriding Supreme Court statutory decisions. In: *Yale Law Journal*, v. 101, n. 2, p. 331-417, 1991, p. 365-367. Vide também: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 253. Ainda sobre a *Lochner* Era, ver tópico 2.1.1.

<sup>304</sup> HANSFORD, Thomas G; DAMORE, David F. Congressional preferences, perceptions of threat, and Supreme Court decision making. In: *American politics quarterly*, v. 28, n. 4, 2000, p. 490-510, p. 491.

Nesse sentido, acerca da interferência dos movimentos sociais na interpretação dos ditames constitucionais, Robert Post e Reva Siegel propugnam que quando a Suprema Corte distancia-se demais da opinião pública, o povo encontra mecanismos de manifestar sua oposição e, ainda, de resistir aos julgamentos judiciais ou, até mesmo, superar a posição judicial discordante. Através de múltiplos canais, alguns explícitos, outros implícitos, a história evidencia que o povo norte-americano tem mobilizado esforços para fazer cumprir a Constituição. Cortes exercem seu raciocínio profissional legal para resistir e, às vezes, responder às reivindicações populares sobre a Constituição. Para confirmar o raciocínio, os autores citam a emblemática circunstância de, até a década de 1970, ter prevalecido na Suprema Corte norte-americana o entendimento de que distinções baseadas em gênero não violariam a cláusula da igualdade perante a lei. Com o passar dos anos, grupos feministas passaram a se organizar, alterando-se também o senso comum, de forma que o entendimento discriminatório originário foi sendo paulatinamente superado<sup>305</sup>. Há, inclusive, quem classifique, com base em pesquisas empíricas, os atores mais propensos a reverter decisões judiciais não desejadas da Suprema Corte norte-americana: governo federal, grupos financeiros, cidadão difusos, governos locais, sindicatos de trabalhadores, mulheres<sup>306</sup>, etc.

Em conclusão, tanto mecanismos de reação dos Poderes institucionais, como a atuação de grupos de interesse, podem ocasionar uma sincronização entre as decisões dos Tribunais constitucionais e a opinião pública, gerando uma nova forma de *accountability* à atuação das Cortes, diante da referibilidade da sua jurisprudência em relação à opinião pública. Nesse aspecto, a mencionada sincronização varia de acordo com a área do tema controverso. A influência da opinião pública seria maior em casos de alta relevância política, que atraíssem interesse de atores bem articulados, enquanto que em questões de menor repercussão entre maiorias políticas e grupos sociais organizados, a Corte estaria menos atrelada a esse fator. Portanto, nas questões de menor saliência política, em razão da reduzida sensibilidade à opinião pública, aumenta-

---

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 254.

<sup>305</sup> POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic constitutionalism and backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, v. 482, p. 382.

<sup>306</sup> ESKRIDGE Jr., Willian N. Overriding Supreme Court statutory decisions. In: *Yale Law Journal*, v. 101, n. 2, p. 331-417, 1991, p. 348. Vide também: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 256.

se a chance do Poder Judiciário definir, de fato, a solução final, proferindo a última palavra sobre a respectiva controvérsia constitucional<sup>307</sup>.

Essa dinâmica de limitação institucional das Cortes não afasta o tradicional propósito do constitucionalismo, de proteção dos direitos das minorias estigmatizadas contra a atuação dos poderes político e econômico, porquanto, ainda que as teorias empíricas evidenciem que o Poder Judiciário não consegue desempenhar uma postura messiânica de guardião da Constituição – alheia à maioria política e à opinião pública –, resta às Cortes relevante função política no controle da constitucionalidade. Com efeito, não se pode olvidar, em contrapartida, que existe, também nas democracias constitucionais, um apoio popular difuso à Suprema Corte enquanto instituição, que persiste mesmo nas hipóteses de discordância sobre determinada decisão individual. Esse apoio difuso garantir-lhe-ia um estoque de decisões contramajoritárias e, por conseguinte, definiria o quanto a Suprema Corte pode andar com as suas próprias pernas, afastando-se da opinião pública<sup>308</sup>. Nesse sentido, o reconhecimento da influência da opinião pública nos julgamentos de constitucionalidade dos Tribunais estimula a concepção de teorias prescritivas, que encorajam juízes e Cortes a implementar sua “cota de decisões contramajoritárias”, promovendo, assim, a proteção das minorias estigmatizadas, e projetando-os à frente da própria opinião pública, como aconteceu, exemplificativamente, no emblemático caso *Brown v. Board of Education*, em que a Suprema Corte norte-americana reconheceu a inconstitucionalidade da segregação racial em escolas públicas<sup>309</sup>.

Barry Friedman denomina de “constitucionalismo popular mediado”, ou de “constitucionalismo dialógico”, esse sistema em que as Cortes, na solução das disputas constitucionais, são influenciadas pela opinião pública por intermédio de mecanismos de reação política utilizados pelos demais Poderes<sup>310</sup>. O sistema constitucional funciona em ciclos alternados, nos quais os Poderes se aproximam e distanciam da opinião pública. Nas instituições políticas, o ciclo de alinhamento segue uma periodicidade fixa, na medida em que é definido a cada eleição. Por sua vez, no caso das Cortes, esses ciclos não seguem uma periodicidade fixa, passando por ondas de “liderança” e

---

<sup>307</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 255-257.

<sup>308</sup> FRIEDMAN, Barry. *The Will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

<sup>309</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 257-259.

<sup>310</sup> FRIEDMAN, Barry. Mediated popular constitutionalism. In: *Michigan Law Review*, august 2003, v. 101.

“majoritarismo”, oscilando entre um papel ativo e passivo<sup>311</sup>. O importante é que se encontre um equilíbrio entre esses dois papéis: se a Corte for apenas majoritária, poderá diminuir sua credibilidade, e se afastar de uma função crítica e dialógica; por outro lado, se for apenas contramajoritária, ultrapassará os limites de liderança e colocará em risco a sua própria existência. Esse papel de liderança judicial fica evidente, mais uma vez, com o exemplo da Corte Warren<sup>312</sup>. Isso não afasta a necessidade das Supremas Cortes, entretanto, no exercício do controle de constitucionalidade, de contrabalancear as vontades populares contingentes e momentâneas com aquelas de caráter permanente, de forma a aprimorar o caráter deliberativo das soluções dos conflitos constitucionais<sup>313</sup>.

### 3.3 TEORIAS DE DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

As teorias dialógicas, por seu atributo fundamentalmente político, são contrárias a princípios de supremacia judicial ou parlamentar. No primeiro caso, em razão do aspecto contramajoritário, amplamente trabalhado por Alexander Bickel<sup>314</sup>, e no segundo, face à limitação de abertura à comunidade de intérpretes. O espaço de atuação dessas teorias é definido por duas bases de sustentação: no sentido vertical, abarca as preocupações de se efetivarem direitos, de se considerar o caráter antidemocrático, de se opor ao ativismo judicial, e com os critérios de um processo verdadeiramente deliberativo. Por sua vez, na perspectiva horizontal, refere-se ao modo de compreender as teorias dialógicas, que possuem uma preocupação sistêmica ou conceitual<sup>315</sup>.

Conforme a sistematização elaborada por Christine Bateup<sup>316</sup>, as teorias dialógicas podem ser divididas em dois grandes grupos: i) Teorias dialógicas quanto ao

<sup>311</sup> FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. In: *Michigan Law Review*, v. 91, 1993, p. 678. Vide também: MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 143-144.

<sup>312</sup> FRIEDMAN, Barry. Leadership and majoritarianism: a response. *Constitutional comment*, v. 11, 1994, p. 11. Vide também: MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 144.

<sup>313</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 260.

<sup>314</sup> BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

<sup>315</sup> VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de; CARVALHO, Flávia Martins de. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24.09.2016.

<sup>316</sup> BATEUP, Christine. The dialogue promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: *NYU Law School Public Law Research Paper* n. 05-24. Brooklyn Law

método judicial (*Theories of judicial method*), que se subdividem em a) Teorias de “aconselhamento” judicial (*Judicial advice-giving*); b) Teorias centradas no processo (*Process-centered rules*); e c) Minimalismo judicial (*Judicial minimalism*). ii) Teorias estruturais de diálogo (*Structural theories of dialogue*), as quais, por sua vez, subdividem-se em: a) Teoria da construção coordenada (*Coordinate construction theories*); b) Teorias de princípio jurídico (*Theories of judicial principle*); c) Teorias de equilíbrio (*Equilibrium theories*); d) Teoria da parceria (*Partnership theories*); e e) Fusão dialógica (*Dialogic fusion*).

As teorias do “aconselhamento” judicial sustentam que o Poder Judiciário deve valer-se de “técnicas de interpretação e de construção da decisão que se revelem proativas, e que recomendem específicos cursos de ação aos poderes políticos, por meio dos quais se terá afastado o risco de violação constitucional”<sup>317</sup>. Por sua vez, as teorias centradas no processo propugnam que o Poder Judiciário analise a adequação da deliberação das decisões políticas pelo Poder Legislativo, que afetem valores constitucionais substantivos. Nesse sentido, deve o Judiciário “investigar se o legislativo teve a devida consideração com temas como direitos fundamentais, oferecendo a cada matéria a atenção, aprofundamento e maturação que sua complexidade reclame”<sup>318</sup>. Por fim, o minimalismo judicial, consoante abordagem realizada no tópico 2.1.2 deste trabalho, recomenda uma postura minimalista dos juízes, circunscrevendo-se as manifestações ao estritamente necessário para a solução do caso examinado. Preferem os minimalistas deixar as questões fundamentais não decididas. As expressões que sintetizam o minimalismo podem ser assim definidas, segundo a concepção de Cass Sunstein: “deixar coisas não decididas” (*leaving things undecided*),

---

Reivew, v. 71, 2006, p. 16-76. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr>>. Acesso em: 20.11.2016.

<sup>317</sup> BERMAN, José Guilherme; TAVARES, Rodrigo de Souza. Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense. In: *XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI*, 2009. São Paulo, p. 2165. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2259.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf)>. Acesso em: 12/08/2016.

<sup>318</sup> BERMAN, José Guilherme; TAVARES, Rodrigo de Souza. Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense. In: *XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI*, 2009. São Paulo, p. 2165. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2259.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf)>. Acesso em: 12/08/2016.



“acordos teóricos incompletos” (*incompletely theorized agreements*) e “uso construtivo do silêncio”<sup>319</sup>.

Em relação às teorias estruturais, a sua primeira subespécie denomina-se “construção coordenada”, a qual atribui a interpretação constitucional a todos os Poderes institucionais que atuam de forma compartilhada, mas com supremacia na definição de significado do texto constitucional dentro do respectivo espaço de competência<sup>320</sup>. Já as teorias de princípios jurídicos apontam que o Poder Judiciário exerce uma competência institucional especializada nas decisões de questões que envolvem princípios jurídicos. Em se configurando algum equívoco na interpretação realizada pelo Judiciário, abrir-se-ia a possibilidade de controle pelos demais ramos de governo em verdadeira dinâmica dialógica<sup>321</sup>. De outro vértice, a teoria de equilíbrio deixa de imputar aos Juízes uma competência especial para atuar com questões que envolvam princípios. Aos juízes é atribuída tão somente a capacidade de atuação como mais uma das instâncias de discussão, de forma a abrir espaço para que toda a sociedade possa encontrar a melhor concepção do que se está debatendo. Por seu turno, a teoria da parceria propugna o estabelecimento de um amplo diálogo na sociedade, pautado no conjunto das contribuições do Poder Judiciário e dos demais ramos de governo sobre o sentido dos dispositivos constitucionais, como forma de consolidação do diálogo institucional. Cada ramo do Poder aprende com a atuação do outro, e todos estão legitimados para participar do processo de tomada de decisão sobre a Constituição<sup>322</sup>, inclusive agentes externos. Por fim, a fusão dialógica resulta da junção de elementos tanto da teoria de equilíbrio, como da teoria da parceria. Assim, além dos Poderes Judiciário e Legislativo se complementarem na defesa dos direitos fundamentais, um sem ofuscar o outro, ao primeiro se atribuiria a função de facilitar do debate das

---

<sup>319</sup> SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 9-10.

<sup>320</sup> BERMAN, José Guilherme; TAVARES, Rodrigo de Souza. Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense. In: *XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI*, 2009. São Paulo, p. 2168. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2259.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf)>. Acesso em: 12/08/2016.

<sup>321</sup> BERMAN, José Guilherme; TAVARES, Rodrigo de Souza. Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense. In: *XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI*, 2009. São Paulo, p. 2168. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2259.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf)>. Acesso em: 12/08/2016.

<sup>322</sup> Cf. HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* Montreal e Kingston: McGill-Queen’s University Press, 2002. Vide também: CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: *Revista de Investigações Constitucionais*, Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, Curitiba, vol. 2, n. 3, set/dez 2015, p.183-206, p. 199.

questões de grande repercussão dentro da sociedade, procurando viabilizar a inclusão do povo na construção de um consenso mais sólido acerca do sentido da Constituição. Além disso, a questão da dificuldade contramajoritária restaria mitigada, na medida em que, tanto juízes, como o Parlamento exporiam suas próprias perspectivas institucionais, entretanto, de uma forma interconectada, por intermédio de escuta e aprendizado mútuos, circunstância que viabilizaria o alcance de melhores respostas para as questões atinentes ao sentido constitucional em debate<sup>323</sup>.

Uma das previsões normativas dos diálogos institucionais a respeito da interpretação da Constituição advém do modelo canadense. Neste sistema, a Carta de Direitos e Liberdades (*Charter of Rights and Freedoms*), de 1982, que possui *status* hierárquico constitucional superior ao das leis ordinárias aprovadas pelo Parlamento, passou a autorizar o legislador ordinário a impor limites razoáveis aos direitos fundamentais contemplados na respectiva Seção 1, assim como estabeleceu a superação legislativa (*override clause*) na Seção 33, denominada de “cláusula de não obstante” (*notwithstanding clause*)<sup>324</sup>. Antes, vigia no Canadá, desde 1960, a “declaração legislativa de direitos” (*statutory bill of rights*), instrumento sem hierarquia constitucional e considerado de diminuta efetividade.

Os níveis de escrutínio da Seção 1 restaram definidos no caso *R v. Oakes* (1986), que assim dispôs:

1) a lei deve perseguir um objetivo importante; 2) a lei precisa estar racionalmente conectada com seu objetivo; 3) a lei não pode limitar o direito para além do necessário para atingir o seu objetivo; 4) a lei não deve ter um efeito desproporcionalmente severo quando aplicada em seus destinatários. Boa parte das disputas jurídicas acaba por centrar no ponto 3, ou seja, a lei é

<sup>323</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: *Revista de Investigações Constitucionais*, Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, Curitiba, vol. 2, n. 3, set/dez 2015, p.183-206, p. 199. BERMAN, José Guilherme; TAVARES, Rodrigo de Souza. Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense. In: *XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI*, 2009. São Paulo, p. 2171. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2259.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf)>. Acesso em: 12/08/2016.

<sup>324</sup> Registre-se que o referido mecanismo remonta à cláusula contemplada no art. 96 da Carta brasileira outorgada em 1937, que assim estabelecia: “Parágrafo único: No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal (...)”. A originalidade do modelo brasileiro consistiu no fato de que, com o fechamento do Congresso Nacional durante o Estado novo, entendeu o Presidente Getúlio Vargas que a ele incumbiria a referida atribuição, agora de maneira singular, o que o autorizou, consoante sua concepção, a afastar decisões do Supremo Tribunal Federal por decreto-lei. Assim, o controle de constitucionalidade no referido período autoritário restou completamente esvaziado.

declarada inconstitucional por não buscar seu objetivo pelos meios menos restritivos de um direito protegido pela Carta. Ainda, a seção 1 possibilita a resposta institucional por parte do legislador, que pode defender a manutenção da lei com base no ponto 4, ao argumentar que a legislação procura atingir determinados objetivos através dos meios menos restritivos possíveis<sup>325</sup>.

Por sua vez, a *override clause*, da Seção 33, autoriza o Parlamento a superar o eventual juízo de inconstitucionalidade promovido pela Corte Suprema, tornando a lei vigente por 5 anos, com possibilidade de renovação por iguais períodos, indefinidamente<sup>326</sup>. Diante do temor da supremacia judicial, com a instalação do novo modelo dialógico a Seção 33 passou a representar uma válvula de escape, que institucionalizou a reposta legislativa, autorizando a prevalência do Parlamento.

Acrescente-se, ainda, que o diálogo institucional é implementado também no Canadá por intermédio de consultas prévias e abstratas à Corte Constitucional, numa verdadeira comunicação dialética, que viabiliza a manifestação de diferentes perspectivas teóricas dos atores institucionais. Com fundamento no art. 53 do *Supreme Court Act*, de 1985, o próprio Poder Executivo pode apresentar questões constitucionais à Corte Suprema para que esta ofereça um parecer, sem qualquer caráter decisório e vinculativo, em questões que envolvam a interpretação das normas constitucionais, constitucionalidade ou interpretação de normas provinciais ou federais, jurisdição recursal sobre matéria educacional, ou sobre os poderes do Parlamento federal, ou provincial, ou de seus respectivos governos<sup>327</sup>.

Até o advento da Carta de Direitos e Liberdades, de 1982, o Canadá, país oriundo da tradição inglesa do *common law*, seguia o modelo típico de soberania do Parlamento, sem qualquer previsão de controle jurisdicional de constitucionalidade. Essas medidas fizeram prevalecer o ideário daqueles que entendiam que a proteção dos direitos constitui pressuposto de uma democracia. Entretanto, admitiu-se a inclusão de limites, nos termos da referida Seção 1, conhecida como *limitation clause*. Assim, ao mesmo tempo em que se promoveram os direitos fundamentais ao status de norma

<sup>325</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: *Revista de Investigações Constitucionais*, Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, Curitiba, vol. 2, n. 3, set/dez 2015, p.183-206, p. 181.

<sup>326</sup> TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, v. 14, Dic. 2013. Disponível em: <[http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=9173&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858)>. Acesso em: 11.12.2016.

<sup>327</sup> PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. O controle concreto de constitucionalidade na Europa e na América do Norte: um estudo comparado. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 30, p. 62-87, jan/jun 2007.

constitucional, estabeleceu-se a possibilidade de eles poderem sofrer restrições, pelo Poder Legislativo, de acordo com limites razoáveis e justificáveis.

O modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade, idealizado no Canadá a partir da Carta de Direitos de 1982, ao contrário do que se poderia imaginar, não seguiu a estrutura de revisão judicial formulado na vizinha nação norte-americana, conquanto em alguns aspectos pontuais tenham se aproximado<sup>328</sup>. Com efeito, as consequências advindas de uma eventual supremacia judicial, bem como a própria dificuldade contramajoritária, levaram os canadenses a pensar um modelo institucional autêntico. A sistemática acolhida no Canadá aposta em um modelo fraco de controle de constitucionalidade e em uma engenhosa interação institucional entre os Poderes, e não na participação popular direta na promoção do diálogo.

Em um texto de 1997, Peter Hogg e Allison Bushell analisaram, de forma descritiva, o desenho institucional dos diálogos existentes no Canadá. Os dois autores elaboraram inicialmente um importante artigo denominado *The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't such a bad thing after all)*<sup>329</sup>, no qual defenderam a ideia de que a reversão legislativa das decisões da Suprema Corte transforma o controle de constitucionalidade em um importante instrumento de diálogo entre instituições políticas, apto a implementar a harmonização das liberdades individuais. Com fundamento em pesquisa empírica sobre 65 casos, compreendidos no período entre 1982 e a publicação do artigo em 1997, os autores buscaram evidenciar que em 80% deles o Legislativo respondeu à decisão judicial, ainda que esta se caracterizasse apenas como uma anuência para com a decisão<sup>330</sup>. Ademais, compreenderam que a inércia legislativa não deveria ser compreendida como um ato de fraqueza institucional, mas como um modo de dialogar, ainda que por intermédio do silêncio. Concluíram os autores que o controle de constitucionalidade não representaria um veto relativo às decisões majoritárias, mas a inauguração do diálogo

---

<sup>328</sup> O advento da Carta de Direitos e Liberdades aproximou o modelo canadense do norte-americano, na medida em que as principais características do Constituição americana restaram absorvidas pelo seu texto: i) Direitos fundamentais com status de lei suprema; ii) entrincheirados contra emendas e superiores à legislação ordinária; iii) garantidos pelo Poder Judicial. Nesse sentido: GARDBAUM, Stephen. The new commonwealth of constitutionalism. *American Journal of comparative law*, v. 49, n. 4, 2001, p. 22. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=302401](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302401)>. Acesso em: 22.11.2016.

<sup>329</sup> HOGG, Peter W; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (Or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). In: *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

<sup>330</sup> SILVA, Cecilia de Almeida, MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 65.

interinstitucional que visa à reconciliação entre os valores da Carta de Direitos e os objetivos políticos, sociais e econômicos implementados pelo Parlamento<sup>331</sup>. O ponto chave na estrutura institucional do diálogo canadense pode ser resumido da seguinte forma:

a decisão judicial, pela própria lógica dessa função, tende a fazer prevalecer uma aproximação individualista dos valores constitucionais em jogo, ao passo que a decisão legislativa considera os benefícios de caráter social ou econômico em favor da coletividade. A conjugação responsiva desses pontos de vista permite esclarecer quais são os vetores constitucionais, qual a área excluída da deliberação legislativa, sem se abrir mão da prerrogativa – ou ônus – de concretizar os valores constitucionais tendo em conta a dimensão da coletividade. Neste sentido legitima-se a jurisdição constitucional, apresentada não como um veto à deliberação política, mas como parâmetro da esfera do possível no campo da função legislativa. (...) O exercício do diálogo institucional teria ainda a virtude de neutralizar os riscos associados à revisão judicial fundada na supremacia do Judiciário<sup>332</sup>.

Apesar da difusão das referidas ideias, inclusive com a citação pelos próprios Juízes da Suprema Corte em suas decisões, algumas críticas ao entendimento dos autores foram formuladas<sup>333</sup>. Os questionamentos passaram, por exemplo, por aspectos formais como a imperfeição na coleta de dados, e até pela própria existência de uma verdadeira interação deliberativa, na medida em que a dinâmica se aproximaria mais de uma mera conversação, sem a devida consideração quanto a argumentos e convencimento de interlocutores. A mera possibilidade abstrata de reação, qualificada pelos autores como um diálogo formal, não poderia ser interpretada como um diálogo material, apto a gerar reflexos positivos verdadeiros quanto a questões de direitos<sup>334</sup>. Ademais, a figura do diálogo se restringiria às instituições, sem levar em consideração a participação de pessoas comuns nos litígios constitucionais, além de equiparar de forma

<sup>331</sup> HOGG, Peter W; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (Or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). In: *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 105, 1997.

<sup>332</sup> SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 65-66.

<sup>333</sup> SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011, p. 313-357.

<sup>334</sup> SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 67-69.

acrítica a interpretação judicial da Carta com a própria Carta, negando ao Parlamento o crédito de ter alguma função na interpretação da Constituição<sup>335</sup>.

Em um segundo texto<sup>336</sup>, dez anos mais tarde, Bushell e Hogg tiveram a oportunidade de responder a algumas dessas críticas formuladas nos anos anteriores, embasados nas próprias decisões judiciais proferidas nesse ínterim no Canadá. Nessa oportunidade, afirmaram os autores que as críticas foram exageradas em consideração à metáfora do diálogo. Após revisar a jurisprudência, reiteraram que a maior parte das decisões judiciais recebeu alguma espécie de resposta por parte do Parlamento, de forma que a noção de diálogo parece ter se consolidado nas práticas institucionais do Canadá<sup>337</sup>. Assim, os autores observaram casos em que a Suprema Corte declarara a inconstitucionalidade de uma lei e, após, o Parlamento promulgara nova norma de teor similar, seguido de nova impugnação e subsequente pronunciamento da Corte. Nesse segundo estudo, Bushell e Hogg passaram a entender que o Judiciário deve ter a última palavra na interpretação da Constituição, entretanto, a Seção 33 da Carta habilita o Parlamento a responder, sempre que entender necessário. Assim, do ponto de vista normativo, o sentido da Constituição é atribuído pelo Judiciário, contudo, sob o ponto de vista empírico, verifica-se que o Legislativo pode responder à interpretação constitucional promovida pela Corte<sup>338</sup>. Ao final, os autores concluíram que existe efetivamente diálogo no sistema canadense, ainda que não tão proveitoso como idealizaram, mas no mínimo com a perspectiva de estimular o Legislativo a sair da inércia com relação à interpretação das questões constitucionais, circunstância que ao menos contribui para minorar a dificuldade contramajoritária da revisão judicial<sup>339</sup>.

Em outro trabalho sobre o tema, Kent Roach definiu a Seção 1 da Carta de Direitos como a ferramenta de implementação dos diálogos constitucionais, ao estabelecer que o Parlamento pode restringir os direitos fundamentais, ao mesmo tempo

---

<sup>335</sup> Estas últimas críticas encontram-se resumidas em: HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* Montreal e Kingston: McGill-Queen's University Press, 2002, p. 52.

<sup>336</sup> HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A Bushell; WRIGHT, Wade K. Charter dialogue revisited – or ‘much ado about metaphors’. In: *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, 2007.

<sup>337</sup> HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A Bushell; WRIGHT, Wade K. Charter dialogue revisited – or ‘much ado about metaphors’. In: *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, 2007, p. 44. Vide também: SILVA, Cecília de Almeida, MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 69-70.

<sup>338</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 158.

<sup>339</sup> VICTOR, Sergio Antonio Ferreira. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: São Paulo, 2013, p. 154-155.

em que a Suprema Corte encontra-se autorizada a fiscalizar a razoabilidade das referidas limitações. O resultado disso foi um compromisso que não encampa nem um purismo de supremacia judicial, nem de supremacia parlamentar. De um lado, o Parlamento assumiria a função de recepcionar e manejar as informações acerca das finalidades da regulação estatal e a sua harmonia com a vontade popular. De outro, a função da Suprema Corte se situaria na proteção dos direitos<sup>340</sup>. Esse seria o desenho institucional do diálogo, que inaugura um modelo híbrido, mesclando as virtudes dos sistemas de supremacia parlamentar e judicial. Quando, entretanto, o entendimento entre Suprema Corte e Parlamento não for possível, Roach optou pelo Parlamento como o local de definição da última palavra por intermédio da utilização da *override clause*. Para o autor, além do alto custo político da utilização do referido instrumento impedir o seu acionamento desmedido, a relevância política de sua prática evidenciaria aos interessados a tentativa do Parlamento de superar a decisão revisada, sendo certo que, ao final do prazo de cinco anos da cláusula, o tema retornaria ao debate em um momento de menor acirramento político<sup>341</sup>. Por fim, quanto às suspeitas de que o ingresso da revisão judicial no sistema canadense pudesse levar ao ativismo judicial, pontua Roach que sua maior preocupação é com a democracia e que, em ocorrendo ativismo judicial, deve ele ser respondido com ativismo legislativo<sup>342</sup>.

As duas perspectivas dialógicas se aproximam no que se refere à confiança depositada no Poder Judiciário, como protetor das minorias sem força no processo político. Entretanto, divergem quanto à postura a ser adotada pela Suprema Corte quando o Parlamento, após a lei ter sido declarada inconstitucional, opta pela edição de nova lei idêntica, em vez de utilizar o mecanismo da *override clause*. Enquanto Hogg propugna que a Corte deve ser deferente à nova norma, ao valorar novamente a razoabilidade quanto aos limites impostos ao direito fundamental, Roach defende que a Suprema Corte deve repetir seu juízo prévio de inconstitucionalidade anteriormente realizado, recusando-se a apreciar a questão da constitucionalidade da nova lei<sup>343</sup>.

Em análise à doutrina dos diálogos constitucionais canadenses, Mark Tushnet questionou se o elevado custo político decorrente da utilização da *override clause* não

---

<sup>340</sup> ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law Inc., 2001, p. 289-297.

<sup>341</sup> ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law Inc., 2001, p. 282.

<sup>342</sup> ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law Inc., 2001, p. 296.

<sup>343</sup> ROACH, Kent. Sharpening the dialogue debate: the next decade of scholarship. In: *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 174-175, 2007.

geraria apenas uma pseudorroupagem dialógica a uma finalidade oculta de fazer prevalecer uma supremacia judicial real, diante da crença velada de maior capacidade institucional do Judiciário no resguardo de direitos<sup>344</sup>.

Com base nessa perspectiva, a teoria da construção coordenada surge como alternativa apta a estabelecer verdadeira igualdade entre Parlamento e Judiciário, na função de interpretação da Constituição. Os mecanismos para a implementação das finalidades da referida teoria passam pela não vinculação dos Poderes institucionais que discordem da decisão judicial<sup>345</sup>, e pela defesa dos efeitos apenas interpartes das decisões de invalidade de leis proferidas pela Suprema Corte, até a legitimação do Legislativo para superar as decisões de inconstitucionalidade por intermédio de leis ordinárias (superação normativa ou *legislative override*)<sup>346</sup>.

Cotejando-se as teorias dos diálogos constitucionais de origem canadense e da construção coordenada, no que se refere ao mecanismo da superação normativa, infere-se que ambas estabelecem que a interpretação constitucional constitui um processo longo em que se sobressai a contribuição dos envolvidos consoante suas capacidades institucionais específicas, visando-se à acomodação mútua de perspectivas. O que as distingue, entretanto, situa-se nos limites da superação normativa. Para a teoria dos diálogos constitucionais, as leis ordinárias que superam as decisões do Judiciário não se restringem aos limites fixados pela Corte (quanto aos meios aptos a promover objetivos constitucionais definidos de forma exclusiva na manifestação judicial) – como no caso da superação legislativa defendida pela teoria da construção coordenada –, mas também sobre os próprios limites (autorizando-se o Legislador a reiterar objetivos considerados inconstitucionais pela Suprema Corte<sup>347</sup>). Nesse contexto, novas leis idênticas às que declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte (leis *in your face*<sup>348</sup>), aprovadas por

<sup>344</sup> TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights – judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

<sup>345</sup> PAULSEN, Michael Stokes. The irreprehensible myth of Marbury. In: *Michigan Law Review*, n. 101, 2003, p. 2.706. Vide também: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 276.

<sup>346</sup> BAKER, Dennis. *Not quite Supreme: the courts and coordinate constitutional construction*. Canada: McGill-Queen's University Press, 2010, p. 4-5. Vide também: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 276.

<sup>347</sup> BAKER, Dennis. *Not quite Supreme: the courts and coordinate constitutional construction*. Canada: McGill-Queen's University Press, 2010, p. 4-5. Vide também: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 276.

<sup>348</sup> Como adiante se verá, é esse o posicionamento atualmente vigente no sistema constitucional brasileiro. Nesse sentido, em decisão do Supremo Tribunal Federal, pontuou o Min. Luiz Fux: “A legislação



maioria simples pelo Parlamento, constituiriam instrumento inserido dentro da própria estrutura constitucional, sem acarretar uma supremacia parlamentar, caracterizando-se como uma decorrência do sistema de freios e contrapesos, em que nenhum ramo do Poder é detentor da última palavra<sup>349</sup>.

Uma terceira teoria, defendida por Frederick Schauer e Larry Alexander, parte da ideia de que em regimes democráticos os debates não podem se estender de maneira infundável, de forma que, em nome da estabilidade social, afigura-se necessário que em determinado momento a deliberação tenha um ponto final<sup>350</sup>. Trata-se de questão lógica e pré-constitucional de desenho institucional normativo. Autorizar que o Legislativo edite normas retroativas, que tenham o poder de desconstituir os efeitos de decisões de inconstitucionalidade transitada em julgado, poderia gerar uma anarquia interpretativa com graves prejuízos à segurança jurídica. Em razão desse motivo, os autores atribuem à Suprema Corte tanto a função de definir o sentido da Constituição em casos concretos, como também de orientar, de forma vinculante, os demais ramos de governo e agentes estatais, definição que somente poderia ser modificada por emenda constitucional. Schauer, entretanto, defende uma noção mais comedida de supremacia judicial, de acordo com a qual esta deve ser inserida dentro de uma concepção modesta de Constituição, na qual estaria estabelecida tão somente a estrutura do Estado, sem a previsão de normas materiais que direcionariam a sua atuação futura<sup>351</sup>.

#### 3.4 MECANISMOS DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO BRASIL

---

infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (*leis in your face*) nasce com presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a nova legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas. O dever de fundamentação das decisões judicial, inserto no art. 93 IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal enfrente novamente a questão de fundo anteriormente equacionada sempre que o legislador lançar mão de novos fundamentos.” (ADI 5105, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01.10.2015, DJ 16.03.2015).

<sup>349</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 276.

<sup>350</sup> ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Defending judicial supremacy: a reply. In: *Constitutional Commentary*, 2000, v. 17, 455, p. 459.

<sup>351</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 278.

Diante do exposto até o presente momento, conclui-se que os diálogos institucionais podem representar uma alternativa ao modelo de supremacia judicial para a consecução dos objetivos da Constituição. É preferível a adoção de um modelo que não atribua a nenhum órgão a prerrogativa de errar por último, possibilitando correções recíprocas no campo da exegese constitucional, com fundamento na ideia de diálogo, em vez da visão tradicional, que concede a última palavra nesse campo ao Poder Judiciário<sup>352</sup>. Desse modo, não deve haver conflito pela última palavra na interpretação da Constituição, mas um diálogo cooperativo entre instituições, que, com base em suas respectivas características e qualidades, devem se comportar como parceiras na busca do melhor sentido constitucional. Os debates sobre as teorias dos diálogos contribuem para o avanço de uma maior abertura política na interpretação da Constituição, assegurando legitimidade às decisões das Cortes, bem como viabilizando uma maior participação da sociedade civil nessa tarefa, de forma a democratizar a definição de sentido dos ditames constitucionais.

Destaca Conrado Hübner Mendes que se encontram reminiscências dos diálogos na doutrina de Bickel, que já na década de 1960 falava em “colóquio contínuo” (*continuing colloquy*) e em “conversa permanente” (*permanent conversation*). Por sua vez, Louis Fisher, nas décadas de 70 e 80, propunha a necessidade de diálogos constitucionais<sup>353</sup>. Embora nos Estados Unidos o desenho institucional esteja congelado desde a sua fundação, encontram-se variações nas suas práticas interpretativas. Dentro desse cenário é que se desenvolveu grande parte da doutrina sobre os modelos institucionais. Em países do *commonwealth*, como o Canadá, optou-se por reformas institucionais visando prestigiar a revisão judicial na sua matriz fraca.

Impõe-se, então, investigar os mecanismos existentes no modelo brasileiro, que possam aperfeiçoar uma dinâmica cooperativa e progressiva das relações entre as instituições na interpretação da Constituição. Apesar do caráter normativo das teorias dialógicas no contexto brasileiro, na medida em que os diálogos institucionais constituem projeto que demanda uma alteração da compreensão das funções dos Poderes como atribuições estanques, existem mecanismos dentro do desenho

---

<sup>352</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 406.

<sup>353</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106.

institucional nacional que podem viabilizar a implementação do modelo dialógico<sup>354</sup>. Frise-se, por oportuno, que diante dos objetivos relacionados ao tema principal do presente trabalho, optou-se pelo destaque aos diálogos estabelecidos entre os Poderes institucionais, bem como alguns mecanismos de implementação dos denominados diálogos sociais. Não contemplada, portanto, a interação entre as instituições públicas e a sociedade civil, identificada com as associações civis e os movimentos sociais, os denominados diálogos com a cidadania, os quais ainda demandam uma maior elaboração teórica.

Sob o ponto de vista do diálogo no interior da decisão judicial (diálogo intrainstitucional), consoante o entendimento de Virgílio Afonso da Silva, o modelo de controle de constitucionalidade existente no sistema brasileiro pode ser definido como de deliberação externa, na medida em que a preocupação dos integrantes da Corte direciona-se para o convencimento dos atores externos<sup>355</sup>. Cada juiz da Corte elabora seu voto escrito e individual antes da sessão de julgamento, e todas as opiniões são publicadas no documento final do acórdão. Trata-se de um modelo *seriatim*<sup>356</sup>. Desse modo, inexistente prévia troca de votos entre os juízes, de forma que se torna inviável a possibilidade de complementação ou reconsideração das respectivas manifestações individuais decorrentes do monólogo judicial. Ademais, o resultado final do julgamento limita-se a agregar os votos dos ministros, não se observando, portanto, uma posição institucional conjunta da Corte, mas onze diferentes opiniões a cada tema julgado<sup>357</sup>. Tal

---

<sup>354</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: *Revista de Investigações Constitucionais*, Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, Curitiba, vol. 2, n. 3, set/dez 2015, p.183-206, p. 199.

<sup>355</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197-227, 2009, p. 217.

<sup>356</sup> No modelo *per seriatim* a elaboração de uma posição final é meramente agregativa, na soma de posições individuais com, eventualmente, pontos de conformidade ou não. Em contraposição, o modelo *per curiam* visa ao consenso entre os participantes, que se materializa na elaboração de uma opinião única que reflita o acordo entre eles existente.

<sup>357</sup> Em entrevista realizada com Conrado Hübner Mendes, este asseverou: “O STF se manifesta como “onze ilhas” pelo menos de duas maneiras. Em primeiro lugar, quando suas decisões colegiadas correspondem a nada mais do que a soma de votos individuais, sem maiores interações comunicativas entre eles. São decisões fragmentadas, com argumentos diversos, que dificultam a identificação de um fundamento comum. Uma colcha de retalhos. É verdade que, estatisticamente, a maior parte das decisões colegiadas é composta de decisões unânimes, nas quais se segue o voto do relator (aparentemente, o contrário das “onze ilhas”). Isso acontece, sobretudo, nos acórdãos das Turmas. Porém, se olharmos mais atentamente para esses números, percebemos que, quando o caso é controverso e de maior exposição pública do Plenário, a regra é o modelo fragmentado. Praticamente, nenhum ministro do STF resiste à tentação de se expressar com sua própria voz quando está sob os holofotes, mesmo se concorda com a linha de outro voto, ou se o que tem a dizer for, no limite, redundante. Ninguém abre mão da vaidade autoral, nem quando isso teria potencial para estimular uma Corte melhor, que toma decisões melhores.” O STF é refém do capricho de seus ministros. Disponível em:

forma interna de diálogo entre os integrantes do Supremo Tribunal Federal é questionada pela doutrina:

Como exposto anteriormente, os ministros do Supremo tribunal Federal não interagem entre si. Nesse ponto, é preciso tornar o STF uma instituição que tenha voz própria, que não seja a soma de 11 vozes dissociadas.

Em sua forma atual, não há deliberação, não há busca de clareza ou de consenso, não existem concessões mútuas entre os ministros. Se um tribunal, no exercício do controle de constitucionalidade, tem que ser um lócus privilegiado da deliberação e da razão pública, e se sua legitimidade depende da qualidade de sua decisão, é preciso repensar a forma de deliberação do STF.

Além disso, parece-me claro que uma unidade institucional é pré-requisito para o diálogo, já que o diálogo constitucional não ocorre entre pessoas, mas entre instituições<sup>358</sup>.

Uma melhor deliberação dentro das Cortes constitucionais, como pressuposto de sua legitimidade pela proteção de direitos fundamentais, passa, necessariamente, por uma maior interação entre seus integrantes, com a troca prévia de votos e a consolidação de uma posição institucional que não se circunscreva a uma reunião de entendimentos individuais. Modificações como essa, apesar de sua elevada importância, encontram solução simplificada com a alteração do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Mas, preliminarmente, faz-se necessária a conscientização de seus integrantes acerca da importância da construção conjunta de decisões que tenham consistência argumentativa, clareza e completude, bem como quanto à contraprodutividade dos solilóquios institucionais<sup>359</sup>.

Nesse aspecto, ainda, não há como deixar de se mencionar a controversa questão da transmissão dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal pela TV Justiça<sup>360</sup>. Há quem sustente que, caso os julgamentos não fossem televisionados, os juízes se sentiriam mais confortáveis para debaterem seus argumentos e deliberarem posições propostas pelos demais integrantes da Corte. No caso das sessões acompanhadas por inúmeros telespectadores, há quem sustente que o ego e a imposição de autoafirmação dos ministros podem, eventualmente, dificultar uma postura

---

<<http://www.osconstitucionalistas.com.br/conrado-hubner-mendes-o-stf-e-refem-do-capricho-dos-seus-ministros>>. Acesso em: 22.12.2016.

<sup>358</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197-227, 2009, p. 219.

<sup>359</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: *Revista de Investigações Constitucionais*, Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, Curitiba, vol. 2, n. 3, set/dez 2015, p.183-206, p. 200.

<sup>360</sup> Sobre uma análise crítica do tema, ver: RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)*. São Paulo: FGV, 2013.

argumentativa humilde em contraposição a um comportamento mais restrito e direcionado à imagem pública<sup>361</sup>.

A importância do estabelecimento de critérios que tornem claro o entendimento e compreensão da posição do órgão, bem como uma melhora na qualidade de sua deliberação, reside no fato de que a apresentação do resultado final pode impactar no receptor dessas informações, dificultando o diálogo social das decisões. Com a nova perspectiva da jurisdição constitucional, advinda com a Constituição Federal de 1888, além do Poder Judiciário passar a configurar-se como o destinatário das inúmeras demandas sociais e coletivas, o debate constitucional passou a contar com a participação de diversos atores<sup>362</sup>. Desse modo, “ocupar um papel político importante e dialogar com as demais instituições (Legislativo e Executivo) não é um equívoco em si. Disso não decorre uma ilegitimidade da atuação do STF. Contudo, esse novo cenário exige maior atenção sobre o processo decisório do Tribunal”<sup>363</sup>.

Enquanto a deliberação interna refere-se à argumentação e interlocução dos juízes em busca de uma solução concreta para um caso específico, por sua vez, a deliberação externa envolve um processo mais complexo relativo ao que a Constituição espera dos cidadãos e dos atores políticos quanto às questões nela tratadas<sup>364</sup>. Além disso, no diálogo interno a persuasão se concretiza entre os próprios integrantes das Cortes, tanto pela via do debate informal, como pela argumentação direta. Eventual discordância pode ser materializada em votos apartados (vencidos ou vencedores). Já na deliberação externa, a interação entre as diversas instituições se torna mais complexa diante das inúmeras possibilidades de estabelecimento de diálogo entre os ramos de governo e entre estes e a sociedade<sup>365</sup>.

---

<sup>361</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

<sup>362</sup> “O Judiciário tornou-se, na política contemporânea, foro destacado de disputas coletivas, uma arena de cobrança de políticas públicas. Dispõe de um imenso potencial democratizante. Um Poder Judiciário capilarizado e dotado de meios facilitadores do acesso à justiça é uma das metas mais ambiciosas de qualquer regime democrático que preze pela implementação de direitos”. MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 22.

<sup>363</sup> VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. In: *Revista GV*, v. 5, n. 1, p. 21-44, 2009, p. 26.

<sup>364</sup> FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. In: *Texas Law Review*, n. 82, 2004, p. 1671-1704, p. 1.697. Vide também: MATTOS, Karina Denari Gomes de. Democracia e diálogo institucional: a relação entre os poderes no controle das omissões legislativas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. Defesa: São Paulo, 2014, p. 123-124.

<sup>365</sup> MATTOS, Karina Denari Gomes de. Democracia e diálogo institucional: a relação entre os poderes no controle das omissões legislativas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. Defesa: São Paulo, 2014, p. 124.

Considerada a dimensão externa de deliberação, os diálogos estabelecidos entre as instituições podem ser classificados, consoante magistério de Luc Tremblay, em diálogo como conversação e diálogo como deliberação. Assim, no Canadá, o primeiro pode ser compreendido como a relação entre duas pessoas, em posição de igualdade, que trocam opiniões, ideias e pontos de vista de forma informal, inexistindo uma pauta pré-estabelecida de finalidades, bem como qualquer tipo de pressão no que diz respeito à escolha de uma única resposta possível. Destacam-se nessa modalidade a ideia de colaboração e decisão conjunta. Por outro lado, na segunda espécie, de deliberação, a troca de experiências já passa a ser exercida com alguma formalidade, na medida em que se pretende uma avença, a resolução de uma questão concreta. Desse modo, exigem-se alguns pré-requisitos: (i) os participantes devem ser iguais em peso de consideração quanto à opinião externada; (ii) cada participante deve ser ouvido igualmente; (iii) a discussão deve produzir um julgamento, ação ou decisão práticas que podem ser objeto de argumentos racionais pelos demais participantes; (iv) o resultado desta deliberação deve ser fruto de um debate livre e racional entre os participantes reconhecidos como iguais<sup>366</sup>.

Conquanto não se possa apontar a existência formal de diálogos interinstitucionais e com a cidadania no Brasil<sup>367</sup>, vêm surgindo ao longo dos anos no sistema constitucional brasileiro mecanismos que incentivam uma integração institucional e também uma maior integração da sociedade civil no processo de interpretação constitucional. Dentro da classificação acima mencionada, tais dinâmicas se aproximam mais de um diálogo como conversação entre as instituições, porquanto pautados em mecanismos informais de cooperação entre os Poderes instituídos. Daí a

---

<sup>366</sup> TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures In: *Oxford University Press and New York University School of Law*, 2005. I-COM, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005, p. 632. Vide também: MATTOS, Karina Denari Gomes de. Democracia e diálogo institucional: a relação entre os poderes no controle das omissões legislativas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. Defesa: São Paulo, 2014, p. 125.

<sup>367</sup> Sobre o tema, oportuno o registro da Proposta de Emenda Constitucional n. 33, de 25 de maio de 2011, que alterava a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para a declaração de inconstitucionalidade; condicionava o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo; e, no que diz respeito ao tema debatido neste trabalho, submetia ao Congresso Nacional a decisão acerca da inconstitucionalidade de Emenda à Constituição. Por fim, também relacionado ao presente trabalho, estabelecia que, caso o Congresso Nacional se manifestasse contrariamente à decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, a controvérsia fosse submetida à consulta popular. Em 31.01.2015 a PEC restou arquivada, com fundamento no art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Sobre o tema, ver a arguta análise: GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de. Quem detém a última palavra sobre o significado da Constituição? Caderno Direito e Justiça, *Gazeta do Povo*, de 09/05/2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/quem-detem-a-ultima-palavra-sobre-o-significado-da-constituicao-ev4lh6q6b9zm16fllrww9ce>>. Acesso em: 20.08.2016.

importância da institucionalização desses mecanismos e de um maior refinamento em sua utilização.

Como salientado, no que diz respeito aos diálogos interinstitucionais, ainda que a Constituição Federal de 1988 não tenha previsto mecanismos típicos de implementação de diálogos entre os Poderes, como a “cláusula não obstante” (*notwithstanding clause*) ou *override*, da Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, existem procedimentos informais de desenvolvimento do diálogo entre as instituições, como restará demonstrado de forma empírica no próximo tópico deste trabalho.

Além disso, pode-se extrair uma função dialógica do instrumento contemplado no art. 52, inciso X<sup>368</sup>, da Lei Fundamental da República, ao menos de sua interpretação literal. O mencionado dispositivo define como competência do Senado Federal a suspensão, com efeito *erga omnes*, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. O controle difuso de constitucionalidade, no Direito brasileiro, produz efeitos, como regra, apenas em relação às partes do processo (*inter partes*), de modo que a referida previsão viabilizaria que o Senado Federal pudesse estender os efeitos da decisão para todos, ou seja, *erga omnes*. Essa atribuição do Senado foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro já na Constituição de 1934, com a finalidade de atribuir peso aos precedentes dos tribunais superiores (*stare decisis*), considerando-os vinculantes para os tribunais inferiores (*binding effect*), como ocorre no sistema norte-americano, que inspirou a sua implantação no Brasil<sup>369</sup>. Apesar da forte divergência sobre o tema<sup>370</sup>, em se entendendo que a atribuição do Senado Federal de suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal constitui um ato discricionário, poder-

---

<sup>368</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

<sup>369</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 80-81.

<sup>370</sup> No sentido da discricionariedade do ato, além do contido nos arts. 386 a 388, do Regimento Interno do Senado Federal, posicionam-se os seguintes autores: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 882. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 144. Em sentido contrário: SOUSA, Ageu Cordeiro de; CAMPOS, Alinaldo Guedes; DUARTE, André Luiz Negrão. Controle de constitucionalidade – STF VS. Senado Federal: A quem cabe a última palavra? (um estudo crítico do art. 52, X, da Constituição de 1988). In: *Revista do Tribunal regional do Trabalho da 13ª Região*, v. 12, n. 9, João Pessoa, Paraíba, 1990, p. 191. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5038/controle-de-constitucionalidade-stf-vs-senado-federal-a-quem-cabe-a-ultima-palavra>>. Acesso em: 14.11.2016. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1252.

se-ia extrair daí verdadeira função dialógica. Sobre a discricionariedade do ato de atribuição do Senado Federal, pontua Clèmerson Merlin Clève:

A competência do Senado consiste em competência discricionária de natureza política. Cuida-se, a resolução suspensiva, de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em caso concreto. Ao Senado cabe examinar da conveniência e oportunidade de considerar, em tese, suspensos os seus efeitos, de retirar o dispositivo legal ou regulamentar do ordenamento jurídico. Não está obrigado a editar resolução suspensiva<sup>371</sup>.

Seguindo o raciocínio da discricionariedade do ato contemplado no art. 52, inciso X, da Lei Fundamental da República, poderia ser extraída dessa dinâmica uma interpretação conjunta acerca da definição de constitucionalidade de uma norma. Inexistindo preponderância de uma esfera de Poder sobre a outra, estas atuariam de forma coordenada, nos exatos termos da teoria da construção coordenada de Christine Bateup<sup>372</sup>. Sobre essa dinâmica, Luís Roberto Barroso cita exemplo em que o Senado Federal entendeu por não suspender o disposto no art. 9º, da Lei 7.689/88, cuja inconstitucionalidade havia sido reconhecida em decisão proferida no Supremo Tribunal Federal. O dispositivo impugnado instituiu a denominada contribuição social sobre o lucro de pessoas jurídicas. No julgamento do RE 150764, em que figurou como Relator o Min. Sepúlveda Pertence<sup>373</sup>, declarou-se a inconstitucionalidade da norma, com placar apertado. Na sequência de rodada, a matéria restou examinada na Comissão de Constituição e Justiça, que se manifestou de forma negativa quanto à suspensão, em parecer terminativo datado de 28 de outubro de 1993. Não houve recurso contra a decisão e esta se tornou definitiva em 5 de novembro de 1993, com a sua comunicação aos Presidentes da República e do Senado Federal em 18 de novembro de 1993.

Face à inércia do Senado, entretanto, e diante da contrariedade a esse posicionamento, passou-se a sustentar que a finalidade originária do instituto acabou não alcançando seu intento, de forma que sua aplicação deveria ser repensada, por intermédio de uma mutação constitucional. Assim, o Min. Gilmar Mendes, afastando o caráter dialógico do dispositivo, asseverou que o mecanismo contemplado no art. 52, inciso X, da Constituição da República:

---

<sup>371</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 95.

<sup>372</sup> Vide tópico 3.3.

<sup>373</sup> RE 150764, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.12.92, DJ 02.04.93.



“há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso”<sup>374</sup>.

Os diálogos institucionais também podem encontrar aplicação nos casos de omissão inconstitucional. A ferramenta a ser utilizada nessa hipótese poderia configurar uma espécie de grupo de trabalho formado para encontrar uma solução adequada para a omissão em análise. Com base no acordo de vontades entre os representantes das instituições envolvidas com a questão, o grupo produziria uma conclusão, após ampla deliberação. Como pressuposto de implementação do diálogo, seria necessário o reconhecimento e consideração de todos os participantes numa posição de equivalência quanto à capacidade de interpretação da Constituição. Dessa forma, a interação entre as instituições poderia produzir uma concordância com relação à melhor forma de solucionar a questão da omissão inconstitucional com respeito à legitimidade e consideração aos direitos fundamentais<sup>375</sup>.

O modelo jurídico brasileiro atual apresenta mecanismos comprometidos com um debate público e que estimulam uma atuação mais cooperativa e democrática pelo Poder Judiciário, viabilizando a participação das demais instâncias políticas e, também, da própria sociedade civil na tomada de decisões. Nessa perspectiva, tanto as audiências públicas<sup>376</sup>, como a participação dos *amici curiae*<sup>377</sup> acarretaram uma aproximação entre o Supremo Tribunal Federal e os cidadãos, ampliando seu acesso ao Poder Judiciário, na medida em que autorizaram que, nos casos em que a controvérsia transponha o âmbito do Direito, ou envolva questão ainda não debatida judicialmente, seja possível, diante da necessidade de elucidação da questão, a consulta a órgãos ou entidades com conhecimento específico na matéria, a fim de que se exponham posicionamentos técnico-científicos sobre o tema constitucional objeto de análise.

---

<sup>374</sup> Informativo 454 do Supremo Tribunal Federal.

<sup>375</sup> LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. *Paradoxo entre constitucionalismo e democracia: alternativas à colmatação de lacunas inconstitucionais no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Brasília, Faculdade de Direito. Defesa: Brasília, 2014.

<sup>376</sup> Art. 9º, § 1º, da Lei 9.868/99; art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/99.

<sup>377</sup> Verifica-se a possibilidade de atuação deste ator constitucional no processo de controle abstrato de constitucionalidade (no caso de ADI e ADC, art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99; no caso de ADPF, art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei 9.882/99) e nos incidentes de inconstitucionalidade nos Tribunais (art. 950 do CPC). A abertura procedimental também ocorre por intermédio de novos mecanismos de “abstrativização” do controle difuso de constitucionalidade, como pode ser observado no processo de aprovação de súmula vinculante (art. 3º, § 2º, da Lei 11.417/06.), bem como no julgamento de questões que tenham a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (art. 1.038 do CPC), ou que envolvam demandas repetitivas junto ao Superior Tribunal de Justiça (art. 983 do CPC, 1.038).

Nessa perspectiva, as audiências públicas e a oitiva dos *amici curiae* asseguram a congruência entre as decisões judiciais e a opinião pública, revelando a importância do debate promovido pelos ministros da Corte acerca de questões alheias à atividade judicial e no esclarecimento de temas que geram controvérsias morais e científicas na sociedade. As audiências tem a finalidade de receber *inputs* de uma variedade de pessoas com *expertise* particular em diversas áreas. Ao se realizarem, proporciona-se ao Supremo Tribunal Federal uma visão interdisciplinar sobre o tema debatido e concedem-se maiores elementos para o julgamento da questão, de forma a legitimar a decisão da Corte por intermédio da opinião pública. Assim, “conhecer fielmente os fatos, não isoladamente, mas sim, projetados no seio de uma realidade social traz um signo de sensatez para a análise de todos os prismas da controvérsia, possibilitando melhores escolhas dentro dos fins constitucionalmente protegidos”<sup>378</sup>.

Apesar de não constarem de forma expressa no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, a Corte acabou por definir os respectivos procedimentos de forma jurisprudencial<sup>379</sup>. Com efeito, ao julgar a ADI 3.510<sup>380</sup>, que envolvia a Lei de Biossegurança e a utilização das células-tronco para pesquisas, o Supremo Tribunal Federal inaugurou a aplicação das audiências públicas no âmbito do tribunal. Após essa experiência inicial, as audiências públicas continuaram a ser utilizadas em outros casos, com a participação de especialistas de organizações governamentais e não governamentais, envolvendo questões das mais diversas áreas e interesses sociais, como financiamento de campanhas políticas, utilização de amianto, programa Mais Médicos, interrupção de gravidez em caso de anencefalia e publicação de biografias não autorizadas, para citar apenas alguns.

Ainda que tais mecanismos se encontrem ambientados à prática da Corte, parcela da doutrina questiona seu real potencial de contribuição para a efetivação de um modelo dialógico. Discute-se, em resenha, se a sua adoção buscaria atender a uma carência de informações ou à necessidade de legitimação das decisões. Nesse contexto,

---

<sup>378</sup> SILVA, Cecília de Almeida; AJOUZ, Igor. Audiências públicas na Suprema Corte brasileira: novas tendências para o diálogo social. Disponível em: < [www.agu.gov.br/page/download/index/id/18004099](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/18004099) >. Acesso em: 27.12.2016.

<sup>379</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Audiências Públicas e ativismo – diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 43-44. “Em sede de Regimento Interno do STF, a figura do Terceiro Requerente, identificada pela doutrina como *amicus curiae*, não encontra previsão expressa. Isso porque o tema do processamento da ADIN mantém ainda em grande parte a redação original do RISTF que, como se sabe, é anterior ao Texto de 1988. (...) Já a figura da audiência pública – formalmente introduzida como diligência possível no processamento das ações abstratas de controle de constitucionalidade pela Lei n. 9.868/99 – foi integrada ao RISTF, especialmente pela Emenda Regimental n. 29/09”.

<sup>380</sup> ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto, j. 29.05.2008, DJ 28.05.2010.

a forma como o Supremo Tribunal Federal estabelece os mecanismos de participação influenciam no resultado final do procedimento. Circunstância como a vedação de debate, com a mera conjugação de informações verbais escritas, traduz alguns dos questionamentos aos procedimentos aplicados pela Corte. Outras críticas cingem-se ao curto espaço de tempo e à participação de diversos autores, que aproximam a prática a uma representação pacificadora entre muitos, com baixa qualidade de diálogo. Além disso, a ausência de parâmetros para a seleção de participantes que possam representar o dissenso sobre determinado tema também é criticada<sup>381</sup>.

Reconhece-se, portanto, que apesar de mitigar os efeitos antidemocráticos, referido instrumento não representa uma solução completa. De qualquer forma, sua utilização, ainda que sujeita a críticas pertinentes, desmistifica o contexto exclusivamente técnico no qual se forma a decisão judicial, bem como encoraja a participação social, estimulando um debate mais amplo. O resultado da participação, quando incrementada nas decisões judiciais de forma efetiva, com a subsequente exteriorização nos julgados, evidencia um ciclo de debates sobre os temas analisados, que:

pode impulsionar também novas demandas políticas e legislativas, debatendo-se e delineando-se novas regras e práticas políticas de concretização constitucional. Todas as esferas de poder, enfim, concorrem e se expõem aos diálogos – seja aqueles travados com outras instâncias formais de poder, sejam aquele que elege como interlocutor a sociedade<sup>382</sup>.

Por fim, cumpre lembrar, como asseverado por Conrado Hübner Mendes, que o diálogo interinstitucional é engendrado por dois componentes básicos: i) o desenho institucional que o disciplina formalmente; ii) a cultura política que o anima<sup>383</sup>. Desse modo, além do desenvolvimento de uma concepção dialógica poder ocorrer pela via institucional, por intermédio de alterações legislativas, o mesmo resultado pode ser alcançado pela alteração do processo interpretativo, mediante o questionamento do dogma da última palavra na interpretação da Constituição e da difusão de uma cultura do diálogo. Portanto, ainda que não se alterem as variáveis institucionais, torna-se

---

<sup>381</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). *Audiências Públicas e ativismo – diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>382</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do (coord.). *Audiências Públicas e ativismo – diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33.

<sup>383</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 173.

possível o desenvolvimento de uma dinâmica mais cooperativa no contexto brasileiro, influenciada por fatores culturais, e que se afasta da ideia de supremacia judicial.

### 3.5 DIÁLOGOS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

#### **3.5.1 O diálogo interinstitucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional**

O objetivo do presente tópico é analisar a possibilidade de desenvolvimento da prática dos diálogos constitucionais no Brasil, levando-se em consideração o desenho institucional do sistema vigente. Diante do exame sobre as virtudes ativas e passivas de juízes e Cortes, bem como de suas capacidades institucionais, é possível pensar a atuação do Poder Judiciário, quando da implementação de revisão judicial, como facilitador de um diálogo sobre a melhor maneira de se interpretar e aplicar a Constituição, de forma a democratizar o exercício da jurisdição constitucional. Para tanto, parte-se da premissa de que a atuação do Supremo Tribunal Federal está ancorada na representatividade argumentativa, ao passo que o Congresso Nacional materializa a instância por excelência da representação política. Busca-se demonstrar que a implementação das teorias dialógicas pode viabilizar que a interpretação e aplicação da Constituição se tornem tarefas dialógicas e cooperativas entre Poderes, e não uma competição entre adversários.

No que diz respeito ao desenho institucional vigente, os arts. 102, § 2º, e 103-A, da Constituição da República, prescrevem que os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade abstrato são gerais e vinculantes tão somente em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, não vinculando, portanto, o Poder Legislativo pelo conteúdo de suas manifestações. As decisões do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, são insuscetíveis de invalidação pelas instâncias políticas. Essa circunstância, entretanto, não inviabiliza a reversão legislativa da jurisprudência da Corte, na medida em que, como visto, os efeitos vinculantes das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade não se estendem ao Poder Legislativo. Portanto, no sistema constitucional brasileiro afigura-se possível a reação política contra as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tanto pela aprovação de emenda à

Constituição, como pela edição de legislação infraconstitucional. A depender do caso, uma ou outra situação ensejará reação distinta do STF.

No caso de uma emenda constitucional reverter a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrerá a alteração do próprio texto da Lei Fundamental da República e, por conseguinte, do fundamento de validade da legislação ordinária, de forma que a invalidação deverá se configurar nas hipóteses de inobservância dos limites impostos pelo art. 60 da Constituição da República<sup>384</sup>.

Por sua vez, existe também a possibilidade de aprovação de legislação infraconstitucional em colisão com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (leis *in your face*). Se isso ocorrer, abre-se a possibilidade da nova lei também ser declarada inconstitucional. Todavia, o resultado pode ser distinto. Ao legislador, nesse caso, incumbe demonstrar que a retificação da posição da Corte se faz necessária, ou, ainda, evidenciar, argumentativamente, que as premissas fáticas ou axiológicas da alteração em que se assentou a jurisprudência não remanescem<sup>385</sup>. Por outro lado, a postura adequada do Supremo Tribunal Federal consiste na reflexão sobre os novos elementos que deram embasamento à nova norma, agregados pelo Poder Legislativo, ou decorrentes do debate pela opinião pública, e não na sua mera desconsideração em razão de uma suposta afronta a sua autoridade. Deve-se agir com a lógica do diálogo, e não do conflito. Acrescente-se, ainda, que, no intervalo de tempo transcorrido entre o primeiro e segundo atos normativos, existe a possibilidade de se alterar o entendimento de algum dos ministros ou até mesmo de ocorrer mudança na composição da Corte, circunstâncias que podem afetar o julgamento do caso<sup>386</sup>.

Nesse contexto, conclui-se que não constitui atribuição exclusiva do Poder Judiciário a interpretação da Constituição, nem a de dar a última palavra sobre o sentido dos ditames constitucionais. O Supremo Tribunal Federal ocupa uma posição de destaque no circuito decisório, com a responsabilidade de guarda precípua da Constituição da República, sem, entretanto, que se estabeleça uma supremacia judicial, de forma que as decisões devem ser compreendidas como uma espécie de “última palavra provisória”, que encerra apenas uma das rodadas deliberativas sobre o tema debatido.

---

<sup>384</sup> Nesse sentido: ADI 5105, Rel. Min. Luiz Fux. j. 01.10.2015, DJ 16.03.2015.

<sup>385</sup> Nesse sentido: ADI 5105, Rel. Min. Luiz Fux. j. 01.10.2015, DJ 16.03.2015.

<sup>386</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2014, p. 409.

Com efeito, não é possível se pensar em um equilíbrio estático do sistema, mas sim, em uma acomodação dinâmica, de forma que se torna inevitável atribuir a alguém a “última palavra em cada rodada procedimental”. Como destaca Conrado Hübner Mendes, toda Constituição estabelece as vias para a vocalização institucional de projetos coletivos para a solução de conflitos, caminhos que têm um ponto de partida e, após estágios intermediários, alcançam um ponto final. Referido ponto será final dentro de uma rodada, que sempre pode ser recomeçada. A possibilidade de recomeçar, entretanto, não é irrelevante para a reflexão acerca da autoridade democrática, na medida em que o reinício implica uma nova mobilização de diversos recursos, de tempo e esforços argumentativos, todos necessários para movimentar a máquina institucional<sup>387</sup>. Dentro desse contexto, incumbiria ao Supremo Tribunal Federal o seguinte papel:

Nesse sentido, defendo ser preferível um tribunal comedido e modesto na retórica, que se enxerga como participante de um processo interinstitucional de construção do significado da constituição e que não se intimida com ser ativista quando detentor de um bom argumento, a um tribunal verborrágico, mas pouco corajoso no desafio ao legislador. À medida que amansa a retórica e investe seriamente no seu desempenho deliberativo, o STF pode construir melhores condições políticas para intervir com maior intensidade. Pratica o ativismo não para se impor, mas para provocar reações. Desafia a outra instituição a buscar um melhor argumento, não a se calar e obedecer. Faz menos alarde, e pode vir a ser mais bem sucedido na promoção de direitos. Não vê nos fenômenos da resposta legislativa, da construção coordenada, da cooperação, etc. afrontas à sua autoridade<sup>388</sup>.

### 3.5.1.1 Superação de decisões do STF por emenda constitucional

A via da emenda constitucional, por trazer segurança e maior aceitação à resposta dada pelo Congresso, definindo a rodada procedimental ainda que provisoriamente<sup>389</sup>, tem se configurado como a forma mais frequente, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, para a superação da interpretação constitucional. Nesse caso, não se poderia falar nem mesmo em violação à suposta prerrogativa da Corte de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição, porquanto a reforma da Constituição alcança o próprio texto constitucional interpretado. Por se tratar de norma

<sup>387</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 170.

<sup>388</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215.

<sup>389</sup> ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. In: *Harvard Law Review*, v. 110, n. 7, may 1997, p. 1359.

constitucional, aprovada com quórum qualificado de três quintos dos parlamentares de ambas as casas legislativas, em sendo questionada a constitucionalidade da emenda constitucional editada em sentido diverso da decisão anterior proferida pela Corte, a postura do Supremo Tribunal Federal deve ser de comedimento e deferência à interpretação constitucional realizada pelo Congresso<sup>390</sup>.

São diversos os exemplos, aliás, que evidenciam a referida prática e, por conseguinte, a inexistência de uma última palavra na interpretação da Constituição efetivada pela Suprema Corte. Outrossim, na mesma linha de raciocínio desenvolvida por Peter Hogg e Allison Bushell no ponto 3.3, a mera possibilidade de reação, ainda que não implementada, pode ser compreendida, desde que consciente, como uma dinâmica interativa.

Essa experiência pode ser exemplificada pelo caso da definição da proporcionalidade do número de vereadores dos municípios brasileiros<sup>391</sup>. O texto originário da Constituição Federal de 1988 estipulava um número mínimo e máximo de vereadores para as câmaras municipais, com base na população local, acrescentando que o referido quantitativo, a ser definido em cada Lei Orgânica do Município, deveria ser proporcional à respectiva população (CF, art. 29, inciso IV). Em interpretação a esse último dispositivo, os legisladores municipais, nas respectivas Leis Orgânicas, compreenderam restar-lhes assegurada a discricionariedade na fixação do número de vereadores, desde que respeitados os limites mínimo e máximo estabelecidos na Constituição da República.

Encaminhado o debate da questão ao Supremo Tribunal Federal, os Ministros declararam a inconstitucionalidade da Lei do Município de Mira Estrela, SP, que estabelecia o número de 11 cargos de vereadores para uma população de menos de três mil habitantes. Referido dispositivo constitucional estabelecia que a quantidade de vereadores dos municípios deveria ser proporcional às suas populações. Dessa forma, resolveram os Ministros preencher o conteúdo da expressão “proporcional”, valendo-se para tanto de um cálculo aritmético, a fim de encontrar uma quantidade razoável entre população e número de vereadores. Na decisão, o Min. Maurício Corrêa, Relator do caso, propôs elaborar três tabelas, uma para cada alínea do art. 29, inciso IV, da

---

<sup>390</sup> NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2014, p. 409.

<sup>391</sup> RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa j. 06.06.2002; DJ 07.05.2004.

Constituição da República, estabelecendo a proporção exata de vereadores de acordo com a população dos municípios.

Acompanhando o voto do Relator, o Min. Gilmar Mendes, ratificando a relevância do critério aritmético para atender ao princípio da proporcionalidade, bem como a importância da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e a fim de atender o princípio da segurança jurídica, resguardou o mandato dos vereadores já investidos, assim como os respectivos atos políticos decorrentes do exercício desses mandatos. O entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal estava em plena consonância com a opinião pública, que enxergava no elevado número de vereadores uma perda desnecessária de recursos públicos.

À decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal seguiu-se manifestação do Superior Tribunal Eleitoral, que reduziu de forma considerável o número de cargos, inclusive editando a Resolução n. 21.702/04, que posteriormente restou impugnada por intermédio de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade<sup>392</sup>, em cujo julgamento se confirmou a constitucionalidade da referida norma administrativa, em ratificação do entendimento originário da Suprema Corte. A mencionada Resolução somente foi implementada no pleito eleitoral seguinte, ante a modulação dos efeitos promovida na decisão do Supremo Tribunal Federal, não sem a realização de diversos protestos junto ao Congresso Nacional.

Na sequência de rodadas procedimentais, o Congresso Nacional, no esforço de superar a decisão judicial, alterou o entendimento até então consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, mediante a aprovação da Emenda Constitucional n. 58/09, suprimindo a regra da proporcionalidade e majorando o número de cargos de vereadores permitidos por município. Para mitigar os efeitos negativos perante a opinião pública, inseriu-se na Emenda um dispositivo destinado a limitar o repasse de recursos orçamentários às Câmaras Municipais. Em acréscimo, ainda, os Parlamentares previram uma cláusula de retroatividade na Emenda, de forma que, apesar de aprovada em 23.09.2009, retrocedeu seus efeitos ao pleito eleitoral de 2008, circunstância que viabilizou a criação de novos cargos eletivos, na metade da legislatura, acomodando vereadores tardios.

Ajuizada nova demanda direcionada a impugnar tal retroatividade<sup>393</sup>, os Ministros, em mudança de perspectiva, acolheram o pedido, para o fim de conceder a cautelar e, assim, suspender especificamente a eficácia do dispositivo que estabelecera a

---

<sup>392</sup> ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25.08.2005; DJ 20.08.2010.

<sup>393</sup> ADI 4.307, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11.04.2013, DJ 01.10.2013.



retroatividade, face à violação aos princípios da anualidade eleitoral, segurança jurídica, entre outros.

Do exame do caso acima mencionado, observa-se a consecução de diversos efeitos dialógicos, nos termos sintetizados por Christine Bateup<sup>394</sup>. A modulação dos efeitos poderia indicar a adoção da Teoria do aconselhamento, ao se oportunizar ao Parlamento a possibilidade de apresentar uma reposta legislativa que entendesse devida, enquanto que na rodada procedimental seguinte, com a prolação da segunda decisão do Supremo Tribunal Federal, observa-se a aplicação da Teoria da parceria. Ao final, restam demonstrados alguns efeitos da Teoria estrutural, diante da pretensão do controle político efetivada sobre os atos da Corte<sup>395</sup>.

Além disso, infere-se que a interação entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal, aliada à contribuição da opinião pública, foi mais proveitosa do que a interpretação constitucional isolada de cada uma das referidas instituições, demonstrando-se, assim, de forma concreta, as vantagens dos diálogos interinstitucionais. Com efeito, como resultado dessa interação alcançou-se ao final uma solução vantajosa aos propósitos estipulados na Lei Fundamental da República, porquanto, ao mesmo tempo em que se limitaram os excessivos gastos com o elevado número de cargos de vereadores, assegurou-se a esfera de auto-organização dos municípios, sem, entretanto, deixar-se de limitar os excessos cometidos pelo Congresso Nacional, ao se impedir os efeitos retroativos da Emenda.

Outro exemplo de superação de decisão judicial do Supremo Tribunal Federal, por intermédio de emenda constitucional editada pelo Congresso Nacional, consiste no julgamento relativo ao Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) progressivo, conforme o valor do imóvel<sup>396</sup>. Consoante entendimento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por apresentar natureza real, não se admitiria a progressividade do referido tributo, nos termos dos arts. 145, § 1º, da Constituição Federal, resguardada apenas para o caso do descumprimento da função social do imóvel urbano. Em resposta a essa decisão, foi aprovada pelo Congresso Nacional a Emenda Constitucional n. 29/2000, que atribuiu nova redação ao art. 156, § 1º, da Constituição da República,

---

<sup>394</sup> Vide ponto 3.3.

<sup>395</sup> SILVA, Cecília de Almeida; MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 121.

<sup>396</sup> RE 153.771, Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, j. 20.11.96, DJ 05.09.97.

autorizando, para todas as situações, a progressividade em razão do valor venal do imóvel, que anteriormente fora obstaculizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Solução semelhante se verificou no julgamento de diversas leis municipais que criavam a denominada taxa de iluminação pública<sup>397</sup>. Os ministros do Supremo Tribunal Federal consideraram inconstitucionais as mencionadas normas municipais, sob o argumento de que a iluminação pública não se caracterizaria como um serviço público específico e divisível, fato gerador da exação da espécie de tributo “taxa”. Em reação a essa decisão, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional n. 39/2002, instituindo, com o mesmo propósito de atender aos interesses financeiros municipais, a “contribuição para custeio da iluminação pública”.

### 3.5.1.2 Superação de decisões do STF por maiorias legislativas simples

Com relação à possibilidade de reversão de decisões do Supremo Tribunal Federal, por meio de atos normativos infraconstitucionais, a situação se apresenta um pouco distinta, diante do maior acirramento entre Corte e Parlamento nessa hipótese. Do exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal podem ser extraídas decisões contraditórias sobre o tema.

Exemplo disso constitui o julgamento do caso envolvendo o foro por prerrogativa de função<sup>398</sup>. Durante décadas vigorou o enunciado contido na Súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, editada ainda durante a Constituição de 1946, que ampliava o foro por prerrogativa de função para julgamento dos atos praticados durante o exercício da função pública, mesmo após o agente deixar de exercer o cargo público. Em revisão a esse posicionamento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram a inconstitucionalidade do entendimento anterior e revogaram a referida Súmula, estabelecendo que apenas durante o exercício da função pública se asseguraria o foro privilegiado<sup>399</sup>.

Na sequência de atos, no final de 2002, restou aprovada a Lei 10.628, que, alterando a redação do art. 84, § 1º, do Código de Processo Penal, novamente estendeu o foro por prerrogativa de função em relação a atos executados no exercício da função,

---

<sup>397</sup> RE 233.332, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 10.03.99, DJ 14.05.99.

<sup>398</sup> ADI 2.797, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.09.2005, DJ 19.12.2006. Nos Estados Unidos, em caso semelhante veja-se: *City of Boerne v. Flores* (521 U.S. 507 1997). Nos dois casos pode se observar reações legislativas diretas às decisões judiciais.

<sup>399</sup> Inq. 687-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 25.08.97, DJ 09.01.2001.

mesmo que o inquérito ou ação judicial tenha início após a cessação do exercício da função pública. Provocado, o Supremo Tribunal Federal voltou a debater a questão e, por maioria, declarou a inconstitucionalidade da norma impugnada, sob o argumento de que uma lei não poderia servir para superar uma interpretação da Corte. Como resultado do debate, restaram exarados votos divergentes com relação ao fundamento do pedido, com distintas concepções sobre o tema.

Em condução do posicionamento prevalente, o Min. Sepúlveda Pertence reconheceu a inconstitucionalidade da aprovação pelo Congresso Nacional de lei que promova interpretação constitucional diversa da atribuída pelo Supremo Tribunal Federal. No caso, configurar-se-ia uma inconstitucionalidade tanto material, como formal, porquanto não se permite que norma inferior tenha por objeto imediato a interpretação de norma superior, sob pena de inversão da hierarquia normativa e de desvinculação entre Congresso Nacional e texto constitucional. Apesar desse entendimento, o Ministro deixou aberta a possibilidade de edição de lei idêntica à declarada inconstitucional pela Corte, na medida em que o efeito vinculante das decisões, mesmo no controle abstrato de constitucionalidade, não alcança o Poder Legislativo<sup>400</sup>. A lei editada sob essa perspectiva configuraria uma simples reabertura do debate entre Corte e o Congresso.

Por sua vez, em posicionamento oposto ao do Relator, o Min. Eros Grau se manifestou pela improcedência do pedido, apresentando voto vencido no qual afirmou que se afigura possível que uma lei materialize uma interpretação da Constituição diversa daquela oriunda do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, não pode a norma superar uma decisão da Corte que declara a inconstitucionalidade de lei anterior. Nessa hipótese, a última palavra seria do Supremo Tribunal Federal.

Acompanhando a divergência aberta pelo Min. Eros Grau, mas com fundamento em argumentos distintos, o Min. Gilmar Mendes defendeu a postura dialógica da Corte, manifestando-se de forma favorável à abertura da interpretação constitucional aos diversos atores sociais, em especial ao legislador, cuja liberdade de conformação na concretização da Constituição deve ser ampla<sup>401</sup>. No entendimento do Ministro, não há como presumir a inconstitucionalidade de uma norma pelo simples fato de ela contrariar uma suposta “última palavra” do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Assim, independente de uma nova lei ser idêntica à outra anteriormente declarada

---

<sup>400</sup> Cf. art. 28, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99.

<sup>401</sup> Posição defendida no presente trabalho.

inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou de materializar exegese diversa da por ele realizada, uma vez questionada a sua constitucionalidade, deve a Corte abrir-se ao diálogo interinstitucional, e reafirmar a compatibilidade material entre a nova lei editada e o texto constitucional, podendo manter o mesmo entendimento anterior ou acolher as atuais razões do legislador. Entretanto, as leis, já no momento de sua aprovação, passariam a conservar uma presunção relativa de inconstitucionalidade, em razão de sua contrariedade à interpretação constitucional realizada precedentemente pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, em outros julgamentos do Supremo Tribunal Federal observam-se decisões mais consentâneas com a posição adotada no presente trabalho, no sentido de que viabilizam a instrumentalização de diálogo interinstitucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário, inclusive com a menção expressa a essa dinâmica. Aliás, ainda a respeito do tema relativo ao foro por prerrogativa de função, questão que permeia as relações institucionais de forma frequente, no caso em que se debatiam os efeitos da renúncia ao mandato por parlamentar que responde a ação penal junto ao Supremo Tribunal Federal, e a conseqüente declinação de competência, o Ministro Roberto Barroso asseverou:

9. Por todas essas razões, é boa hora para se renovar uma prática desejável de diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. Relembre-se que, recentemente, diante das dificuldades trazidas pelo texto constitucional com relação à perda de mandato pelo parlamentar condenado criminalmente, o Senado Federal, em boa hora, aprovou proposta de emenda constitucional superando o confuso tratamento que a Constituição dá à matéria.

10. Pois bem: também em relação ao tema ora em discussão, parece evidente a deficiência do regramento constitucional. Por essa razão, seguem-se algumas ideias para iniciar o diálogo institucional. A palavra final nesta questão, como nas decisões políticas em geral, é do Congresso Nacional, seja funcionando como poder legislativo, seja como poder constituinte reformador<sup>402</sup>.

Por sua vez, no julgamento do caso que tratou do instituto da desaposentação<sup>403</sup>, o Ministro Roberto Barroso, um dos incentivadores do modelo dialógico na atual composição do Supremo Tribunal Federal<sup>404</sup>, voltou a implementar

---

<sup>402</sup> QO na AP 606, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 12.08.2014, DJ 18.09.2014.

<sup>403</sup> RE 661.256, Rel. Roberto Barroso, j. 09.10.2014, DJ 13.11.2014.

<sup>404</sup> Em entrevista concedida em 2015, o Ministro afirmou: “Em alguns casos, tenho adotado uma posição doutrinária que se denomina de ‘diálogos institucionais’, que é uma interação entre o Judiciário e o Poder Legislativo, o chamado apelo ao legislador”. BARROSO, Luís Roberto. Óleo na engrenagem. In: *Consultor Jurídico*, 02.07.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>>. Acesso em: 12.12.2016.

uma dinâmica apta a gerar um verdadeiro diálogo interinstitucional. Antes de julgar o caso, a Corte submeteu a questão a um amplo debate, com a participação da União, da sociedade civil, segurados, entidades associativas e do próprio Congresso Nacional.

Verificada a hipótese de existência de mais de uma solução possível para a questão constitucional, o Ministro Roberto Barroso, em sessão realizada em 09.10.2014, estabeleceu as premissas interpretativas que deveriam orientar a prolação da decisão e exarou um comando, condicionado a determinado período de tempo<sup>405</sup>, no qual os demais Poderes poderiam se manifestar acerca da solução de uma saída normativa factível e consentânea com o fundamento do provimento judicial<sup>406</sup>. Em se caracterizando a inércia do Poder provocado, passar-se-iam a aplicar, então, em sua plenitude, os efeitos da decisão da Corte.

Em prosseguimento às rodadas procedimentais, no ano de 2015 o Poder Legislativo se movimentou no sentido de buscar uma solução para a questão. Assim, visando regulamentar de forma concreta o tema da desaposentação, o Congresso Nacional aprovou a Lei 13.183/2015. Na sequência, vetado<sup>407</sup> o dispositivo que apresentava solução ao tema, referido ato presidencial foi mantido em sessão realizada em 15.12.2015.

Em nova etapa, ultrapassada a tentativa de regulamentação normativa da desaposentação por parte do Poder Legislativo, o caso retornou à pauta do Supremo Tribunal Federal, para prosseguimento do julgamento anteriormente citado. Iniciado o exame, restou reconhecida a legitimidade da tentativa de regulamentação do tema pelo Poder Legislativo. O Ministro Gilmar Mendes pontuou que se se configurou omissão a respeito da questão, esta decorreu da deliberação específica do legislador, que compreendeu não ser conveniente e oportuno cancelar e regulamentar, por razões políticas, o direito pleiteado pelos segurados – um verdadeiro “silêncio eloquente”. Em conclusão, é possível nesse caso observar que a decisão do Poder Judiciário provocou

---

<sup>405</sup> Tal postura se coaduna com a corrente teórica defendida por Mark Tushnet denominada *weak-form judicial review*, cuja premissa não indica a possibilidade de substituição do entendimento do Parlamento ou do Executivo acerca do conteúdo do texto constitucional por uma decisão do Poder Judiciário, mas viabiliza a instrumentalização do diálogo interinstitucional. Ver: TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights – judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

<sup>406</sup> A solução também se coaduna com os postulados do minimalismo judicial, na medida em que busca resguardar a atividade legislativa.

<sup>407</sup> As razões do veto foram assim expostas: “As alterações introduziram no ordenamento jurídico a chamada ‘desaposentação’, que contraria os pilares do sistema previdenciário brasileiro, cujo financiamento é intergeracional e adota o regime de repartição simples. A alteração resultaria, ainda, na possibilidade de cumulação de aposentadoria com outros benefícios de forma injustificada, além de conflitar com o disposto no § 1º, do art. 86 da própria Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991”.

uma resposta do Legislativo, a qual restou devidamente prestigiada no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, abrindo espaço a uma verdadeira interação entre os Poderes e, por conseguinte, a uma interpretação constitucional mais proveitosa do que a eventualmente produzida por apenas um deles.

Ainda seguindo essa mesma concepção dialógica, cita-se julgamento em que o Supremo Tribunal Federal admitiu superação legislativa de decisão anterior da Corte, em mecanismo muito semelhante às leis *in your face*, do modelo canadense. Ao examinar a questão relativa à aposentadoria especial de professores e tempo de serviço prestado fora de sala de aula, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da nova lei, que alterava a interpretação de entendimento já sumulado da Corte. O debate envolvia a exegese dos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição.

Sobre o tema, dispunha a Súmula 726, aprovada em 2003<sup>408</sup>, que, “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço fora de sala de aula”. Em 2006, restou aprovada a Lei 11.301, que alterou o art. 67 da Lei n. 9.394/96, passando a autorizar a consideração do tempo de trabalho de assessoramento pedagógico e de direção escolar para o cômputo da aposentadoria especial de professores. Ao examinar a constitucionalidade da aludida lei, os Ministros admitiram, por maioria, a sua constitucionalidade, mesmo tendo a norma alterado a interpretação constitucional anterior da Corte, reconhecendo de forma expressa que “as funções de direção, coordenação de assessoramento pedagógico integram a carreira de magistério”, não se circunscrevendo, portanto, as funções de magistério apenas ao trabalho dentro de sala de aula<sup>409</sup>. Portanto, de forma diversa à adotada no caso do foro por prerrogativa de função, acima tratado, em que se reconheceu a inconstitucionalidade da lei apenas por ter revertido interpretação da Constituição promovida pelo Supremo Tribunal Federal, os Ministros reinterpretaram o texto constitucional, aquiescendo ao entendimento adotado pelo Poder Legislativo.

Em relevante julgamento sob a perspectiva dos diálogos interinstitucionais, envolvendo o direito de antena e de acesso aos recursos do fundo partidário às novas agremiações partidárias criadas após a realização das eleições, o julgamento acima citado, relativo à aposentadoria especial e o tempo de serviço prestado fora da sala de

---

<sup>408</sup> Súmula 726. Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.

<sup>409</sup> ADI 3.772, Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, j. 29.10.2008, DJ 27.03.2009.

aula (ADI 3.772), voltou a ser mencionado. No caso, foi debatida a constitucionalidade dos arts. 1º e 2º da Lei 12.875/2013, que subtraíram dos partidos novos, criados no curso da legislatura, o acesso ao fundo partidário e ao direito de antena. A inconstitucionalidade decorreria da violação do art. 17, *caput*, e parágrafo 3º, da Constituição Federal. O detalhe relevante do caso é que a lei impugnada adveio poucos meses após o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a constitucionalidade do art. 47, parágrafo 2º, inciso II, da Lei 9.504/97 (ADIs 4.430 e 4.795), promover interpretação conforme à Constituição, para, diferentemente do que passou a prever a Lei 12.875/2013, assegurar aos partidos novos o direito de acesso proporcional à propaganda eleitoral gratuita no rádio e televisão. Daí o questionamento surgido acerca da possibilidade de correção legislativa de decisão do Supremo Tribunal Federal.

Em sua decisão, ao mesmo tempo em que reconheceu a aplicabilidade dos diálogos institucionais na sistemática constitucional brasileira, por intermédio da relação dos múltiplos intérpretes da Constituição (Legislativo, Executivo, Judiciário e segmentos da sociedade civil organizada), o Min. Relator Luiz Fux afastou a ideia de supremacia judicial material (definitiva), admitindo a possibilidade da reversão legislativa da jurisprudência da Corte, seja pela atuação do constituinte reformador (por emendas constitucionais), seja pela inovação do legislador infraconstitucional (por edição de leis ordinárias e complementares), exatamente como ocorrera no julgamento da ADI 3.772, que tratou da aposentadoria especial dos professores. Ao proferir o julgamento, asseverou o Ministro Luiz Fux:

"(...), na ADI n.º 3.772, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, chancelou-se a constitucionalidade da Lei federal n.º 11.301/2006, que frontalmente colidia com a jurisprudência remansosa do Tribunal acerca do sentido da expressão 'funções de magistério', para fins de cômputo de tempo da aposentadoria especial, nos termos do art. 40, §5º, da Constituição (...). (...), o Supremo Tribunal Federal afirmou, encampando interpretação estrita, que a docência caracterizar-se-ia pelo exercício de função em sala de aula, entendimento cristalizado, inclusive, na Súmula n.º 726. A seu turno, em hipótese de reação frontal, o legislador infraconstitucional emprestou exegese ampliativa à categoria 'funções de magistério', para efeito de concessão de aposentadoria especial aos professores, de modo a albergar aquelas 'exercidas por professores (...) no desempenho de atividades educativas', aí incluídas 'as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico'. Destarte, na ADI n.º 3.772, o Tribunal, ao reconhecer a validade da Lei n.º 11.301/2006, aquiescera com a possibilidade de correção legislativa de sua jurisprudência, (...).<sup>410</sup>"

---

<sup>410</sup> ADI 5105, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 01.10.2015, DJ 16.03.2015.

Em conclusão, apesar da retórica da “supremacia judicial” se encontrar presente em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, quando da interpretação constitucional pela Corte, inferem-se inúmeros casos em que se instrumentalizaram os diálogos interinstitucionais por intermédio da superação de suas decisões, por atos legislativos subseqüentes, com a posterior manutenção destes últimos. A pluralidade decorrente da coexistência do controle jurisdicional de constitucionalidade, com a participação dos demais atores políticos e entidades da sociedade civil organizada, possibilita um acréscimo em seu coeficiente democrático, na medida em que a participação dos cidadãos, seja de forma direta, ou por meio de seus representantes, torna a decisão mais ampla e a legítima.

### 3.5.1.3 Outras formas de diálogos interinstitucionais

Na dinâmica das relações entre Supremo Tribunal Federal e demais Poderes, vêm surgindo novas hipóteses de arranjos institucionais aptos a viabilizar a implementação de uma postura cooperativa e dialógica. No que diz respeito aos casos de omissão inconstitucional, exemplificativamente, pode-se compreender que a técnica de decisão de apelo ao legislador leva à atuação cooperativa, porquanto o Poder Judiciário reconhece a mora do Parlamento, e indica a necessidade de colmatação de lacunas. Os diálogos interinstitucionais podem, assim, servir como mais uma forma de tratamento da omissão inconstitucional, e da regulamentação normativa de um tema específico. Exemplo dessa dinâmica pode ser evidenciado no caso do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Ao examinar o Mandado de Injunção<sup>411</sup> que discutia o tema, os ministros do Supremo Tribunal Federal se atentaram para o fato de que a simples declaração de mora do Poder Legislativo não teria o condão de materializar a força normativa da Constituição. Dessa forma, de maneira estratégica, e alterando posicionamento tradicional relativo à omissão legislativa em que apenas advertia o Congresso Nacional sobre a necessidade de regulamentar os dispositivos com eficácia limitada, a Corte engendrou uma decisão concreta. Entretanto, postergou o julgamento da demanda, a fim de desenvolver proposta de implementação adequada ao direito de aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

---

<sup>411</sup> MI 943, Relator: Min. Gilmar Mendes, j.06.02.2013, DJ 02.05.2013.



Diante da sinalização, o Congresso Nacional, de forma célere, aprovou a Lei n. 12.506/2011 antes da devolução dos autos do processo para prosseguimento do julgamento no Supremo Tribunal Federal. Na rodada procedimental seguinte, a Corte prosseguiu no julgamento da matéria, aplicando os mesmos critérios definidos pelo Poder Legislativo aos mandados de injunção examinados, acolhendo o entendimento consolidado no Parlamento. Diante da clareza de suas premissas, é oportuna a transcrição da ementa do referido julgado:

1. Mandado de injunção. 2. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Art. 7º, XXI, da Constituição Federal. 3. Ausência de regulamentação. 4. Ação julgada procedente. 5. Indicação de adiamento com vistas a consolidar proposta conciliatória de concretização do direito ao aviso prévio proporcional. 6. Retomado o julgamento. 7. Advento da Lei 12.506/2011, que regulamentou o direito ao aviso prévio proporcional. 8. Aplicação judicial de parâmetros idênticos aos da referida legislação. 9. Autorização para que os ministros apliquem monocraticamente esse entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento da lei regulamentadora. 10. Mandado de injunção julgado procedente.

Durante as rodadas procedimentais, o Presidente da Câmara dos Deputados participou de reunião com Ministros do Supremo Tribunal Federal, em que restou alertado que uma manifestação judicial definitiva da Corte, no sentido de regulamentar a norma de eficácia limitada, poderia dificultar a votação da matéria no Congresso. Quando das discussões, o Poder Judiciário auxiliou o Parlamento a retomar as negociações, anteriormente suspensas, com grupos de interesses, e a encorajar um acordo entre empresários e centrais sindicais, sobre a proposta apresentada<sup>412</sup>. Extrai-se disso que os diálogos institucionais podem se apresentar como uma forma efetiva e democrática de solução das questões atinentes à omissão inconstitucional no Brasil.

Outra forma de se desenvolver uma postura dialógica pelo Supremo Tribunal Federal restou evidenciada no julgamento envolvendo a dívida dos Estados, em que, inclusive, foi formada uma mesa de diálogo prévio, fato inédito na Corte. Em fevereiro de 2016, o Estado de Santa Catarina impetrou mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal, questionando o método utilizado pelo Ministério da Fazenda, quando do recálculo da dívida pública do Estado catarinense com a União<sup>413</sup>. A petição inicial

---

<sup>412</sup> CABRAL, Maria Clara; SELIGMAN, Felipe. Câmara e STF negociaram aviso prévio. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 23 set. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/me2309201103.htm>>. Acesso em: 28.11.2016.

<sup>413</sup> MS 34023, Rel. Min. Edson Fachin, em janeiro de 2017, pendente de exame de arguição de carência de interesse de agir, diante de acordo definitivo celebrado pelos Estados e União acerca das dívidas estaduais.

pugnava, em vez da utilização da taxa Selic capitalizada para calcular o montante da dívida, pela aplicação da Selic simples, adotada para atualização das dívidas cobradas no Poder Judiciário. Pretendia-se, com o *mandamus*, impedir que a União prosseguisse no propósito de obrigar Santa Catarina a firmar o refinanciamento da dívida, utilizando a taxa Selic capitalizada, além de evitar qualquer tipo de sanção pela União, como o bloqueio no repasse de recursos de origem federal, em razão da recusa da assinatura da nova avença.

Em abril de 2016, concedida a liminar em favor do impetrante, nos dias que se seguiram, outras 15 unidades da Federação também obtiveram provimento jurisdicional semelhante, circunstância que constrangeu o governo federal a construir um acordo geral com os Estados. Em exame ao pleito, decidiu o plenário do Supremo Tribunal Federal pela suspensão do processo, com significativa repercussão política e social, para que as partes envolvidas, Estados e União, iniciassem um diálogo com a finalidade de solucionar, consensualmente, a controvérsia jurídica. Após o exame da liminar, o Min. Edson Fachin, na busca de solução cooperativa para o impasse, designou audiência com a participação do Ministro da Fazenda, Governadores de Estado e autoridades do Tesouro Nacional, da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral da República. Em junho de 2016, o Ministério da Fazenda e os Governadores dos Estados celebraram acordo de repactuação das dívidas. Por conseguinte, em julho de 2016, os Ministros adaptaram a liminar favorável ao Estado de Santa Catarina – que autorizava pagamentos menores das parcelas da dívida – à avença celebrada, em junho do mesmo ano.

Em nova etapa procedimental, após meses de negociação, em dezembro de 2016, o Congresso Nacional aprovou a renegociação das dívidas dos Estados, adotando como base os argumentos originariamente apresentados na petição inicial do mandado de segurança impetrado pelo Estado de Santa Catarina, fato que viabilizou a significativa redução dos débitos, em um período de profunda crise econômica e de escassez de recursos para os governos estaduais.

Em uma dinâmica que envolveu a interação entre entes distintos, das diversas esferas da Federação, cada qual contribuindo com suas capacidades específicas, dentro de seu âmbito de responsabilidade, denota-se um esforço coordenado para a tomada de uma decisão mais qualificada, que pudesse assegurar o cumprimento efetivo dos postulados da Constituição, com aperfeiçoamento das respectivas instituições democráticas.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interferência das Cortes no espectro político torna-se visível nos países democráticos, devido à utilização cada vez maior do exercício do controle de constitucionalidade. Apesar de o Poder Judiciário ocupar historicamente uma função contramajoritária, representando um fórum de garantia dos direitos das minorias e liberdades fundamentais, diante da ampliação do papel do referido órgão na sociedade contemporânea e na organização do Estado, impõe-se uma nova perspectiva sobre sua função e capacidade institucional. Por conseguinte, o debate sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional torna-se imprescindível.

Como restou delineado ao longo deste trabalho, a supremacia judicial surgiu como decorrência da atuação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, com a invasão no campo de atuação dos demais Poderes constituídos, por meio da atuação das Cortes constitucionais, responsáveis pelo processo de densificação das cláusulas abertas contidas na Constituição, e por aplicar o texto constitucional em todas as suas potencialidades.

Nessa diretriz, passou-se a compreender que ao Poder Judiciário seria atribuída a função de dar a última palavra sobre o sentido da Constituição, de forma a se justificar a sua sobreposição aos demais Poderes constituídos. Entretanto, a construção do significado dos dispositivos constitucionais não deve ser vista como um monopólio do Judiciário ou do Parlamento. Afigura-se necessário que se busquem formas alternativas ao binômio da soberania parlamentar *versus* supremacia judicial.

A harmonização, que permite o exercício da jurisdição constitucional em seu aspecto contramajoritário, de forma paralela à manifestação do Poder Legislativo consubstancia o denominado modelo dialógico, cuja característica fundamental se assenta nos constantes diálogos entre Judiciário, Parlamento e sociedade civil. Sua principal característica passa pela tentativa de suplantação da tensão entre democracia e constitucionalismo, a partir de uma concepção democrática de Constituição.

Por sua vez, os diálogos interinstitucionais constituem mecanismos que viabilizam a interação e cooperação entre Poderes estatais na solução de questões relativas à interpretação e à concretização da Constituição, sem que haja a predefinição da supremacia da atividade decisória de uma dessas instituições em face da outra. Com efeito, a necessidade de que algum órgão delibere em sede de controle de

constitucionalidade não implica que a decisão deva ser definitiva ou que não possa haver alguma espécie de diálogo entre os Poderes. Mais relevante do que definir quem deverá proferir a última palavra é estabelecer como se chegará a essa conclusão.

Os diálogos institucionais aparecem, assim, como experiências constitucionais alternativas. Situam-se a meio termo entre a revisão judicial das leis, e da soberania do parlamento, na medida em que mitigam a unicidade da atuação institucional em face de apenas um dos Poderes, de forma a promover uma aproximação entre discurso jurídico e político, culminando em uma necessária atuação dialógica, compartilhada, para o alcance de uma resposta melhor e mais democrática acerca do sentido da Constituição.

Nos países em que se admite o controle de constitucionalidade, este ocorre de fora para dentro, desencorajando o exercício da experiência política pelo povo. Por sua vez, em sistemas em que o controle judicial de constitucionalidade convive com a participação do Poder Legislativo e demais atores no debate constitucional, a pluralidade tende a enriquecê-lo e, portanto, a torná-lo mais amplo, democrático. Pode-se dizer que, nos modelos de atuação dialógica, o resgate da altivez do autogoverno popular constitui uma de suas finalidades. Por esse motivo, percebe-se um acréscimo no coeficiente democrático da deliberação sobre direitos ou políticas públicas no contexto do modelo dialógico, porquanto a participação dos indivíduos no processo, direta ou indiretamente, legitima a decisão, de forma que o debate angaria representatividade e legitimidade.

Tal perspectiva apresenta a vantagem de não adotar uma concepção idealizada acerca das capacidades institucionais dos Poderes Legislativo e Judiciário, como o fazem as doutrinas da supremacia parlamentar e judicial, para quem os legisladores seriam legítimos representantes da vontade popular, enquanto os juízes exerceriam o papel de intérpretes autênticos do poder constituinte originário. Ao contrário, parte-se de uma concepção realista sobre as capacidades institucionais dos mencionados Poderes, que destaca igualmente as suas virtudes e fraquezas.

Nesse viés, as controvérsias do sistema institucional brasileiro também devem ser solucionadas por meio de uma atividade sistêmico-dialógica, de forma a afastar o comportamento tradicional isolacionista dos Poderes instituídos, baseando-se na cooperação entre as instituições e superando-se as tradicionais teorias de interpretação constitucional, e de separação de poderes.

Como resultado final desta pesquisa, constata-se que se afigura possível a reação política contra as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tanto pela

aprovação de Emenda à Constituição, como pela edição de legislação infraconstitucional. Os diálogos institucionais já constituem um fato concreto na interação entre instituições do sistema nacional, embora careçam de melhor compreensão e fortalecimento. Não se pode afirmar, assim, que o Supremo Tribunal Federal detém o monopólio da guarda da Constituição, pois há a possibilidade de uma atuação coordenada entre os Poderes estatais e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, a partir da utilização de mecanismos já existentes, que viabilizam um processo contínuo e ininterrupto, em que cada ator institucional contribui com suas capacidades específicas, de forma a potencializar a qualidade democrática na consecução do melhor significado constitucional.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. *Defending judicial supremacy: a reply*. Constitutional Commentary, 2000, v. 17, 455.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. In: *Harvard Law Review*, v. 110, n. 7, may 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O Argumento das "Capacidades Institucionais" entre a Banalidade, a Redundância e o Absurdo. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de. (Orgs.). *Tratado de Direito Constitucional - constituição no século XXI*. V. 2. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BAKER, Dennis. *Not quite Supreme: the courts and coordinate constitutional construction*. Canada: McGill-Queen's University Press, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 1, n. 1, 2001, p. 15-59.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais – Estudos em homenagem ao Professor Gilmar Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Óleo na engrenagem. In: *Consultor Jurídico*, 02.07.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-stf-parte>>. Acesso em: 07.08.2016.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf)>. Acesso em: 20/08/2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito*. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 12/01/2016.

BATEUP, Christine. The dialogue promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. In: *NYU Law School Public Law Research Paper* n. 05-24. Brooklyn Law Review, v. 71, 2006. Disponível em: <<http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr>>. Acesso em: 20.11.2016.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*, v. 51, n. 201, p. 74, jan/mar. 2014.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. In: *Lua Nova*, n. 61, 2004, p. 19-20. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452004000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002)>. Acesso em: 20/07/2016.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERMAN, José Guilherme; TAVARES, Rodrigo de Souza. Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense. In: *XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI*, 2009. São Paulo, p. 2165. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2259.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf)>. Acesso em: 12/08/2016.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *Duzentos anos de jurisdição constitucional: as lições de Marbury v. Madison*. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/duzentos-anos-de-jurisdiacao-constitucional-as-lico-es-de-marbury-v-madison>>. Acesso em: 22/04/2016.

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary: definitions of the terms and phrases of American and English Jurisprudence, ancient and modern with guide to pronunciation*. 6.ed. St. Paul: West Publishing, 1991.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. Diálogos constitucionais nos Estados Unidos e no Brasil. Disponível em: <[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/4/2015\\_04\\_1443\\_1490.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/4/2015_04_1443_1490.pdf)>. Acesso em: 14.12.2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BURNS, James MacGregor. *Packing the Court: The rise of judicial power and the coming crisis of the Supreme Court*. United States of America: Penguin Books, 2009.

CABRAL, Maria Clara; SELIGMAN, Felipe. Câmara e STF negociaram aviso prévio. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 23 set. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/me2309201103.htm>>. Acesso em: 28.11.2016.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. In: *Doxa - Cuadernos de filosofia del derecho*, n. 21-I, 1998, p. 209-220.

CAMARGO, Margarida Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo: Elementos para una definición*. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Mauricio. *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 197-208.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Kelsen, jurisdição constitucional e democracia*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/vera-karam-de-chueiri/kelsen-jurisdiacao-constitucional-e-democracia-2s7qblbwxij1ldtxz5dntek>>. Acesso em: 22/01/2016.



CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia e uma prática. In: *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, n. 58, p. 25-36, 2013.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, Integridade e Decisões Judiciais. In: *Revista Nomos*, v. 32. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2012. p. 177-200.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte. In: *Revista Direito FGV*. v. 06, N.º 01. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2010.

CHUEIRI, Vera Karam de. Constitucionalismo social: a influência das constituições de Weimar e Mexicana de 1917. In: *Seminário Internacional Trabalho e Constituição – Comemorativo aos 90 anos da Constituição de Weimar: O Direito do Trabalho e as Crises Capitalistas*. 23 a 24 de junho de 2010. Anais da Escola da Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná. Curitiba, Paraná, Brasil.

CHUEIRI, Vera Karam de; FACHIN, Melina Girardi. Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo apaziguado. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. v. 02 jan./jun. 2006. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, 2006.

CHUEIRI, Vera Karam de. O discurso do constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo. (Org.). *Direito e discurso*. Florianópolis: Boiteux, 2006.

CHUEIRI, Vera Karam de. Nas Trilhas de Carl Schmitt (ou nas Teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia radical. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do Direito e modernidade – Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. In: *Revista de Investigações Constitucionais*, Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR, Curitiba, vol. 2, n. 3, set/dez 2015, p.183-206.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito Constitucional Brasileiro*. Vol. I, II e III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: Para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Uma vida dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: RT, 1995, p. 34-53.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONTI, José Mauricio. *A autonomia financeira do Poder Judiciário*. São Paulo: MP Editora, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DAHL, Robert A. *Poliarquia*. São Paulo: Edusp, 1997.

DAHL, Robert A. *Sobre democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora UNB, 2001.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. 2ª tiragem. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DWORKIN, R. M. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, R. M. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

DWORKIN, R. M. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESKRIDGE Jr., Willian N. Overriding Supreme Court statutory decisions. In: *Yale Law Journal*, v. 101, n. 2, p. 331-417, 1991.

FAVOREAU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. In: *Texas Law Review*, n. 82, 2004, p. 1671-1704.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*. Bari: Laterza, 2009.

FISHER, Louis. *Constitutional dialogues – interpretation as a political process*. Oxford: Princeton University Press, 1988.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. In: *Michigan Law review*, v. 91, 1993.

FRIEDMAN, Barry. *Leadership and majoritarianism: a response*. Constitutional comment, v. 11, 1994.

FRIEDMAN, Barry. Mediated popular constitutionalism. In: *Michigan Law Review*, august 2003, v. 101.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. In: *Texas Law Review*, v. 84, n. 2, 2005.

FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARDBAUM, Stephen. The new commonwealth of constitutionalism. In: *American Journal of comparative law*, v. 49, n. 4, 2001, p. 22. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=302401](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302401)>. Acesso em: 22.11.2016.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, nº 2, Diciembre de 2013, p. 1-32.

GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1996.

GARGARELLA, Roberto. *La revisión judicial y la difícil relación democracia-derechos, Fundamentos y alcances de control judicial de constitucionalidad: Investigación Colectiva del centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

GARGARELLA, Roberto. *Piazzolla, Dworkin, y el neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://seminariogargarella.blogspot.com.br/2011/08/piazzolladworkin-y-el.html>>. Acesso em: 22/09/2016.

GINSBURG, Ruth Bader. Speaking in a judicial voice. In: *New York University Law Review*, v. 67, 1992.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies – constitutional Courts in asian cases*. USA: Cambridge University Press, 2003.

GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de. Quem detém a última palavra sobre o significado da Constituição? Caderno Direito e Justiça, *Gazeta do Povo*, de 09/05/2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica->

direito/artigos/quem-detem-a-ultima-palavra-sobre-o-significado-da-constituicao-ev4lh6q6b9zm16fllrww9ce>. Acesso em: 20.08.2016.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo: críticas à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas. Defesa: Curitiba, 2015.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a Constituição ao povo – Crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Forum, 2017.

GRIFFIN, Stephen M. *American Constitutionalism – from Theory to Politics*. Princeton: Princeton University, 1998.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. In: *Revista de Direito de Estado*, v. 1, n. 4, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HAMILTON; JAY; MADISON. *The federalist papers*. Disponível em: <<http://www.let.rug.nl/usa/documents/1786-1800/the-federalist-papers/>>. Acesso em: 16/12/2014>.

HANSFORD, Thomas G; DAMORE, David F. Congressional preferences, perceptions of threat, and Supreme Court decision making. In: *American politics quarterly*, v. 28, n. 4, 2000, p. 490-510.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* Montreal e Kingston: mcFrill-Queen's University Press, 2000.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. In: *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, p. 721-754.

HOGG, Peter W; BUSHELL, Allison A. The charter dialogue between courts and legislatures (Or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all). In: *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997.

HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A Bushell; WRIGHT, Wade K. Charter dialogue revisited – or 'much ado about metaphors'. In: *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, 2007.

KATYAL, Neal. *Legislative constitutional interpretation*. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/532/>>. Acesso em: 22/11/2016.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. Alexandre Krug; Eduardo Brandão; Maria E. A. P. Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KRAMER, Larry. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. *Paradoxo entre constitucionalismo e democracia: alternativas à colmatação de lacunas inconstitucionais no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Brasília, Faculdade de Direito. Defesa: Brasília, 2014.

LIMONGI, Fernando. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (org). *Os clássicos da política, vol. 1*. São Paulo: Atica, 1991.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. In: *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 172, out./dez. 2006.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas (1787-1788)*. Tradução por Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *Nos vinte anos da Carta Cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo*. In: BINEBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 117-168.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. In: *University of Colorado Law Review*, vol. 73, 2002, p. 104. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=330266](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266)>. Acesso em: 12.10.2016.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. *Democracia e diálogo institucional: a relação entre os poderes no controle das omissões legislativas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. Defesa: São Paulo, 2014.

MCDONALD, Forrest. *The Presidency of Thomas Jefferson*. Lawrence: University Press of Kansas, 1976.

MELO, Claudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Do Espírito das Leis. In: *Os Pensadores*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Mauricio. *20 anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NETO, Cláudio pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

OLIVEIRA, Daniel de Almeida. *Stephen Griffin e a teoria constitucional Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

OLIVEIRA, Vanessa Elias. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v48n3/a04v48n3.pdf>>. Acesso em: 19/11/2016

PAMPLONA, Danielle Anne. *O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas*. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

PAULSEN, Michael Stokes. The irreprehensible myth of Marbury. In: *Michigan Law Review*, n. 101, 2003, p. 2.706.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERRY, Michael J. *The Constitution, the Courts and human rights*. New Haven: Yale University Press, 1982.

PETERS, Christopher J. Assessing the new judicial minimalism. In: *Columbia Law Review*, out. 2000.

PETIT, Carlos. *Biblioteca, archivo, escribanía. Portait del abogado Manuel Cortina*. In: NARANJO (Org.). *Vidas por el derecho*. Madrid: Universidad Carlos III, 2012.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. O controle concreto de constitucionalidade na Europa e na América do Norte: um estudo comparado. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 30, p. 62-87, jan/jun 2007.

PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: palavras, instituições e idéias. In: *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, 2006, p. 15-47.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Democratic constitutionalism and backlash. In: *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review*, v. 482, p. 382.

POZZOLO, Susanna. Metacritica del neoconstitucionalismo. Uma resposta ai critici di ‘Neoconstituzionalismo e positivismo giuridico. In: *Diritto e questioni pubbliche*, n. 3, 2003, p. 51-70. Disponível em: <[http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2003\\_n3/monografica\\_a/D\\_Q-3\\_Pozzolo.pdf](http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2003_n3/monografica_a/D_Q-3_Pozzolo.pdf)>. Acesso em: 20/08/2016.

POZZOLO, Susanna. Un constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel Miguel Carbonell (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 187-210.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: editorial Trotta, 2003, p. 123-158.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

RÉ, Monica Campos de; VIEIRA, José Ribas. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. São Paulo, 2009, p. 2049. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2253.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2253.pdf)>. Acesso em: 14.12.2016.

RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. Judicial review e democracia: caminhos para um controle dialógico de constitucionalidade. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 113, jul-dez de 2016, p. 405-430.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Irwin Law Inc., 2001.

ROACH, Kent. Sharpening the dialogue debate: the next decade of scholarship. In: *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 174-175, 2007.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as Cortes: para uma crítica do direito (brasileiro)*. São Paulo: FGV, 2013.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo: Ultrapassagem ou Releitura do Positivismo Jurídico?* Curitiba: Juruá, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARMENTO, Daniel (coord.). A proteção judicial dos direitos sociais. In: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586.

SARMENTO, Daniel. *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coords.). *Vinte anos da Constituição Federal de 88*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 311-322.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: *Leituras complementares de Direito Constitucional: teoria da Constituição*. Marcelo Novelino (org.). Salvador: JusPodium, 2009, p. 31-68.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, outubro-dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 22 de agosto de 2016.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 2006.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics and Judicialization*. New York: Oxford University Press.

SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. In: *Revista de Direito do Estado – RDE*, p. 107-142.

SILVA, Cecília de Almeida; AJOUZ, Igor. *Audiências públicas na Suprema Corte brasileira: novas tendências para o diálogo social*. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/18004099](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/18004099)>. Acesso em: 27.12.2016.

SILVA, Cecilia de Almeida, MOURA, Francisco; BERMAN, José Guilherme; VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, p. 197-227, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.



SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

SOUSA, Ageu Cordeiro de; CAMPOS, Alinaldo Guedes; DUARTE, André Luiz Negrão. Controle de constitucionalidade – STF VS. Senado Federal: A quem cabe a última palavra? (um estudo crítico do art. 52, X, da Constituição de 1988). In: *Revista do Tribunal regional do Trabalho da 13ª Região*, v. 12, n. 9, João Pessoa, Paraíba, 1990, p. 191. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5038/control-de-constitucionalidade-stf-vs-senado-federal-a-quem-cabe-a-ultima-palavra>>. Acesso em: 14.11.2016.

SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia*. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011, p. 313-357.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

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

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. In: *Michigan Law Review*. Vol. 101, n. 4, 2003, p. 885-951.

SUSTEIN, Cass. Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America, 2005, p. 31 e seguintes. *Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFR*, nova série, vol. 3, dez. 2008

SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of many minds – why the founding document doesn't mean what it meant before*. New Jersey: Pricenton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass. *Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional*. Trad. De Letícia Borges Thomas. In: *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. TEIXEIRA, A.V.; OLIVEIRA, Elton S. de. Barueri: Manole, 2010, p. 294-317.

SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

TATE, Neal; VALINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1997.

TAVARES, André Ramos. Orçamento e Judiciário. *Jornal Carta Forense*, 03.11.2011. Disponível em: <<http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/orcamento-e-judiciario/7897>>. Acesso em: 12.11.2016.

TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Rio de Janeiro, setembro de 2008. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15\\_639.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/15_639.pdf)>. Acesso em: 22/07/2016.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; CARVALHO, Ernani. *Dossiê política, direito e judiciário: uma introdução*. *Rev. Sociol. Polit.* Curitiba, v. 21, n. 45, mar. 2013, p. 7-11. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782013000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100002)>. Acesso em: 20/10/2016.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. In: *Oxford University Press and New York University School of Law*, 2005. I-COM, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. Non-judicial review. In: *Harvard Journal of Legislation*. vol. 40, p. 453-492, 2003.

TUSHNET, Mark. Alternatives forms of judicial review. In: *Michigan Law Review*, v. 101, n. 9, p. 2.781-2801, 2003.

TUSHNET, Mark. *Popular constitutionalism as political law*. Chicago: Chicago-Kent College of Law, 2006.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights – judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Buenos Aires, v. 14, Dic. 2013. Disponível em: [http://www.utdt.edu/ver\\_contenido.php?id\\_contenido=9173&id\\_item\\_menu=5858](http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=9173&id_item_menu=5858). Acesso em: 11.12.2016.

UNGER, Roberto Mangabeira. *What should legal analysis become?* London: Verso Press, 1996.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Audiências Públicas e ativismo – diálogo social no STF*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VALE, André Rufino do. Aspectos do Neoconstitucionalismo. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC, n. 09, jan-jun 2007, p. 67-77.

VALLE, Vanice Regina Lício do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba; Editora Juruá, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice R.; MELO, Manoel P. C.; BURGOS, Marcelo B. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VICTOR, Sergio Antonio Ferreira. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. Defesa: São Paulo, 2013.

VIEIRA, José Ribas. *Temas de direito constitucional norte-americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VIEIRA, José Ribas (org.). *A Constituição europeia: o projeto de uma nova teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, José Ribas; CARVALHO, Flávia Martins de (orgs.). *Desafios da Constituição: democracia e Estado no século XXI*. Rio de Janeiro: Faperj, 2011.

VIEIRA, José Ribas. *Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil*. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/4411/artigo-3-revisado.pdf>>. Acesso em: 22/09/2016.

VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de; CARVALHO, Flávia Martins de. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24.09.2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista de Direito de Estado*, ano 3, nº 12, p. 107-142, out-dez 2008.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. In: *Revista GV*, v. 5, n. 1, p. 21-44, 2009, p. 26.

WALDRON, Jeremy. Judicial review and the conditions of democracy. In: *The Journal of Political Philosophy*, v. 6, n. 4, p. 335-355, 1998.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. In: *The Yale Law Journal*, 115, 6, p. 1.353-1.357, apr. 2006.

WALDRON, Jeremy. *A essência da oposição ao judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17-64.

WHITTINGTON, Keith E. An “indispensable feature”? Constitutionalism and judicial review. In: *NYU Journal of legislation and public policy*, 2002-2003.

WHITTINGTON, Keith. *Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review*. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/ea34/14f9e78163d091ae0a4411eed061cc6a86d3.pdf>> . Acesso em: 22/11/2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite*. Torino: Einaudi, 1992.