



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

ALMIR BRASIL PIRES NETO

GUERRA INFINITA: A ADI 5.105 E O DIÁLOGO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Fortaleza – CE
2021

ALMIR BRASIL PIRES NETO

GUERRA INFINITA: A ADI 5.105 E O DIÁLOGO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial necessário à obtenção do grau de bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

Fortaleza – CE
2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

N385g

Pires Neto, Almir Brasil.

Guerra infinita: a ADI 5.105 e o diálogo constitucional no Brasil / Almir Brasil Pires Neto. – 2021. 56 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2021.

Orientação: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

1. Diálogo constitucional. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.105. 3. Mentalidade cooperativa. I. Título.

CDD 340

ALMIR BRASIL PIRES NETO

GUERRA INFINITA: A ADI 5.105 E O DIÁLOGO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial necessário à obtenção do grau de bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

Aprovada em: 30/08/2021

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral
Orientador

Prof. Me. Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior
Examinador

Prof. Me. Rômulo Richard Sales Matos
Examinador

Se você não consegue ver o potencial nas pessoas a sua volta, é impossível despertá-las para fazer ações grandiosas (TRUDEAU, 2017, p. 39).

AGRADECIMENTOS

Não seria justo entregar este trabalho sem antes demonstrar minha gratidão a todos aqueles que participaram, mesmo que indiretamente, do seu processo de criação. Por isso, tenho algumas considerações a fazer.

Agradeço à minha futura esposa, Amanda, por ficar ao meu lado mesmo nos meus piores momentos, quando tudo dentro de mim parecia estar desmoronando. A sua empatia e o seu carinho me deram conforto quando eu mais precisei, e tudo o que alcancei nos últimos anos só foi possível porque tenho você ao meu lado. Você me ensinou a amar, e mal posso esperar para construir nossa própria família, em uma casa cheia do seu jeito leve de ver o mundo.

À minha irmã, Andressa, que esteve ao meu lado desde os meus primeiros passos na pesquisa jurídica. Você sempre me disse o que precisei ouvir, especialmente quando fui cabeça-dura para mudar. Com você aprendi a ser humilde e a refletir melhor sobre minhas ideias. Admiro muito a mulher que você está se tornando, pessoal e academicamente, e me orgulho por ser seu irmão.

Aos meus pais, Almir e Andrea, que me incentivaram desde o início a acreditar no meu potencial. Confiança é um elemento-chave em qualquer caminhada, e vocês sempre me fizeram acreditar que era capaz de alcançar as estrelas, se quisesse. Se tive dúvidas sobre ser capaz ao longo da vida, vocês foram o que me colocou de volta nos trilhos em ritmo total.

Ao meu professor orientador, Gustavo, pela disponibilidade e pela paciência em tempos tão turbulentos. Mesmo durante a pandemia e tendo acabado de se tornar pai, você encontrou tempo para me responder com toda a atenção, da melhor forma que podia. Admiro seu trabalho desde o início da faculdade, e por isso espero tê-lo deixado orgulhoso. Tem sido uma honra pesquisar sobre Direito Constitucional ao seu lado.

Aos meus amigos, por todo o apoio no semestre. Fosse com uma conversa, fosse com uma sessão de jogos *on-line*, vocês sempre estiveram disponíveis quando precisei de momentos para refrescar os pensamentos e relaxar um pouco. Devo um agradecimento especial a Vítor Chaves, por me mostrar que a vida não é feita de momentos como um Trabalho de Conclusão de Curso ou um Exame da Ordem, mas das pequenas lembranças que temos com amigos e família.

A todos os que contribuíram de alguma forma para que eu me tornasse a pessoa que hoje me orgulho de ser. Nada que conquistei é somente meu, porque tudo só foi possível com a ajuda das pessoas incríveis que tive conhecido ao longo da minha jornada.

Por fim, agradeço a Deus, por tudo.

À minha família.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é verificar se a experiência constitucional brasileira é compatível com a proposta do diálogo constitucional. Com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.105, o Supremo Tribunal Federal (STF) sinalizou que não tem a última palavra sobre a interpretação da Constituição, em favor de um modelo mais completo de proteção dos direitos fundamentais, envolvendo a participação conjunta com os outros dois poderes, em uma interação contínua, sempre com novas rodadas de deliberação. Acontece que os aspectos que foram explicitados na ADI 5.105 só cobrem em parte o que realmente significa um modelo de diálogos constitucionais, sendo por isso insuficientes para dar um veredito sobre a compatibilidade do Direito Constitucional brasileiro com esse modelo. Para demonstrar essa afirmação, depois de descrever o sistema de proteção constitucional brasileiro e os aspectos gerais sobre a ADI 5.105, deve-se explorar as fundações do diálogo constitucional, desde as suas primeiras manifestações nos países da comunidade britânica. Isso permite entender sobre a lógica do diálogo e sobre sua vantagem conceitual em relação às outras propostas de proteção constitucional. Além disso, entender a lógica do diálogo é necessário para fragmentá-lo em elementos menores, capazes de favorecê-lo na prática. Essa divisão possibilita um olhar mais objetivo no que diz com verificar a compatibilidade em um dado contexto, como se fosse uma lista de tópicos a serem cumpridos para validar um bom modelo dialógico. Em outras palavras, considerar o diálogo constitucional com base nos elementos que o favorecem é ter uma imagem mais precisa sobre sua aplicação. Por isso, para saber se o Brasil tem aptidão para o diálogo constitucional, é preciso avaliar sua performance naqueles elementos, ao invés da visão genérica, meramente porque o Congresso pode superar a jurisprudência do STF, por exemplo. Ao longo desta pesquisa, opta-se por uma metodologia bibliográfica e documental quanto aos meios, qualitativa quanto à natureza do método e pura quanto à utilização dos resultados. Em sede conclusiva, verifica-se que o Brasil tem compatibilidade com o diálogo constitucional, mas com fragilidades em todos os elementos desse diálogo, que podem ser contornadas com pequenas alterações pontuais na estrutura das instituições democráticas e, principalmente, com a mudança de mentalidade delas sobre o jogo infinito do diálogo.

Palavras-Chave: Diálogo constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.105. Mentalidade cooperativa.

ABSTRACT

The goal set for this paper is to find out if the constitutional experience from Brazil is compatible with the idea of constitutional dialogue. By judging Direct Unconstitutionality Action 5.105, the Brazilian Supreme Court denied having the last say on constitutional interpretation, in favor of a more complete model for protecting fundamental rights, which involves working alongside the other two branches, in a continuous interaction, always with new rounds of deliberation. However, the themes that surrounded Direct Unconstitutionality Action 5.105 only partially cover what constitutional dialogue really means, meaning that those themes are not enough for a verdict on the compatibility between Brazilian Constitutional Law and dialogue. In order to demonstrate this affirmation, after describing Brazilian constitutional protection system and general aspects on Direct Unconstitutionality Action 5.105, the foundations of constitutional dialogue, from its first manifestations on commonwealth countries, must be explored. That allows understanding the dialogue logic and its advantages over other propositions for constitutional protection. Furthermore, only by understanding the dialogue logic can it be fractioned in smaller elements, able to favor it in practice. This division gives a more objective view concerning the compatibility in a given context, as if it was a checklist to be followed in order to validate a good dialogue model. In other words, to examine constitutional dialogue using the elements which favor it practice is to have a more precise imagine on its application. Therefore, to find if Brazil fits the constitutional dialogue idea, it is necessary to examine the country's performance in all those elements, instead of a generic vision, considering the mere possibility of legislative sequels for precedents by Brazilian Supreme Court, for instance. Along this research, the methodology is bibliographical and documental regarding sources, qualitative in what concerns the nature of the method and with a pure bias for the use of results. In terms of conclusion, Brazil is compatible with the idea of constitutional dialogue, but with many weaknesses in all elements, which can be fixed by little modifications on the structure of the democratic institutions and, mostly, by a mindset change by them regarding the infinity game of dialogue.

Keywords: Constitutional dialogue. Direct Unconstitutionality Action 5.105. Cooperative mindset.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 OS GUARDIÕES DA CONSTITUIÇÃO.....	12
1.1 Sistema de proteção constitucional brasileiro.....	13
1.1.1 Judiciário	13
1.1.2 Legislativo	16
1.1.3 Executivo.....	17
1.2 ADI 5.105.....	19
2 O DIÁLOGO CONSTITUCIONAL.....	24
2.1 O meio termo.....	25
2.2 A bússola do diálogo	29
2.2.1 Estrutura.....	30
2.2.2 Unidade decisória	31
2.2.3 Mentalidade cooperativa.....	34
3 O DIÁLOGO BRASILEIRO.....	37
3.1. Abrindo a bússola	37
3.1.1 Estrutura.....	37
3.1.2. Unidade decisória	40
3.1.3 Mentalidade cooperativa.....	41
3.2 Além da tempestade.....	45
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

Em outubro de 2015, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.105, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma decisão emblemática sobre proteção de direitos constitucionais: reconheceu expressamente que o Brasil vem aos poucos abandonando a tradição de supremacia do Poder Judiciário, em favor de um modelo de diálogo constitucional, no qual todos os três poderes devem participar ativamente na construção do sentido constitucional. Em outras palavras, após mais de vinte anos da experiência democrática brasileira sob a Constituição de 1988, o Supremo estaria cedendo uma parte do seu posto como guardião máximo do ordenamento jurídico, abrindo alas para o protagonismo conjunto com as demais esferas do poder.

Essa ideia já vinha se maturando aos poucos no âmago do Supremo, mas foi a ADI 5.105 que consolidou o assunto. Tomando como base o fenômeno das superações legislativas da sua jurisprudência, o STF reconheceu que não tem, nem deveria ter, a última palavra sobre o sentido da Constituição Federal, porque isso seria incoerente com a noção de uma democracia. Por isso, estabeleceu os parâmetros para uma interação produtiva entre o Judiciário e o Legislativo, assim reconhecendo a possibilidade de diálogos constitucionais no Brasil. Para além da ADI 5.105, questiona-se, o Direito Constitucional brasileiro é de fato compatível com o modelo dos diálogos constitucionais?

Partindo desse questionamento, a hipótese é de que o Brasil não conta com um sistema compatível, porque a tradição deste país está intrinsecamente ligada a um DNA de supremacia judicial, tanto na teoria quanto na prática. Os poderes políticos, Legislativo e Executivo, até podem se aventurar na proteção dos direitos fundamentais, mas no fim das contas todos os seus atos podem ser controlados judicialmente, o que a princípio parece invalidar os diálogos.

Em sede acadêmica, este trabalho se justifica pela tentativa de objetivar a análise sobre a aptidão do Brasil para navegar nos mares do diálogo constitucional, ao invés de se limitar a uma análise simplista sobre estrutura de poderes e mecanismos de interação. Na prática, a relevância é por facilitar a identificação de onde estão os reais problemas do sistema constitucional brasileiro. Assim, o trabalho também se justifica sob uma perspectiva social, já que melhorar o sistema brasileiro equivale a qualificar a própria democracia.

O objetivo geral da pesquisa é verificar a compatibilidade do sistema de proteção constitucional brasileiro com a proposta do diálogo constitucional. Para isso, mais especificamente, é preciso descrever aquele sistema de proteção, bem como o contexto geral da

ADI 5.105; investigar a construção e a lógica do diálogo constitucional, fragmentando essa lógica em elementos menores; avaliar o contexto brasileiro com base naqueles elementos e apontar perspectivas para o futuro constitucional deste país.

Em relação aos meios, a pesquisa é bibliográfica e documental, porque se apoia em diversas fontes já publicadas. Serve de base não só a literatura jurídica, com livros, artigos científicos e leis, mas também a literatura em geral, com temas que ajudam a pensar fora da caixa e assim resolver os problemas apresentados. Quanto à natureza, a opção é pela metodologia qualitativa. Por mais que a prática não seja ignorada no trabalho, não há um estudo amparado em dados quantitativos por estatística ou por amostragem. Já no que diz com a utilização dos resultados, trata-se de uma pesquisa pura.

O primeiro capítulo trata de descrever os contornos de como a Constituição Federal pode ser protegida. Nesse caso, são apresentadas as competências do Supremo, do Congresso e da Presidência, bem como os mecanismos que permitem a interação entre essas instituições democráticas. Tendo esse contexto geral, o foco passa para dissecar os principais tópicos da ADI 5.105, incluindo razões para seu ajuizamento, votos de ministros e resultado, de forma a esclarecer como o diálogo constitucional vem sendo recepcionado no Brasil.

No segundo capítulo, a ideia é investigar o que é o diálogo constitucional e como ele funciona, com uma análise acerca das suas primeiras manifestações e das suas vantagens conceituais em relação a outras propostas de proteção constitucional. Além disso, faz-se uma divisão da lógica do diálogo em estrutura, unidade decisória e mentalidade cooperativa, explicando como cada um desses aspectos favorece uma interação produtiva entre os poderes.

Por sua vez o terceiro capítulo envolve a avaliação propriamente dita da experiência nacional. Com base nos elementos do diálogo, faz-se uma investigação mais precisa sobre a performance do constitucionalismo brasileiro, incluindo a comparação das forças das instituições democráticas, bem como a checagem sobre a qualidade das suas interações e a influência da confiança e da reserva de poder nesse contexto.

1 OS GUARDIÕES DA CONSTITUIÇÃO

A finalidade básica de uma constituição se apoia em limitar o poder do Estado e proteger os direitos fundamentais (ABBOUD, 2020, p. 60), algo que remonta à mentalidade iluminista sobre as sociedades poderem “tomar a história nas mãos, projetar suas instituições e controlar os seus próprios destinos” (VIEIRA, 2018, p. 70). Contudo, como qualquer norma, as constituições são compostas por palavras, sejam elas escritas ou não, e as palavras podem assumir significados diferentes dependendo do contexto em que são lidas. Uma única leitura que fuja da vontade constitucional pode acabar provocando todo tipo de problema para a estabilidade do sistema democrático, comprometendo aquela finalidade inicial. Sendo assim, tão importante quanto ter uma constituição é criar mecanismos capazes de protegê-la da forma apropriada.

Não há uma definição fechada do que se enquadra como proteção da constituição. O que importa é resguardar o seu espírito e os direitos contidos nela, mas isso pode acontecer de inúmeras formas. De qualquer maneira, como toda constituição precisa implementar a separação dos poderes, justamente para fragmentar e racionalizar o poder do Estado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 276), significa que sempre haverá proteção por mais de uma perspectiva. Afinal, se as esferas do poder só podem atuar de acordo com os interesses do povo, e se os interesses do povo são aqueles previstos na respectiva constituição, quer dizer que elas precisam constantemente interpretar e reafirmar preceitos constitucionais.

Sobre isso, é possível dizer que, sempre que um dos poderes age de acordo com suas competências constitucionalmente previstas, ele está protegendo a constituição. Aliás, é exatamente para isso que servem as instituições democráticas. Sem elas, não há nada para garantir o cumprimento das constituições, logo também não há garantir a tutela dos direitos ou mesmo a estabilidade das democracias.

Em todo caso, alguns sistemas privilegiam a tomada de decisão de um dos três poderes, dando mais poder de proteção a ele que aos outros dois. Qual dos poderes é uma questão que varia de país para país, assim como as técnicas criadas para a proteção constitucional. Seguindo a mesma lógica das constituições, esses dois fatores funcionam dentro de realidades específicas, de culturas jurídicas particulares. Não existe uma fórmula mágica que se encaixe em todos os lugares, capaz de solucionar todas as mazelas do Direito Constitucional. Por isso, um país X pode não ter bons resultados se adotar o mecanismo do país Y, mas não porque ele seja ruim, e sim porque o contexto não é adequado.

1.1 Sistema de proteção constitucional brasileiro

No que diz com o cenário do Brasil, embora o Supremo Tribunal Federal seja alçado à condição de protetor máximo do ordenamento jurídico¹, a Constituição Federal estabeleceu um sistema que conta com a participação de todas as três esferas do poder, incluindo tanto atuações isoladas quanto interações entre as instituições democráticas. Trata-se de uma rede complexa de competências, mas que pode didaticamente ser dividida de acordo com o âmbito de cada um dos poderes².

1.1.1 Judiciário

De todas as frentes de proteção constitucional no Brasil, a atuação do Supremo Tribunal Federal certamente tem sido a com mais prestígio. Aliás, o mundo inteiro passou por tempos de expansão desse protagonismo judicial, mesmo em países onde a tradição sempre foi de valorizar a força dos parlamentos (BRANDÃO, 2017, p. 5). É que, especialmente no período posterior à Segunda Guerra, houve um amplo movimento de petrificar direitos em leis fundamentais e criar tribunais para tutelar aqueles direitos (BRANDÃO, 2017, p. 7).

Essa cultura se faz bastante presente no Brasil de hoje. De acordo com um dos ministros que compõem o Supremo, Luís Roberto Barroso (2018, p. 2196), a grande missão de supremas cortes e tribunais constitucionais seria “fazer valer a Constituição diante de ameaças oferecidas pelos outros Poderes ou mesmo por particulares”. Em outras palavras, entende que o Judiciário é o verdadeiro paladino das constituições, o que se daria pelo desempenho de três papéis principais: a) contramajoritário, no sentido de invalidar atos majoritariamente aprovados pelas instâncias políticas; b) representativo, quando atuar como catalisador dos sentimentos sociais não satisfeitos pelo Legislativo ou pelo Executivo, e c) iluminista, protagonizando avanços civilizatórios e empurrando o Direito rumo ao progresso social³.

¹ De acordo com o artigo 102 da Constituição Federal, “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (BRASIL, 1988)

² Em sua totalidade, essa rede inclui a colaboração em todos os níveis da federação, com os órgãos que compõem o Judiciário, o Legislativo e o Executivo, bem como outros auxiliares, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas. Porém, tendo em vista a limitação deste trabalho de conclusão de curso, opta-se por uma simplificação do sistema brasileiro, contendo somente os órgãos de cúpula dos três poderes: Supremo Tribunal Federal, Congresso Nacional e Presidência da República. Ademais, como qualquer manifestação dos poderes seria, em certo grau, uma proteção dos direitos constitucionais, a ideia deste tópico é explorar somente os principais atributos de cada uma das três instituições democráticas brasileiras.

³ Mais sobre os papéis das supremas cortes e dos tribunais constitucionais em Barroso (2018, p. 2197-2217).

Influenciado por esse pensamento, o ordenamento jurídico brasileiro oferece ao STF um amplo arsenal, que vai além da função típica de órgão de cúpula do Judiciário. Esta, por si só, já seria uma grande defesa da Constituição Federal, porque se trata da atividade clássica de aplicar as leis e concretizar as normas previstas em abstrato na Constituição, especialmente levando em consideração a extensão do seu Texto Constitucional brasileiro e a maleabilidade dos seus princípios, dois aspectos que conferem um grau ainda maior de controle interpretativo ao STF. Fora isso, os principais atributos do STF são o controle judicial de constitucionalidade e a edição de súmulas vinculantes.

Controlar a constitucionalidade de algo significa analisar sua compatibilidade com a Constituição, e o Supremo conta com duas modalidades de controle: concreto e abstrato. O primeiro deles é inspirado no modelo de revisão judicial das leis do Estados Unidos⁴, enquanto o segundo se assemelha ao modelo austríaco de controle⁵, com a diferença de que o STF não é um tribunal constitucional propriamente dito, e sim um órgão de cúpula na estrutura do Poder Judiciário⁶.

O controle concreto pelo STF é feito pela via incidental, no curso de uma ação judicial já em andamento. A constitucionalidade da lei ou do ato normativo não pode ser a matéria principal da demanda, mas apenas uma questão prejudicial ao seu julgamento (BARROSO, 2019, p. 135). Além disso, como se trata de uma situação concreta, o Supremo não chega a expurgar a norma do ordenamento, caso decida que ela é inconstitucional, limitando-se a avaliar se sua aplicação naquela situação específica não acabaria ferindo o espírito da Constituição⁷.

Por outro lado, o controle abstrato é desenhado para o Supremo em ações próprias⁸. Nesse caso, são específicas para debater a matéria da inconstitucionalidade, com objetos que vão desde emendas constitucionais, leis e atos normativos até omissões normativas e mesmo decisões judiciais. Como se trata de uma análise em abstrato, a abrangência das decisões tem

⁴ Foi o modelo dos Estados Unidos, a propósito, que iniciou a doutrina do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, com base na supremacia das constituições em relação ao restante do ordenamento jurídico. Sua origem está nos Escritos Federalistas e no julgamento de *Marbury vs. Madison*. Sobre essa origem e sobre os fundamentos da revisão judicial em Brandão (2017, p. 37-52).

⁵ Para uma análise mais detalhada sobre a formulação do modelo austríaco, explorando a atuação do tribunal constitucional como um legislador negativo, conferir Abboud (2020, p. 466-471).

⁶ Em sentido estrito, um tribunal constitucional é uma instituição específica que não fica dentro do arranjo ordinário do Poder Judiciário (BARROSO, 2018, p. 2176), composto não por juízes de carreira, e sim por integrantes com perfil de homens de Estado (BARROSO, 2019, p. 71).

⁷ A Constituição Federal prevê uma exceção a essa regra, permitindo a modulação dos efeitos da decisão do Supremo. Trata-se do artigo 52, inciso X, da Constituição, explorado com mais detalhes no subtópico 1.1.2.

⁸ São elas: Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Direta Interventiva (ADI Interventiva) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (APDF).

caráter nacional, então se o ultimato for pela inconstitucionalidade de uma lei, por exemplo, a consequência é, de fato, expurgá-la do ordenamento, seja com efeitos retroativos ou não.

Seguindo a lógica de inércia da atividade jurisdicional, o Supremo só pode fazer essa análise em ações próprias quando for provocado para isso. Portanto, não é que ele esteja sempre patrulhando o ordenamento em busca de eventuais inconstitucionalidades, podendo tratar delas assim que forem identificadas. O STF precisa que algum dos legitimados, previstos na própria Constituição Federal, ajuíze uma daquelas ações próprias, acionando seu poder antes adormecido. Trata-se de uma das hipóteses de proteção conjunta com outras instâncias do poder.

Saindo do controle de constitucionalidade, a súmula vinculante é uma ferramenta jurídica que permite ao STF a criação de enunciados de observância obrigatória para as demais instâncias do Poder Judiciário e para a Administração Pública em geral, após reiteradas decisões em um mesmo sentido sobre questões constitucionais. É uma forma diferente de pacificar a interpretação da Constituição e a aplicação das normas em geral, que pode acontecer tanto de ofício pelo STF quanto mediante provocação, abrindo outra possibilidade de interação com outras esferas do poder.

Somando todas essas competências em teoria, pode-se dizer que o STF é um dos tribunais mais influentes do mundo (ABBOUD, 2020, p. 479). Seu manto de guardião constitucional envolve, além do esclarecimento das normas constitucionais, na atividade típica de interpretar e aplicar o Direito, o controle sobre a validade dos atos normativos em geral, podendo inclusive impor sua interpretação para os demais órgãos do Judiciário e para a Administração.

Acontece que, na prática, o Supremo elevou seu patamar a um nível ainda superior à sua teoria. As técnicas de decisão, como a interpretação conforme a Constituição, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e as sentenças aditivas, conferem a ele um imenso poder de controle sobre o sentido da Constituição Federal. O STF, por exemplo, não só pode afastar o sentido literal das normas constitucionais e ordinárias, de acordo com sua perspectiva particular do que é constitucional, mas também criar normas⁹.

Essa observação ganha ainda mais importância quando se considera a já mencionada expansão global de protagonismo judicial, que também reconfigurou o papel político dos tribunais. Como as constituições passaram a ter um espectro cada vez maior de assuntos, mesmo aqueles que antes ficariam restritos à vida política, acabou que a atuação dos

⁹ Sobre as técnicas de decisão do STF e o poder de controle da Constituição, conferir Brandão (2017, p. 180-199).

tribunais, incluindo o STF, seguiu o mesmo caminho (BRANDÃO, 2017, p. 8-9). Afinal, se o parâmetro fica mais amplo, há mais possibilidades para as supremas cortes e os tribunais constitucionais.

1.1.2 Legislativo

Embora com menos visibilidade que o papel do Supremo, o Congresso Nacional também é uma peça-chave no jogo constitucional brasileiro. Entre as competências do órgão como um todo, bem como do Senado Federal e da Câmara dos Deputados individualmente, o alto escalão do Legislativo brasileiro conta com diversos recursos para proteger os direitos constitucionais.

O primeiro e principal desses recursos do Congresso, naturalmente, é a atividade legislativa clássica. Por mais que se trate de um processo criativo do Direito, antes de qualquer coisa os parlamentares precisam assimilar o sentido da Constituição, porque só podem criar normas que façam jus a esse sentido. Nessa lógica, criar normas acaba sendo uma continuidade na tutela da Constituição, só que de acordo com a visão parlamentar¹⁰.

O mesmo pode ser dito sobre o poder de reforma¹¹, que se manifesta mais costumeiramente nas emendas constitucionais. Afinal de contas, embora aconteça a alteração do próprio parâmetro constitucional, isso só pode ser feito dentro dos limites impostos pelo parâmetro original, e por isso o resultado tende a ser uma mera adequação a novas realidades. Portanto, o poder de reforma também serve como proteção.

Aliás, a importância desse processo criativo, em leis ou emendas constitucionais, não pode ser ignorada. Não importa quão extensa seja a Constituição ou quão forte seja o poder de jurisdição constitucional do STF, seria leviano acreditar que tais fatores bastariam para proteger integralmente os direitos. O Congresso precisa regulamentar as matérias previstas na Constituição, ou eventualmente complementá-la, de forma mais específica, ampliando o alcance de proteção e eventualmente esclarecendo conceitos obscuros.

No exercício dessa competência, o Congresso tem um caleidoscópio de oportunidades. Pode criar leis, alterar partes delas, incluir novos artigos ou mesmo revogá-las, por exemplo. Contudo, mesmo nessa competência típica, o Congresso também pode se

¹⁰ Nesse mesmo sentido, Whittington (2002, p. 781) destaca que o Poder Legislativo implicitamente pratica a interpretação constitucional todas as vezes em que produz uma norma.

¹¹ O poder de reforma também é habitualmente chamado de poder constituinte derivado. Contudo, a primeira terminologia parece mais adequada, já que não há um efetivo poder de constituir uma ordem estatal, e sim adequá-la as novas demandas sociais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 115).

aproximar das outras instituições democráticas, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Ilustrativamente, é o que acontece no caso das chamadas sequências legislativas, quando os parlamentares usam as decisões do STF em matéria constitucional para repensar a sua própria tomada de decisão, a partir de quando pode acatar o posicionamento do STF ou não. Em caso negativo, seria uma superação da jurisprudência do tribunal, já que ela não vincula o Poder Legislativo em sua função legislativa típica¹².

O segundo ponto que merece destaque gira em torno do papel do Legislativo no controle judicial de constitucionalidade. O artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, por exemplo, dá ao Senado Federal a autoridade para ampliar os efeitos de uma decisão concreta de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Se antes a decisão ficaria restrita às partes litigantes, o Senado tem o artifício de aplicar o posicionamento do Supremo em caráter geral, suspendendo a execução da norma. Em tese, é um recurso bastante útil, mas na prática ele foi se tornando obsoleto com o passar dos anos, tendo em vista o crescente poder de controle abstrato do Supremo¹³.

Igualmente, não se pode esquecer sobre a iniciativa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados em algumas das competências do Supremo. As mesas de ambos têm legitimidade para ajuizar as ações do controle abstrato em geral quanto para propor a edição, a revisão e o cancelamento das súmulas vinculantes.

No que diz com a interação do Poder Legislativo com o Poder Executivo, durante o processo legislativo, o Congresso Nacional pode rejeitar o veto da Presidência da República, por meio da maioria absoluta de senadores e deputados. Isso sem falar na possibilidade de juízo prévio sobre as medidas provisórias, para verificar se elas atendem aos pressupostos constitucionalmente previstos para a sua edição (BARROSO, 2019, p. 98).

1.1.3 Executivo

A parcela de proteção constitucional que cabe à Presidência da República é a menos incisiva, ou mais silenciosa, entre as instituições democráticas brasileiras, o que parece coerente, tendo em vista a posição que cabe ao Poder Executivo na separação dos poderes. Todavia, isso não quer dizer que os atributos da Presidência sejam menos legítimos que os do Supremo Tribunal Federal ou do Congresso Nacional. Na verdade, seu o processo de tomada de decisão pode ser decisivo para a segurança dos direitos fundamentais.

¹² A superação legislativa é debatida com mais detalhes no tópico 1.2 deste trabalho.

¹³ Mais sobre a competência do artigo 52, inciso X, da Constituição em Pires Neto (2019, p. 321-335).

Em essência, a tarefa do Poder Executivo consiste em “executar aquilo que foi estabelecido pelo legislador e definir, dentro dos limites por este traçados, as políticas públicas e o seu plano de governo” (ÁVILA, 2019, p. 22). É como pôr uma terceira camada de proteção aos direitos. Estes já estão devidamente previstos na legislação constitucional e infraconstitucional, mas o Presidente, por instrumentos como decretos e medidas provisórias, facilita a sua efetivação na realidade. Aliás, não são poucos os direitos, tais como saúde e educação, que precisam dessa nova camada para serem resguardados apropriadamente.

Saindo da competência típica do Executivo propriamente dita, há outra ferramenta estreitamente ligada à proteção do conteúdo constitucional: o veto presidencial. Próximo ao fechamento do processo legislativo, o Presidente da República deve optar por sancionar ou vetar, total ou parcialmente, o projeto de lei sob análise, e uma das razões que podem motivar o veto é justamente o receio de que a norma viole disposições constitucionais¹⁴. Não se trata de um poder ilimitado, até porque o Congresso Nacional pode rejeitar o veto, com o Presidente tendo que sancionar o projeto de lei de qualquer forma. No entanto, é um recurso que acaba dando uma feição democraticamente mais legítima à produção das normas, ao colocar as duas forças políticas atuando lado a lado e impondo um ônus deliberativo para cada uma.

Indo além, existem alguns recursos da Presidência que dão início a competências das outras esferas do poder. Por exemplo, embora a aprovação de emendas constitucionais diga respeito ao Congresso Nacional, o Presidente é uma das poucas figuras legitimadas para sugerir alterações formais no parâmetro constitucional. Isso sem falar na iniciativa, assim como o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, no contexto das ações do controle abstrato de constitucionalidade e das súmulas vinculantes, ambas de competência do STF.

Outra situação que merece destaque é a não aplicação de uma lei, caso a Presidência a considere inconstitucional. Antes da Constituição de 1988, era firme o entendimento de que o Chefe do Executivo poderia se valer dessa prerrogativa, até porque ele também precisa interpretar e assegurar as diretrizes constitucionais (BARROSO, 2019, p. 91-92). Contudo, tratava-se de um contexto em que o ajuizamento das ações do controle abstrato só cabia ao Procurador-Geral da República, e o Presidente não poderia ficar refém dele para tentar proteger os direitos fundamentais (FERNANDES, 2018, p. 1533). Como desde promulgação da atual Constituição o Presidente é um dos legitimados para questionar a constitucionalidade das leis

¹⁴ A outra motivação para o veto presidencial está relacionada à discricionariedade, no juízo de conveniência e oportunidade da Presidência.

perante o STF, a pertinência do descumprimento já não é tão pacífica como antes (BARROSO, 2019, p. 92)¹⁵.

1.2 ADI 5.105

Com base nesse catálogo de competências, é inegável que o Supremo Tribunal Federal seja realmente a instituição mais privilegiada na proteção constitucional brasileira. Por mais que o Congresso e a Presidência possam demonstrar suas aptidões de forma decisiva na prática, o STF simplesmente tem alcance em praticamente todas as competências dos outros poderes, desde as medidas provisórias até as emendas constitucionais¹⁶. Sob diversos ângulos distintos, há uma ampla cultura de supremacia dos juízes no ordenamento jurídico brasileiro, até porque o Judiciário não está sujeito a muitos mecanismos de controle. Quanto às suas, decisões, pelo menos, não há nenhum¹⁷.

Foi diante desse recorte que o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.105. Com relatoria e condução temática a cargo do ministro Luiz Fux, trata-se do julgamento paradigma sobre a narrativa dos diálogos constitucionais entre as instituições democráticas brasileiras. Antes disso, havia apenas ideias esparsas sobre a necessidade da postura dialogal entre as instituições, não um debate franco sobre sua real aplicação no Brasil¹⁸.

A ADI 5.105 foi proposta pelo Partido Solidariedade, para impugnar a Lei 12.875/2013, que estava subtraindo dos novos partidos políticos o direito de antena e o acesso ao fundo partidário. De acordo com aquele partido, a lei não estaria apenas ofendendo os princípios da democracia pluralista e da isonomia, mas também afrontando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. É que, em outras oportunidades, o Supremo já havia

¹⁵ Sobre esse tema, Fernandes (2018, p. 1534) considera que o Presidente deveria propor uma ação do controle abstrato de uma forma ou de outra, ou seja, valendo-se ou não do descumprimento.

¹⁶ No entanto, o poder de controle do STF sobre as emendas constitucionais só diz respeito à proteção das cláusulas pétreas, para garantir que estas não estejam sendo violadas pela proposta de emenda.

¹⁷ A soma de todos os poderes do Supremo com a ambição do Texto Constitucional brasileiro, a propósito, já levou autores como Vieira (2008, p. 444-450) a falarem em uma espécie de supremocracia no Brasil. Afinal, como mencionado sobre a expansão do Poder Judiciário, é natural que seu protagonismo aumente na mesma medida que os assuntos tratados nas constituições, ainda mais quando se ampliar, também, a força da suprema corte ou do tribunal constitucional.

¹⁸ Um exemplo disso aconteceu no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 606, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, de que teve o seguinte pronunciamento: “(...) 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” (BRASIL, 2014, p. 15).

conferido interpretação conforme à Constituição à Lei 9.504/1997, garantindo a propagando eleitoral e o fundo partidário aos partidos novos (BRASIL, 2015, p. 7-9).

O julgamento sobre esse tema, como mencionado, foi conduzido pelo ministro Luiz Fux, que dividiu seu voto em duas partes: a) leitura sobre as possibilidades e os limites da superação legislativa da jurisprudência do STF e b) visão casuística sobre a lei impugnada pelo Partido Solidariedade, mas de acordo com os parâmetros da superação legislativa (BRASIL, 2015, p. 14-15).

Em primeiro lugar, o ministro relator explorou o tópico da supremacia judicial no Brasil. Sua visão foi de que, embora nosso ordenamento jurídico outorgue ao Supremo a posição de guardião máximo da Constituição Federal, não há como falar em supremacia judicial em sentido forte no Brasil. No mais, pode-se dizer que as decisões do Supremo não estão sujeitas a nenhum tipo de controle democrático, mas isso não quer dizer que sejam definitivas (BRASIL, 2015, p. 16-17).

Nesse ponto, o ministro destacou que existem várias maneiras de como reagir às decisões do STF, mas optou por focar somente nas chamadas reversões, ou superações, legislativas, quando uma norma é elaborada em contrariedade a um pronunciamento anterior do Supremo. Isso porque, como mencionado, este não tem o poder de vincular o Congresso em sua atividade típica de produção de leis. Exemplos de reação seriam as Emendas Constitucionais 41, 52, 57 e 58 (BRASIL, 2015, p. 17-19).

Quanto às emendas constitucionais em geral, não há muita discussão sobre a reação legislativa ser legítima ou não. Afinal de contas, o Congresso Nacional tem competência para alterar o texto da Constituição Federal pelo poder de reforma. O problema aparece quando a tentativa de superação legislativa da jurisprudência se manifesta na forma de legislação infraconstitucional.

No decorrer do voto, o ministro Fux lembra de um dos pronunciamentos do ex-ministro do STF Sepúlveda Pertence, que por sua vez havia registrado que “Não pode a lei ordinária impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição” e que permitir a superação legislativa de uma “leitura do Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador”. O ministro Fux considerou que esse tipo de pensamento, dando um poder de ultimato às decisões do Supremo, além de incompatível com a separação dos poderes, acabaria retirando a capacidade de autocorreção da democracia brasileira (BRASIL, 2015, p. 20-23).

Além disso, menosprezar a legitimidade dos outros poderes para interpretar e proteger a Constituição, em detrimento de uma visão juriscêntrica, poderia causar certa

indiferença para enfrentar o debate constitucional. Isso poderia se manifestar de duas maneiras distintas: a) efetivamente afastando a matéria constitucional dos fóruns políticos de discussão ou b) encorajando comportamentos irresponsáveis ao disciplinar sobre aquela matéria. De uma forma ou de outra, ao invés de proteger o sistema, a perspectiva juriscêntrica acaba saindo pela culatra, fragilizando-o (BRASIL, 2015, p. 25).d

A concepção do ministro é a seguinte:

Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes *players* contribui com suas capacidades específicas no *embate dialógico*, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas (BRASIL, 2015, p. 28).

Sendo assim, ao invés de definitivas, as decisões do STF deveriam ser vistas apenas como finais de rodadas procedimentais de diálogo. É que o se costuma chamar de última palavra provisória, permitindo às demais instâncias de interpretação constitucional a oportunidade de oferecerem suas perspectivas em uma “dinâmica interinstitucional [que] se funda em premissa dialógica e plural de interpretação da Constituição, não de monopólio e arrogância” (BRASIL, 2015, p. 29-30).

É com base em todo esse panorama que o ministro relator estabeleceu as premissas para a possibilidade das superações legislativas, que realmente são cabíveis no ordenamento jurídico brasileiro. São as seguintes: a) se a superação tiver a roupagem de uma emenda à Constituição Federal, não deve haver exigência para o Congresso, porque o que se muda é o próprio parâmetro constitucional e, conseqüentemente, a base da jurisprudência anterior; b) mas, se acontecer por meio da legislação ordinária, a norma nasce com presunção de inconstitucionalidade. Neste caso, portanto, se exige um ônus deliberativo do Congresso, porque ele precisa demonstrar por que razões a jurisprudência do STF não deve ser mantida, seja por ter nascido incorreta, seja por seus fundamentos não mais subsistirem (BRASIL, 2015, p. 30-31)¹⁹.

¹⁹ Sobre o ônus deliberativo em uma superação legislativa pela via ordinária, Barbosa e Lima (2018, p. 123) destacam o seguinte: “Natural que seja desse modo. Assim como é dever do Poder Judiciário, principalmente do ponto de vista jurídico, motivar suas decisões, incumbe ao Poder Legislativo, especialmente do ponto de vista político, a explicitação argumentativa dos fundamentos invocados para a reinserção normativa que desafia o precedente da Suprema Corte”.

Após todo esse panorama, o ministro Fux passou para a avaliação do caso propriamente dita. Sua conclusão foi de que, apesar de a superação legislativa, como canal de diálogo constitucional entre o STF e o Congresso Nacional, ser não só permitida, como também desejável, a Lei 12.875/2013 não havia cumprido os pressupostos básicos de uma reação legislativa pela via ordinária, ou seja, não especificou as razões para se cogitar a superação da jurisprudência do STF. Ao contrário, se limitou a expressar genericamente os fundamentos do próprio regramento feito em suas disposições, destacando que haveria fortalecimento de agremiações partidárias (BRASIL, 2015, p. 40).

No final das contas, a maior parte dos ministros julgou a causa no mesmo sentido que o relator, e alguns deles até complementaram o raciocínio do ministro Fux. O ministro Barroso, por exemplo, destacou que a visão tradicional sobre supremacia judicial no Brasil vem perdendo espaço para a ideia dos diálogos constitucionais, que entende ser mais amoldada para um sistema democrático. Isso porque, em suas palavras, “Nunca existe uma decisão final e definitiva”, sempre havendo margem “ao debate público e a novas propostas de interpretação constitucional” (BRASIL, 2015, p. 89).

Outra observação do ministro Barroso foi acerca dos critérios defendidos pelo ministro Fux para uma superação legislativa na via ordinária. Para aquele ministro, o ônus deliberativo é uma parte crucial, porque do contrário o Congresso Nacional simplesmente teria o argumento de autoridade, tentando contrariar a jurisprudência do STF à força, “sem oferecer nenhum tipo de razão capaz de passar pelo crivo do debate público, que é hoje um componente essencial da democracia”. Isso iria contra a própria ideia de interagir com o Supremo (BRASIL, 2015, p. 91).

Com todo esse panorama, a ADI 5.105 foi julgada procedente, ainda que por motivos diversos daqueles formulados pelo Partido Solidariedade. Este havia argumentado que o ordenamento jurídico brasileiro não seria compatível com o fenômeno da superação legislativa, porque a última palavra estaria com o STF, razão pela qual deve ser declarada inconstitucional. O STF concluiu que a superação legislativa era, sim, permitida, mas ainda declarou a inconstitucionalidade da lei impugnada, porque o Congresso Nacional não havia cumprido com o ônus de demonstrar os motivos para uma superação.

Como antecipado no início deste tópico, a relevância da ADI 5.105 está no fato de ter sido a primeira vez em que o STF explorou com detalhes a doutrina dos diálogos constitucionais, ainda que o julgamento em si tenha ficado limitado à análise das superações legislativas. Essa nova perspectiva dá um significado completamente diferente sobre o papel do STF na proteção dos direitos constitucionais, assim como no caso do Congresso e da

Presidência. Sob o novo ângulo, todos os poderes são vistos como peças em um grande jogo de hermenêutica constitucional, onde não há uma palavra do STF, mas uma última palavra provisória, que abre alas para novas rodadas de interpretação constitucional.

Sem retirar a importância desse precedente sobre a leitura dialógica da Constituição Federal, ainda parece um estágio muito raso sobre o assunto, especialmente considerando que nada de novo sobre ele no Brasil até hoje, pelo menos não no âmbito do STF. Existe um universo a ser explorado, e o Brasil só começou a dar os primeiros passos dentro dele com a ADI 5.105.

O diálogo constitucional é uma leitura bastante particular sobre como a proteção das constituições deve acontecer, algo que vai muito além de uma singela possibilidade de os parlamentos reagirem à jurisprudência da respectiva suprema corte. Nesse diapasão, para efetivamente compreender a situação do Brasil no vasto universo dialógico, antes é preciso entender os fundamentos e os elementos do diálogo.

2 O DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

Embora a proteção constitucional, como dito, sempre seja exercida em algum grau por todos os três poderes do Estado, durante muitos anos desde o início da era das constituições²⁰, o debate sobre quem deveria dar a última palavra se resumiu basicamente em duas narrativas: supremacia judicial e supremacia parlamentar.

De acordo com a primeira, se a constituição é a lei suprema do povo, os três poderes só podem agir se tiverem apoio nela; mas se o dever de aplicar as leis, incluindo a constituição, é específico do Judiciário, então é ele quem deve ditar o que é constitucional e o que não é (BRANDÃO, 2017, p. 39-40). Isso sem falar que o Judiciário é o único poder não político, o que em tese lhe coloca em uma posição mais favorável para proteger os direitos fundamentais de maneira imparcial (MARMELSTEIN, 2019, p. 159). Essas são as bases do controle judicial de constitucionalidade das leis.

A segunda narrativa valoriza o papel das instâncias políticas, quase como uma antítese do controle judicial. A guarda da constituição se ajustaria melhor às mãos de quem é eleito pelo povo para representá-lo, para aproximar o país de um governo genuinamente democrático (MENDES, 2008, p. 82). Assim, a leitura da constituição deveria ser feita por meio da produção de leis, mas não das decisões judiciais, porque juízes não são eleitos e consequentemente não têm legitimidade democrática para falar em nome do povo.

Aos poucos, as duas perspectivas vêm sendo postas em xeque dentro da teoria constitucional, por mais que pareçam ter estruturas lógicas bem arquitetadas. A interpretação judicial desconsidera o valor das instituições políticas para resolver os enigmas constitucionais, limitando-se a enxergar uma natureza puramente normativa nas constituições (BRANDÃO, 2017, p. 11), e o fato os juízes também poderem ser movidos por suas próprias convicções morais e políticas, ainda que não sejam eleitos (MENDES, 2008, p. 86). Por sua vez, a interpretação parlamentar deposita confiança em excesso na deliberação de maiorias circunstanciais, esquecendo-se de que às vezes o correto é precisamente ir contra as maiorias, caso a lei imponha essa alternativa (ABBOUD, 2020, p. 69). Isso sem falar que, em diversas circunstâncias, o que na teoria parece ser certo acaba não se aplicando na prática. Ilustrativamente, embora o Poder Judiciário supostamente tenha menos legitimidade democrática que o Poder Legislativo na teoria, esses papéis muitas vezes se invertem na prática (LAIN, 2012, p. 116).

²⁰ Aqui, era das constituições se refere às constituições formais, desde a independência das treze colônias inglesas e a elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América. Sobre isso em Sarlet (2015, p. 37-42).

O tempo fez questão de apontar todas essas falhas, e isso parece estar mudando o curso dos ventos constitucionais. Antes o que parecia uma guerra pelo poder da hermenêutica constitucional vem se transfigurando em uma era de mais diplomacia entre as instituições. Afinal de contas, não é porque a teoria constitucional só conhecia duas narrativas que elas eram as únicas que existiam.

2.1 O meio termo

A primeira ruptura consciente com as leituras supremacistas costuma ser atribuída aos países da comunidade britânica, iniciando pelo Canadá de 1982 (GARDBAUM, 2017, 227-228). Imersos em uma cultura tradicional de supremacia legislativa, os canadenses se viam diante de um velho problema do Direito Constitucional: seus aparatos constitucionais careciam de efetividade, ou seja, os direitos com aquele *status* não estavam sendo bem protegidos na prática (MENDES, 2008, p. 144). Ao mesmo tempo, sabiam que o controle judicial de constitucionalidade, no outro polo da supremacia, tinha um potencial inegável quando o assunto era proteger direitos, só que importar a fórmula essencial daquele modelo seria desconsiderar todo o contexto do Canadá, que historicamente valoriza bastante seus parlamentos. A solução veio em 1982, com a Carta Canadense dos Direitos e das Liberdades.

Em vez de simplesmente ignorarem o potencial dos juízes, os canadenses criaram um sistema de responsabilidade conjunta para guiar o Direito nacional (GARDBAUM, 2017, p. 231). Os juízes até poderiam exercer o controle de constitucionalidade das leis, mas os parlamentos sempre teriam recursos para dar uma sequência legislativa, uma resposta às decisões judiciais, fosse revogando a lei, fosse aprimorando-a, por exemplo (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 96-97). Foi uma saída alternativa para aproveitar o que havia de melhor tanto nos juízes quanto nos parlamentos, e o plano seguiu exatamente como fora desenhado²¹.

Nas palavras do atual Primeiro-Ministro do Canadá, Justin Trudeau (2017, p. 19), “a Carta Canadense dos Direitos e das Liberdades se transformou no veículo para uma expansão inédita de liberdades individuais no Canadá”, mas o legado canadense não se resume a uma experiência constitucional bem-sucedida. Era a primeira vez em que um país havia ignorado a suposta incompatibilidade entre supremacia parlamentar e o controle judicial de

²¹ O silêncio do Legislativo representa a minoria dos casos na sequência de uma decisão judicial sobre os direitos da Carta de 1982. De qualquer forma, mesmo o silêncio pode significar alguma coisa, pois é perfeitamente possível que o Legislativo acate a decisão do Judiciário, concordando com ele. Mais sobre isso em Hogg e Bushell (1997, p. 98).

constitucionalidade (MENDES, 2008, p. 155), e isso acabaria redefinindo os padrões da hermenêutica constitucional como era conhecida até então.

Pouco tempo depois, a Nova Zelândia e o Reino Unido foram palco de um movimento similar, por vias distintas. Na Nova Zelândia, a Lei de Declaração de Direitos e Garantias de 1990 não deu aos juízes o poder de controlar a constitucionalidade das leis, mas impôs o dever de aplicarem todas as outras leis de maneira consistente com os direitos que ela previa (MENDES, 2008, p. 155). No Reino Unido, a incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em 2000, deu a mesma tarefa interpretativa para as cortes, só que neste caso os juízes poderiam, se fosse o caso, declarar a incompatibilidade da lei com os direitos contidos naquela convenção, o que não chegaria a invalidar a lei nem a impor essa obrigação ao parlamento, mas daria ao ministro do caso o poder de emitir uma ordem de reparação, para submeter uma proposta de alteração da norma (GARDBAUM, 2017, p. 237).

Como se pode perceber, ao buscarem uma solução conciliatória entre a tradição de supremacia dos parlamentos e a proteção judicial dos direitos constitucionais, Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido criaram uma terceira via de constitucionalismo, no meio termo entre os dois extremos da supremacia (GARDBAUM, 2017, p. 222). De forma mais específica, esse novo modelo teve como características a existência de uma carta de direitos com caráter normativo, para permitir que uma atuação mais ativa dos juízes na interpretação dos direitos contidos nela, mas sempre com a possibilidade de o Poder Legislativo reagir às decisões judiciais (GARDBAUM, 2010, p. 169). Mesmo que em um estágio embrionário, essa foi a alvorada de uma nova narrativa sobre quem deve esclarecer as constituições: a leitura dos diálogos constitucionais.

Aqui é importante fazer uma observação. Existem dois sentidos para a expressão diálogo constitucional: fato e modelo. O primeiro sentido é usado como uma metáfora para representar a interação dos três poderes no processo de interpretar as constituições e conseqüentemente proteger os direitos fundamentais (BATEUP, 2006, p. 1109). Diz-se que é um fato porque essa metáfora é inevitável na prática (MENDES, 2008, p. 158), já que os três poderes sempre estão protegendo a constituição quando atuam, interpretando-a constantemente para exercer suas competências. Por outro lado, o diálogo também é usado para nomear um modelo de hermenêutica constitucional, uma narrativa sobre como a proteção constitucional deveria ser feita. Este sentido é o foco do presente trabalho²².

²² De acordo com Macfarlane (2012, p. 75-96), na verdade existem pelo menos quatro sentidos para a ideia dos diálogos constitucionais: descrição, comunicação, desenvolvimento de uma cultura de direitos e prescrição. As

A premissa do diálogo é a seguinte: os poderes não precisam competir pelo monopólio da interpretação constitucional; devem, ao contrário, colaborar entre si para traduzir as constituições da melhor maneira possível, protegendo os direitos fundamentais como uma equipe (MENDES, 2008, p. 15). A ideia é que as instituições atuem na busca pelo consenso em matéria constitucional (ASSIS; SILVA, 2018, p. 284) e que isso conduza ao aperfeiçoamento do sistema democrático, mesmo porque “Poderes independentes e harmônicos, justamente porque dotados desses qualitativos, devem ser capazes de aprimoramento contínuo e dialético a respeito das questões relevantes para o país” (BARBOSA; LIMA, 2018, p. 120).

Seguindo essa linha, se os poderes precisam atuar como uma equipe na busca pelo consenso, há uma necessidade lógica de que nenhum deles tenha uma opinião mais valiosa que a dos outros. Se não for assim, o diálogo não existe em sua proposta essencial, porque um poder teria como dar um ultimato e encerrar o debate constitucional. Em suma, o aperfeiçoamento pressupõe que os poderes só tenham, paradoxalmente, ultimatoss provisórios, permitindo sucessivas contestações dos outros poderes (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 189).

Essa necessidade lógica de não haver uma última palavra talvez seja a maior vantagem conceitual do diálogo constitucional. Quando um poder tem legitimação prévia para agir, quando tem a última palavra, ele de certa forma está imune ao sistema de freios e contrapesos dos outros poderes, o que significa que a democracia perde sua capacidade de autocorreção (BRANDÃO, 2017, p. 343-344). Trata-se de uma consequência intrínseca a qualquer modelo, como a supremacia judicial e a supremacia parlamentar, que admitam que a última palavra existe, e uma consequência especialmente perigosa, porque a História já mostrou que todas as esferas do poder são capazes de ferir direitos fundamentais, seja pelo erro, seja pela corrupção. Retirar a capacidade de autorreparo da democracia é deixá-la à beira da ruína.

É por esse motivo, a propósito, que o novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica é alçado ao patamar de início dos diálogos, mas em um estágio embrionário. De fato, o sistema de dos países mencionados foi construído para privilegiar mais de um dos poderes na proteção constitucional dos direitos, porque os juízes passaram a ser uma peça-chave no jogo da hermenêutica constitucional, mas a última palavra ainda perdurou no plano formal, com os parlamentos.

Esse parêntese de forma alguma ofusca o valor que a experiência que cada um daqueles países agregou ao futuro do constitucionalismo, e há pelo menos dois motivos. Primeiro, mesmo que houvesse uma última palavra formal, essa palavra não era a única, e

duas perspectivas apresentadas neste presente estudo se assemelham aos sentidos descritivo e prescritivo propostos pelo referido autor. A compreensão desses dois sentidos já basta para a finalidade deste estudo.

decidir depois outra instituição é bem diferente de decidir sozinho, porque isso cria um ônus deliberativo para quem decide depois, qualificando o debate (SILVA, 2009, p. 213). Segundo, quando a tradição parlamentar foi deixada um pouco de lado para aproveitar o ponto forte do Poder Judiciário, também houve um grande avanço, porque o olhar estava voltado não para os defeitos dos juízes, por não serem eleitos pelo povo, e sim para as suas qualidades, suas capacidades institucionais, o que é outro tópico central dentro da narrativa dos diálogos.

Quando o assunto é proteger direitos, a verdade é que nenhuma das instituições democráticas é mais legítima que as outras (MARMELSTEIN, 2019, p. 160), porque cada uma delas reúne atributos que favorecem a tomada de decisão em determinados casos, mas não em outros²³. Talvez a melhor estratégia de reduzir a pobreza, por exemplo, não seja com a edição de uma lei, mas com a implementação de políticas públicas de assistencialismo e promoção de empregos, por parte do Poder Executivo. Assim, permitir que qualquer um dos poderes seja acionado amplia o arsenal de soluções para os problemas constitucionais, podendo-se optar pela mais satisfatória (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 189).

A trajetória canadense é um exemplo preciso dessa matéria. Naturalmente, é possível que ainda existisse receio quanto à falta de legitimidade dos juízes, mas a questão é que os parlamentos simplesmente não estavam dando conta de proteger os direitos de forma apropriada. Ao criarem um sistema de responsabilidade conjunta de cortes e parlamentos, puderam aproveitar a capacidade particular dos dois poderes, e isso certamente foi um fator que contribuiu para o sucesso da Carta de Direitos e Liberdades de 1982.

O pior problema da supremacia judicial e da supremacia parlamentar é supor que a proteção dos direitos constitucionais não passa de uma questão sobre quem é mais legítimo, porque isso desvia o olhar daquilo que realmente importa: proteger direitos. Isso sem falar no problema conceitual da última palavra. Por mais que, hipoteticamente falando, um dos poderes fosse mais legítimo que os outros, por ter mais capacidades institucionais que eles, os seus defeitos institucionais seriam amplificados pelo mero fato de ter a última palavra. Afinal de contas, se todos os poderes podem ferir direitos, aquele que tem a última palavra naturalmente será o maior alvo de desconfiança.

Ao contrário, quando o sistema não compartilha uma última palavra, o papel de cada uma das instituições ganha um novo significado. Se não há como dar um ultimato, conseqüentemente a preocupação com os erros ou com os abusos diminui, porque existem saídas para eles, porque o sistema de freios e contrapesos pode ser acionado. Por isso, ao invés

²³ No fim das contas, “(...) nem mesmo os muito sábios conseguem ver todos os fins” (TOLKIEN, 2019, p. 115).

de o olhar ficar voltado para as fragilidades de cada um dos poderes, a ausência da última palavra coloca o foco nas qualidades de cada um, potencializadas pela interação.

Em síntese, o diálogo constitucional é um modelo alternativo no campo da hermenêutica constitucional, preocupado não com a escolha de um poder mais legítimo que os outros, e sim, partindo do pressuposto de que todos eles são igualmente legítimos, com o potencial da interação entre eles (MENDES, 2008, p. 97). Trata-se de um modelo que não só ameniza as possibilidades e os perigos de erros, por eliminar o problema da última palavra, mas também aumenta as chances de acertos, por permitir que mais poderes ofereçam suas capacidades particulares para resolver os enigmas na proteção dos direitos constitucionais (MENDES, 2008, p. 214).

Diálogo é sinônimo de respeito recíproco (MENDES, 2008, p. 97), e é providencial que as instituições mantenham essa postura dialógica, porque isso faz parte do amadurecimento das próprias instituições e da democracia (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 196). Aliás, é na capacidade de debater ideias, mesmo quando elas são diametralmente opostas, onde se encontra a pedra filosofal da democracia, seu elixir da vida.

2.2 A bússola do diálogo

Não existe um formato padrão para implementar o modelo do diálogo constitucional. Como se ilustrou nos sistemas do Canadá, da Nova Zelândia e do Reino Unido, há muitas formas de como manejar as instituições para cultivar uma interação produtiva entre elas. A questão, portanto, não é encontrar a forma mais sofisticada, mas encontrar qual delas é que mais se encaixa em certo contexto, considerando o sistema jurídico e as tradições de cada país em particular²⁴.

Em todo caso, entendendo como funciona a ideia geral do diálogo, é possível extrair três elementos-base para identificar um formato convincente: estrutura, unidade decisória e mentalidade cooperativa. Esses três fatores servem como uma espécie de bússola do diálogo: quanto mais um país estiver próximo de dominá-los, mais próximo ele estará de um modelo ideal de diálogo. Além disso, ao fragmentar o modelo em três facetas, fica mais fácil identificar

²⁴ A própria dinâmica entre os parlamentos e o controle judicial das leis é diferente para análise dos países mencionados, que funcionam no sistema de *Common Law*, mas um estudo aprofundado sobre as particularidades em cada sistema jurídico seria inviável neste trabalho, pela sua limitação. Sobre o tema, conferir por exemplo Waluchow (2007, p. 10-12).

eventuais problemas com o formato de cada país, conseqüentemente dando um norte mais claro para propor soluções.

2.2.1 Estrutura

Como explorado neste trabalho, em uma democracia, o diálogo constitucional sempre existirá enquanto fato, mesmo que de uma maneira sutil, com os poderes exercendo somente suas funções clássicas, essenciais. Contudo, esse diálogo mínimo estaria longe de fazer jus à proposta do diálogo enquanto leitura de quem é o legítimo protetor das constituições, ou seja, como modelo de hermenêutica constitucional. Essa ideia não se limita a permitir que todos os poderes deem suas perspectivas particulares em matéria constitucional, como um conjunto desordenado, tendo mais a ver com extrair ao máximo o potencial da interação entre essas diferentes perspectivas. É nesse ponto onde se encontra a importância de uma estrutura dialógica.

Qualquer uma das instituições democráticas só pode agir de acordo com as competências que lhe são designadas dentro do sistema constitucional, única instância capaz de prever seus próprios mecanismos de proteção e efetividade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 91). Se o sistema prevê uma separação de poderes mais engessada, com funções típicas bem divididas, a tendência é que o diálogo seja menos visível. Por outro lado, caso o sistema constitucional seja projetado com um desenho institucional mais fluido, com funções típicas e funções atípicas dos poderes, assim como mecanismos que estimulem interações mais próximas e efetivas entre eles, é natural que o diálogo constitucional aconteça com mais potência.

A capacidade criativa das pessoas é o único limite para as fórmulas de um desenho institucional mais fluido. Da mesma forma que é possível aproveitar as competências clássicas dos poderes, mas adicionando um aparato de aproximação dessas competências, também há como criar ferramentas inovadoras para as instituições democráticas. O que importa é que o foco esteja em aproximar essas instituições, impulsionando o funcionamento harmônico delas, e não dar margem para que uma delas tenha o poder de última palavra.

No Canadá, com a ressalva da última palavra, mostrou-se como aproveitar a competência típica do Poder Legislativo como um mecanismo dialógico. Ao dar aos parlamentos a possibilidade de oferecer uma sequência legislativa às decisões do controle

judicial de constitucionalidade²⁵, não havia nada de novo para eles: estariam apenas exercendo sua competência legislativa clássica, com um leve toque de aproximação com o Poder Judiciário²⁶. Em contrapartida, a experiência constitucional do Reino Unido demonstrou uma ferramenta simples, mas atípica, para o Judiciário, quando se permitiu que ministros apresentassem ordens de reparação, para propor a alteração de leis. Com essa singela mudança, os juízes não chegariam a interferir diretamente na atividade legislativa, mas teriam ao menos como oferecer uma perspectiva diferente sobre o conteúdo das leis, interagindo com os parlamentares, exatamente como propõe a narrativa do diálogo.

No que diz com o papel do Poder Executivo, é certo que costuma ser considerado mais como coadjuvante que protagonista²⁷, o que é indevido não só por ignorar suas virtudes para a proteção dos direitos, mas também porque ele pode ser uma peça-chave para qualificar o diálogo. O poder de sancionar ou vetar um projeto de lei, por exemplo, dá mais legitimidade ao processo de produção das leis, porque cria um mecanismo de construção coordenada para essas leis, com o chefe do Executivo expressando suas perspectivas, mas não excluindo as ideias propostas pelos parlamentares que arquitetaram o projeto de lei (CIRNE, 2019, p. 106-109).

Portanto, o primeiro elemento propulsor para diálogos melhores é uma estrutura que aproxime as instituições democráticas no processo de interpretar as constituições. Sem isso, o diálogo pode até ser possível, mas não extrairia dessa proposta o mesmo potencial que um processo coordenado, com estratégia. Assim como na criação de bons hábitos da vida diária, mais importante do que traçar metas é focar nos sistemas que nos conduzem a essas metas (CLEAR, 2019, p. 23). Para atingir bons resultados na proteção dos direitos constitucionais, não basta ter esse objetivo, se não há uma estratégia que leva a esse resultado.

2.2.2 Unidade decisória

O segundo atributo para ter uma interação produtiva está relacionado à clareza da mensagem de cada poder. A fluidez de qualquer diálogo, seja entre pessoas, seja entre instituições, passa muito pela capacidade dos interlocutores de comunicarem suas ideias, de

²⁵ A questão sobre o controle de constitucionalidade ser ou não uma competência clássica, natural, do Poder Judiciário depende de ampla discussão sobre o caráter das constituições, se jurídico, político ou mesmo ambos. Porém, debater essa matéria fugiria do foco deste trabalho de conclusão de curso.

²⁶ A Carta Canadense dos Direitos e das Liberdades também criou uma ferramenta inovadora para o arsenal do legislativo, chamada cláusula não obstante, que basicamente impediria o exercício do controle de constitucionalidade para uma determinada lei, algo que praticamente não foi usado (GARDBAUM, 2017, p. 231). Esse assunto é explorado com mais detalhes no subtópico 2.2.3.

²⁷ Mendes (2008, p. 97), por exemplo, lembra que o Executivo nunca foi cotado para ter a última palavra sobre os direitos fundamentais, ao contrário dos outros dois poderes.

transmitirem com clareza aquilo que pensam. Afinal, para dar uma resposta, primeiro é preciso entender a mensagem.

De nada adiantaria ter uma estratégia para aproximar as instituições democráticas se elas não fossem capazes de se comunicar com clareza. Seria como marcar uma reunião para duas pessoas que não falam o mesmo idioma e esperar que essa conversa rendesse bem. Portanto, tão importante quanto aproximar os interlocutores é garantir que eles consigam entender a mensagem uns dos outros e responder com a mesma clareza.

Contudo, a questão com os poderes é ainda mais desafiadora. Além de não falarem por si sós, são compostos por pessoas que por natureza não concordam em todos os assuntos. Nesse caso, dar clareza às mensagens acaba se confundindo com o esforço para que os poderes se manifestem como um conjunto, não como fragmentos das opiniões dos seus membros. Em outras palavras, o processo de tomada de decisão precisa estar focado em dar unidade decisória para as instituições, fazendo que elas de fato se manifestem como tal.

Existem várias soluções para esse enigma, desde a escolha de um único representante para falar em nome da instituição até a aplicação de votações, e não há nenhuma que seja mais válida que as outras. São apenas formas diferentes de dar voz a um órgão que não fala por si, cada uma com suas virtudes e com seus defeitos. O detalhe é encontrar o mecanismo apropriado para cada situação.

No caso do Poder Executivo²⁸, geralmente há uma autoridade máxima que toma as decisões, então o desafio da unidade institucional fica de certa forma esvaziado. Por mais que o chefe do Executivo possa ter uma equipe de ministros e de conselhos para lhe auxiliar no desempenho de suas funções, ele é quem representa o porta voz dessa esfera do poder. Os desafios, nesse caso, são outros: saber separar a opinião pessoal da opinião institucional e transmitir com clareza suas decisões, assim como em qualquer forma de comunicação. Aliás, são os mesmos desafios que qualquer representante do povo tem em uma democracia.

O Poder Legislativo funciona em um sistema essencialmente adversarial, em que o objetivo dos partidos é obter a maioria dos votos e assim proteger os interesses do seu eleitorado (SILVA, 2013, p. 564). Portanto, é da própria natureza do Legislativo que as forças políticas não estejam sempre do mesmo lado. Ainda assim, os parlamentares não podem deixar que a batalha política se reflita nas leis, ou seja, deixar que ela afete a qualidade ou a clareza delas.

²⁸ Embora haja diferenças sobre a sistemática do poder executivo nos sistemas parlamentaristas de governos, em que a relação entre o Executivo e o Legislativo fica mais estreita, este estudo, por sua limitação, explora uma visão de Executivo desvinculado do Legislativo.

Isso sem falar que as leis não podem representar somente a vontade de alguns grupos, mas de toda a coletividade, porque essa é a função do Poder Legislativo.

É nesse ponto onde se encontra a importância de um processo legislativo bem arquitetado, com fases complexas e múltiplas rodadas de deliberação, desde o projeto de lei, passando por emendas e supressões, até a publicação. Se esse processo for aplicado corretamente, os parlamentos certamente estarão um passo mais próximos de atingir o elemento da unidade decisória, conseqüentemente dando mais clareza à mensagem e facilitando a interação com os outros poderes.

No que diz com o Poder Judiciário, a tomada de decisão também exige esforço para chegar à unidade. Embora os julgamentos em tribunais sejam colegiados, isso não garante que o resultado traduza a visão da instituição como um conjunto. Pelo contrário, muitas vezes os tribunais decidem na base da soma dos votos e das decisões dos seus julgadores (SILVA, 2013, p. 563), e o resultado é meramente uma montagem dessas decisões.

Quando os julgadores não interagem uns com os outros antes de decidirem, a soma das suas visões não só tende a não ser clara, como também nem sempre expressa o que eles, individualmente, quiseram dizer para início de conversa (LEAL, 2019, p. 380). Ou seja, há um duplo risco, tanto sob a perspectiva da instituição quanto sob a perspectiva dos seus membros, e é certo que isso compromete a performance do Judiciário no jogo da hermenêutica constitucional, assim como o potencial do diálogo como sistema.

Por isso, o que parece ser a melhor solução é a prática da chamada deliberação interna dentro dos tribunais, um compromisso dos juízes para trabalharem em equipe e estarem dispostos a ouvirem os argumentos dos outros membros e se convencerem diante do melhor ponto de vista (SILVA, 2013, p. 563-564). Essa abordagem acaba reflexamente qualificando as decisões, porque incentiva a busca pelo consenso e dá margem para encontrar fundamentos mais robustos (LORENZETTO; SCHAITZA, 2018, p. 301), mas o ponto central é que a deliberação interna dá mais clareza às manifestações do Judiciário, facilitando a conversa com os outros poderes. No fim das contas, por mais que também seja importante, a narrativa dialógica não exige que os poderes demonstrem técnicas apuradas nas suas decisões (MENDES, 2008, p. 97), mas apenas que eles consigam dialogar com clareza²⁹.

Não há dúvidas, como mencionado, de que o diálogo constitucional possa acontecer sem essa preocupação com a clareza das mensagens, mas parece óbvio que isso ajude. Se a

²⁹ Como lembra Leal (2019, p. 380), “Se o argumento do diálogo institucional (...) pressupõe uma interação substantiva baseada na qualidade da mensagem do tribunal, uma questão prévia do que conta como uma mensagem racional (...) diz respeito à clareza da própria mensagem”.

estrutura dos poderes funciona como uma estratégia do ponto de vista externo para a interação dos poderes, a clareza da visão de cada poder, por meio da busca pela unidade decisória, é uma estratégia interna voltada para potencializar o aproveitamento daquela estrutura.

2.2.3 Mentalidade cooperativa

Apesar de todas as vantagens que o diálogo oferece ao sistema constitucional, é inegável que ele seja uma aposta perigosa: se não for conduzido da maneira correta, há grande margem para que se crie uma anarquia institucional (ALEXANDER, SCHAUER, 2000, p. 473). Como se trata de uma narrativa que depende de sucessivas contestações dos poderes, o que garante que não haja insegurança jurídica sobre os direitos fundamentais? É nesse ponto onde entra a importância da mentalidade cooperativa.

O jogo do diálogo constitucional não funciona como a supremacia judicial ou como a supremacia parlamentar. Nestes, a ideia é que uma autoridade máxima pacifique a matéria constitucional, unificando a interpretação constitucional para a aplicação de todo o ordenamento jurídico. Com o diálogo, não é que a matéria constitucional não precise ser pacificada, só que isso deve emergir de um consenso de três partes, não de uma imposição. A questão é que os poderes precisam realmente estar dispostos a buscar esse consenso, algo que só é concebível dentro do que Levitsky e Ziblatt (2018, p. 20) chamaram de regras não escritas da democracia: respeito mútuo e reserva de poder.

O respeito mútuo significa a aceitação de que as outras partes também são legítimas (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 20), e ele é a base para qualquer interação saudável. Quando há respeito, quer dizer que as partes estão dispostas a ouvir os argumentos das outras, levá-los em consideração e eventualmente mudarem de opinião. Em outras palavras, as partes estão abertas para serem persuadidas pelos melhores argumentos (LEAL, 2019, p. 382). Em um sistema que precisa que as instituições constantemente cheguem a consensos, esse aspecto parece elementar.

Por sua vez, a reserva de poder está ligada à autocontenção dos poderes sobre o uso de suas prerrogativas institucionais (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 20), e sua importância tem dois lados. Primeiro, se um poder entra em ação de forma exagerada, conseqüentemente ele deixa menos espaço para o debate com os outros dois poderes, algo que desvirtuaria o sentido do diálogo. Além disso, atuar com mais prudência é sinônimo de humildade, e isso alimenta ainda mais o respeito mútuo entre as instituições democráticas.

Em contrapartida, “Na ausência dessas normas, o equilíbrio se torna mais difícil de sustentar” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 124). Se um poder não respeita os outros, por se ver mais competente para proteger direitos, logo passa a abusar de suas prerrogativas funcionais para anular a interpretação constitucional deles. Simples assim, o objetivo final do diálogo seria colocado de lado, em nome de uma batalha institucional pelo trono de quem é mais competente para proteger direitos.

De certa maneira, as instituições democráticas funcionam como as joias do infinito³⁰. Remova qualquer uma delas, e o universo constitucional não estará protegido em sua completude. Corrompa qualquer uma delas, colocando-as umas contra as outras, e o jogo infinito do diálogo se transforma em uma guerra infinita entre as instituições. De uma forma ou de outra, o sistema fica vulnerável. A única saída para garantir que o sistema funcione corretamente é conseguindo que as três esferas do poder se convençam a trabalhar como uma equipe, em equilíbrio³¹.

Evidentemente, essa mentalidade cooperativa nunca será perfeita. Sempre haverá momentos de controvérsia, porque isso é natural em qualquer democracia. Contudo, quanto maior for a cultura de respeito e reserva de poder entre as instituições, menor será a preocupação com aqueles momentos e, por consequência, com a segurança jurídica sobre os direitos fundamentais. Essa é a beleza de construir um sistema baseado na confiança e na humildade. Sobre isso, há mais um legado na experiência canadense.

Como mencionado, no Canadá os parlamentos têm como dar um ultimato no debate constitucional, porque no plano formal eles contam com a última palavra. Na Carta Canadense dos Direitos e das Liberdades, essa última palavra se materializaria por meio da chamada cláusula não obstante, que basicamente impediria que uma norma fosse objeto do controle judicial de constitucionalidade por um período de cinco anos, prorrogável por mais cinco³². Assim, se os parlamentos quisessem, poderiam descartar o Judiciário do jogo.

Acontece que essa cláusula praticamente nunca foi usada (SILVA, 2009, p. 214), e há uma série de fatores que poderiam explicar o porquê, desde a controvérsia sobre a real

³⁰ Referência ao *Marvel Cinematic Universe* (MCU). As joias do infinito são cristais que protegem o universo. Cada uma delas representa um aspecto elementar da existência, juntas trazendo equilíbrio a tudo que se conhece.

³¹ “Para que o sistema constitucional funcione com esperamos que funcione, o Executivo, o Congresso e o Judiciário têm que encontrar um equilíbrio delicado” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 124). Afinal de contas, como mencionado, a separação de poderes tem uma única fonte, o que significa que precisam ser guiadas pela mesma bússola constitucional.

³² De forma mais específica, essa cláusula dá aos parlamentos o poder de determinar que uma lei continue em vigência não obstante os direitos de *status* constitucional, contidos na Carta de Direitos e Liberdades. Ou seja, mesmo que o Judiciário declarasse a inconstitucionalidade com base naquela Carta, os parlamentos poderiam afirmar a validade da norma, mantendo-a em vigência. Mais sobre isso em Gardbaum (2017, p. 231-232).

legitimidade da cláusula não obstante, passando pela atuação pouco controversa da Suprema Corte Canadense até o custo político de derrubar uma decisão dessa Suprema Corte (GARDBAUM, 2010, p. 178-179), mas a questão é a seguinte: se o Legislativo tem em mãos a prerrogativa de guiar o Direito canadense sozinho, mas não usa essa prerrogativa, significa que ele respeita a atuação do Poder Judiciário, pelo menos o suficiente para ele próprio ser cauteloso em sua função. Somando isso ao fato de que, na prática, as sequências do Legislativo vêm sugerindo uma tentativa consciente de interagir com o Judiciário (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 101), percebe-se uma forte cultura de respeito mútuo e reserva de poder.

Portanto, por mais que o diálogo constitucional pressuponha a interpretação constitucional de todos os três poderes, um dos elementos que medirá seu sucesso é a capacidade dos poderes para atuarem com mentalidade cooperativa. Aliás, talvez esse seja o elemento mais importante. Se a estrutura e a unidade decisória são a moldura que determina os limites dentro de onde o diálogo constitucional pode acontecer, a mentalidade cooperativa é o que garante que o que está dentro dessa moldura será uma obra de arte, não um rabisco. Pode-se dizer que essa mentalidade é a alma do diálogo, aquilo que junta todas as peças e dá sentido a cada uma delas.

3 O DIÁLOGO BRASILEIRO

Foram bem os ministros do STF ao trazerem o debate do diálogo constitucional para o contexto brasileiro, porque esse modelo parece ser um caminho inevitável para qualquer estado que se pretenda democrático. Como lembram Barbosa e Lima (2018, p. 121), “longe de representar o desprestígio ao âmbito de atribuições próprias de cada instituição surge como componente necessário e lubrificante do postulado da separação dos Poderes”. O problema é que, para construir uma postura dialogal entre as instituições, não basta girar uma chave imaginária e esperar que tudo simplesmente mude.

Assim, antes de ser um divisor de águas entre a supremacia do Supremo e a diplomacia dos poderes no Brasil, a ADI 5.105 deve ser vista como um mero começo de uma longa jornada pelos mares do diálogo constitucional. Além do mais, por mais bem embasado que esse precedente seja, ele ignora alguns tópicos fundamentais para a análise de compatibilidade entre o sistema de proteção constitucional brasileiro e o modelo dos diálogos constitucionais.

3.1. Abrindo a bússola

Como explorado no segundo capítulo, a lógica dos diálogos impõe uma conjugação entre a estrutura dos poderes e a cultura política de um país (MENDES, 2008, p. 159), e isso pode ser fracionado em três aspectos: estrutura, unidade decisória e mentalidade cooperativa. Logo, para entender a performance do Brasil no jogo do diálogo, nada mais natural que analisar individualmente cada um daqueles aspectos. Só assim é possível apontar os acertos e as falhas, para ter um contexto geral.

3.1.1 Estrutura

Se a ideia de um desenho institucional voltado para potencializar o diálogo constitucional fosse meramente aproximar as competências das três esferas do poder, o Brasil passaria nesse teste com louvor. Nosso ordenamento jurídico comporta interações em todas as escalas, desde as meras iniciativas para competências de outros poderes³³ até a troca mais

³³ São as interações mais simples, que podem acontecer para ações de controle abstrato, súmulas vinculantes ou emendas constitucionais. As casas do Congresso Nacional têm iniciativa para propor tanto o início do controle

efetiva de argumentos³⁴, sem falar que o diálogo pode acontecer em quaisquer das combinações de poderes: a) STF e Congresso, b) Congresso e Presidência e c) Presidência e STF. A questão é que essa mesma estrutura comporta outros tipos de problemas.

A igualdade entre os poderes é um pressuposto do modelo dialogal de proteção, então é preciso eliminar as chances de qualquer um dos poderes eventualmente tentar se sobrepor aos outros dois (BARBOSA; LIMA, p. 121). No Brasil, mesmo que o Supremo não tenha a última palavra formalmente falando, existem alguns temas que na prática o mantêm em uma posição de supremacia.

No cenário posterior à Ditadura Militar, o poder constituinte originário assumiu um compromisso mais ativo na proteção dos direitos, regulamentando uma série de aspectos sociais, econômicos e públicos, por exemplo, temendo o ataque de forças políticas (VIEIRA, 2008, p. 446-447). Além disso, fez questão de trabalhar com um amplo rol de cláusulas pétreas, imutáveis, que o STF pudesse manejar no controle de eventuais emendas à Constituição de 1988 (OLIVEIRA; ARGUELHES, 2020, p. 3). Até esse ponto, não há nada de errado; de certa forma, ocorreu um mero reforço no sistema de freios e contrapesos contra as forças políticas. É só com a leitura do conteúdo das cláusulas constitucionais, especialmente as imutáveis, que se percebe o real poder que o STF tem nas suas mãos.

Pela limitação de qualquer documento normativo, não há como esperar que ele aborde todos os mínimos detalhes do cosmos jurídico. Aliás, é para isto que servem os atos normativos inferiores: complementar o que não encontra disciplina nos documentos superiores. Contudo, seguindo aquela pretensão de tutelar a maior gama possível de direitos, a Constituição encontrou uma solução nos conceitos vagos e indeterminados, que pudessem ser aplicados a basicamente qualquer coisa.

O catálogo das cláusulas pétreas está recheado desses conceitos vagos e indeterminados, cujo exemplo máximo talvez seja a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Por mais que o conceito geral de dignidade seja de fácil aceção, sua aplicação prática pode ser usada em uma ampla variedade de situações, mesmo que opostas entre si. É mais digno defender a eutanásia ou condená-la? Legalizar o aborto protege a dignidade das mulheres ou fere a dignidade da vida? A tributação

abstrato quanto o manejo das súmulas vinculantes. A Presidência, por outro lado, tem competência não somente para isso, mas também para movimentar o poder de reforma da constituição, lançando uma proposta de emenda.

³⁴ Nesse caso, há várias modalidades, como abordado sobre o sistema de controle no Brasil: a) a participação do Presidente da República no processo legislativo, com a possibilidade de veto, derrubado ou não; b) o descumprimento de lei pelo Presidente, por motivo de inconstitucionalidade, que ainda não foi totalmente descartada em nosso ordenamento; c) a suspensão decorrente do artigo 52, inciso X, da Constituição, para o Senado ampliar os efeitos do controle concreto do STF, e d) a sequência legislativa, nos termos da ADI 5.105.

progressiva do imposto de renda seria uma forma de dignificar o trabalho duro? A lista de perguntas continua, assim como os conceitos vagos diferentes da dignidade, como o postulado da proporcionalidade.

Streck (2017, p. 69) identifica a descoberta dessa indeterminação do Direito como a origem da discricionariedade judicial. Como os assuntos ficam disciplinados em conceitos mais abstratos, a tendência é que sobre alguma margem para o juiz preencher lacunas de acordo com sua vontade discricionária, podendo efetivamente moldar regras para situações concretas (STRECK, 2017, p. 70). Trata-se de uma “abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade” a ser cometida “pelo Judiciário” (STRECK, 2017, p. 73).

A primeira conclusão que emerge é que “Qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de inconstitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo” (VIEIRA, 2008, p. 447), o que não é necessariamente um problema. Contanto que sempre haja formas de reagir às decisões do STF, os poderes podem adotar a postura dialógica e acionar o sistema de freios e contrapesos. No entanto, quando se percebe que o STF tem controle sobre todo tipo de reação, sobre as emendas constitucionais, é no mínimo de se ligar um alerta.

Em tese, as emendas constitucionais deveriam ser a variante de sequência legislativa por excelência, quando o Congresso se transfiguraria em poder de reforma e modificaria as próprias bases de julgamento do STF. Nesse caso, o STF só teria como limitar as emendas que ferissem o procedimento especial para a sua aprovação ou o rol de cláusulas pétreas. Este é que o detalhe importante: embora o Supremo só tenha controle sobre o procedimento e sobre a defesa das cláusulas pétreas, a indefinição dessas cláusulas pétreas confere um poder quase absoluto.

Invertendo a frase de Barroso (2015, p. 46), o Supremo pode até não ser o dono da Constituição, mas tem a prerrogativa de ser o seu último intérprete. Em outras palavras, ainda que não haja nenhum mecanismo formal que dê ao Judiciário o poder de encerrar o debate constitucional, ele pode simplesmente barrar que as outras instituições ofereçam suas perspectivas particulares: no caso do Legislativo, controlando até as emendas constitucionais³⁵; no caso do Executivo, vinculando todas as instâncias administrativas com a jurisprudência. Na prática, dá no mesmo que ter o poder de ultimato.

³⁵ Sobre esse tema, Lima (2020, p. 1319) afirma que “quando as cortes constitucionais se assumem competentes para o exercício do controle jurisdicional de constitucionalidade de emenda constitucional ressurgem todo o debate em torno das deficiências democráticas de tal arranjo institucional”, mas “com as dificuldades democráticas ainda mais potencializadas por se tratar de uma revisão sobre uma norma de hierarquia constitucional e não mais norma infraconstitucional”.

Por tudo isso, um dos desafios à aplicação dos diálogos constitucionais no Brasil decorre da sua própria estrutura, ao falhar na distribuição equilibrada de prerrogativas institucionais entre STF, Congresso e Presidência. Em alguma medida, a efetividade de qualquer interpretação constitucional das forças políticas depende da concordância do Supremo, ou pelo menos da sua disposição para dialogar com os outros poderes (LEAL, 2019, p. 383). O DNA do constitucionalismo brasileiro ainda está ligado à tradição de supremacia do Poder Judiciário.

3.1.2. Unidade decisória

O segundo passo é avaliar se as instituições brasileiras são capazes de produzir decisões claras, que de fato representem a unidade do órgão, facilitando o intercâmbio de argumentos para quando os canais de diálogo forem acionados. Sob essa ótica, mais uma vez o sistema de proteção constitucional brasileiro apresenta falhas que pendem para o lado do Supremo Tribunal Federal.

No âmbito da Presidência da República, naturalmente não há que se preocupar especialmente com a unidade: a decisão costuma ser tomada pelo próprio Chefe do Executivo. Quanto ao Congresso Nacional, também não costuma haver queixas nesse sentido. O complexo arranjo da produção legislativa, com variados ritos procedimentais e múltiplas rodadas de votações, tem sido bem-sucedido em compensar pela natureza adversarial do jogo político. O modelo de julgamentos do STF já não favorece a unidade.

A prática do STF envolve um modelo de decisão em série, em que o ministro relator se incumba de elaborar o relatório do processo e proferir o voto inicial da sessão (ROMANELLI, 2020, p. 258), com o restante dos ministros posteriormente externando, sucessivamente, suas decisões individuais (VALLE, 2014). Cada membro vai ao julgamento com seus votos e fundamentos já preparados, sem um incentivo à troca de argumentos e à busca pelo consenso (SILVA, 2013, p. 577-578). Assim, apesar da colegialidade, o resultado acaba se tornando um texto desordenado, cheio de fragmentos sem ligações naturais entre si (VALLE, 2014).

Independentemente dos diálogos constitucionais, esse modelo de decisões seria um problema por si só. Um dos argumentos para afirmar a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade é a capacidade dos tribunais para funcionarem como locais privilegiados de deliberações racionais (SILVA, 2013, p. 559). Aliás, a qualidade dessas deliberações seria uma das formas de compensar pela suposta falta de legitimidade democrática no Judiciário

(SILVA, 2013, p. 557). Portanto, a deliberação é um fator crucial para cortes supremas e tribunais constitucionais, especialmente nos países com tradição de supremacia judicial, como o Brasil. Se o modelo de decisão em série não favorece a deliberação, a troca de argumentos, não é à toa que ele venha caindo no esquecimento no âmbito de tribunais que antes o adotavam (VALLE, 2014).

De qualquer forma, como o sistema brasileiro pretende se voltar para a construção dialógica do sentido constitucional, outra falha relevante do modelo em série é que ele compromete a clareza das mensagens do Supremo. Se os ministros decidem individualmente, sem o objetivo de chegar a um único texto que represente o pensamento final da corte, é uma consequência lógica a dificuldade para identificar com precisão a vontade do órgão como um todo, isto é, seus fundamentos determinantes, a não ser pelos denominadores comuns entre os votos dos ministros (VALLE, 2014). Sem unidade, não há clareza, algo que compromete o intercâmbio com o Congresso e com a Presidência.

Sob essa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal é caracterizado pelo individualismo dos seus ministros (SILVA, 2013, p. 578), na medida em que não há incentivo para a deliberação entre eles. A questão é que a capacidade deliberativa de um tribunal é um elemento de suma importância, não apenas porque qualifica a interpretação constitucional, mas também porque potencializa o diálogo constitucional com as outras instâncias do poder (HORBACH, 2013).

3.1.3 Mentalidade cooperativa

De nada adiantaria ter uma estrutura que exclua as hierarquias entre os poderes se essas hierarquias forem construídas culturalmente, na maneira como cada instituição se enxerga no jogo da democracia constitucional (LEAL, 2019, p. 382). Da mesma forma, para os fins do diálogo, não adianta reforçar a clareza das mensagens institucionais se essas mesmas instituições não estiverem dispostas a interagir umas com as outras. O verdadeiro diálogo só existe quando as instituições se entendem como uma equipe, criando uma mentalidade cooperativa, porque o desenho dos poderes, externo e interno, somente tem como criar incentivos para a interação (MENDES, 2008, p. 159). Como destacado, são meramente a moldura do diálogo, enquanto aquela mentalidade é a sua essência.

Essa lembrança é especialmente importante no caso brasileiro, porque, ainda que o Brasil brilhasse nos dois primeiros elementos, sua performance cooperativa continuaria impedindo um diálogo efetivo entre o Supremo e as instituições políticas, Congresso e

Presidência. Esses dois lados ainda se veem com ampla desconfiança no dia a dia das suas atividades, e isso não só cria um mal-estar constitucional (VIEIRA, 2018, p. 34), como também torna mais propício o abuso de prerrogativas institucionais.

Pelo lado do Poder Judiciário, essa desconfiança pode ser ilustrada pelo pensamento de alguns dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Como mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, o ministro Barroso, embora apoie a construção dialógica do sentido constitucional, entende que uma das funções elementares das cortes supremas seria justamente controlar os abusos do poder político. Para ele, a política brasileira “despreendeu-se da sociedade civil, que passou a vê-la com indiferença, desconfiança ou desprezo” (BARROSO, 2015, p. 38). Não parece haver muita cordialidade deste lado.

O ministro Ricardo Lewandowski vai ainda além, porque sequer admite, por exemplo, a legitimidade das reações legislativas à jurisprudência do Supremo. No julgamento da ADI 5.105, destacou o seguinte:

(...) em matéria de interpretação constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra. Não cabe ao Poder Legislativo reagir a decisões relativas à interpretação constitucional, sobretudo, tomadas em controle abstrato de constitucionalidade, mediante alterações da legislação ordinária (BRASIL, 2015, p. 194).

Portanto, no Brasil há uma intensa cultura de desconfiança sobre a capacidade das forças políticas para proteger os direitos fundamentais. Como consequência, tem-se um terreno propício para o Supremo assumir ainda mais protagonismo no sistema de proteção constitucional brasileiro, que já é desequilibrado para o seu lado. Isso pode ser visto sob alguns ângulos na prática.

Considerando a relação entre Supremo e Congresso, por exemplo, Silveira (2016, p. 406) percebe o que o primeiro não se esforça muito para dialogar, já que seus ministros, na maior parte dos casos, sequer consideram os argumentos do Congresso sobre a constitucionalidade de uma norma em debate. Aliás, mesmo quando pelo menos um dos ministros analisa aqueles argumentos, o Supremo tende a decidir como se a perspectiva do Congresso não existisse, seja pela validade, seja pela invalidade da norma (SILVEIRA, 2016, p. 408). No fim das contas, o que parece valer é a visão juriscêntrica, tenha o lado político sido ouvido ou não.

Também cabe uma menção sobre o ativismo judicial do STF no terreno político³⁶. Em certa dose, para cumprir a proposta do diálogo constitucional, o Poder Judiciário precisa se aventurar em aspectos políticos, mas isso tem que ser feito com cautela, porque ele não foi forjado como um poder essencialmente político, como os outros dois. Sua atuação deve ser mais de coadjuvante que protagonista, porque o contrário seria ignorar que existe uma separação de poderes para início de conversa. Em outras palavras, é natural que o Judiciário ajude no terreno dos outros poderes, mas ele não pode usurpar a competência deles. Acontece que isto não tem sido especialmente incomum no STF³⁷.

A postura ativista do Supremo tem sido cada vez mais avaliada ao longo do tempo³⁸, e por mais que esse fenômeno seja um desdobramento da ambição do Texto Constitucional e da concentração de poderes nas mãos do STF (VIEIRA, 2008, p. 446-450), não se pode ignorar que há um fator de escolha dos próprios ministros. O quanto se expande ou se restringe o espectro das competências do STF, e consequentemente o quanto se entra na política, depende em grande medida da postura dos ministros, no exercício diário de suas atividades (ARGUELHES, 2014, p. 28). Afinal, não é porque o STF pode criar condições para influenciar na agenda política que ele necessariamente precisa fazer isso.

De uma forma geral, pode-se dizer que o STF tem abraçado com bastante vigor sua tarefa de guardião máximo da Constituição Federal³⁹, transportando o protagonismo judicial existente no DNA do sistema brasileiro para o dia a dia dos poderes⁴⁰. Não só pelo lado da desconfiança em relação à política, como também na ausência de reserva institucional, o STF revela que, além de não debater internamente, não esteve tão disposto para o diálogo com as outras esferas.

³⁶ Embora essa expressão seja usualmente utilizada de forma pejorativa, para designar atitudes que supostamente extrapolam as funções jurisdicionais (MARMELSTEIN, 2019, p. 124), trata-se de um fenômeno com múltiplos desdobramentos. Grostein (2019, p. 53-55), por exemplo, aponta duas formas de ativismo judicial no Brasil: a) julgamento orientado pelo resultado, quando os julgadores decidem com base em suas opiniões, para depois fundamentarem seus votos, e b) criação judicial do Direito, que é justamente a postura usurpadora das funções políticas. Para a finalidade deste trabalho, somente se explora o espectro político do ativismo judicial no STF.

³⁷ Para ilustrar, pode-se mencionar a ADI 3.330, quando o Supremo ampliou o escopo do Programa Universidade para Todos (ProUni) para além do que inicialmente fora cogitado na seara política (LIMA; ARGUELHES, 2017, p. 170-174).

³⁸ Conferir, por exemplo, Streck, Tassinari e Lepper (2015, p. 51-61).

³⁹ Quanto ao controle de emendas à Constituição, a maior arma no arsenal do STF, também não houve timidez. Nesse sentido, Oliveira e Arguelhes (2021, p. 15) destacam o seguinte: “O Supremo não tem permanecido inerte ou contido em sua resposta a essas provocações. Pelo contrário, o tribunal utilizou seu poder de controle para interferir, em decisões de mérito ou liminares, em 42,8% das emendas constitucionais submetidas à sua jurisdição em controle abstrato de constitucionalidade. De fato, em quinze das 35 emendas contestadas em ADIs de 1998 a 2018, como vimos, o Tribunal (ou um de seus ministros) suspendeu, limitou ou modulou as mudanças constitucionais aprovadas pelo Congresso”.

⁴⁰ O protagonismo do STF não se deu imediatamente após a promulgação da Constituição de 1988, mas em uma construção histórica mais lenta, mas explicar esse contexto mais detalhadamente fugiria da finalidade deste trabalho. Sobre o tema, conferir Vieira (2018, p. 166-214).

Na relação com o Supremo Tribunal Federal, há alguns indícios de que as instituições políticas em tese venham se mostrando mais dispostas para o diálogo constitucional. Ao avaliar a postura do Legislativo no âmbito de aplicação do artigo 52, inciso X, da Constituição, por exemplo, Silveira (2016, p. 411) notou que os argumentos do Supremo costumam ser levados em consideração. Todavia, existem diversos outros indícios que apontam para a direção oposta.

Quanto à desconfiança, não se trata de uma via de mão única. Com o crescente protagonismo do STF na proteção dos direitos constitucionais, o assunto discricionariedade judicial tem sido constantemente posto em pauta. Para o atual Presidente da República, ministros como Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso estariam há muito tempo extrapolando os limites constitucionais de seus atos, o que o levou a prometer um pedido de *impeachment* perante o Senado Federal contra os dois ministros⁴¹. Esse tipo de conduta é uma das muitas formas de ataque institucional ao Poder Judiciário (BRANDÃO, 2017, p. 281), na tentativa de colocar sua credibilidade em xeque.

Na relação do Congresso Nacional com a Presidência da República, a avaliação sobre a performance cooperativa também não difere muito. Em um dos momentos de maior aproximação entre esses dois poderes, que é o de sanção ou veto de um projeto de lei, o Congresso vem se mostrando amplamente negligente, com fraca deliberação sobre as motivações da Presidência (PEREIRA, 2016, p. 110-112). Ademais, algo que deveria ser um dos mecanismos mais importantes para a atuação conjunta das forças políticas, a medida provisória apresenta um vasto histórico de abusos (MOREIRA, 2014, p. 23-27), com a Presidência pretendendo implementar seus planos de governo, mas contornando o devido processo legislativo.

Considerando esse panorama, a verdade é que as instituições democráticas brasileiras não têm uma boa mentalidade cooperativa. Por não haver respeito mútuo quanto à capacidade de os outros poderes serem bons atores de proteção constitucional, o Direito brasileiro se vê em um ambiente hostil, com os poderes ora ignorando a possibilidade de diálogo, ora invadindo as competências uns dos outros, sem falar nos ataques institucionais recíprocos. Como lembra Vieira (2018, p. 16), há muitos anos que a coordenação dos três poderes tem cedido espaço para “uma constante e recíproca retaliação institucional”. Eis uma guerra infinita.

⁴¹ A mensagem do Presidente foi veiculada em sua conta oficial de *Twitter*, pouco tempo após a prisão do ex-deputado Roberto Jefferson, aliado do Presidente. Conferir Borges (2021).

3.2 Além da tempestade

Por mais que o Supremo tenha indicado uma mudança de direção na forma de pensar sobre proteção constitucional no Brasil, com o julgamento da ADI 5.105, ainda se trata de um estágio muito embrionário do diálogo constitucional. Comparando a experiência brasileira sob a Constituição de 1988 com a canadense sob a Carta dos Direitos das Liberdades de 1982, pode-se dizer que a primeira possui um caráter meramente normativo, enquanto a segunda “se transformou em um instrumental recorrente na interação entre os poderes” (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 194).

Para seguir o mesmo caminho, o Brasil poderia até se inspirar em modelos bem-sucedidos ao redor do globo, mas importar um desses modelos prontos seria perder a oportunidade de fortalecer um sistema voltado especificamente para esta realidade (SILVA, 2009, p. 219), até porque o sistema de diálogos constitucionais brasileiro tem ótimas virtudes. Além do mais, se a principal função do sistema é apenas criar incentivos, e se o diferencial está na mentalidade que se cultiva no dia a dia das instituições, apostar em um processo lento de mudança, com modificações pontuais, parece ser a alternativa mais apropriada (SILVA, 2009, 221).

É verdade que existe um grave desequilíbrio de forças e que o STF é o grande protagonista do desenho institucional brasileiro, mas isso não quer dizer que o sistema esteja fadado ao fracasso. Se essa fosse a lógica, o próprio Canadá teria se desenvolvido em uma experiência fracassada, já que lá os parlamentos formalmente possuem a última palavra em matéria de direitos constitucionais. Sim, aquele desequilíbrio é um problema conceitual dos maiores, e que nas mãos erradas pode levar a todo tipo de abuso, mas isso na prática não impede a interação saudável entre os poderes⁴².

Seguindo a bússola do diálogo, o próximo passo é repensar o modelo de deliberações no âmbito do Supremo Tribunal Federal. É impensável que um órgão jurisdicional desse porte não seja capaz de produzir decisões baseadas na deliberação dos seus ministros, especialmente se esse mesmo órgão já apontou o Brasil para a direção dos diálogos constitucionais, por meio da ADI 5.105.

⁴² Além de tudo, para reformular esse desequilíbrio para o lado do Judiciário, seria necessária uma mudança radical no sistema constitucional, porque a própria Constituição Federal elege o STF como seu principal guardião. A questão é que “o momento para o pensamento institucional completamente inovador e ilimitado esgotou-se no dia 5 de outubro de 1988. Agora, temos de lidar com a Constituição que aí está e não ignorá-la” (SILVA, 2009, p. 219).

Em uma perspectiva mais ampla, é possível pensar na mudança do modelo de decisão em série do STF para o modelo *per curiam*, que “demanda esforços verdadeiramente conjuntos, argumentativos-deliberativos, para a produção da decisão” (EISAQUI, 2021, p. 30276). Nesse caso, os ministros precisariam pensar em conjunto para construir decisões em textos únicos (VALLE, 2014), não em votos isolados, levando a sério a deliberação interna da corte e produzindo decisões que de fato veiculassem a vontade do órgão. No curto prazo parece ser uma opção inviável, porque representa uma mudança drástica na forma de julgar do STF, mas no longo prazo pode ser a melhor alternativa.

Outra opção é fazer pequenas alterações regimentais, mantendo o modelo de julgamento em série, mas que poderiam favorecer a deliberação por outras vias e levar a resultados de grande repercussão (HORBACH, 2013). Silva (2016, p. 195) acredita, por exemplo, que a mera antecipação do voto do relator de um processo seria uma mudança positiva para a capacidade deliberativa do STF.

Uma das consequências intrínsecas do modelo em série é criar uma realidade em que os ministros produzem seus votos antecipadamente, notadamente nos casos mais complexos (SILVA, 2016, p. 191). Mesmo que o relator ofereça seu voto no início da sessão, sobra pouquíssima margem para a deliberação. Porém, se o relator distribuir seu voto antes do julgamento em si, a tendência é que os outros ministros sigam a mesma temática, como um ponto de partida mais bem definido (SILVA, 2016, p. 199). Por mais que o tribunal continuasse decidindo em fragmentos, pelo menos não seriam fragmentos que não dialogam entre si (SILVA, 2016, p. 199)⁴³.

Além das mencionadas, existem muitas outras alternativas para melhorar a qualidade dos julgamentos no STF, desde modificações no procedimento das decisões, para otimizar o trabalho dos ministros, até novas formas de composição da corte (HORBACH, 2013). Ao contrário da estrutura dos poderes, neste ponto é preciso um alerta: a baixa deliberação dos ministros compromete a qualidade das decisões do maior protagonista do Direito Constitucional brasileiro, assim como prejudica sua capacidade para dialogar com as outras esferas do poder. Portanto, essas alternativas não podem ser negligenciadas.

De qualquer forma, a maior preocupação sobre o diálogo constitucional no Brasil está no pior lugar para ter problemas: a mentalidade cooperativa dos poderes. Não há estrutura ou unidade decisória que possa garantir que os três poderes estejam dispostos a ouvir uns aos

⁴³ Não se trata de eliminar a divergência dentro da corte, porque o voto do relator é um mero guia temático. A questão é que a divergência pelo menos teria a tendência de dialogar com a decisão do relator, o que de certa forma favoreceria a deliberação no STF, mesmo que de forma sutil.

outros, na busca pelo consenso e pelo aperfeiçoamento. Isso só acontecerá quando as instituições entenderem o jogo em que estão inseridas e souberem como se portar dentro dele, o que passa pelo fortalecimento do respeito mútuo e da reserva de poder, como destacado. De qualquer forma, uma tática que parece bastante promissora para cultivar boas relações entre os poderes gira em torno do conceito inicialmente pensado para o Poder Judiciário: minimalismo.

A postura minimalista pressupõe a preferência para decidir sem ambição em pelo menos dois aspectos: a) abrangência, para não tentar decidir todos os casos de uma única vez, e b) profundidade, no sentido de não se aprofundar em demasia nos tópicos de uma decisão e deixar que a ideia se mature com ao longo do tempo (SUNSTEIN, 2005, p. 123). É uma maneira de reconhecer suas próprias limitações e dar espaço para que as respostas surjam por outras vias, dentro de um arranjo democrático composto por diversas instituições e marcado pela heterogeneidade (FONSECA, 2013, p. 52). Sob essa perspectiva, minimalismo é sinônimo de humildade, exatamente aquilo que é preciso para o diálogo constitucional.

Como dito, a ideia inicial era de um minimalismo judicial, pensado para que as decisões das supremas cortes fossem elaboradas já pensando na possibilidade posterior do diálogo com os outros poderes (MENDES, 2008, p. 99). Não obstante, se se trata de uma mera proposta não há por que restringir o conceito, especialmente quando ele se encaixa no que é preciso para trabalhar dentro das regras não escritas da democracia. Uma dose de minimalismo faria bem para todos as três esferas do poder do povo.

Com todos os poderes atuando, preferencialmente, com menos ambição e mais humildade, a consequência natural é que ter uma relação com mais confiança. Afinal de contas, se ser humilde no jogo do diálogo significa reconhecer suas próprias limitações para proteger direitos, reflexamente também implica o reconhecimento da legitimidade dos outros atores. Nesse ponto, respeito inspira respeito, assim como reserva institucional inspira reserva institucional. Simples assim, é possível incentivar o funcionamento harmônico dos poderes.

Evidentemente, chegará o momento em que uma decisão minimalista dos poderes não será suficiente, e é justamente nesse ponto em que está a importância de os poderes terem uma relação saudável. Quando chegar a hora em que um dos poderes precisar tomar uma decisão mais drástica, os outros já terão confiança suficiente na capacidade de julgamento daquele, independentemente de se tratar de um assunto controverso ou não.

Outro tipo de postura analisada no âmbito judicial, mas que também pode ser uma ferramenta sofisticada para o Legislativo e o Executivo no diálogo constitucional, diz respeito ao aconselhamento. Katyal (1998, p. 1710) estudou que os juízes poderiam fugir das meras declarações de inconstitucionalidade e opinarem sobre problemas que fujam da alçada típica do

Judiciário, entrando no plano político-constitucional, para sugerir posturas para os poderes políticos. Com uma perspectiva similar Luna (2000, p. 1127) falou em roteiros constitucionais, isto é, sugestões do Judiciário sobre como o Legislativo deve fabricar uma norma sem ferir as diretrizes constitucionais.

O sistema de proteção constitucional brasileiro comporta diversas possibilidades para que o aconselhamento aconteça no âmbito das três instituições democráticas. Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal pode dar sugestões para o Congresso Nacional no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), que é uma ação do seu controle abstrato voltada para reconhecer a inconstitucionalidade em vácuos legislativos dentro do ordenamento. Da mesma forma, o Congresso Nacional e a Presidência da República podem dar início à elaboração de súmulas vinculantes do STF, identificando as matérias e sugerindo caminhos para a unificação da jurisprudência nacional. Na relação entre Congresso e Presidência, de certa forma o veto também serviria como uma técnica de aconselhamento.

Diante de todas essas perspectivas, percebe-se que há esperança além da tempestade no diálogo constitucional brasileiro. Por mais desbalanceada que seja, a estrutura dos poderes não impede a interação efetiva entre eles, sem falar que tem diversos incentivos para que essa interação aconteça. Igualmente, a fraca deliberação que atualmente se vê no Supremo não é definitiva, e existem diversas alterações, inclusive algumas bastante simples, que poderiam ajudar a qualificá-la. Por fim, é fato que a mentalidade cooperativa no Brasil não tem um bom histórico, mas pelo menos o STF indicou uma mudança de postura com a ADI 5.105, levando a crer que o diálogo constitucional pode vir a florescer nos próximos anos.

Porém, para que o Brasil se saia bem no jogo infinito do diálogo constitucional⁴⁴, onde não há vencedores ou uma linha de chegada, mas uma busca incessante pelo aperfeiçoamento, é primordial que os poderes reconheçam o trabalho em conjunto e passem atuar com respeito recíproco e reserva de poder. Sem isso, aquele jogo infinito se transforma em uma guerra infinita das instituições democráticas. Nesse ponto, o minimalismo e o aconselhamento parece ser conceitos favoráveis.

⁴⁴ De acordo com o autor Simon Sinek (2020, p. 17-19), quando há pelo menos dois participantes, há um jogo, e só existem dois tipos de jogos: finitos e infinitos. Jogos finitos são jogados por um grupo conhecido e têm como premissa que o propósito seja vencer o jogo, com base em regras fixas e objetivos de comum acordo. Por isso, esses jogos têm um início, um meio e um fim. Ao contrário, jogos infinitos podem ser jogados por qualquer um, conhecido ou não conhecido, e não precisam de regras específicas para acontecerem; elas podem até existir na prática, mas no fim das contas cabe a cada jogador decidir como dar andamento ao jogo. Não há como vencer em um jogo infinito, simplesmente porque por definição ele não tem um fim. O objetivo é continuar participando e perpetuar o jogo.

CONCLUSÃO

Estudar as diferentes narrativas para a proteção das constituições é uma tarefa das mais importantes do que diz com o Direito Constitucional em geral. Saliente-se que ter uma constituição das mais sofisticadas e completas pode não valer de nada se ela não vier acompanhada dos mecanismos apropriados para sua interpretação e para a proteção dos direitos que estão contidos nela.

Nesse diapasão, a vantagem conceitual e prática do diálogo constitucional é inegável, por mais que as narrativas da supremacia judicial e da supremacia parlamentar contem com alguns apelos particulares e tenham sido importantes para o florescimento de determinadas experiências constitucionais. Juntando a ausência da última palavra, o que fortalece o sistema de freios e contrapesos, com a potencialização das capacidades institucionais, dando mais soluções para proteger direitos, percebe-se que o diálogo tem um potencial ilimitado dentro de uma democracia.

Evidentemente, implementar um modelo proveitoso de diálogos constitucionais não é algo simples. Além da estrutura para a interação e da unidade decisória das esferas do poder, o diálogo precisa estar presente na própria cultura das instituições, pois só assim ele atravessa a barreira do plano normativo, passando para um mecanismo verdadeiramente produtivo entre aquelas instituições. Sem essa cultura cooperativa, o diálogo se transforma em uma batalha institucional pela melhor interpretação.

Quanto ao caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal vinha aos poucos recepcionando a proposta do diálogo com os outros poderes, mas o julgamento paradigma sobre o assunto se deu na ADI 5.105. Partindo do exemplo das sequências legislativas, a maioria dos ministros acatou o raciocínio do ministro Luiz Fux sobre o STF não ter a última palavra sobre a Constituição Federal, porque a proteção dela também dependeria da participação dos outros poderes. Em suma, ficou estabelecida a possibilidade dos diálogos constitucionais neste ordenamento jurídico.

Para verificar essa compatibilidade, foi preciso não só descrever os mecanismos nacionais para a proteção constitucional e o contexto da ADI 5.105, mas principalmente investigar como funciona o diálogo constitucional. Essa investigação levou à fragmentação do diálogo em três aspectos elementares, que são a estrutura, a unidade decisória e a mentalidade cooperativa, assim permitindo uma avaliação mais objetiva sobre o Brasil.

Com relação à pergunta de partida, responde-se que o ordenamento jurídico brasileiro tem um baixo grau de compatibilidade com o modelo de diálogos constitucionais.

Como a possibilidade de o Congresso Nacional superar a jurisprudência do STF, existem diversas opções de interação entre os poderes no sistema de proteção constitucional brasileiro, mas se trata de um sistema desequilibrado, com o Poder Judiciário concentrando a grande força na interpretação da Constituição, embora não tenha formalmente a última palavra. Quanto à unidade decisória, ao contrário dos outros poderes, o STF não decide como um órgão, mas como uma soma de votos, o que compromete a qualidade do eventual diálogo, assim como da própria jurisdição constitucional, pela fraca deliberação. Por fim, o Brasil também revela uma fraca mentalidade cooperativa, tendo em vista a desconfiança de todos contra todos, entre STF, Congresso e Presidência, e as diversas manifestações de abuso de prerrogativas institucionais, desde os ativismos judiciais até o uso desenfreado de medidas provisórias, por exemplo.

Assim, a hipótese da pesquisa se faz parcialmente confirmada. Não é que o diálogo constitucional venha como um sistema binário, com países compatíveis e países incompatíveis. Trata-se de uma proposta de como enxergar a proteção constitucional, algo que pode ser recepcionado em diferentes graus e de diferentes maneiras, como nos países da comunidade britânica. Portanto, avaliando o Brasil de acordo com os elementos do diálogo, pode-se dizer que há compatibilidade, mas em baixo grau, em razão das fragilidades em todos os três aspectos.

Contudo, não se trata do fim da linha para o Brasil. Embora não seja viável, nem necessário, pensar em alterações drásticas na estrutura externa ou interna dos poderes, existem algumas alterações pontuais que poderiam aprimorar o sistema brasileiro. Algumas dessas alterações, como visto, poderiam ser feitas no âmbito da deliberação do Supremo Tribunal Federal, a exemplo da antecipação de votos dos ministros relatores e da mudança para o modelo de decisões *per curiam*.

Ademais, se a alma do diálogo constitucional está na mentalidade cooperativa das instituições democráticas, a ADI 5.105, por mais que não mude imediatamente o rumo do constitucionalismo brasileiro, pode ser vista ao menos como um vislumbre de esperança além da guerra infinita. Afinal, o STF sinaliza uma mudança de postura com relação à interpretação constitucional dos outros poderes, e isso já é bastante significativo.

É certo que a performance brasileira em termos de mentalidade cooperativa não pode ser incentivada com nenhuma alteração formal, mas existem táticas que os poderes podem utilizar caso queiram tornar suas relações mais saudáveis. Com o minimalismo e o aconselhamento, por exemplo, as ideias que eles passariam seriam de humildade e respeito, exatamente como o jogo do diálogo constitucional precisa ser jogado.

O estudo do diálogo constitucional, como se percebe, é providencial para o aprimoramento da própria democracia, e este Trabalho de Conclusão de Curso é um pequeno

barco no vasto oceano sobre o tema. Ainda há muito que precisa ser considerado, tanto sobre o recorte brasileiro quanto sobre o diálogo em geral, então estudos mais densos devem ser instigados, por exemplo sobre o funcionamento da dinâmica dos poderes nos diferentes sistemas jurídicos, *Civil Law* e *Common Law*, e sobre outras táticas que favoreçam a mentalidade cooperativa. Afinal de contas, a guerra infinita não é inevitável, e a atenção aos detalhes pode ser decisiva.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Defending judicial supremacy: a reply. **Constitutional Commentary**, Minneapolis, v. 17, n. 3, p. 455-482, dez./mar. 2000.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional do Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas Jus**, Brasília, v. 25, n. 1, p. 25-45, 2014.

ASSIS, Fábio José Silva de; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Do protagonismo judicial aos diálogos institucionais: uma introdução ao constitucionalismo popular de Kramer, ao minimalismo de Sunstein e às teorias dialógicas de Bateup e Linares. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 13, n. 2, p. 267-296, ago. 2018.

ÁVILA, Humberto. **Constituição, liberdade e interpretação**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, representative, and enlightened: the roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, n. 3, p. 1108-1180, jan. 2006.

BORGES, Rodolfo. Bolsonaro promete ir ao Senado por impeachment de ministros do STF: "extrapolam limites constitucionais". **El País**. 14 ago. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/37G96vh>. Acesso em: 14 ago. 2021.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3C3rgoL>. Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5015/DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 1 out. 2015. DJe. 16 mar. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/37MWnXX>. Acesso em: 24 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Questão de Ordem na Ação Penal 606/MG**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 12 ago. 2014. DJe. 18 set. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3x6nlUk>. Acesso em: 29. jul. 2021.

CIRNE, Mariana Barbosa. A relevância jurídica dos vetos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 56, n. 224, p. 105-126, out./dez. 2019.

CLEAR, James. **Hábitos atômicos**: um método fácil e comprovado de criar bons hábitos e se livrar dos maus. Rio de Janeiro: Alta Books, 2019.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.

EISAQUI, Daniel Dela Coleta. Em busca da racionalidade perdida: repensando o modelo decisório do Supremo Tribunal Federal. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 7, n. 3, p. 30257-30282, mar. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FONSECA, Claudia de Oliveira. O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais. **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas**, Vitória da Conquista, v. 10, n. 16, p. 35-57, jul./dez. 2013.

GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 15, n. 21, p. 220-273, dez. 2017.

GARDBAUM, Stephen. Reassessing the new commonwealth model of constitutionalism. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford/New York, v. 8, n. 2, p. 167-206, abr. 2010.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial**: análise comparativa do Direito Constitucional brasileiro e norte-americano. São Paulo: Almedina, 2019.

HOGG, Peter Wardell; BUSHELL, Allison. The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, jan. 1997.

HORBACH, Carlos Bastide. É preciso mais deliberação no Supremo Tribunal Federal? **Consultor Jurídico**. 17 nov. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2V8q5nk>. Acesso em: 2 ago. 2021.

KATYAL, Neal Kumar. Justices as advicegivers. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 50, n. 6, p. 1709-1824, jul. 1998.

LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. **Law Faculty Publications**, Richmond, v. 101, p. 113-183, jan. 2012.

- LEAL, Fernando. **Três desafios à aplicação da metáfora dos “diálogos institucionais” para a legitimação da jurisdição constitucional.** In: BOLONHA, Carlos et al. (Coord.). 30 anos da Constituição de 1988: uma jornada democrática inacabada. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 377-388.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LIMA, Jairo. Decisão por supermaioria nas cortes constitucionais: o caso das emendas constitucionais inconstitucionais. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 3, p. 1310-1331, set./dez. 2020.
- LIMA, João Marcelo da Costa e Silva; ARGUELHES, Diego Werneck. Políticas públicas, interpretação judicial e as intenções do legislador: o ProUni e o “cripto-ativismo” do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 163-192, maio/ago. 2017.
- LORENZETTO, Bruno Meneses; SCHAITZA, Letticia de Pauli. Deliberação interna e legitimação das cortes supremas. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 286-306, fev. 2018.
- LUNA, Erik. Constitutional road maps. **Journal of Criminal Law and Criminology**, Chicago, v. 90, n. 4, p. 1125-1250, jun./set. 2000.
- MACFARLANE, Emmett. Conceptual precision and parliamentary systems of rights: disambiguating “dialogue”. **Review of Constitutional Studies**, Edmonton, v. 17, n. 2, p. 73-100, jan. 2012.
- MARMELSTEIN, George. **O Direito fora da caixa.** 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- MOREIRA, Izys. **O abuso na edição de medidas provisória X o estado de necessidade legislativo: o controle político-jurisdicional do processo legislativo extraordinário.** Monografia (Pós-graduação em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2014.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de; ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo Tribunal Federal e a mudança constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 36, n. 105, p. 1-20, 2021.
- PEREIRA, Marcos Aurélio. **Apreciação de vetos presidenciais pelo Congresso Nacional brasileiro: poder de agenda do Legislativo, não decisão, e obsolescência do veto.** Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Legislativo) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados, Brasília, 2016.
- PIRES NETO, Almir Brasil. **Da (i)legitimidade do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.** In: MARQUES JÚNIOR, William Paiva (Org.). Estudos em Homenagem aos 31 Anos da Constituição Federal de 1988. Fortaleza: Mucuripe, 2019, p. 323-337.

- ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. Votos dissonantes: a desarmonia nas decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 25, n. 1, p. 253-280, jan./abr. 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “Um voto qualquer”? o papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 180-200, jan. 2016.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford/ New York, v. 11, n. 3, p. 557-584, jul. 2013.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009.
- SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos constitucionais?** análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
- SINEK, Simon. **O jogo infinito**. Rio de Janeiro: Sextante, 2020.
- STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 51-61, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SUNSTEIN, Cass Robert. Test minimalism: a reply. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 104, n. 1, p. 123-130, out. 2005.
- TOLKIEN, John Ronald Reuel. **A sociedade do anel**. Rio de Janeiro: Harper Collins Brasil, 2019.
- TRUDEAU, Justin. **Tudo aquilo que nos une**. Rio de Janeiro: BestSeller, 2017.
- VALLE, André Rufino do. É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**. 1 fev. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3fkF1W6>. Acesso em: 2 ago. 2021.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.
- WALUCHOW, Wil. **A common law theory of judicial review**: the living tree. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

WHITTINGTON, Keith. Extrajudicial constitutional interpretation: three objections and responses. **North Carolina Law Review**, Chapel Hill, v. 80, n. 3, p. 773-852, mar. 2002.