



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (*STRICTO SENSU*)

SAMIRA MACÊDO PINHEIRO DE AMORIM

SEPARAÇÃO DOS PODERES, ATIVISMO JUDICIAL E TENSÃO
INSTITUCIONAL: ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE JUDICIÁRIO E
LEGISLATIVO NA TEORIA CONSTITUCIONAL E REFLEXÕES SOBRE O CASO
BRASILEIRO

FORTALEZA

2015

SAMIRA MACÊDO PINHEIRO DE AMORIM

**SEPARAÇÃO DOS PODERES, ATIVISMO JUDICIAL E TENSÃO
INSTITUCIONAL: ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE JUDICIÁRIO E
LEGISLATIVO NA TEORIA CONSTITUCIONAL E REFLEXÕES SOBRE O CASO
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito. Área de concentração: Ciências Sociais aplicadas.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque.

FORTALEZA

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca da Faculdade de Direito

-
- A524s Amorim, Samira Macêdo Pinheiro de.
Separação dos poderes, ativismo judicial e tensão institucional: análise da relação entre judiciário e legislativo na teoria constitucional e reflexão sobre o caso brasileiro / Samira Macêdo Pinheiro de Amorim. – 2015.
186 f. : 30 cm.
- Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2015.
Área de concentração: Ordem Jurídica Constitucional.
Orientação: Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque.

1. Separação de poderes. 2. Poder legislativo. 3. Poder judiciário. I. Título.

SAMIRA MACÊDO PINHEIRO DE AMORIM

**SEPARAÇÃO DOS PODERES, ATIVISMO JUDICIAL E TENSÃO
INSTITUCIONAL: ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE JUDICIÁRIO E
LEGISLATIVO NA TEORIA CONSTITUCIONAL E REFLEXÕES SOBRE O CASO
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito. Área de concentração: Ciências Sociais aplicadas.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque.

Aprovada em: 01/09/2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Carlos César Sousa Cintra
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Antônio Jorge Pereira Júnior
Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Dedico este trabalho aos meus pais, Sandra e Edval, com amor e gratidão.

AGRADECIMENTO

Aos professores e à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, pela dedicação e brilhantismo na (re)construção diária do curso e pelos ensinamentos proporcionados durante essa jornada de crescimento pessoal e profissional.

Às queridas secretárias do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Marilene Arrais e Heloísa de Paula, pela atenção, acessibilidade, cordialidade e carinho sempre utilizados no trato com todos, o que fortalece ainda mais o curso e torna a nossa formação mais agradável.

Ao meu orientador, Professor Felipe Braga Albuquerque, pela solicitude, atenção, auxílio e incentivo que sempre me dispensou no aprofundamento da pesquisa e na conclusão deste trabalho.

À Fundação Cearense de Amparo à Pesquisa (FUNCAP), a qual, durante um ano, apoiou-me financeiramente no desenvolvimento de pesquisas, por meio da concessão de bolsa de estudos.

A todos os colegas de curso, pelos inúmeros debates e pela troca de experiências e de materiais, em especial, aos amigos Anny Gresielly Sales Grangeiro, Leonardo Jorge Sales Vieira, Janaína da Silva Rabelo e Romana Missiane Diógenes Lima, com os quais compartilhei mais intensamente todos os anseios e dúvidas enfrentados no transcorrer do Mestrado.

Aos amigos, Francisco Alberto Bastos Barreto, José Claudenir Holanda de Oliveira, Larissa Souza Oliveira, Lívia Tavares do Carmo Pinheiro, Lucineide Pereira Lima, Patrícia Ferreira Freitas, Renata Varjão Vitalino, Rudinellen Severo Alvarenga, Ticiane Holanda Fonteles que, desde a graduação em Direito, incentivam-me e se fazem presentes diariamente, transbordando confiança no meu trabalho e participando dos momentos de grande importância na minha vida acadêmica e profissional, como apresentações de artigos e de trabalhos, sempre me aplaudindo e me aconselhando maneiras de melhorar, como se espera de um bom amigo.

Ao amigo Heitor Nogueira, pela atenção que sempre dedica na leitura de meus escritos e pelas sempre valorosas opiniões e sugestões.

Às amigas Caroline Capibaribe Cavalcante, Jéssica Guimarães Pinheiro, Juliana Queiroz Feliciano, Lia Beatriz Farias Studart, Rebeca Almeida Brandão, Rebecca Taynar Marques Freitas, Priscilla Loren Marques Freitas e Yáskara Girão dos Santos Araújo, as quais

me acompanham desde a formação infantil, fazem-se presentes até os dias atuais e me transmitem, em meio às constantes lembranças do passado, a mesma leveza que sentíamos na infância. Mesmo algumas tendo seguido caminhos profissionais distintos do que optei, não deixam de participar e torcer cotidianamente por minhas vitórias e conquistas, pelo que sou muito grata.

Às minhas amigas irmãs, Ivna Silveira Sampaio e Mayanna Oliveira Rolim, por fazerem parte da minha vida há mais de vinte anos e por participarem tanto dos momentos mais notórios de risos e vitórias, como dos mais íntimos de lágrimas e desalento.

Ao meu amor, Carlos Cezar Sousa de Lira, que acompanhou o sonho do Mestrado desde o início e acreditou em todos os momentos que eu poderia realizá-lo, mesmo quando hesitei.

Aos meus tios, Ana Rosa Pinto de Macêdo, Mara Sueli Pinto de Macêdo, Maria Serrat Pinto de Macêdo, Sônia Pinto de Macêdo, Edson Pinheiro de Amorim e João Felipe Saraiva Modesto e aos tios-padrinhos Roberto Pinto de Macêdo e Roseane Xerfan Cordeiro de Macêdo pelo amor e aconchego que a família proporciona e por serem exemplos de cidadãos corretos, inspirações de condutas fraternais, solidárias, humildes, éticas e responsáveis.

Aos tios, em memória, Elenice Pinheiro de Amorim e Edil Pinheiro de Amorim, sempre presentes em meu pensamento, pela história e pelo exemplo que deixaram, clarificando que a vida é breve e todo bem agir e construir em família e em sociedade se perpetua e não é esquecido.

Ao meu irmão, Edil Macêdo Pinheiro de Amorim, por sempre me acompanhar, torcer por minhas vitórias, pela amizade e confiança e por ser um grande exemplo de homem, além de ser, para sempre, o meu maior vínculo com o passado e com a família.

Aos meus pais, Sandra Lúcia Macêdo de Amorim e Edval Pinheiro de Amorim, pela educação que me proporcionaram, pelo apoio nos estudos e pelo cuidado e amor.

Às minhas tão queridas avós, Josefa Eleuzina de Amorim e Alvamira Pinto de Macêdo e avô Francisco Pinheiro de Amorim (*in memoriam*), meus maiores exemplos de amor, garra e justiça, a quem serei eternamente grata.

A Deus todo poderoso pelas bênçãos e pelos dons da vida e da fé, e a Nossa Senhora de Fátima, por sempre me acompanhar e se fazer presente em minha vida.

“Não é qualquer um que pode ter a seu dispor e entregue a seu alvedrio a vida, a liberdade, a honra, a integridade física, os sentimentos, o patrimônio material, honesta, laboriosa e justamente conseguido pelas pessoas. Não é na inexperiência, na superficialidade, no simples atendimento à aprovação em concurso, na conquista de cargos e posições, em que o prestígio pessoal ou os conchavos políticos e o jogo de interesses subalternos prevalecem, que nasce um intérprete aplicador ao nível de grandeza necessária a lidar com tantos e tamanhos bens e valores.”
(Raimundo Falcão)

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a relação entre os Poderes Legislativo e Judiciário, com uma investigação minuciosa das teorias da última palavra – as quais defendem a supremacia de um sobre o outro – e com a avaliação das teorias do diálogo institucional, para então explorar essa relação no âmbito brasileiro. Assim, inicialmente, apresentam-se as premissas do trabalho, com uma pesquisa sobre a Teoria da Separação dos Três Poderes, compreendendo o seu desenvolvimento histórico e a sua atual concepção, sobre o constitucionalismo e o controle de constitucionalidade, bem como sobre o ativismo judicial e a expansão da jurisdição constitucional, tudo isso para depreender a atual problemática que envolve a tensão institucional. Após, são apresentados os fundamentos das teorias da última palavra da interpretação constitucional e os argumentos utilizados para a defesa da supremacia judicial e da supremacia legislativa. Outrossim, para além das teorias da última palavra, investigam-se as teorias dialógicas, as suas contribuições e as experiências de jurisdição constitucional dialógica no Canadá, em Israel, na Nova Zelândia e no Reino Unido. Por fim, analisa-se a relação institucional entre Legislativo e Judiciário brasileiros, questionando-se a supremacia judicial e avaliando mecanismos constitucionais que favorecem o diálogo institucional, como a ausência de vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) ao Legislativo, os aspectos que envolvem as omissões legislativas, dentre outros. Exploram-se, ainda, as Propostas de Emenda à Constituição (PEC) de números 3 de 2011, 33 de 2011 e 171 de 2012, as quais representam respostas do Legislativo ao ativismo judicial e almejam, segundo suas justificativas, propiciar o diálogo institucional entre os Poderes. Com a pesquisa, demonstrar-se-á que as teorias dialógicas possuem várias facetas e podem propiciar diversas vantagens ao sistema democrático, todavia, as experiências alienígenas não podem ser importadas sem o adequado estudo dos aspectos particulares da jurisdição constitucional brasileira. Comprovar-se-á que o Brasil já possui mecanismos que propiciam o diálogo e a relação entre Legislativo e Judiciário, que devem ser explorados adequadamente por esses poderes e pela doutrina. Para tanto, utiliza-se o método explicativo e o exploratório, realizando-se pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Separação dos Poderes. Poder Legislativo. Poder Judiciário. Diálogos institucionais.

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the relationship between the Legislative and the Judiciary powers by investigating the theories of the last word – which defends the supremacy of one over the other – and by evaluating theories of institutional dialogue. It also investigates this relationship in the Brazilian context. Initially, we present work premises based on research on the theory of separation of the three powers amongst its historical development and its current concept, on the constitutionalism and constitutional control, as well as on the expansion of constitutional jurisdiction and judicial activism, aiming at understanding the current issues involving institutional conflict. After this, we present the foundation of the theories of the last word, the constitutional interpretation and the arguments used in order to defend the judicial and legislative supremacy. Further on, beyond the theory of the last word, we investigated the dialogic theories, their contribution and the experiences in the dialogic constitutional jurisdiction of Canada, Israel, New Zealand and United Kingdom. Lastly, we analyze the institutional relationship between Brazilian Legislative and Judiciary powers, questioning the judicial supremacy and evaluating constitutional mechanisms favoring institutional dialogues, such as the absence of correlation of the decisions of the Supreme Federal Court and Legislative power, the aspects that involve the legislative omissions, among others. We also explore the Constitutional Amendment Proposals 3 (2011), 33 (2011) and 171 (2012), which represent responses from the legislative power to judicial activism and which aim at creating an institutional dialog among the powers. This paper demonstrates that dialogic theories have several different facets and can create many advantages to the democratic system. However, the alien experiences cannot be imported without adequate study of particular aspects of the Brazilian constitutional jurisdiction. We state that Brazil already has mechanisms that allow dialog among Legislative and Judiciary powers, which should be explored adequately by these powers and by doctrine. For these conclusions, we use explanatory and exploratory methods, performing bibliographical and documentation research.

Keywords: Separation of Powers. Legislative. Judiciary. Institutional dialogue.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	SEPARAÇÃO DOS PODERES E A FUNÇÃO DO LEGISLATIVO E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	16
2.1	Teoria da Separação dos Poderes.....	16
2.2	A atual concepção de Separação dos Poderes no Brasil.....	18
2.3	Apontamentos sobre o constitucionalismo e o controle de constitucionalidade.....	25
2.3.1	<i>O constitucionalismo</i>	26
2.3.2	<i>Digressões sobre o controle de constitucionalidade: origens e fundamentos</i>	34
2.4	A expansão da jurisdição constitucional e o ativismo judicial.....	40
3	TENSÃO INSTITUCIONAL E AS TEORIAS DA ÚLTIMA PALAVRA: LEGISLATIVO <i>VERSUS</i> JUDICIÁRIO.....	48
3.1	A composição do Tribunal constitucional e o Legislativo: legitimidade ou ilegitimidade democrática?	49
3.2	O Legislativo e o princípio majoritário <i>versus</i> o Judiciário e a sua função contramajoritária.....	54
3.3	A atuação do Judiciário e do Legislativo na defesa da democracia: análise das correntes substancialistas e procedimentalistas.....	60
3.4	O Judiciário e o Legislativo na defesa dos direitos fundamentais.....	65
3.5	A crise de representatividade do Legislativo, a representatividade argumentativa do Judiciário e o decisionismo judicial.....	68
4	DAS TEORIAS DA ÚLTIMA PALAVRA ÀS TEORIAS DO DIÁLOGO.....	76
4.1	As teorias dialógicas na sistematização de Christine Bateup.....	77
4.1.1	<i>As teorias do método judicial</i>	77
4.1.2	<i>As teorias estruturais do diálogo</i>	81
4.1.3	<i>Fusão dialógica</i>	87
4.2	As teorias dialógicas em Sebastián Linares.....	87
4.2.1	<i>O diálogo nas constituições rígidas</i>	88
4.2.2	<i>O diálogo nas constituições flexíveis</i>	90
4.2.3	<i>Propostas para fortalecer o diálogo democrático</i>	91
4.3	As teorias dialógicas em Conrado Hübner Mendes.....	92

4.4	As experiências de jurisdição constitucional dialógica.....	93
4.4.1	<i>O sistema canadense</i>	94
4.4.2	<i>O sistema israelense</i>	98
4.4.3	<i>O sistema britânico</i>	100
4.4.4	<i>O sistema neozelandês</i>	102
4.5	Contribuições das teorias dialógicas.....	104
5	ANÁLISE DAS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO NO BRASIL	109
5.1	Do fim definitivo ao fim provisório: existe a última palavra?	111
5.2	A ausência de vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal ao Poder Legislativo e o art. 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988.....	117
5.3	Suspensão de execução de lei pelo Senado Federal e o art. 52, X, da Constituição Federal de 1988.....	128
5.4	As omissões legislativas.....	132
5.5	O minimalismo no Supremo Tribunal Federal.....	140
5.6	As Propostas de Emenda à Constituição de números 3 de 2011, 171 de 2012 e 33 de 2011.....	142
5.7	Os pactos republicanos.....	148
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	151
	REFERÊNCIAS	155
	ANEXO A – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 3 DE 2011	171
	ANEXO B – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 171 DE 2012	173
	ANEXO C – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 33 DE 2011	175

1 INTRODUÇÃO

A doutrina brasileira tem atribuído grande importância ao debate sobre a jurisdição constitucional, considerando a evolução do Direito Constitucional no pós-Segunda Guerra Mundial, o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional.

No panorama atual de ativismo judicial, que não ocorre exclusivamente no Brasil, indaga-se a razão pela qual uma Corte, composta por juízes os quais não são eleitos democraticamente, possui legitimidade para invalidar leis e atos normativos elaborados pelo Poder Legislativo, além de, por vezes, atuar de maneira ativa e positiva.

Essa atuação gera diversos questionamentos quanto ao modelo de controle de constitucionalidade, sobre a competência e legitimidade da Corte, sobre a quantidade de processos e sobre a qualidade da decisão em si. Esta pesquisa, contudo, apesar de tratar sobre esses assuntos, de modo a apresentar a causa da tensão institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, tem por objetivo avaliar a relação entre esses órgãos, seja de supremacia entre um e outro, seja, especialmente, de interação entre eles.

Dessa maneira, o presente trabalho busca apresentar a Teoria da Separação de Poderes, abordando-se um viés histórico e conceitual, da qual se originam os atuais debates a serem desenvolvidos na pesquisa, os quais envolvem o Legislativo e o Judiciário. Aborda-se o atual papel desempenhado pela jurisdição constitucional na interpretação da Constituição e na garantia dos direitos fundamentais. Diante disso, questiona-se esse papel e a supremacia judicial, apresentando posicionamentos favoráveis e contrários a essa atuação em detrimento da supremacia legislativa. Posteriormente a observação das teorias da última palavra, apresenta-se uma outra perspectiva, na qual se abandona a supremacia judicial e legislativa e apresenta-se o diálogo institucional.

Após, avalia-se como tem se realizado, na vigência da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o relacionamento institucional entre o STF, órgão da cúpula do Poder Judiciário brasileiro, com jurisdição em todo o território nacional e com sede na capital federal, e o Congresso Nacional que, composto por Câmara dos Deputados e Senado Federal, exerce o Poder Legislativo Federal no País.

O estudo aprofundado sobre a relação institucional entre o Legislativo e o Judiciário possui relevância social, visto que se relaciona com a segurança jurídica e com a prestação de uma ordem jurídica justa e legítima, que atinge diretamente a sociedade. A importância e a relevância do estudo são ampliadas em razão dos debates advindos dos

próprios poderes do Estado sobre o diálogo entre eles e das Propostas de Emenda à Constituição que tratam sobre o tema e a necessidade acadêmica de questioná-las.

A pesquisa a ser desenvolvida se enquadra na Linha de Pesquisa 1 do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, chamada “A Tutela Jurídica dos direitos fundamentais”, pois aborda a atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal na busca da efetivação de Direitos Constitucionais, incluindo a tutela de direitos fundamentais, ao passo que a questiona considerando a Separação e a tensão institucional entre os Poderes, especialmente entre o Legislativo e o Judiciário.

Além disso, a pesquisa se enquadra no projeto geral da citada Linha de Pesquisa chamada “Efetividade da função jurisdicional do Estado”, visto que se apresenta e se examina a atividade realizada pelo Supremo Tribunal Federal, abordando-se conceitos de supremacia judicial, supremacia legislativa e diálogo institucional.

O trabalho decorre de uma série de pesquisas sobre o Supremo Tribunal Federal, desenvolvida desde a graduação, que sempre teve como premissa a Teoria da Separação dos Poderes e o questionamento sobre atuação do mais alto grau do Poder Judiciário brasileiro, bem como sua (i)legitimidade em razão do método de designação e nomeação dos seus membros.

A pesquisa a ser desenvolvida, que não deixa de trilhar a linha de investigação relatada acima, teve como inspiração os debates advindos do Legislativo e do Judiciário sobre a tensão e a relação institucional entre esses poderes, sendo tema em pauta no Congresso Nacional, por meio das Propostas de Emenda à Constituição (PECs) de números 3 de 2011, 33 de 2011, ambas de autoria do deputado Nazareno Fonteles, e 171 de 2012, de autoria do deputado Mendonça Filho.

Todos os referidos projetos alegam a total ausência de diálogo institucional entre os poderes Legislativo e Judiciário no sistema jurídico atual e a necessidade de ampliação desse diálogo em atendimento à Separação dos Poderes. Logo, essas propostas demonstram respostas produzidas pelo Legislativo – o qual considera que o equilíbrio da relação entre os poderes está abalado – ao ativismo judicial e à judicialização das relações sociais.

Outra inspiração à presente pesquisa surgiu com a constatação de que, além do Legislativo – por intermédio das Propostas de Emenda à Constituição –, o próprio Judiciário tem discutido o assunto em apreciação. Como será examinado no trabalho, por vezes, os ministros da Corte defendem a supremacia judiciária, todavia, muito se fala também da importância do diálogo institucional.

As funções do Estado são repartidas entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como decorrência de uma teoria defendida desde a antiguidade grega e que repercute até os dias atuais, com adaptações quanto à ausência de rigidez entre as referidas funções.

Essa teoria almeja a ausência de concentração de poder, afastando-se da ditadura e do absolutismo, bem como a criação de um equilíbrio entre os poderes, visto que devem haver mecanismos de controlar uns aos outros.

No entanto, em decorrência do ativismo judicial, da intensa judicialização da política e da politização do Direito, observa-se a ocorrência da tensão institucional entre os poderes. Doutrinadores e ministros se posicionam a favor do predomínio do Judiciário na interpretação e aplicação da Constituição, enquanto outros apresentam argumentos favoráveis à supremacia do Legislativo, órgão mais característico de representação democrática.

Por outro lado, há ainda a análise das teorias do diálogo institucional, as quais abandonam o conceito de supremacia judicial e legislativa e buscam uma solução intermediária de relação entre os poderes, almejando o “melhor dos dois mundos”. Essas teorias possuem diversas acepções que devem ser estudadas no trabalho. Uma de suas correntes vislumbra um controle de constitucionalidade alternativo, no qual se permite o *weak judicial review* para extinguir os riscos do ativismo. O diálogo institucional tem experiência que deve ser investigada em países como Canadá, Israel, Nova Zelândia e Reino Unido, observadas as peculiaridades de cada sistema.

Diante do exposto, buscar-se-á desenvolver uma pesquisa que enfrente a seguinte questão: existe e é necessária a relação institucional entre os poderes Legislativo e Judiciário?

A partir dessa questão central, outros problemas específicos serão examinados: Quais os fatores que contribuem para uma tensão institucional entre Legislativo e Judiciário? Quais são as teorias e os argumentos favoráveis à Supremacia Judicial e à Supremacia Legislativa? O que significa diálogos institucionais e quais os seus benefícios? Como tem se realizado o diálogo institucional e a relação entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal brasileiro?

O objetivo geral da pesquisa é investigar a relação entre os poderes Legislativo e Judiciário diante da tensão institucional e da Separação dos Poderes.

Já os objetivos específicos são discutir sobre a tensão institucional entre Legislativo e Judiciário a partir da explanação da Teoria da Separação dos Poderes, do controle de constitucionalidade e do ativismo judicial; pesquisar sobre os posicionamentos

favoráveis à supremacia judicial e à supremacia legislativa; examinar as diversas facetas das teorias dialógicas, que concebem a ausência da última palavra na interpretação constitucional diante do diálogo entre os poderes, utilizando-se, inclusive, de estudo de direito comparado e avaliar como tem se desenvolvido, no âmbito brasileiro, a relação institucional entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal.

Para isso, o trabalho foi dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo, faz-se uma pesquisa sobre a Teoria da Separação dos Poderes e a sua concepção atual no Estado Democrático de Direito. A partir dessa análise, busca-se a compreensão da razão do atual embate entre o constitucionalismo e a democracia como consequência do controle de constitucionalidade e do ativismo judicial.

Compreendida a problemática enfrentada pela doutrina constitucional atual, no segundo capítulo, apresentar-se-ão as correntes favoráveis à supremacia judicial e as defensoras da supremacia legislativa.

Após, no terceiro capítulo, investiga-se a teoria dialógica, a qual propõe o diálogo institucional entre os poderes do Estado, sem que nenhum deles tenha a última palavra quanto à interpretação do texto constitucional. Na oportunidade, desenvolver-se-á pesquisa aprofundada de direito comparado com países que adotam um controle de constitucionalidade alternativo, marcado pela forte possibilidade de diálogo institucional.

Por fim, no último capítulo da pesquisa, será discutida a existência ou não de supremacia judicial ou de diálogos institucionais entre os Poderes Legislativo e Executivo brasileiros. Discutir-se-á sobre os instrumentos dispostos na Constituição Federal de 1988 que possibilitam esse debate e a sua utilização prática pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional. Além disso, serão apresentadas e analisadas criticamente as Propostas de Emenda à Constituição que abordam o tema proposto e os pactos republicanos como instrumentos que propiciam a relação entre os poderes na busca de objetivos comuns pré-determinados.

Para tanto, utiliza-se o método explicativo e exploratório, realizando-se pesquisa bibliográfica aprofundada sobre o tema abordado. Assim, serão consultados livros doutrinários e periódicos de Direito Constitucional, Sociologia, Teoria do Direito, Teoria do Estado e Hermenêutica Jurídica. Além disso, para uma necessária atualização do tema, serão analisados artigos e coletados dados por meio de sítios eletrônicos reconhecidos e atualizados, bem como legislação constitucional, infraconstitucional e regimentos internos que importam

ao tema. Mediante pesquisa bibliográfica, obter-se-ão maior familiaridade e conhecimento aprofundado sobre o tema proposto.

Soma-se, ainda, a realização de pesquisa de direito comparado da realização do diálogo institucional no Canadá, em Israel, na Nova Zelândia e no Reino Unido, observando-se peculiaridades de cada sistema.

Com a preocupação de elaborar uma pesquisa mais prática, que possa ter relevância social, far-se-á, ainda, uma pesquisa jurisprudencial, coletando decisões para avaliar os casos de diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional. Além disso, far-se-á pesquisa documental com a coleta de Projetos de Emendas Constitucionais que tenham por objetivo tratar da relação institucional entre os poderes Legislativo e Judiciário.

2 SEPARAÇÃO DOS PODERES E A FUNÇÃO DO LEGISLATIVO E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Neste capítulo, buscar-se-á uma revisitação à Teoria da Separação dos Poderes, formando conhecimentos basilares para o desenvolvimento do trabalho, já que a tensão institucional surge em razão da maneira como os poderes republicanos se relacionam. A partir disso, busca-se compreender e avaliar a razão do atual embate entre o constitucionalismo e a democracia mediante a análise do controle de constitucionalidade e do ativismo judicial.

2.1 Teoria da Separação dos Poderes

Um dos fundamentos da Teoria da Democracia é a Separação dos Poderes do Estado, ideia surgida na antiguidade, mas que teve sua interpretação alterada para atender as mudanças e as necessidades que sobrevieram na sociedade. Buscando-se pontuar a Teoria da Separação dos Poderes, importante pincelar sua evolução histórica.

Na obra *A República* de Platão¹, já é possível verificar a intenção de separar funções, quando se apresenta que cada pessoa possui uma função na sociedade e deve exercê-la junto ao grupo social. Assim, o filósofo apresenta as funções de comerciante, de guerreiro e de magistrado e conclui que o fato de uma categoria adentrar na função da outra ou querer exercer todas as funções ao mesmo tempo, seria motivo para intensa deterioração e desordem da sociedade, configurando grande injustiça.

Aristóteles², por sua vez, em sua obra *A Política*, na antiguidade grega, de forma mais direta que Platão, já analisara as atividades do governo, ao disciplinar que esta possui três partes: a primeira com a atribuição de deliberar sobre os negócios públicos, a segunda que exerce as magistraturas e, por fim, a terceira que administra a justiça. Para o filósofo, quando as partes são bem distribuídas, constrói-se um bom governo.

Dessa maneira, Aristóteles previu funções estatais distintas, mas exercidas pela mesma pessoa. Nesse sentido também compreende Rosah Russomano³, para quem, quando Aristóteles elencou o mando, a justiça e a deliberação dentre as atividades do Estado, realizou a divisão dos poderes abstratamente, sem se impedir que uma só pessoa pudesse participar de

¹ PLATÃO. **A república**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008, p. 129.

² ARISTÓTELES. **A política**. Introdução de Ivan Lins. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 232.

³ RUSSOMANO, Rosah. **Dos Poderes Legislativo e Executivo**. Rio de Janeiro: 1976, p. 17.

todas essas atividades.

Na Idade Média, no ano de 1324, destaca-se Marsílio de Pádua, filósofo italiano, que, em sua obra *Defensor Pacis*, separou legislação e execução. Com ele se vislumbra uma primeira tentativa de caracterização de soberania popular, pois o filósofo apresentou uma oposição entre o príncipe – detentor da função executiva – e o povo – a quem chama de primeiro legislador⁴.

Em *O Príncipe*, Maquiavel⁵ já detectava a existência de instituições diferentes na França, afora o rei, quais sejam, o Parlamento e um Judiciário independente. O filósofo, todavia, compreendia essas instituições em benefício do príncipe, que poderia delegar-lhes as tarefas impopulares as quais, de alguma maneira, poderiam prejudica-lo na tarefa de ser um príncipe querido – o que lhe garantia a manutenção do poder e da monarquia.

Acentuam-se, ainda, no fim do século XVII, as contribuições de John Locke, especialmente no capítulo XII da obra *O Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, no qual se propõe a existência de três poderes, quais sejam, o Legislativo, o Executivo e o Federativo⁶.

Dessa maneira, previram-se funções distintas exercidas por órgãos diferentes. Locke defendeu que o Legislativo – responsável por estabelecer a maneira de utilizar a força da comunidade para preservação de seus membros e dela mesma – deveria elaborar leis permanentes e duradouras, razão pela qual tal poder não seria exercido constantemente. Para ele, esse poder, em comunidades bem organizadas, deveria ser exercido por várias pessoas, as quais também se sujeitariam às leis após a sua produção. A execução e a assistência constante dessas leis, por sua vez, ficariam a cargo do Executivo.

O Poder Federativo, por sua vez, é discorrido por Locke como um poder natural, presente em todos os indivíduos antes mesmo de pertencerem à comunidade. Trata-se, portanto, de poder baseado na capacidade de a comunidade decidir entre guerra e paz, realizar ou desfazer alianças e todas as outras relações as quais envolvam pessoas estranhas à sociedade.

Todavia, foi Montesquieu que, em 1748, na obra *O Espírito das Leis*, dividiu em Administrativa, Legislativa e Judiciária as funções do Estado, sistematizando a Separação dos Poderes. No décimo primeiro capítulo de seu livro, Montesquieu esclarece a diferença entre

⁴ DALLARI, Dalmo Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 216.

⁵ MACHIAVELLI, Niccolo. **O príncipe e Dez cartas**. Tradução de Sérgio Bath. 3 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 52.

⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2011, p. 98 – 99.

liberdade e autonomia, afirmando que a primeira é o direito de fazer tudo o que as leis permitem, o que não significa o direito de fazer o que quiser, como acontece na autonomia, mas sim o que se deve querer. Segundo o filósofo, essa liberdade só é possível de ser atingida nos Governos moderados, nos quais os três poderes sejam exercidos por pessoas ou organismos distintos:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbítrio: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor⁷.

Conclui-se que Montesquieu defendeu a desconcentração do poder do Estado, com o objetivo de evitar os estados absolutos, por intermédio de sua repartição entre Legislativo, Executivo e Judiciário, cabendo a este último solucionar conflitos concretos por meio da aplicação da norma geral posta pelo Legislativo ou pelo Executivo.

Havia, contudo, uma repartição rígida entre os poderes como aponta Dallari⁸:

O que se verifica é que Montesquieu, já adotando a característica que seria consagrada pelo liberalismo, não dá ao Estado qualquer atribuição interna, a não ser o poder de julgar e punir. Assim, as leis, elaboradas pelo legislativo, deveriam ser cumpridas pelos indivíduos, e só haveria interferência do executivo para punir quem não as cumprisse.

Constata-se essa rigidez, por exemplo, na Constituição Francesa de 1791, a qual estabelecia, no capítulo V – do Poder Judiciário –, a proibição de o Corpo Legislativo julgar, bem como de os tribunais intrometerem-se no exercício legislativo, sendo expressamente vedada a suspensão de suas leis⁹.

Contudo, essa rígida separação passou a ser alterada, como se apresentará a seguir, voltando-se a análise para o Brasil.

2.2 A atual concepção de Separação dos Poderes no Brasil

⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo *versus* parlamentarismo. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 167.

⁸ DALLARI, Dalmo Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217.

⁹ FRANÇA. **Constituição Francesa de 1791**. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

A concepção rígida de separação foi alterada, segundo Adeodato¹⁰, em razão de três aspectos, quais sejam, a generalidade da lei, a criação do direito pelo Judiciário e o distanciamento entre texto e norma, fatores que interferem na Política e no Direito.

O autor explica que a Escola Francesa da Exegese, que surgiu no fim do século XVIII, defendia a generalidade da norma jurídica e a ausência de interpretação dessa norma pelo juiz, sendo este um mero aplicador ou “boca da lei”. Por isso, havia uma grande importância do Legislativo, o qual produzia a lei.

Todavia, a complexidade da sociedade modificou a ideia do juiz como “boca da lei” e introduziu a problemática do juiz como criador de norma jurídica, ou seja, de direito. Isso decorre da insuficiência do apego exagerado à lei na análise de conflitos e do distanciamento entre texto e norma. Surgem então algumas correntes criticando o legalismo exegético como a Escola Histórica, a Escola da Livre Investigação Científica, a Escola do Direito Livre, entre outras.

A ausência de criatividade por parte do juiz, decorrente da Escola da Exegese, que não albergava a importância da interpretação e a necessidade de ressignificações, mas defendia apenas a subsunção do fato à lei posta, perdeu espaço diante da distinção entre texto e norma, como explica Lênio Streck¹¹:

[...] o positivismo exegético separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda muito presente no imaginário dos juristas, em torno da *proibição de interpretar*, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram.

Dessa maneira, a diferenciação entre texto – redação da lei – e norma – lei com a realização de interpretação –, a generalidade da lei e a criação do direito pelo Judiciário trazem uma complexidade à sociedade que evidencia uma necessidade de revisitação e atualização do princípio da Separação dos Poderes.

O poder do Estado é, para Afonso da Silva¹², “uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”. Entre suas características estão a

¹⁰ ADEODATO, João Maurício. **Artigo 2o**. In: Comentários à Constituição Federal de 1988. Cood. BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 27.

¹¹ STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 49.

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013, p. 109.

soberania, a unidade, a indivisibilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade¹³.

Diante da unidade do poder do Estado, seria contraditório e inviável se defender a sua divisão. Dessa maneira, conforme assegura Agerson Tabosa Pinto¹⁴, quando se defende a divisão ou a Separação dos Poderes, comete-se uma atecnia, pois, na verdade, trata-se de separação ou divisão da função do poder estatal. Assim, o poder do Estado permanece com suas características de unidade, indivisibilidade e soberania. Para o autor, o que se dividem ou se separam são as funções e os órgãos do Estado, porque são diferentes. O poder, portanto, é uma unidade de atribuição do Estado, mas o seu exercício pode ser organizado de maneiras diferentes.

A importância do princípio da Separação dos Poderes está assentada na busca pela manutenção da ordem jurídica democrática e justa e para a garantia dos direitos fundamentais. Em razão disso, Paulo Bonavides¹⁵ expõe que esse princípio, apesar de antigo, não está ultrapassado e ainda na doutrina contemporânea é considerado “uma das pedras inquebráveis do edifício constitucional, cavando alicerces que, se abalados fossem, fariam desabar toda a construção”, pois se trata de um dos preceitos que possibilitam a democracia, afastando o Estado de poderes autocráticos e conseqüentemente de abusos ao poder político e aos direitos fundamentais.

Por todo o exposto, a Declaração de Direitos do bom povo de Virgínia, de 1776, apresentou, em seu parágrafo 5º, que “os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário”¹⁶.

Após, com ainda mais destaque, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹⁷ alberga, em seu bojo, a importância da Separação dos Três Poderes, ao definir, em seu art. 16, que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a Separação dos Poderes não tem Constituição.”

Mesmo com a alteração no entendimento do princípio, principalmente quanto ao

¹³ PINTO, Agerson Tabosa. **Teoria Geral do Estado**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2002, p. 38-40.

¹⁴ PINTO, Agerson Tabosa. **Teoria Geral do Estado**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2002, p. 51.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013, p. 572.

¹⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de Direitos do bom povo de Virgínia, de 1776**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

¹⁷ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

equilíbrio entre os poderes – pelo que se construiu doutrinariamente, diante da associação das ideias da Separação dos Poderes com a Estado, o sistema de freios e contrapesos – gerado pela sua evolução histórica, como aponta Rocha¹⁸, “seu sentido ideológico originário de instrumento de defesa da liberdade e da segurança dos cidadãos não mudou, permanecendo até os dias atuais”.

A ampliação da atividade do Estado na contemporaneidade acarretou a necessidade de uma nova visão da teoria da Separação dos Três Poderes – sem a rigidez de outrora –, bem como de novas maneiras de relacionamento entre os seus Poderes, pelo que, como expõe Silva¹⁹, a teoria também passou a ser chamada de colaboração de poderes.

Segundo Rocha²⁰, o regime de Separação de Poderes é atualmente fundamentado em dois elementos. O primeiro se refere à própria divisão do exercício do poder, considerando que a concentração de todos os poderes em um único órgão prejudica as liberdades fundamentais. Já o segundo elemento se refere ao equilíbrio entre os poderes, visto que o fracionando é possível o controle e limitação de um sob os outros, em um sistema de freios e contrapesos, impedindo os abusos às liberdades.

Superada a rígida Separação dos Poderes, atualmente, fala-se em independência orgânica e harmonia do Executivo, Legislativo e Judiciário, o que foi observado pela CF/88 e pode ser identificado no art. 2º, no título dos princípios fundamentais, como será destacado a seguir. Segundo o artigo, “são poderes, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O dispositivo constitucional supracitado é uma das quatro cláusulas pétreas presentes no atual ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, configura-se como limite material expresso ao poder de reforma, uma vez que não pode ser objeto de supressão, porquanto demarca a identidade constitucional. Tudo isso se depreende do art. 60, § 4º, III, o qual expressamente proíbe a deliberação de Proposta de Emenda tendente a abolir a Separação dos Poderes.

A harmonia entre os poderes se fundamenta na ausência de conflito entre eles no

¹⁸ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 1995, p. 61.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013, p. 111.

²⁰ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 1995, p. 62.

desempenho de suas funções²¹ ao passo que a independência se refere a cada poder possuir a sua competência de modo:

(a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais [...]²²

Contudo, a harmonia e a independência dos poderes não são absolutas, pois há o equilíbrio e a interferência decorrentes da teoria dos freios e contrapesos, na qual se busca o “equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”²³.

Diante disso, evidencia-se que a CF/88 traz funções típicas e atípicas dos Poderes Governamentais e, para estas, estabelece diversas disposições que consagram essa atual relação entre os três poderes do Estado, observando-se o princípio da harmonia e o da independência, bem como a teoria dos freios e contrapesos.

Nas legitimidades dispostas na CF/88, percebe-se que ao Legislativo federal, que, segundo o art. 44 da CF/88, é exercido pelo Congresso Nacional e se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, cabe tipicamente legislar, fiscalizar e controlar.

Ao Poder Executivo, exercido, conforme o art. 76 da CF/88, pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado, cabe administrar a coisa pública.

Por fim, ao Poder Judiciário, que é composto, conforme o art. 92 da CF/88, pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça, pelos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, pelos Tribunais e Juízes do Trabalho, pelos Tribunais e Juízes Eleitorais, pelos Tribunais e Juízes Militares e pelos Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, cabe processar e julgar os conflitos jurídicos.

Acrescentou-se, no referido artigo, com a Emenda Constitucional de número 45 de 2004, dentre os órgãos do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o qual não possui competências jurisdicionais, mas tem a incumbência de controlar a atividade administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como fiscalizar o comprimento dos

²¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 158.

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013, p. 112.

²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013, p. 112.

deveres funcionais dos juízes, consoante o art. 103-B do texto constitucional.

Porém, além das funções típicas, há as relações entre os poderes, nas quais é possível que se exerçam funções atípicas para a obtenção de um equilíbrio entre as funções, permitindo até mesmo o controle recíproco dos poderes.

Sobre a relação do Legislativo com Executivo, os doutrinadores costumam apontar o art. 66 da CF/88, em que está presente o trâmite formal da aprovação de projetos de lei. As câmaras iniciadora e revisora, em que cada uma representa uma das casas do Congresso Nacional, em caso de aprovação do projeto de lei, devem apresentá-lo ao Presidente da República, que pode sancioná-lo ou vetá-lo, desde que fundamentadamente. Assim, o Executivo avalia e sanciona ou veta um projeto que já passou pelo Legislativo. O Legislativo, por sua vez, pode rejeitar o veto, por maioria absoluta, desconsiderando a rejeição do Executivo. Além dessa matéria, Bonavides²⁴ aponta como laços do Legislativo com o Executivo, “o processo de impeachment contra a autoridade executiva, aprovação de tratado e a apreciação de indicações oriundas do poder executivo para o desempenho de altos cargos da pública administração”.

Embora não seja possível que o Presidente da República interfira nos trabalhos legislativos, nos casos de projetos de lei de sua iniciativa, conforme o art. 64 da CRFB/88, é possível que se marque prazo para sua apreciação. Quando não for observado o prazo, a pauta da Casa em que se encontra o projeto pode ser trancada, ou seja, todas as demais deliberações serão inviabilizadas, com exceção das que tenham prazo legal instituído.

Além de todo o acima exposto, tem-se ainda o fato de o Executivo, na pessoa do Presidente da República, poder editar medidas provisórias com força de lei, em caso de urgência e relevância, nos termos do art. 62 da CRFB/88, o que se mostra como exceção à regra de que cabe ao Legislativo a função legiferante.

Essas medidas provisórias com força de lei possuem vigência imediata de até 60 dias, prorrogáveis uma única vez por igual período, e devem ser apreciadas e aprovadas pelas casas do Congresso Nacional para serem transformadas em lei ordinária. Nesse caso, há ainda a possibilidade de participação do Judiciário, pois, como exceção ao seu antigo entendimento de que a apreciação da urgência e relevância, por serem critérios subjetivos, caberia apenas ao Congresso Nacional, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite controle de constitucionalidade desses critérios caso haja clara ofensa ao princípio da razoabilidade, desde

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013, p. 152.

que provado concretamente que não há urgência e relevância na medida²⁵.

Já a relação do Executivo com o Judiciário se manifesta no indulto, em que se permite àquele modificar efeitos de ato proveniente deste, bem como na possibilidade de o Executivo nomear membros do Judiciário²⁶.

O Judiciário, por sua vez, possui relação com todos os poderes por meio da possibilidade de controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos. As leis aprovadas pelo Legislativo e os atos normativos de qualquer dos poderes estão sujeitos ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário. A relação deste com o Legislativo se mostra ainda mais forte quando se considera que as decisões jurisdicionais refletem na sociedade como lei quando do controle abstrato de constitucionalidade de lei, e quando se fala em súmulas vinculantes produzidas pelo STF, que são de observância obrigatório por todos os órgãos do Executivo, Judiciário e Administração Pública. A independência do Legislativo, entretanto, mostra-se quando da impossibilidade de vinculação deste em sua atividade legiferante pelas decisões do STF, mesmo que de efeito vinculante.

Observam-se diversas maneiras previstas na Constituição de contenção entre os poderes do Estado. Todavia, quando doutrinariamente se aborda o controle e limites do Judiciário, fala-se constantemente apenas em autocontenção, como será abordado posteriormente.

Destacam-se, sobre o tema, os debates realizados no Supremo Tribunal Federal quando da análise da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) de nº 3.367²⁷, na qual a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) impugnou a Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como emenda da reforma do Judiciário, especialmente no que concernia à criação do CNJ. Utilizou-se o argumento de que haveria inconstitucionalidade na emenda que criou o CNJ para exercer o controle da atuação administrativa, financeira e do cumprimento dos deveres funcionais do Poder Judiciário, com composição heterogênea, ou seja, com membros de outros poderes, dentre os quais dois são indicados pelo Legislativo, pelo que

²⁵ Ementa da ADI 1397: “[...] Requisitos de urgência e relevância: caráter político: em princípio, a sua apreciação fica por conta dos Poderes Executivo e Legislativo, a menos que a relevância ou a urgência evidenciar-se improcedente. No sentido de que a urgência e a relevância são questões políticas que o Judiciário não aprecia: RE 62.739-SP, Baleeiro, Plenário, RTJ 44/54; RDP 5/223”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa da ADI 1397.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=121&dataPublicacaoDj=27/06/1997&incidente=3700801&codCapitulo=5&numMateria=20&codMateria=2>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013, p. 151.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.367.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 21 maio 2015.

violaria a cláusula pétrea de Separação dos Poderes e da Independência dos Poderes, bem como o pacto federativo. Esses argumentos, todavia, foram rebatidos pelo princípio dos freios e contrapesos, dentre outras justificativas.

Entretanto, tal impugnação gerou debates quanto à história, ao significado e ao alcance concreto do princípio da Separação de Poderes, o que demonstra que se trata de tema constantemente revisitado e que pode gerar grande embate entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a Separação dos Poderes se faz necessária no ordenamento jurídico, para que as funções sejam exercidas adequadamente pelo Estado e para que não haja usurpação de poderes do Estado, característica de sociedades em que há a concentração de todas as atividades estatais nas mãos de um único órgão. Essa divisão busca proteger os cidadãos principalmente em seus direitos fundamentais. Porém, essa divisão não é totalmente rígida e, a depender de cada modelo político, institucional e cultural de casa país, verificam-se meios diferentes de controle recíproco dos poderes.

No caso do Brasil, como foi apresentado, a própria Constituição prevê casos em que os Poderes exercerão funções atípicas, com o objetivo de que haja uma harmonia entre eles e que haja a observância da teoria dos freios e contrapesos, permitindo um controle recíproco entre os poderes que favorece a sociedade.

Todavia, pouco se trata doutrinariamente sobre o controle da atividade jurisdicional. A doutrina costuma tratar apenas da chamada autocontenção. Isso faz que, diante de sua função no Estado Democrático de Direito, somada ao ativismo judicial característico da atividade jurisdicional atual, haja uma tensão institucional, especialmente, entre o Judiciário e o Legislativo.

2.3 Apontamentos sobre o constitucionalismo e o controle de constitucionalidade

Faz-se necessário, para o presente trabalho, além de compreender a Teoria da Separação dos Poderes, entender as origens do constitucionalismo e do controle de constitucionalidade e a sua utilização no território brasileiro.

Isso porque o constitucionalismo pós-Segunda Guerra Mundial possui características essenciais para a atual relação entre os três poderes, especialmente quanto à expansão da atuação da jurisdição de constitucional através do exercício do controle de constitucionalidade.

2.3.1 O constitucionalismo

A expressão constituição possui diversos sentidos, não sendo um termo essencialmente jurídico, ou seja, é utilizada em diversas áreas do conhecimento, por exemplo, para designar a estrutura física de uma pessoa, o ato de constituir, o temperamento ou caráter de uma pessoa, entre outros.

Contudo, o atual significado de interesse jurídico – para o qual a Constituição é uma lei suprema ou lei fundamental de um Estado – deve ser explicado não apenas semanticamente, mas também de maneira a entender historicamente o movimento constitucionalista. Cabe, portanto, a análise da evolução histórica da matéria, com apontamentos específicos no País.

Juraci Mourão Lopes Filho e Martônio Mont'alverne Barreto Lima²⁸ destacam que diversas doutrinas e pesquisas acadêmicas, ao se debruçarem no surgimento do constitucionalismo, tratam de uma evolução histórica no ocidente e das Revoluções Francesa e Americana, como se todas as constituições estivessem calcadas homogeneamente nesses mesmos acontecimentos, o que não ocorreu, inclusive no Brasil, cujas origens encontram-se essencialmente no período imperial.

Carlos Santiago Nino²⁹ divide em mínimo e pleno o sentido que pode ser atribuído ao constitucionalismo. Para o sentido mínimo, a Constituição se restringe a documento no topo do ordenamento jurídico que dispõe sobre a organização básica do poder político e sobre a relação entre o Estado e os indivíduos, sem, contudo, haver estabelecido seu conteúdo básico, ou seja, a necessidade de regulação de direitos e da Separação dos Poderes, já o sentido máximo nasce com os liberais especialmente no século XVIII, quando se permite cientificidade e delineamento do conteúdo essencial da Constituição.

Assim, quando se utiliza o sentido mínimo, fala-se em constitucionalismo antigo, para só depois abordar o constitucionalismo moderno, e a Constituição é tratada como mera limitação do poder do Estado. Nesse sentido, dispõe Ribeiro Júnior³⁰:

²⁸ LOPES FILHO, Juraci Mourão; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. As origens do constitucionalismo brasileiro: O pensamento constitucional do Império. In: **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, 2010, Fortaleza, Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 6268.

²⁹ NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de Derecho Constitucional** – Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires : Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992, p. 2 - 4.

³⁰ RIBEIRO JÚNIOR, João. **Elementos e Evolução do Direito Constitucional Brasileiro**. Campinas: Edicamp,

Podemos entender o movimento, que na história das idéias políticas se denomina constitucionalismo, como o esforço humano para racionalizar o exercício do poder político, submetendo sua organização, legitimando sua origem e assinalando-lhe seus fins, segundo um certo ordenamento normativo.

Os adeptos do sentido mínimo referem-se inclusive à Aristóteles³¹ que dividiu as leis em superiores – quando organizavam o Estado – e em inferiores ou ordinárias – as que não organizavam o Estado –, tratando-se da gênese da natureza superior das normas constitucionais.

Assim, considerando o sentido mínimo, podem-se apresentar três momentos essenciais para o constitucionalismo antigo.

O primeiro momento do constitucionalismo antigo remonta à antiguidade, quando o povo hebreu direcionava ao profeta a competência de avaliar se os atos dos governantes eram legítimos ou não. Portanto, os atos estatais eram controláveis.

O segundo momento se refere às cidades-estados gregas e o fenômeno da democracia direta na Grécia antiga, quando os cidadãos – conceito restrito, pois excluía a maior parte da população, como mulheres, escravos, estrangeiros etc. –, em praça pública, decidiam sobre leis, sobre guerra e paz, sobre nomeação e destituição de autoridades, entre outros.

Já o terceiro momento apontado para o constitucionalismo antigo remonta aos pactos e aos forais, presentes na Idade Média. Os pactos tratavam-se de acordos de vontade entre monarcas e súditos, os quais versavam sobre o modo de governo e sobre os direitos individuais. Todavia, salienta-se que, por vezes, os reis aparentavam conceder direitos por meio dos pactos para fortalecer e disfarçar seu poder absoluto. Já os forais – também chamados de cartas de franquia – também consistiam em documentos escritos que tratavam sobre direitos individuais, mas, por outro lado, eram outorgados pelo rei³².

Contudo, para o sentido pleno, o constitucionalismo se inicia, de fato, no século XVIII:

Caracteriza-se, só então, como um movimento jurídico-político definido e com propósitos bem alinhados às tendências sociais surgidas na modernidade. Apenas

2002, p.17.

³¹ ARISTÓTELES. **A política**. Introdução de Ivan Lins. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 102 – 104.

³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p 34 - 35.

aqui se atinge um grau de cientificidade que permite uma racional e sistemática abordagem da questão, mediante a apresentação de uma base jurídica solidamente calcada nas idéias de liberdade, igualdade e respeito à propriedade como direitos essenciais do ser humano aos quais o Estado deveria se curvar e respeitar em razão de uma sujeição jurídica e política imposta por um poder de fato e de direito originário³³.

Destaca-se, para o surgimento do constitucionalismo segundo o sentido pleno – também chamado de constitucionalismo moderno se considerado o sentido mínimo – as Revoluções Americana e Francesa e as constituições que advieram dessas revoluções, as quais dispuseram acerca de direitos fundamentais.

Nesse sentido, aponta Streck, para o qual o movimento constitucionalizador e o surgimento das constituições dos países têm formas diferentes em cada Estado, mas a conjuntura que possibilitou o seu advento foi a necessidade de um aparato para controlar o poder do príncipe no absolutismo. Dessa maneira, aconteceu na “Inglaterra no decorrer do século XVII, com a França revolucionária em fins do século XVIII e com a Declaração de Independência das colônias americanas, que culmina com a Constituição de 1787”³⁴.

Do mesmo modo, dispõe Manuel Gonçalves Ferreira Filho³⁵:

A Constituição escrita apresenta como novidade fundamental essa crença na possibilidade de, pondo-se de parte a organização costumeira do Estado, dar-se ao mesmo uma estrutura racional inspirada num sistema preconcebido. Ora, essa crença, se pode ser apontado cá ou lá anteriormente, só se difundiu e ganhou o público na segunda metade do século XVIII, triunfando com a Revolução de 1789.

A essência do Direito Constitucional está disposta desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789³⁶, que, em seu artigo 16, conforme anteriormente citado, preceitua a garantia dos direitos fundamentais e a divisão de poderes como fundamentos ou matérias essenciais à Constituição.

Todavia, em visão moderna, a Constituição é documento que assegura os direitos fundamentais e a estrutura do Estado. Isso porque a expressão estrutura do Estado abrange

³³ LOPES FILHO, Juraci Mourão; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. As origens do constitucionalismo brasileiro: O pensamento constitucional do Império. In: **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, 2010, Fortaleza, Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 6269.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão judicial**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 350.

³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 39 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

³⁶ FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

não só a Separação dos Poderes, como também a forma de governo.

O pós-Segunda Guerra Mundial é outro marco utilizado no estudo do desenvolvimento histórico do constitucionalismo, pois é momento no qual houve a união de dois preceitos fundamentais, quais sejam, a democracia e o constitucionalismo, transformando-se em Estado Democrático de Direito, superando as noções de Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito. O constitucionalismo, então, assume seu ápice “a partir da noção de Constituição dirigente e compromissória e de noção de Estado Democrático de Direito”³⁷.

No Estado Liberal, como expôs Bonavides³⁸, o Estado é visto pelos doutrinadores como um “fantasma que aterrorizou o indivíduo”, por possuir um poder que seria inimigo da liberdade. E foi exatamente essa a ideia implementada pela burguesia, que almejava resguardar os direitos de liberdade, para manter o seu poder político, pelo que se racionalizou o poder, “simplificando a sociedade, como se fora possível ignorar as forças elementares e obscuras que atual na infra-estrutura do grupalismo humano. Fez, pretensiosamente, da doutrina de uma classe a doutrina de todas as classes”.³⁹

Assim, formou-se um período marcado pelo distanciamento e diferenciação entre político e econômico e pela abstenção formal do Estado, realizada para a proteção dos interesses da burguesia, dando liberdade às forças econômicas, o que vigorou até aproximadamente o final da Primeira Guerra Mundial.

Após, o Estado Social de Direito, advindo da instituição do capitalismo maduro, é marcado pela mudança de postura do Estado, que deixa de ser abstencionista e passa a ser importante na produção e distribuição de bens e a intervir nas relações econômicas da sociedade.

Observou-se que o Estado pautado essencialmente na lei poderia ser fundamento para episódios totalitaristas e absolutistas, como o que ocorreu na Alemanha nazista. Desse modo, a redemocratização dos países no pós-Segunda Guerra Mundial, fez surgir Constituições que explanavam e asseguravam direitos fundamentais⁴⁰. Concluiu-se pela

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão judicial**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 350.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1996, p. 40.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1996, p. 42 - 43.

⁴⁰ GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 160.

necessidade de união do constitucionalismo com a democracia, que, para Canotilho⁴¹, significa mais do que o Estado de Direito, pois há, nessa união, o cânone democrático que, além de tolher o poder, existe pela necessidade de legitimação do poder.

Assim, no mesmo passo que a democracia busca a soberania popular e a participação, o constitucionalismo limita o poder soberano, mesmo que exercido pelo povo, garantindo a liberdade e a igualdade.

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito baseia-se em um novo paradigma de legitimação, qual seja, na valorização do texto constitucional, com o reconhecimento de sua força normativa, na realização dos direitos fundamentais, que Streck⁴² chama de *plus* normativo, bem como na expansão da jurisdição constitucional.

O constitucionalismo do Estado Democrático de Direito passou a ser chamado, por alguns doutrinadores, como Luís Roberto Barroso, de neoconstitucionalismo. Todavia, a aceitação desse termo não é unânime na doutrina.

A expressão neoconstitucionalismo não é abordada no debate constitucional norte-americano e alemão, mas encontra seu nascedouro especialmente na Espanha e na Itália. Seus defensores buscam apoio inicial em ideias de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Carlos Santiago Nino, entre outros, apesar de nenhum deles terem se designado neoconstitucionalistas expressamente, até porque esse termo surgiu após esses juristas⁴³.

Entre as críticas que o neoconstitucionalismo enfrenta está o posicionamento contrário à aproximação entre Direito e moral que ele sugere ao atribuir força normativa aos princípios com elevada carga ideológica:

De um lado, figuram os positivistas, como Luigi Ferrajoli, Luiz Prieto Sanchís, Ricardo Guastini e Suzana Pozzolo, que não aceitam a existência de uma conexão necessária entre Direito e Moral, mas reconhecem que pode haver uma ligação contingente entre essas esferas, sempre que as autoridades competentes, dentre as quais se inclui o poder constituinte originário, positivem valores morais, conferindo-lhes força jurídica. De outro, alinham-se os não-positivistas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Carlos Santiago Nino e seus seguidores, que afirmam que Moral e Direito têm uma conexão necessária, e aderem à famosa tese de Gustav Radbruch,

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. COIMBRA: Almedina, 2003, p. 97-98.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão judicial**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 150.

⁴³ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, p. 73 – 113, 2011, p. 75.

de que normas terrivelmente injustas não têm validade jurídica, independentemente do que digam as fontes autorizadas do ordenamento.⁴⁴

Diversas críticas ao neoconstitucionalismo também são apresentadas por Ávila⁴⁵, o qual aponta como problemático o que ele considerou como mudanças fundamentais no âmbito desse modelo, quais sejam, da regra para o princípio no que se refere ao fundamento normativo; da subsunção à ponderação em relação ao fundamento metodológico; da justiça geral à justiça particular no que concerne ao fundamento axiológico; do Poder Legislativo ao Poder Judiciário no tocante ao fundamento organizacional. Dentre as inconveniências dessas alterações, o autor aponta a possibilidade de subjetivismo nas decisões, a aniquilação das regras, o prejuízo à participação democrática, dentre outras críticas. Cada crítica do autor, por sua vez, foi rebatida posteriormente por Marcelo Neves⁴⁶, conforme paralelo dissecado e publicado em artigo⁴⁷.

Apesar do embate que o termo gera, compreender em que consiste o neoconstitucionalismo – independentemente de sua adequação prática, já que, sem dúvidas, é passível de diversas críticas e elogios, como referenciado anteriormente – bem como inferir as alterações que advieram na realidade constitucional do pós-Segunda Guerra Mundial é basilar para a compreensão do atual relacionamento entre Legislativo e Judiciário.

Aos que defendem o termo, o neoconstitucionalismo possui, entre as características essenciais, o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional⁴⁸.

A força normativa é característica que garante à Constituição a natureza de norma jurídica com o atributo de imperatividade, ou seja, torna-a exigível, irradiando seus valores, especialmente os relacionados aos direitos fundamentais.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, p. 73 – 113, 2011, p. 81.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2015.

⁴⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 178 - 181.

⁴⁷ RABELO, Janaína da Silva; AMORIM, Samira Macêdo Pinheiro de. A utilização dos princípios na interpretação constitucional: entre a aproximação social e o abuso na sua aplicação. In: **Direito Constitucional: os 25 anos da Constituição Federal de 1988: homenagem do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (coord.); AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de; ARAÚJO, Fernanda Castelo Branco; SALES, Tainah Simões. 1 ed, p. 128 – 152. Disponível em: <<http://www.ppgdireito.ufc.br/index.php/publicacoes>>. Acesso em: 13 maio 2015. Fortaleza: Expressão, 2014.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 30.

Sobre isso, Konrad Hesse aponta que se a tese de Ferdinand Lassale – para o qual haveria uma Constituição real fruto dos fatores reais do poder e uma Constituição jurídica que não passaria de um pedaço de folha de papel – for aceita, descaracterizar-se-á a ciência da Constituição como ciência normativa, tornando-a simples ciência do ser⁴⁹.

Ao contrário, Hesse defendeu que a Constituição tem uma força própria – força normativa da Constituição – que expressa simultaneamente um ser e um dever ser, pois possui uma pretensão de eficácia que busca a ordem e a sua aproximação com a realidade política e social. Assim, a Constituição possui uma força ativa, que influencia e determina a realidade e essa força é mais efetiva quando da sua inviolabilidade⁵⁰.

Os juízes e especialmente as Cortes constitucionais, então, recebem atribuições relevantes diante desta conjuntura, pois passam a ser solicitados a dirimir relevantes e polêmicas questões, caracterizando a expansão da jurisdição. Assim, “de poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo”⁵¹.

Com isso, a Constituição passa a ser fundamento para requerer e defender direitos nela dispostos perante o Judiciário, que não mais se apresenta inerte diante da omissão dos outros poderes. A Constituição deixa de ser mera promessa sem qualquer obrigatoriedade e passa a ter força normativa, capaz de justificar a efetivação de direitos pelo Judiciário.

Com a nova hermenêutica constitucional, as regras deixam de ser as únicas capazes de fundamentar concessão de direitos, pois os princípios também passam a reger a aplicação das leis, que fez “consolidar uma fundamentação de corte constitucional que aceita a tese de conexão de direito com a moral”⁵². Assim, ao lado das regras, os princípios adquirem força normativa e os intérpretes ampliam sua atuação:

Desmorona-se, desse modo, a construção teórica do paradigma positivo-normativista, por entender que o Direito não encontra validade apenas na norma

⁴⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991, p. 9 – 11.

⁵⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991, p. 24.

⁵¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, p. 73 - 113, 2011, p. 79.

⁵² DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2010, p. 65 – 66.

formalmente concebida. Surge assim, um novo paradigma, pautado na principiologia, influenciado principalmente pela ânsia de redemocratização e de teorias pós-positivistas, sobretudo em países da América Latina pós-regime ditatorial, e a consequente necessidade de implantação e fortalecimento de um Estado Democrático de Direito⁵³.

Dessa maneira, conclui-se que o neoconstitucionalismo possui como marco histórico na Europa a passagem para um Estado Constitucional de Direito e o reconhecimento do valor jurídico das Constituições no pós-Segunda Guerra Mundial e no Brasil o processo de redemocratização que se deu com a Constituição de 1988.

O pós-positivismo, por sua vez, situa-se como marco filosófico do neoconstitucionalismo. Com ele, compreendeu-se que o positivismo jurídico – que, de maneira geral, defendia a possibilidade de o Direito ser objetivamente descrito, entendendo-se o direito como fato e não como valor⁵⁴, aplicando-o senão por subsunção, por decisão do juiz dentro das possibilidades da moldura apresentada na teoria de Kelsen⁵⁵ – não era mais capaz de lidar com as complexidades do direito na atualidade. Duarte⁵⁶ também chegou a essa conclusão ao expor que:

[...] o positivismo jurídico, em todas as suas modalidades, incluindo o inclusivo e o exclusivo, é incapaz de explicar os modernos sistemas constitucionais, uma vez que, mesmo desenvolvendo-se com a matriz crítica de Dworkin, e assumindo uma forma mais abrandada do modelo hartiano, se manteve ainda dentro dos limites do positivismo jurídico.

Já o reconhecimento da força normativa da Constituição e a expansão da jurisdição constitucional constituem o marco teórico do neoconstitucionalismo.

Logo, a tensão institucional entre Legislativo e Judiciário se vincula ao neoconstitucionalismo e os argumentos utilizados em sua defesa se relacionam intensamente com aqueles que serão apresentados no próximo capítulo do trabalho em favor da supremacia judicial.

⁵³ AMORIM, Samira Macedo Pinheiro de; RABELO, Janaína da Silva ; LIMA, Romana Missiane Diógenes. A estrutura normativa da Constituição e a interpretação especificamente constitucional. **Nomos** (Fortaleza), v. 34, p. 207 - 225, 2014, p. 208.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135 - 136.

⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6 ed. rev. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 150 - 151.

⁵⁶ DUARTE, Écio Oto Ramos. **Entre constitucionalismo cosmopolita e pluriversalismo internacional**: neoconstitucionalismo e ordem mundial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 194.

Tudo isso, especialmente a ascensão do Judiciário, “deu lugar a uma crescente judicialização da vida e a alguns momentos de ativismo judicial”⁵⁷. Dessa maneira, para entender esse quadro histórico, devem-se conceituar, de maneira detalhada, os fenômenos do ativismo judicial, da judicialização da política e da politização da justiça. Antes, contudo, é necessária uma abordagem sobre as origens e os fundamentos do controle de constitucionalidade, essencial para a compreender a expansão da jurisdição constitucional.

2.3.2. Digressões sobre o controle de constitucionalidade: origens e fundamentos

O controle de constitucionalidade não é sinônimo, mas sim espécie do termo jurisdição constitucional, porquanto esta consiste na aplicação da Constituição por tribunais e por juízes. Todavia, essa aplicação pode ser realizada de maneira direta – quando a própria Constituição regula o fato – ou indireta – quando a Constituição “sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro de validade”⁵⁸, quando então se fala de controle de constitucionalidade.

A justiça constitucional, amplamente consolidada no Estado de Direito, pode ser enquadrada em dois grandes sistemas, quais sejam, o modelo americano do norte e o modelo da Europa continental. Ambos sofreram profunda influência da Teoria da Separação dos Poderes, contudo cada um atribuiu a esta proposição uma interpretação diferente. Enquanto, na Europa Continental, a ideia de Montesquieu ergueu o Poder Legislativo, na América do Norte, a mesma teoria gerou o fortalecimento do Poder Judiciário⁵⁹.

Essa diferença de interpretação da doutrina de Montesquieu nos dois sistemas se dá, segundo Rocha, em razão das circunstâncias políticas vivenciadas por cada um. Isso porque os revolucionários franceses, na Europa, hesitavam quanto à atuação dos Tribunais, em razão destes, no Antigo regime, apresentarem uma atuação subserviente ao soberano, por isso, subtraíram do Poder Judiciário a função do controle de constitucionalidade. Já os revolucionários americanos, por sua vez, temiam e duvidavam da atuação do Legislativo, o qual, para eles, elaboravam leis arbitrárias e poderiam implementar a ditadura do Legislativo,

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 39.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25.

⁵⁹ MARIANO, Cynara Monteiro. O debate sobre a Separação de Poderes no pensamento constitucional brasileiro. **Nomos**: Revista do Curso de Mestrado da UFC. v. 28, n. 2, p. 13 – 27, jul./dez. 2008, p. 15.

por isso buscaram controlar a atividade legislativa através do Judiciário⁶⁰.

Portanto, cada um desses modelos deverá ser explanado de maneira minuciosa neste ponto da pesquisa, até que seja possível depreender o controle de constitucionalidade no Brasil.

Grant⁶¹ defendeu que a competência dos tribunais para defender e fazer cumprir a Constituição enquanto norma superior às demais leis criadas pelo Legislativo é contribuição das Américas para a ciência política.

Tal proposição, contudo, é questionada por Cappelletti⁶², o qual a considera parcialmente incorreta. Isso porque a Constituição americana, surgida – considerando seu sentido pleno – no início do constitucionalismo, foi precursora no estabelecimento da superioridade da Constituição frente as leis ordinárias e inaugurou uma concepção de rigidez do texto constitucional, que não poderia ser alterado por simples lei ordinária. Contudo, o autor dispõe que historicamente essa concepção não é totalmente verdadeira, pois existiu em alguns sistemas jurídicos mais antigos uma espécie de supremacia de uma lei ou de um conjunto de leis, embora essa supremacia não fosse consciente e expressa.

Assim, o período que antecedeu as revoluções burguesas trouxe diversos antecedentes históricos ao controle de constitucionalidade. Entre esses antecedentes encontra-se a distinção no Direito Ateniense entre *nómos* – lei em sentido estrito, aproximada das atuais normas constitucionais, pois precisavam de um procedimento especial para serem modificadas – e *pséfisca* – decretos – na história antiga; a preeminência e superioridade do Direito natural sobre o direito positivo, na história medieval; a superioridade do *commom law* sobre o *statutory law*, entre outros⁶³.

Contudo, apesar de todos os antecedentes supramencionados, foi a Constituição Federal de 1787 dos Estados Unidos da América, por meio do artigo VI, da cláusula 2^o⁶⁴ –

⁶⁰ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 1995, p. 88-89.

⁶¹ GRANT, J. A. C. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leys: una contribución de las Américas a la Ciencia Política. **Revista de la Facultad de Derecho de Mexico**, tomo XII, num. 47, p. 417 - 438, jul – set. 1962, p. 419.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 46 – 48.

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 49 - 63.

⁶⁴ Artigo VI, cláusula 2^o, da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787: “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**. Disponível em: <

chamado de *supremacy clause* – que aclamou a supremacia constitucional e, como consequência, fez surgir o *judicial review*.

Quando se trata de marco histórico, destaca-se o caso *Marbury versus Madison*, julgado de 1803, porquanto erigiu marcos teóricos essenciais ao controle de constitucionalidade moderno. A importância do caso se encontra no fato de que “pela primeira vez a Suprema Corte americana julgou uma lei inválida, impondo ao poder legislativo um limite fundado na superioridade dos preceitos constitucionais”⁶⁵.

No caso, o então Presidente John Adams, um republicano-democrata, não conquistou a reeleição, pois foi derrotado por Thomas Jefferson na eleição presidencial. Antes de deixar o cargo, porém, sabendo da derrota, nomeou como juízes federais alguns aliados do partido Federalista, estando entre eles William Marbury. Todavia, ao tomar posse, o novo presidente ordenou ao seu secretário de estado, James Madison, a suspensão da nomeação de Marbury – que até então não havia recebido o título da nomeação – por não concordar com a atitude do ex-presidente de tentar introduzir membros de seu partido na magistratura nas vésperas de perder o cargo.

Diante dos acontecimentos, Marbury propôs uma ação exigindo a sua nomeação. Após anos de demora, a Suprema Corte anunciou a sua decisão, na qual Marshal, juiz federal também nomeado por John Adams anos antes, posicionou-se no sentido de que por mais que Jefferson não pudesse negar a nomeação de Marbury, a Corte não poderia exigí-la ou julgar o caso. Isso porque, apesar da lei elaborada pelo parlamento – seção 13 do Judiciary act de 1789 – ter atribuído-lhe tal competência, referida lei era incompatível com a Constituição, a qual atribuía à Corte competências originárias bem restritas.

Dessa maneira, esclareceu-se que o Poder Legislativo possui um limite de atuação fundado na superioridade das normas constitucionais e que, diante de um conflito de normas em um caso concreto, o juiz deveria avaliar qual norma aplicar, realizando o *judicial review*. Contudo, nessa avaliação, deveria observar-se a hierarquia entre as normas e considerar que a Constituição é superior a todo e qualquer ato ordinário do legislativo. De tal forma, iniciou-se o denominado controle difuso de constitucionalidade de leis ou atos normativos:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

⁶⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 42.

Esta decisão abriu um importante precedente seguido pelas demais instâncias do poder judiciário americano, que passaram a também exercer o poder de não aplicar uma lei que esteja em desacordo com a Constituição, sendo a Suprema Corte a última instância para resolução desses conflitos⁶⁶.

O surgimento da jurisdição constitucional na Europa, por sua vez, segue o modelo concentrado, ou seja, exercido por um único órgão chamado de Tribunal Constitucional, planejado por Hans Kelsen – autor de um dos anteprojetos da Constituição austríaca de 1920 e, posteriormente, juiz do Tribunal Constitucional da Áustria⁶⁷.

A Europa possuía um pensamento muito centrado na legalidade, sendo o juiz mero aplicador da lei, ou “boca da lei”. A possibilidade de que todos os juízes efetuassem o controle de constitucionalidade gerava, para eles, a possibilidade de divergências e arbitrariedades, por isso o controle era realizado por um único órgão diante de um controle abstrato, ou seja, sem análise do caso concreto. Kelsen⁶⁸ posicionou-se:

Uma vez que justamente nos casos mais importantes de violação constitucional Parlamento e governo são partes litigantes, é recomendável convocar para a decisão da controvérsia uma terceira instância que esteja fora desse antagonismo e que não participe do exercício do poder que a Constituição divide essencialmente entre Parlamento e governo. Que essa mesma instância tenha, com isso, um certo poder, é inevitável. Porém há uma diferença gigantesca entre, de um lado, conceder a um órgão apenas esse poder que deriva da função de controle constitucional e, de outro, tornar ainda mais fortes os dois principais detentores do poder, confiando-lhes ademais o controle da Constituição. A vantagem fundamental de um tribunal constitucional permanece sendo que, desde o princípio, este não participa do exercício do poder, e não se coloca antagonicamente em relação ao Parlamento ou ao governo.

Dessa maneira, o modelo americano do norte incumbe a todos os juízes, membros do Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade das leis, quando da análise de cada caso concreto disposto ao seu exame – controle difuso de constitucionalidade. O modelo europeu, por sua vez, atribui essa função ao Tribunal Constitucional, órgão especial situado fora e acima da organização judiciária, o qual decide ante impugnação genérica de legitimados sobre a (in)constitucionalidade de lei – antes da aplicação concreta da lei – ou por impugnação de órgão do Judiciário, que, após, aplica a decisão do Tribunal no caso concreto que gerou tal

⁶⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 43.

⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 250, p. 197 – 227, 2009, p. 200.

⁶⁸ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 275 – 276.

questionamento⁶⁹.

Dois pressupostos são considerados essenciais ao controle de constitucionalidade, quais sejam, a supremacia constitucional – que atribui à Constituição uma posição hierárquica superior às outras normas jurídicas, de modo que estas devem ser compatíveis com aquelas – e a rigidez constitucional – a qual estabelece procedimento diferenciado para elaboração das normas constitucionais, diferenciando-as formalmente das normas infraconstitucionais⁷⁰.

No Brasil, o controle judicial de constitucionalidade das leis foi introduzido apenas na Carta Constitucional de 1891⁷¹, apesar de o tema já estar previsto, de maneira infraconstitucional, no Decreto número 848, de 11 de outubro de 1890⁷². Essa primeira previsão constitucional adotava o controle americano, ou seja, exercido por qualquer juiz quando da análise de casos concretos.

Já a Constituição de 1934⁷³ regulamentou uma específica situação de controle concentrado de competência do Supremo Tribunal Federal, por via principal, qual seja, a

⁶⁹ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 1995, p. 87-88.

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23 - 24.

⁷¹ Art. 59: Ao Supremo Tribunal Federal compete: [...]

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

§ 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 2 mar. 2015.

⁷² Art. 9º Compete ao Tribunal: [...]

Parapho unico. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados:

a) quando a decisão houver sido contrária à validade de um tratado ou convenção, à applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada;

b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto; [...]

BRASIL. **Decreto 848, de 11 de outubro de 1890**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 02 mar. 2015.

⁷³ Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...]

V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras *a a h*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; [...]

§ 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade. [...] BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 02 mar. 2015.

representação interventiva.

A grande inovação no controle de constitucionalidade brasileiro deu-se com a Constituição de 1946, por intermédio da Emenda Constitucional número 16, de 26 de novembro de 1965⁷⁴, a qual instituiu a competência do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo quando questionados através de ação genérica pelo Procurador-Geral da República.

O sistema de controle de constitucionalidade do País na Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, por sua vez, é bastante complexo, porque manteve o sistema híbrido, misto ou eclético. Dessa maneira, agregaram-se o modelo difuso ou sistema americano – instituído desde o início da República – e o modelo concentrado de controle de constitucionalidade ou modelo europeu – previsto a partir da Emenda Constitucional número 16 de 1965⁷⁵ –, apresentando diversas inovações em relação às previsões constitucionais anteriores.

O atual texto constitucional ampliou os legitimados para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, afastando o monopólio do Procurador-Geral da República. Dessa maneira, o art. 101 apresenta como legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), além do Procurador-Geral da República, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Além disso, houve a previsão de outras ações para questionar a omissão legislativa, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, conforme previsão nos artigos 103, §2º e art. 5º, LXXI, respectivamente, bem como, no art. 102, §1º, previu-se a arguição de descumprimento de preceitos fundamentais.

Foi a partir da Constituição de 1988 que também se densificou no Brasil a discussão sobre o que passaram a chamar de ativismo judicial, politização da justiça e

⁷⁴ Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente: [...]

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República; [...] BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 02 mar. 2015.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86.

judicialização da política, tudo a partir de uma maior judicialização no contexto do Direito brasileiro após o novo texto constitucional.

2.4 A expansão da jurisdição constitucional e o ativismo judicial

Para depreender a razão da tensão institucional entre os poderes do Estado, especialmente entre o Legislativo e o Judiciário, no atual momento do trabalho, faz-se essencial compreender o surgimento e os conceitos de ativismo judicial, judicialização da política e politização do Direito, bem como depreender a sua real existência na atualidade.

O ativismo judicial não é peculiaridade brasileira. Ele tem gerado o destaque da jurisdição constitucional em várias democracias desde o final da Segunda Guerra Mundial. Para compreendê-lo, apresentar-se-ão alguns dos conceitos e diferenciações dos termos ativismo judicial, judicialização da política e a politização do direito.

O cerne da diferenciação está no modo de relacionamento entre Política, Direito e Judiciário.

A política – como consequência da relação entre a sociedade, o Estado e as pessoas – existe desde o advento da humanidade, pois sempre que houver um grupo de pessoas ou instituições, discutir-se-á sobre maneiras de melhorar e atingir o bem comum⁷⁶.

Para Weber⁷⁷, o conceito de política é extraordinariamente amplo, pois abrange inúmeras atividades diretivas autônomas, como política de descontos, política de divisas de um banco, entre outras. Contudo, para o seu trabalho, que envolve a atividade estatal, Weber limita o conceito de política à direção do agrupamento político chamado de Estado ou à influência que se exerce nessa direção.

A relação política, para Bobbio⁷⁸, baseia-se em três critérios, quais sejam, a função que exerce, os meios que utiliza e o fim a que se busca, e é uma das maneiras de relação de poder entre os homens. A função que exerce é atualmente dividida em legislativo, executivo e judiciário; o fim que se busca é o bem comum; e o meio é a força, critério que, segundo ele, da melhor maneira, distingue o poder político das demais formas de poder.

⁷⁶ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo Judiciário à luz do princípio democrático. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 31.

⁷⁷ WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira de Mota. 18 ed. São Paulo: Cultrix, 2011, p. 65 - 66.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **Norberto Bobbio**: o filósofo e a política. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p.140 - 141.

Para Albuquerque⁷⁹, a política é a busca de um resultado direcionado ao coletivo, ou seja, que almeja o bem comum por meio de decisão responsável que recorra ao fundamento ético de se buscar o que é o bem da coletividade e não o bem particular. Assim, no âmbito da esfera pública, a política pode ser exercida pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário. Contudo, é difícil avaliar como deve ser exercida a política no Estado, pois deve-se considerar a competência de cada ente de poder da federação e observar certos limites de legitimação.

Existe entre o direito e a política uma forte e complexa interdependência. Isso porque a ordem jurídica, no aspecto do direito positivo, é fruto do poder político, visto que, para existir, precisa de poder capaz de efetivar as suas normas por intermédio da força quando necessário. Por outro lado, para haver um poder político legítimo, é necessário que o direito o justifique⁸⁰.

Não há, pois, como dissociar o direito da política. O Judiciário integra o Poder Estatal e, como tal, exerce a política em seu sentido próprio da ciência política. Todavia, outro sentido de política é empregado no desafio de tratar sobre o ativismo e a judicialização da política, qual seja, a política como matéria própria dos poderes Legislativo e Executivo, órgãos majoritários. Ou seja, surge a doutrina das questões políticas para tratar sobre a atuação do Judiciário em questões propriamente políticas⁸¹.

Os termos ativismo judicial, a judicialização da política e a politização do direito envolvem uma maior participação do Judiciário na atual conjuntura social. Diante disso, encontram como origem remota o *judicial review*, mas com ele não se confundem. Tratam-se, pois, de facetas da jurisdição que se relacionam com a ampliação dos instrumentos processuais que possibilitam que as questões de relevância social cheguem ao Judiciário, principalmente com o controle de constitucionalidade, mas albergando também meios como as ações civis públicas, a ação popular, entre outros.

O Judiciário – historicamente visualizado como um Poder inerte, pelo qual os juízes eram apenas “boca da lei” como apontou Montesquieu, ou seja, sem qualquer função ativa na construção do Direito – transformou-se, alçou relevância institucional e alcançou

⁷⁹ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo Judiciário à luz do princípio democrático.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 44.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Norberto Bobbio: o filósofo e a política.** Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p.153 - 154.

⁸¹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira.** Estudo de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009, p. 77.

posição de destaque no pós-positivismo, exercendo atividade de vulto na efetivação de direitos.

A expressão judicialização da política, segundo Nunes Junior⁸², surgiu no debate doutrinário contemporânea em 1995 através da obra *The global expansion of Judicial Power*, de Neal Tate e Tobjorn Vallinder.

A judicialização da política e a politização do direito não possuem uma distinção conceitual⁸³ e não se relacionam diretamente com o decisionismo, mas consistem em uma constatação de um fenômeno social, ou seja, resultam de questões socialmente relevantes inicialmente alheias ao Judiciário, mas que agora são colocadas à sua apreciação, o que independe de sua vontade⁸⁴.

Esse fenômeno social, identificado no pós-Segunda Guerra Mundial, fundamenta-se nas características da jurisdição do Estado Democrático de Direito, apresentadas no trabalho anteriormente, e na garantia de maiores direitos – inclusive constitucionais – à população, que aumentam conflitos, os quais – especialmente diante do controle de constitucionalidade e da amplitude de instrumentos processuais – desaguam no Judiciário, não mais inerte diante dos demais poderes. Vislumbra-se, assim, o que Streck chama de deslocamento do polo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário:

Em síntese, é a situação hermenêutica instaurada a partir do pós-guerra que proporciona o fortalecimento da jurisdição (constitucional), não somente pelo caráter hermenêutico que assume o direito, em uma fase pós-positivista e de superação do paradigma da filosofia da consciência, mas também pela força normativa dos textos constitucionais e pela equação que se forma a partir da inércia na execução de políticas públicas e na deficiente regulamentação legislativa de direitos previstos nas Constituições. É nisto que reside o que se pode denominar de deslocamento do pólo de tensão dos demais poderes em direção ao Judiciário.⁸⁵

Dessa maneira, o Judiciário tem sido buscado para apreciar fatos e direitos de grande relevância política, moral e social, em detrimento das instâncias políticas por excelência, quais sejam, o Legislativo e o Executivo. Isso é um fato que se constata na

⁸² NUNES JUNIOR, Armandinho Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, p. 157 - 179, 2008, p. 158.

⁸³ ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo Judiciário à luz do princípio democrático**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 94.

⁸⁴ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 32.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: 2011, p. 190.

realidade social e que independe da vontade do Poder Judiciário – ao qual se dá o nome de judicialização.

O ativismo judicial, por sua vez, adquire na doutrina uma diversidade de conceitos. Foi no artigo do jornalista Arthur Schlesinger Jr, intitulado de *The Supreme Court: 1947*, – não sendo, portanto, um termo criado pela doutrina jurídica – que, pela primeira vez, utilizou-se essa expressão, ao dividir entre ativistas judiciais ou campeões da autocontenção o perfil dos então ministros da Suprema Corte Americana. O objetivo do autor, contudo, com essa análise de perfil era verificar tendências liberais ou conservadoras dos referidos juízes, para averiguar a discrepância das decisões da Corte⁸⁶.

Desde então, o termo passou a ser utilizado na doutrina americana e chegou ao Brasil, sem, contudo, possuir um sentido unívoco.

Dentre os sentidos empregados, além do embrionário utilizado em sua origem pelo jornalista Arthur Schelesinger Jr, estão os que conceituam o ativismo judicial como termo retórico para expressar a desaprovação a uma decisão judicial⁸⁷; como consequência do poder de controle de constitucionalidade; como sinônimo da maior atuação e participação do Judiciário nos conflitos sociais; como a existência de discricionariedade no ato decisório dos juízes, entre outros⁸⁸.

Contudo, a doutrina sobre o tema vem se solidificando e perseguindo um conceito descritivo de ativismo, que o distingue inclusive da judicialização da política, cujo conceito foi abordado anteriormente.

Dessa maneira, atualmente, conceitua-se o ativismo judicial como atuação do Judiciário – juiz ou tribunal – quando utiliza argumentos de política e argumentos não jurídicos em suas decisões, ou seja, argumentos morais, que diferem a depender do julgador⁸⁹, relacionando-se, pois, com o decisionismo. Dessa maneira, o grande problema não está na existência do controle de constitucionalidade, mas na maneira como ele é exercido.

A corte ativista utiliza-se de uma interpretação mais intensa, por vezes, discricionária na solução dos conflitos submetidos à sua apreciação, utilizando o argumento

⁸⁶ TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal. In: **XVII Encontro Nacional do CONPEDI**, 2008, Brasília, Anais do XVII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 7713.

⁸⁷ GARNETT, Richard W. Debate: judicial activism and its critics. **University of Pennsylvania Law Review**. Vol 114, p. 112 – 128, 2006, p. 112.

⁸⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 33.

⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: 2011, p. 589.

de que estaria revelando o texto constitucional, quando a atuação estaria melhor enquadrada nas competências dos poderes Legislativo e Executivo.

Assim, a preocupação em torno do ativismo judicial decorre do Judiciário assumir funções do Legislativo ou Executivo⁹⁰ e não do seu papel na revisão judicial, já amplamente consagrada inclusive na Constituição brasileira de 1988.

Como aponta Elival da Silva Ramos⁹¹, o ativismo judicial configura-se como:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Há, na doutrina, posicionamentos favoráveis e contrários ao ativismo judicial, mas ambos aceitam a premissa de que, com ele, o Judiciário exerce função que não caberia naturalmente a ele. Ambas as visões comportam argumentos interessantes que denunciam a tensão institucional entre os poderes em busca da supremacia de algum deles.

Diante do exposto, a distinção entre judicialização e ativismo consiste no fato de que “A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”⁹².

No Brasil, o marco após o qual os termos ativismo judicial, politização do direito ou judicialização da política se tornaram populares nos debates jurídicos foi a Constituição Federal de 1988.

A ampla judicialização decorre, no Brasil, da própria organização institucional brasileira e não por opção do Judiciário. Aliás, a própria previsão constitucional que apresenta a inafastabilidade da tutela jurisdicional acaba por levar ao Judiciário a apreciação de diversos temas de grande relevância nacional.

Barroso⁹³ explana diversas justificativas para esse fenômeno no Brasil, entre os quais estão o reconhecimento do Judiciário como importante poder na proteção dos direitos

⁹⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 35.

⁹¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

⁹² BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, p. 225 – 270, 2011, p. 237.

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 39.

fundamentais; a desilusão com a política majoritária; a ausência de respostas do Legislativo e Executivo em questões controversas; e a ampla previsão de Direitos albergados pela Constituição, os quais desembocam no Judiciário.

Tudo isso trouxe ao País a ascensão do Poder Judiciário e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão máximo desse Poder, o qual alberga importância que cresce no cenário nacional diante da amplitude de competências e da confiança que a Constituição de 1988 atribuiu-lhe, o que pode ser visualizado com a análise de seus artigos 102 e 103, os quais tratam sobre o controle de constitucionalidade, competências originárias e competências recursais, como apresentado no tópico anterior do trabalho.

O Judiciário e o Supremo Tribunal Federal deixam de ser coadjuvantes e tornam-se protagonistas no processo democrático brasileiro, constantemente instado a decidir questões de grande repercussão social, moral e política, configurando-se em órgão ativo inclusive na garantia de políticas públicas, possuindo atualmente grande atenção midiática.

Para demonstrar essa atuação do STF, quanto aos casos de influência político, partidário e eleitoral, diversas decisões podem ser referenciadas, dentre os quais se encontram o RE 197.917/SP, a ADI 3.685/DF e a ADI 1.351/DF, casos tratados respectivamente por Campos⁹⁴:

O Supremo já decidiu sobre os critérios adequados para a fixação do número possível de vereadores, excluindo a autonomia dos Municípios para tanto; impôs a verticalização das coligações partidário-eleitorais para as eleições do ano de 2006, embora emenda constitucional daquele ano (EC 56/2006) tenha assegurado a plena e imediata autonomia dos partidos políticos de formarem coligações sem vínculo entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital e municipal; julgou inconstitucionais as chamadas “cláusulas de barreira” – índices de desempenho eleitoral, estabelecido na Lei n. 9.096/95 como condições e critérios impostos aos partidos para regular funcionamento parlamentar [...]

Todavia, quando se trata de caso político eleitoral, os casos de maior destaca são os que tratam da infidelidade partidária e da Lei da Ficha Limpa.

No caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.999 e 1086, nas quais se questionava a Resolução 22.610/2007, do Tribunal Superior Eleitoral, o Supremo Tribunal Federal julgou-as improcedentes declarando a plena constitucionalidade da resolução que tratava sobre a infidelidade partidária, assegurando a vaga legislativa ao partido político, no

⁹⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPodivm, p. 349 – 409, 2012, p. 352.

caso de desfiliação e transferência para outro partido de candidato eleito sob sua legenda. Ramos⁹⁵ considera essa decisão um exemplo de atuação ativista do Supremo, visto que “Como já sucedera no âmbito dessa Justiça especializada, por se cuidar de argumentação centrada em princípios constitucionais, foram alguns dos magistrados votantes procurar apoio no moralismo jurídico e na ‘principiologização’ do direito [...]”

Na análise conjunta das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010 – a Lei da Ficha Limpa, precisando relativizar o princípio da presunção de inocência – essencial para a dignidade da pessoa humana e para o Estado Democrático de Direito – desconsiderando-o diante da ponderação de valores.

Já quanto ao aspecto moral, diversas questões podem ser acentuadas, como o caso em que foi decidida a possibilidade de pesquisa e tratamentos médicos com células-tronco embrionárias, a questão da união homoafetiva e a questão do aborto de fetos anencéfalos.

Destaca-se, todavia, o posicionamento de Thamy Pogrebinski a qual, em seu livro, discursa pela inexistência da judicialização da política, do ativismo judicial, da crise institucional e de representatividade.

A autora aponta que o número de ADIs impetradas no STF passou a ser considerado como um indicador do nível de judicialização do país e considera que isso em nada demonstra que a corte está sendo ativista e que isso decorreria da inércia ou da crise de representatividade do Legislativo. Ao contrário, para a autora, o que constata a inexistência de ativismo e judicialização do STF é o indeferimento da Corte à maioria dos pedidos de inconstitucionalidade de leis⁹⁶.

Ocorre que a autora, em suas análises no âmbito do ativismo e da judicialização no País, considera apenas o STF. Todavia, esses institutos não se restringem à atuação do STF nem às ações do controle concentrado – embora, por vezes, a atuação da Corte seja destacada em razão da proporção que suas decisões alcançam –, mas atinge a atuação de todos os juízes e tribunais. Para demonstrar isso, Streck trata sobre os gastos elevados que os entes da

⁹⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248.

⁹⁶ POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 29.

federação possuem em obrigações judiciais decorrentes do direito de saúde, que, por vezes, superam a previsão orçamentária para a área⁹⁷.

Além disso, o fato de os indeferimentos dos pedidos de controle de constitucionalidade serem supostamente – já que a autora se restringiu apenas às ADIs para tal declaração – maiores do que os deferimentos, não afasta o ativismo judicial e a judicialização. Ocorre que, até mesmo a rejeição de pedidos de inconstitucionalidade de leis pode ser ativista, caso contrário, só poderia ser ativista uma decisão que vai de encontro ao Parlamento, o que não é verdade. Além disso, por mais que sejam em números menores que as rejeições, os deferimentos existem e devem ser considerados para constatar a efetiva existência de ativismo judicial no País.

Diante de todo o exposto, conclui Streck⁹⁸ após análise crítica da obra de Thamy Pogrebinski:

O trabalho de Thamy é absolutamente relevante. Mas demonstra apenas pequena parcela do problema. Na verdade, ela não desmitifica os discursos sobre o ativismo e a judicialização. Apenas demonstra, por números, que, olhando os resultados dos julgamentos do STF, ele mais julga a favor do Parlamento e do Executivo do que contra. Mas esses números escondem os demais julgamentos do STF. Mais do que isso, colocam uma cortina de fumaça sobre o imenso contingente de julgamentos ativistas dos Tribunais da República [...]

Com isso, constata-se que o ativismo e a judicialização estão presentes não só como expressões de criação jurídica e doutrinária. Na verdade, são fatos que se fazem presentes na jurisdição constitucional. Partindo-se disso e compreendendo os conceitos basilares para o entendimento da tensão institucional entre os poderes, adentra-se na pesquisa das teorias da última palavra, as quais defendem que a última palavra em termos constitucionais caberia ou ao Judiciário ou ao Legislativo. Após, será possível detalhar a teoria dos diálogos institucionais e suas experiências em alguns países e no Brasil.

⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 291.

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 291.

3 TENSÃO INSTITUCIONAL E AS TEORIAS DA ÚLTIMA PALAVRA: LEGISLATIVO *VERSUS* JUDICIÁRIO

A partir da Teoria da Separação dos Três Poderes, do surgimento do constitucionalismo e do controle de constitucionalidade, bem como com a expansão da jurisdição constitucional e do ativismo judicial – conceitos dissecados no capítulo anterior –, alguns autores defendem a supremacia judicial, delegando ao Judiciário a competência de atribuir a última palavra na interpretação do texto constitucional, ao passo que outra parte da doutrina defende a necessidade de uma supremacia do Poder Legislativo.

Importante esclarecer a diferença conceitual entre monopólio e supremacia judicial para compreensão dos argumentos a serem desenvolvidos. Enquanto no monopólio judicial a interpretação da Constituição é restrita ao Judiciário, na supremacia judicial, é permitida a existência de outros intérpretes, contudo, confere-se ao Judiciário a última palavra nessa interpretação⁹⁹.

Ocorre que a Constituição é uma norma em constante reconstrução e ressignificação, a qual não está fechada a apenas um intérprete, qual seja, o Judiciário. Ao contrário, a norma constitucional deve se colocar aberta aos intérpretes, sejam os formais – Judiciário, Legislativo e Executivo – ou à própria sociedade – em consonância com a ideia de Häberle¹⁰⁰, para quem a interpretação deve ser pluralista, aberta a toda sociedade. Por isso, questionar-se-á quem deverá possuir a última palavra na interpretação constitucional e se, de fato, essa última palavra existe e não quem possui a reserva dessa interpretação, pois não há essa exclusividade.

Salienta-se que, ao aludir à supremacia judicial, abordar-se-á especialmente a Suprema Corte ou Tribunal Superior na qualidade de mais alto grau do Poder Judiciário e órgão ao qual a doutrina que defende a supremacia judicial atribui a última palavra na interpretação constitucional.

Diante disso, apresentar-se-á, em cada tópico, argumentos contrapostos defendidos por cada corrente que trata sobre a supremacia, especialmente as ideias que envolvem a composição da Corte, o princípio majoritário e contramajoritário, a defesa da

⁹⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre a interpretação da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 15.

¹⁰⁰ HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 19 – 24.

democracia, a defesa dos direitos fundamentais, a crise de representatividade do Legislativo e o decisionismo judicial.

Os argumentos favoráveis à supremacia legislativa que serão apresentados em cada tópico não se excluem mutuamente, ao contrário, por vezes, complementam-se. Da mesma maneira, acontece com os posicionamentos defensivos da supremacia judicial.

3.1 A composição do Tribunal e o Legislativo: legitimidade ou ilegitimidade democrática?

Conforme apresenta Peixoto¹⁰¹, há quatro maneiras possíveis para a escolha dos membros das Cortes ou Tribunais constitucionais que são a indicação política, a eleição popular, a ascensão funcional e o concurso público.

Ocorre que a maioria dos países, assim como o Brasil, utilizam o método de composição por meio de escolha política dos membros com a participação dos poderes Executivo e Legislativo¹⁰². Todavia, essa escolha política pode se dar de diversas maneiras, por exemplo, de forma repartida entre os poderes – comum nos países democráticos¹⁰³ – ou de maneira exclusiva de um poder com a aprovação do outro – como ocorre no Brasil e nos Estados Unidos.

O Conselho Constitucional da França, por exemplo, é composto por nove membros, além do Presidente da República que configura como membro nato. Desses nove membros, três são escolhidos pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três pelo Presidente do Senado Federal¹⁰⁴.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão, por sua vez, conforme o artigo 94 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, é composta por juízes federais e outros membros escolhidos em partes iguais pelo Parlamento Federal e pelo o Conselho Federal¹⁰⁵.

¹⁰¹ PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno Peixoto. **Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros**. São Paulo: Método, 2012, p. 57.

¹⁰² PEGORARO, Joana Cristina. **A política na Corte: uma análise da forma de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre, 2006. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/8673/000585793.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 abr. 2015, p. 52.

¹⁰³ GARCIA, José Ailton. Supremo Tribunal Federal brasileiro: análise da forma de escolha de seus Ministros. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 15, n. 61, p. 123 – 136, out./dez. 2007, p. 130.

¹⁰⁴ TAVARES FILHO, Newton. Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal. **Consultoria legislativa**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1596>>. Acesso em: 15 abr. 2015, p. 8.

¹⁰⁵ ALEMANHA. **Lei fundamental da República Federal da Alemanha de 1949**. Disponível em:

Já a Suprema Corte Americana é composta por nove juízes nomeados pelo Presidente da República, após parecer e aprovação do Senado, consoante o art. II, seção 2, da Constituição dos Estados Unidos da América¹⁰⁶.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, que cumula funções típicas e atípicas da Corte Constitucional e, por isso, é enquadrado como Tribunal, é composto por onze ministros, escolhidos e nomeados pelo Presidente da República após aprovação da maioria absoluta do Senado Federal – seguindo também o método de escolha política com inspiração no modelo americano.

A escolha dos nomes no Brasil – de competência exclusiva do Presidente da República – possui como requisitos prévios que o escolhido tenha mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, além de ser detentor de notável saber jurídico e reputação ilibada, como pode ser extraído do art. 101 da CF/88. Além dos requisitos previstos no artigo supracitado, há ainda a necessidade de o escolhido estar em pleno gozo dos direitos políticos e ser brasileiro nato, consoante se depreende respectivamente nos artigos 14, § 1º, I e 12, § 3º, IV, ambos da CF/88.

Os requisitos de idade mínima e máxima referem-se exclusivamente ao momento de nomeação, pois o cargo é vitalício. O limite máximo para que um ministro exerça o seu cargo deve obedecer apenas a regra da aposentadoria compulsória, a qual era de setenta anos de idade para todos os servidores públicos, conforme o art. 40, §1o, II, da CF/88. Entretanto, este artigo sofreu alteração pela Emenda Constitucional número 88, de 7 de maio de 2015, passando a disciplinar que os servidores públicos aposentar-se-ão compulsoriamente aos setenta anos de idade, ou aos setenta e cinco anos de idade, na forma da lei complementar. Todavia, a mesma emenda acrescentou o art. 100 no Ato de Disposições Constitucionais Transitórias para expor que, até que se entre em vigor a lei complementar citada anteriormente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos setenta e cinco anos de idade.

A condição da reputação ilibada não possui um conceito objetivo determinado na Constituição ou em lei, contudo, exige-se com ela uma respeitabilidade pelo padrão de

<<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

¹⁰⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

comportamento adequado e compatível com a função pública a ser exercida – o que continua sendo uma explicação bastante ampla e que pouco delimita a escolha do Presidente¹⁰⁷.

O notável saber jurídico, por sua vez, é o mais amplo dentre os requisitos já apresentados, visto que não é necessário nem mesmo ser bacharel em Direito para ser detentor de tal qualidade¹⁰⁸. Dispensa-se, pois, credenciais acadêmicas e tempo de experiência profissional ao contrário, por exemplo, da Constituição Espanhola¹⁰⁹, a qual, em seu artigo 122, exige mais de quinze anos de experiência profissional daqueles que desejam compor o órgão chamado Conselho Geral do Poder Judiciário.

Realça-se, todavia, que alguns doutrinadores já entendem que a Constituição apresenta a necessidade implícita do título de graduado em Direito para atingir o notável saber jurídico exigível de um ministro do Supremo Tribunal Federal¹¹⁰. Todavia o requisito permanece amplo.

Compreendida a forma de composição dos Tribunais Constitucionais, especialmente o modelo brasileiro, é possível avaliar os argumentos que partem dessa premissa para desafiar ou não a legitimidade do Tribunal, inclusive para ser o órgão responsável pela última palavra na interpretação constitucional.

Os que defendem a legitimidade do Supremo Tribunal, inclusive pelo modo de sua composição, dispõem que ele não está totalmente desvinculado do processo democrático, já que seus membros são escolhidos e nomeados por representantes eleitos do povo. Logo, consoante propõe Tavares¹¹¹, o sufrágio universal está no nascedouro das decisões democráticas, por mais que seja de maneira indireta, configurando uma legitimidade democrática indireta.

Como dispõe Bachof¹¹², o caráter democrático de um órgão ou decisão nem sempre se vincula à maneira de eleição de seus membros. Para ele, o Judiciário não é

¹⁰⁷ Para tornar o termo mais claro, o Projeto de Lei do Senado de número 401, de 2009, almeja alterar o art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Decreto número 4.657 de 4 de setembro de 1942 – para incluir o parágrafo único, definindo reputação ilibada como “ a situação em que a pessoa não teve, e não tem contra si, antecedentes de processos penais transitados em julgado ou processos judiciais criminais em andamento”. BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Lei número 401, de 2009**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/Consulta.asp?STR_TIPO=PLS&TXT_NUM=401&TXT_ANO=2009&Tipo_Cons=6&IND_COMPL=&FlagTot=1> . Acesso em: 10 dez. 2014.

¹⁰⁸ KHOÛR, Laila J. A. Critérios de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal. **Revista do curso de direito**. Revista do curso de Direito da UNIFOR, v. 6, p. 175 – 193, jan./dez. 2005, p. 187.

¹⁰⁹ ESPANHA. **Constitución Española**. Disponível em: < <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

¹¹⁰ AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 44.

¹¹¹ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 504.

¹¹² BACHOF, Otto. **Jueces y constitución**. Madrid: Civitas, 1987, p. 59.

antidemocrático, pois não é menos órgão do povo do que o Legislativo, por exemplo, considerando que este também não é composto por membros diretamente comissionados, visto que sua composição está ligada e não pode ser dissociada dos partidos políticos.

Além disso, argumenta-se que o Tribunal Constitucional tem legitimidade porque assim dispôs o poder constituinte originário. Dessa maneira, há a prevalência das decisões do Tribunal Constitucional sob as decisões do Legislativo, composto por representantes eleitos por voto popular, porque o povo – titular do poder constituinte original – assim desejou ao elaborar o texto constitucional¹¹³.

Ademais, o poder do povo é superior aos poderes Legislativo e Judiciário. Logo, quando a vontade do Legislativo está em oposição à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem atuar no sentido de desvendar essa última e, com isso, possuem legitimidade¹¹⁴.

No caso brasileiro, a vitaliciedade no cargo é outra característica utilizada pela corrente favorável à supremacia judicial. Isso porque ela assegura a independência dos ministros diante do governo e do parlamento que o escolheu e o aprovou, respectivamente, e dos governantes e parlamentares que os sucederão. Com isso, os ministros não são subordinados ou vinculados àqueles que os nomearam ou os aprovaram¹¹⁵. A independência é importante também em razão da diversidade de temas polêmicos, muitas vezes, repletos de interesses de classe e partidários, seguindo-se, assim, a mesma orientação da independência assegurada aos magistrados no art. 95 da CF/88.

Após a nomeação, os ministros ganham estabilidade e, então, não participam da dinâmica política nem se sujeitam à responsabilização política, o que os permite exercer, de maneira imparcial, mesmo em casos polêmicos e de grande repercussão, a sua função de intérprete da Constituição.

A representação eleitoral é apenas um dos possíveis tipos de representação na democracia contemporânea e mesmo que a última palavra sobre a Constituição caiba à decisão judicial e não ao Legislativo, isso não destrói a sensação de autogoverno. Ao contrário, uma decisão do Legislativo em inobservância dos direitos fundamentais, por exemplo, é que pode prejudicar a sensação de autogoverno. Por isso, por vezes, preferem-se

¹¹³ PEIXOTO, Leonardo Scófano Damasceno Peixoto. **Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros**. São Paulo: Método, 2012, p. 36.

¹¹⁴ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 459.

¹¹⁵ TAVARES FILHO, Newton. Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal. **Consultoria legislativa**. Brasília, 2006. Disponível em: < <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1596> >. Acesso em: 15 abr. 2015, p. 7.

as decisões do Judiciário, devidamente fundamentadas e com bons argumentos, mesmo que composto por membros não eleitos diretamente pelo povo¹¹⁶.

Por outro lado, em corrente contrária à legitimidade do Judiciário e, por conseguinte, à sua supremacia desse poder, Lima¹¹⁷ dispõe que a ilegitimidade do STF se manifesta em três instâncias, quais sejam, no modo de ingresso de seus membros na carreira sem qualquer participação popular, na ausência de controle da Corte pela sociedade e na realização da jurisdição marcada por decisões distanciadas da população.

A forma de acesso à cúpula do Judiciário, para o autor, depõe contra a democracia, uma vez que seus membros não são escolhidos por seleção de competência intelectual via certame, nem por eleição, mas sim por meio de afinidade ideológica com o Governo e os grupos políticos.

Dessa maneira, não há nenhuma participação da população na escolha, aprovação e nomeação dos membros do Tribunal nem mesmo há a possibilidade de haver controle popular desses ministros, considerando sua vitaliciedade, ao contrário do que acontece no Legislativo, já que a população, ao discordar de um parlamentar que não age representando-a adequadamente, pode demonstrar sua insatisfação, por exemplo, através do voto, não o reelegendo.

Assim, para essa corrente, os parlamentares possuem responsabilidade representativa e, por isso, possuem mais legitimidade para dar a última palavra na interpretação constitucional, enquanto os juízes não possuem qualquer responsabilidade em razão do modo pelo qual são escolhidos.

Por mais que se considere que haja relação entre a escolha dos membros e o processo democrático em razão dessa escolha ser realizada por representantes eleitos, isso não é o suficiente para que se defenda que o Tribunal deve ter a última palavra na interpretação constitucional, prevalecendo sobre o legislador. Isso porque, mesmo aceitando a premissa anteriormente apresentada, o Judiciário continuaria sendo, dentre os outros órgãos, o menos democrático¹¹⁸.

Outro argumento contrário à supremacia judicial e que envolve a maneira pela qual se dá a escolha dos ministros é que o Tribunal não é imparcial, pois não está excluído da

¹¹⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo, 2011, p. 89.

¹¹⁷ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. Estudos de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009, p. 117.

¹¹⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo, 2011, p. 77.

política. Isso porque, sendo a escolha de seus membros realizada exclusivamente pelo Executivo – em possível afronta à Teoria da Separação dos Poderes – a plena autonomia da Corte resta ameaçada.

Nesse sentido, manifesta-se Roman¹¹⁹, para quem a interferência do Executivo no Judiciário destaca-se ainda mais pela ausência de critérios objetivos para a escolha presidencial e de regras de impedimentos. Soma-se a isso o comportamento inerte do Senado diante da indicação do nome ao cargo, o que torna a aprovação meramente protocolar.

A grande diferença da aplicação prática do método de escolha de ministros do Tribunal no Brasil e nos Estados Unidos está na atuação do Senado Federal. Nesse país, apesar de também adotar critérios políticos, a escolha acarreta grande mobilização na sociedade civil americana e nos meios políticos, gerando intensa e rigorosa sabatina no Senado Federal¹²⁰, o que não se verifica no Brasil, prejudicando ainda mais a legitimidade dos nomeados.

3.2 O Legislativo e o princípio majoritário *versus* o Judiciário e a sua função contramajoritária

A democracia e a ditadura são espécies de regimes políticos, isto é, são maneiras pelas quais o Estado e os cidadãos se relacionam. A democracia – regime político adotado atualmente no Brasil – embora possua um conceito dinâmico, conserva, por seu fundamento, desde a sua origem, a participação do povo no governo, o qual pode ser extraído de seu conceito etimológico, qual seja, governo do povo. Todavia, o conceito de povo e a maneira pela qual se realiza a sua participação alteraram-se com o tempo.

A doutrina costuma apontar os princípios da soberania ou da maioria, da igualdade e da liberdade como os três princípios fundamentais da democracia¹²¹. O princípio da liberdade pressupõe que todos os cidadãos possam participar da vida política do Estado e o princípio da igualdade implica que todos os votos e as opiniões devam ser consideradas igualmente, sem distinção quanto ao peso, e com isso, as escolhas devem se dar por

¹¹⁹ ROMAN, Flávio José. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e outros Tribunais constitucionais sul-americanos: breve estudo comparado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 15, n. 58, p. 51 – 77, jan./mar. 2007, p. 75.

¹²⁰ TAVARES FILHO, Newton. Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal. **Consultoria legislativa**. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1596>>. Acesso em: 15 abr. 2015. p. 8.

¹²¹ PINTO, Agerson Tabosa. **Teoria Geral do Estado**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2002, p. 64 - 65.

concordância da maioria¹²².

Silva¹²³, por sua vez, defende que a maioria é uma técnica utilizada na democracia para atribuir interesse geral às decisões governamentais. E essa é, na realidade, uma das grandes conquistas da democracia, visto que garante direitos e incentiva a participação social, superando o regime autoritário, por vezes, ditatorial.

No mesmo sentido, Campilongo¹²⁴ defende que a regra da maioria é:

[...] uma técnica rápida de tomada de decisões coletivas que maximiza a liberdade individual e assegura a ampla e igual participação política dos cidadãos, aproximando governantes e governados por meio de uma prática social de legitimação eventual, finita no espaço e no tempo, que sujeita as decisões à contínua revisão e mantém a sociedade unida.

Dentre os tipos de democracia estão a direta, a indireta e a semidireta. O maior exemplo da primeira é a democracia ateniense, na qual o supremo poder era atribuído diretamente aos cidadãos, através do direito de palavra e voto nas assembleias para decidir políticas fundamentais¹²⁵.

Todavia, diante da complexidade da sociedade, da extensão territorial e do aumento demográfico, a democracia direta – em que claramente se apresentava o princípio da maioria – tornou-se inviável para a determinação de todas as decisões políticas essenciais. Por isso, surgiu a necessidade da representação, despontando a democracia representativa. Dessa feita, poucos cidadãos, na condição de representantes do povo, passam a decidir diariamente as políticas essenciais da sociedade, pois:

Na democracia representativa tudo se passa como se o povo realmente governasse; há, portanto, a presunção ou ficção de que a vontade representativa é a mesma vontade popular, ou seja, aquilo que os representantes querem vem a ser legitimamente aquilo que o povo haveria de querer, se pudesse governar pessoalmente, materialmente, com as próprias mãos¹²⁶.

¹²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. COIMBRA: Almedina, 2003, p. 97-98.

¹²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013, p. 132.

¹²⁴ CAMPILONGO, Carlos Fernandes. **Direito e Democracia**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p. 38.

¹²⁵ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113

¹²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013, p. 295.

Na democracia semidireta, por sua vez, embora também se baseie na representação, há alguns meios de participação direta da população, como o plebiscito, o *referendum*, o veto popular, o *recall* e a iniciativa popular.

O conflito entre constitucionalismo e democracia evidencia-se pelo embate em que se contrapõe, de um lado, a existência do ativismo judicial que alberga na doutrina fundamentos de legitimação, inclusive sob o argumento de proteção das minorias; e por outro lado, a existência do princípio majoritário, em que se realiza a vontade do povo através de seus representantes eleitos. Esse embate envolve diretamente a Teoria da Separação dos Poderes, pois ela é o fundamento do conflito.

Diante disso, Ely¹²⁷ expõe que “A tarefa mais difícil sempre foi e continua sendo a de criar uma ou mais maneiras de proteger as minorias da tirania da maioria sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio do governo majoritário”.

O Legislativo possui evidente legitimidade democrática, visto que é composto por membros eleitos pelos cidadãos para representá-los em observância ao sufrágio universal e conseqüentemente ao direito de igualdade e liberdade. Diante disso, suas escolhas presumivelmente espelham a vontade popular, através de votos proporcionalmente reduzidos em relação a toda a sociedade representada.

Todavia, há quem defenda que não existe necessariamente identidade entre a vontade popular e os representantes eleitos. Ao contrário, vislumbra-se que muitas decisões do Legislativo seriam rejeitadas pela maioria popular caso fossem questionadas, o que é agravado pela crise de representatividade por parlamentares¹²⁸, a qual será aprofundada no próximo tópico do trabalho.

Entretanto, por mais que se compreenda que, na prática, tal semelhança teórica entre vontade popular e representantes eleitos não se apresenta, isso não torna o Judiciário um órgão mais ou menos democrático. Por isso, “podemos admitir inúmeras vezes que as Assembleias Legislativas não são completamente democráticas, mas isso não fará com que os tribunais sejam mais democráticos que elas”¹²⁹.

O Judiciário possui a dificuldade de afirmar a sua legitimidade em razão da aparente incompatibilidade entre o princípio democrático e o poder político de jurisdição

¹²⁷ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 12.

¹²⁸ MENDONÇA, Eduardo. A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, ano 4, n. 13, p. 211 – 247, jan./mar. 2009, p. 236.

¹²⁹ ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 12.

constitucional exercido por um órgão que, conforme abordado anteriormente, é composto por membros que não são eleitos e não possuem responsabilidade pelas suas decisões perante a sociedade – o que tem sua gravidade evidenciada quando se trata de decisões políticas com reflexos para toda a sociedade. Com tudo isso, a legitimidade do Judiciário é questionada inclusive para dar a última palavra na interpretação constitucional em detrimento do Legislativo, órgão representativo por natureza, já que formado por membros eleitos pelos cidadãos. Nesse sentido, apresenta Vieira¹³⁰:

Democracia e constitucionalismo são concepções políticas distintas. À democracia importa, fundamentalmente, discutir a origem e o exercício do poder pela maioria; já o constitucionalismo moderno, através da separação dos poderes e de uma declaração de direitos, irá preocupar-se em limitar o poder, seja esse poder exercido pelo rei ou pelo povo. Há, neste sentido, uma permanente tensão entre essas duas concepções político-democráticas contemporâneas.

Bickel¹³¹ dispõe que o controle judicial seria antidemocrático porque, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo elaborado por representantes eleitos, a Suprema Corte estaria contrariando a vontade da maioria dominante, que se torna impotente para insurgir-se contra a decisão judicial. Daí surge o que o autor passou a chamar de dificuldade contramajoritária da Corte.

Cappelletti¹³² destaca que a principal objeção nos países desejosos de democracia, consideradas por alguns como a objeção definitiva ao que ele chama de juízes legisladores é o seu caráter antidemocrático, uma vez que, se, por um lado, a independência dos juízes deve ser assegurada nas democracias, por outro, quando mais independentes, menos estão obrigados a prestar contas de sua atuação.

Em consonância com essa ideia, a corrente constitucional norte-americana contemporânea chamada de constitucionalismo popular almeja a devolução da Constituição ao povo, para que ele possa interpretá-la e determinar a última palavra na sua interpretação, através do Legislativo e dos representantes eleitos pelos cidadãos, das atuações na rua, dos votos nas urnas eleitorais, entre outros, já que advoga pela ilegitimidade democrática da

¹³⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 23.

¹³¹ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics**. 2 ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 16 – 17.

¹³² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 92 – 93.

Corte. Dessa maneira, Tushnet¹³³ dispõe que o processo eleitoral parece gerar medo – inclusive do que o povo pode fazer – nos progressistas e, por isso, exaltam o controle e supremacia judicial.

Em sentido contrário, Zaffaroni¹³⁴ dispõe que a eleição popular não é o único fator que torna uma instituição democrática, mas sim quando esta se apresenta necessária para o prosseguimento da democracia, como seria o caso do Judiciário. Dessa maneira, o que caracterizaria a legitimidade democrática do Judiciário não seria a sua origem, mas a sua função.

Além disso, defende-se que o princípio da maioria não é absoluto, como dispõe Härberle¹³⁵:

Éste se encuentra en una tensa relación con la protección de las minorías. Algunas constituciones prevén expresamente el principio de mayoría (como el art. 121 de la LF), pero al mismo tiempo regulan múltiples formas de protección a las minorías [...] El arma contundente del principio de mayoría es, en general, “fiable”, porque existe una protección (escalonada) de las minorías (primordialmente a través de la “supremacía de la Constitución” y la protección de los derechos fundamentales). La justificación interna de la democracia como “gobierno de la mayoría” es difícil: se puede lograr gracias a la idea de la libertad y igualdad y de la necesidad de llegar a una decisión funcional. [...]

Dessa maneira, a corrente doutrinária que defende o papel contramajoritário do Judiciário utiliza o argumento segundo o qual o princípio da maioria não é absoluto nem esgota o conceito de democracia, pois a minoria não pode ser entregue à tirania ou ao absolutismo da maioria.

A jurisdição constitucional – instituição que, para essa corrente, seria livre das pressões políticas – portanto, atuaria na defesa dessa minoria e da proteção de seus direitos, garantindo a democracia que não se reduz ao princípio da maioria.

A atuação do Poder Judiciário torna-se, para essa corrente, essencial para conter os excessos do Legislativo na condição de órgão representativo da maioria no poder, visto que este órgão deixa de ser lugar de consenso e produção normativa racionalizada e transforma-se em lugar que produz um governo em determinada direção política comandada pela maioria¹³⁶.

¹³³ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 177.

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1995, p. 43 – 44.

¹³⁵ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, p. 324.

¹³⁶ CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y division de poderes hoy**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002, p. 252.

Além disso, enuncia-se que a abertura do Judiciário à participação popular – que se dá no Brasil, por exemplo, através do aumento dos legitimados para propositura de ações diretas e, especialmente, pela possibilidade de participação da sociedade civil através das audiências públicas e dos *amicus curiae* – teria suprido essa dificuldade contramajoritária.

Esse argumento, contudo, pode ser questionado por meio das críticas à atuação prática dos *amicus curiae*, segundo as quais o instituto pode gerar, em verdade, um ingresso polarizado de associações ou outros legitimados que buscam defender o interesse do grupo que representa, caracterizando-os como amigos da parte e não amigos da corte. Isso, segundo a crítica, poderia gerar um “desequilíbrio do jogo informacional, aumentando a distribuição assimétrica de informações entre todas as partes envolvidas no processo de tomada de decisão”¹³⁷.

A problemática é ainda maior no âmbito das audiências públicas, previstas nas Leis 9.868/99 e 9.882/99, as quais tratam sobre as ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental, mas que, no âmbito do STF, só foram regulamentadas pela Emenda Regimental 29/2009.

As críticas à prática das audiências públicas se desenvolvem pela sua ainda pouca utilização – a primeira realizada foi em 20 de abril 2007 na ADI 3510 que questionava a Lei de Biossegurança no que diz respeito à destinação de embriões excedentes dos procedimentos de reprodução assistida para pesquisas com fins terapêuticos, e se seguiu, até 8 de maio de 2015, ou seja, por aproximadamente oito anos, de apenas quinze audiências públicas.

Além disso, critica-se a ausência de critérios para a sua realização, a qual se realiza exclusivamente por faculdade do relator do caso e a falta de normas específicas sobre a escolha dos expositores, bem como sobre a organização com apresentação dos expositores conforme a área temática, conforme determinadas questões ou com base em seu posicionamento quanto à constitucionalidade ou não da norma em apreciação e dinâmica do evento com ou sem debate entre os expositores¹³⁸.

Soma-se a isso a quase ausência de utilização do plebiscito e do referendo, mecanismos de democracia direta. No Brasil, por exemplo, desde a promulgação da

¹³⁷ MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113.

¹³⁸ LIMA, Rafael Bellem de. Audiências Públicas no controle de constitucionalidade – A representação técnica das partes no caso das pesquisas com células tronco. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (orgs.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012, p. 146.

Constituição em 1988 – que traz, em seu texto, a previsão expressa desses mecanismos no art. 14 – em âmbito nacional, foram realizados apenas um plebiscito, em 1993, para a escolha da forma de governo e de sistema de governo, e um referendo em 2005, o qual tratou sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições.

Além disso, para os defensores da jurisdição constitucional, não existe uma relação necessária entre a decisão do Tribunal Constitucional de proteção das minorias e a decisão contramajoritária, uma vez que, por vezes, a maioria concorda com a defesa das minorias. Dessa maneira, o Tribunal pode decidir, com o apoio e concordância da maioria, questões em favor da minoria¹³⁹. Como exemplo, citam-se as decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre a extensão e proibição do nepotismo em razão de sua afronta à impessoalidade e moralidade administrativas, que fez surgir a Súmula Vinculante de número 13, atendendo aos anseios da população, os quais os Legislativos e os Executivos estaduais insistiam em não observarem¹⁴⁰.

Diante da contraposição de argumentos, verifica-se que, conforme aponta Sarmiento¹⁴¹, necessita-se de equilíbrio entre as correntes, pois se, por um lado, para assegurar os direitos da minoria defende-se a limitação do princípio majoritário, o exagero dessa limitação pode configurar-se antidemocrático, já que retira da população, mesmo que indiretamente, a possibilidade de se autogovernar.

3.3 A atuação do Judiciário e do Legislativo na defesa da democracia: análise das correntes substancialista e procedimentalista

Existem duas correntes essenciais sobre a atuação do Poder Judiciário na defesa da democracia, quais sejam, a substancialista e a procedimentalista. Apesar de convergirem quando a ideia de que o Judiciário tem importante atribuição na defesa dos pressupostos da democracia, na condição de órgão externo – já que esta não se esgota com a regra da maioria –, divergem quando tratam sobre como deve se dar essa atuação. Dessa maneira, aponta

¹³⁹ NOVELINO, Marcelo. A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 143 – 144.

¹⁴⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre a interpretação da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 250.

¹⁴¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, p. 73 – 113, 2011, p. 97.

Mendes¹⁴²:

[...] a democracia não se realiza simplesmente pela existência de um legislador eleito que toma decisões por regra da maioria, independentemente de outras condições. Aceita que uma agência externa ao parlamento possa desempenhar um papel de anteparo dessas condições. Há duas versões dessa ideia, como veremos abaixo: a primeira aceita a interferência externa somente para preservar o procedimento de competição democrática; a segunda, mais ambiciosa, requer que decisões legislativas sejam submetidas a um controle de substância, de acordo com os princípios de justiça que a democracia pressupõe. O que une ambos, portanto, é a ideia de que a revisão judicial tem uma missão constitutiva da própria democracia a cumprir. Está em jogo, aqui, a tensão entre forma e substância.

Extrai-se de Mendes¹⁴³ que, enquanto os procedimentalistas possuem receio da supremacia judicial, em regra, defendendo argumentos da supremacia legislativa, apesar de atribuir ao Judiciário a possibilidade de defender o procedimento democrático, os substancialistas apresentam argumentos favoráveis à supremacia judicial e ao exercício mais ativista da jurisdição constitucional.

Entre os defensores do procedimentalismo encontram-se Jürgen Habermas e John Hart Ely.

Ely, ao defender uma atuação procedimentalista dos juízes, entende que a democracia é um regime político essencialmente representativo e que a Constituição seria um documento que asseguraria o processo político democrático. Dessa maneira, a atuação dos juízes em uma sociedade democrática é legítima quando se direciona a garantir um bom funcionamento da democracia representativa. Assim dispõe:

A linha de decisão constitucional que aqui recomento é análoga ao que seria, nos assuntos econômicos, uma orientação ‘antitruste’, entendida como oposta a uma orientação reguladora – em vez de ditar resultados substantivos, ela intervém apenas quando o ‘mercado’, neste caso o mercado político, está funcionando mal de modo sistêmico. (Também é cabível uma analogia com um árbitro de futebol: o juiz deve intervir somente quando um time obtém uma vantagem injusta, não quando o time “errado” faz gol).¹⁴⁴

Para ele, os juízes não devem avaliar a substância das decisões aprovadas democraticamente pela maioria dos representantes eleitos, pois não é justo que eles examinem

¹⁴² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo, 2011, p. 77.

¹⁴³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo, 2011, p. 77.

¹⁴⁴ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 136.

e declarem a inconstitucionalidade apenas por não concordarem com os resultados obtidos. Por isso, as decisões de caráter moral devem ser mantidas na competência do povo e, se a maioria realmente não concordar, poderá utilizar o voto para controlar essas decisões.

À jurisdição constitucional caberia apenas garantir a lisura do procedimento democrático e o respeito às minorias. Logo, o autor dispõe quando será caracterizado o mau funcionamento do procedimento:

O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora ninguém se negue explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa maioria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos¹⁴⁵.

Na mesma perspectiva procedimentalista, Habermas¹⁴⁶ defende que o Tribunal Constitucional “não pode assumir o papel de regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade”. Para ele, no máximo, o Tribunal Constitucional poderia exercer a função de tutor.

O substancialismo – defendido, dentre outros, por Cappelletti e Dworkin, além de Paulo Bonavides, Dalmo Dallari e Ingo Sarlet no Brasil – considera que, para salvaguardar a democracia, deve-se proteger a sua substância, de modo que a vontade da maioria não despreze o conteúdo ético mínimo. O controle dessa substância realizado por um poder contramajoritário não seria nenhum problema, pois sua legitimidade advém do conteúdo de suas decisões e não do procedimento¹⁴⁷ ou não exclusivamente dele.

Para Dworkin¹⁴⁸, assim como o passivismo é ruim – pelo que afirma que se fossem reunidas as decisões mais lamentáveis da Suprema Corte americana, os maiores erros estariam na ausência de intervenção quando princípios constitucionais assim exigiam –, o ativismo, no aspecto do decisionismo judicial, também é negativo, uma vez que ignora o texto constitucional e as decisões anteriores.

¹⁴⁵ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 137.

¹⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol. 1. 2 ed. Trad. Frávio Beno Siebancichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 346 – 347.

¹⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da Silva; Mendes, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. In: Nobre, Marcus; Terra, Ricardo (org.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008, p. 199.

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 446 – 452.

Nesse sentido, Dworkin defende que o *judicial review* não só não gera prejuízos à democracia, como a beneficia. O procedimento e a regra da maioria deixam de ser requisitos exclusivos para a avaliação da legitimidade do Judiciário na defesa da democracia – Dworkin¹⁴⁹ também dispõe que a supremacia das maiorias não é absoluta, pois a Constituição e o *Bill of Rights* buscam proteger os cidadãos, inclusive de determinadas decisões da maioria, mesmo que almejando o que considera de interesse geral ou comum. Assim, conforme aposta Mendes, unem-se “procedimento e substância, forma e conteúdo. Democracia seria também procedimento majoritário, mas não só isso. Tal procedimento não pode tomar qualquer decisão”.

Extrai-se que, no entendimento de Dworkin, a avaliação quanto à existência ou não de prejuízos à democracia de declaração realizada pela Corte ou Tribunal da inconstitucionalidade de lei aprovada pelo Congresso, sob o argumento de violação de direitos relacionados à democracia, depende da correção da decisão proferida¹⁵⁰.

A importância da correção da decisão fica clara quando Dworkin¹⁵¹ apresenta a hipótese de o legislativo aprovar uma lei que criminaliza a queima de bandeira nacional em ato de protesto e tal lei é questionada na Corte Suprema sob alegação de prejuízo do autogoverno democrático em razão da restrição à liberdade de manifestação e o Tribunal aceita a acusação e declara a inconstitucionalidade da lei. Diante da situação hipotética, o autor depreende que a legitimidade de tal decisão dependeria de sua correção, já que, se correta, defende os preceitos constitucional e faz prevalecer a democracia, por isso, não haveria porque considerá-la antidemocrática:

Ninguém perdeu o poder de participar da comunidade autogovernante, pois na verdade esse poder aumentou para todos. Ninguém teve a sua igualdade comprometida, pois a igualdade, no único sentido cabível que podemos dar a essa palavra, se fortaleceu. Ninguém perdeu as vantagens éticas conferidas pela participação no processo deliberativo, pois todos tiveram a oportunidade de participar da discussão pública sobre os méritos e deméritos da decisão¹⁵².

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3a ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 208 – 209.

¹⁵⁰ WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 255.

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 49.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 50.

Como aponta Mendes¹⁵³, Dworkin defende que o juiz deve descobrir a única resposta certa sem inventar e sem fazer escolhas discricionárias, mas utilizando, para tanto, as diversas fontes extralegislativas, como a jurisprudência.

Assim, em suas obras, Dworkin direciona sua teoria para a legitimidade da atuação judicial na interpretação constitucional, bem como afirma que “Devemos abandonar a busca inútil por restrições mecânicas ou semânticas e procurar restrições genuínas no único lugar onde podem ser encontradas: na boa argumentação”¹⁵⁴. Logo, como consequência da argumentação, defende-se que, na leitura moral da Constituição, os juízes possuem, no mínimo, duas restrições¹⁵⁵ no âmbito de suas argumentações, quais sejam, a restrição histórica – com a busca pelo que os constituintes pretendiam dizer e não quais suas demais intenções ou previsões – e a busca do direito como integridade – que exige harmonização de decisões como um romance em cadeia¹⁵⁶.

Cappelletti¹⁵⁷, por sua vez, apresenta diversos argumentos que sustentam a legitimidade democrática do direito jurisprudencial e conclui que, ultrapassando a ideia majoritária, democracia significa tolerância, participação e liberdade. Diante disso, defende um Judiciário “suficientemente ativo, dinâmico e criativo” para superar e controlar os caprichos da maioria eventual, bem como os determinados centros de poder.

Dessa maneira, conclui-se que o procedimentalismo reconhece a interferência do Judiciário apenas para defender o procedimento democrático. Essa corrente, portanto, não apresenta grande vinculação à defesa da supremacia judicial, pois possui até mesmo argumentos favoráveis à supremacia legislativa, embora permita restrita ação corretiva da Corte.

O substancialismo, por sua vez, defende que deve haver controle de substância das decisões legislativas, considerando o princípio pressuposto pela democracia, qual seja, o princípio da justiça¹⁵⁸. Assim, observa-se no substancialismo uma maior convergência à ideia

¹⁵³ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 35.

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, p. 202.

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 14 – 15.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 275 – 279.

¹⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 107.

¹⁵⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo, 2011, p. 77.

de supremacia judicial, visto que, para defender a democracia, a Corte pode controlar inclusive a substância das decisões do Legislativo.

3.4 O Judiciário e o Legislativo na defesa dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são normas jurídicas presentes no âmbito da Constituição de determinado Estado Democrático de Direito, que possuem grande importância axiológica, além de íntima ligação com a dignidade da pessoa humana e com a limitação do poder, pelo que servem de fundamento e legitimidade para todo o ordenamento jurídico¹⁵⁹.

Os direitos fundamentais, portanto, consistem em direitos públicos subjetivos das pessoas, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, os quais almejam a limitação do exercício do poder estatal, já que submetem e obrigam o Estado à sua observância e cumprimento, limitando a sua atuação.

Como apresentado no capítulo anterior, a Segunda Guerra Mundial foi um marco de mudanças no Direito Constitucional de diversos países. Isso porque, diante de tantas perversidades, observou-se a necessidade de proteger constitucionalmente os direitos fundamentais e os direitos humanos, além de se atribuir aos Tribunais ou Cortes constitucionais a proteção desses direitos.

Apresentou-se também, em capítulo anterior, que, juntamente com a Separação dos Poderes, os direitos fundamentais constituem elemento essencial sem o qual não há Constituição. Assim, Cappelletti¹⁶⁰ dispõe que os direitos fundamentais integram a parte central de quase totalidade das constituições do século XX em reação a todos os acontecimentos da Segunda Guerra Mundial.

Os acontecimentos da Alemanha nazista exemplificam a importância da atuação do Judiciário na proteção dos direitos fundamentais. Isso porque todos os absurdos praticados pelos membros do Terceiro Reich sob o comando de Hitler – dentre os quais se encontram milhares de mortes de judeus e de outras minorias, esterilização, banimento, tortura, confisco de bens, etc. – possuíam o apoio do aparato estatal e a proteção do regime legal do País.

¹⁵⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

¹⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 62.

Hitler, de certa forma, possuía legitimidade democrática, visto que fora eleito pela maioria dos eleitores alemães em observância ao sufrágio, em 1933. Após, aprovou-se, mediante ato formalmente válido, o Ato de Habilitação, segundo o qual Hitler teria o poder inclusive de editar normas para alterar a Constituição, o que permitiu a elaboração das Leis de Nuremberg, no ápice do regime nazista, que, dentre outras consequências, caracterizava os judeus como uma classe inferior de cidadãos¹⁶¹.

Observa-se que Hitler foi eleito segundo as regras do princípio da maioria e que as leis e o positivismo permitiram e embasaram das atrocidades nazistas. Percebeu-se que o Legislativo, assim como qualquer representante democraticamente legitimado, pode desprezar os direitos fundamentais e ainda possuir o apoio de uma maioria circunstancial.

Assim, com o fim da Segunda Guerra Mundial e do regime nazista, inseriu-se e construiu-se um compromisso com a efetivação de valores, especialmente o da dignidade da pessoa humana, que se transformou em valor constitucional. Buscou-se a força normativa da Constituição e a proteção de direitos fundamentais. Diante das falhas dos órgãos majoritários na defesa desses direitos, atribuiu-se grande importância ao Judiciário nessa função. A forma de escolha dos membros dos Tribunais Constitucionais e o seu contramajoritarismo seriam, nesse sentido, necessários para a atribuição de defender os direitos fundamentais, pois não haveria sujeição às maiorias circunstanciais, mas o compromisso repousaria apenas na proteção desses direitos essenciais.

Nesse sentido, Marmelstein¹⁶² vincula a efetiva proteção dos direitos fundamentais à existência de um órgão independente e imparcial capaz de fiscalizar os atos estatais com base nos preceitos constitucionais, pois, para ele, se assim não for, os direitos fundamentais poderiam ficar “à mercê da vontade do Estado, o que é incompatível com a própria ideia de limitação do poder”.

Além disso, Alexander Hamilton¹⁶³, grande defensor do *judicial review*, afirmou que dentre os Poderes, o Judiciário é o que tem menos meios de atacar a Constituição e consequentemente os direitos fundamentais, por isso seria o menos perigoso e menos temível.

Todavia, outra corrente apresenta experiências contrárias à Corte na defesa dos direitos fundamentais. Como exemplo, cita-se o período conhecido como Era de Lochner, nas primeiras décadas do século XX, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos coibiu a

¹⁶¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5 - 6.

¹⁶² MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 253.

¹⁶³ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003, p. 458.

edição de diversas medidas, inclusive legislação trabalhista, que provocavam a interferência na economia em favor das minorias, classes desfavorecidas, utilizando como argumento o direito fundamental ao devido processo legal¹⁶⁴.

Outros exemplos da história da Suprema Corte americana são exemplificados por Souza¹⁶⁵:

Depois de se manifestar em *Marbury v. Madison*, em 1803, a Suprema Corte só voltou a realizar controle de constitucionalidade no fatídico julgamento *Dread Scott*, em 1857, quando demonstrou complacência diante da escravidão nos estados do sul, antecipando o advento da Guerra Civil. Em *Plessy v Ferguson* o mesmo Tribunal confirmou a doutrina do “equal, but separate”, convalidando lei que proibia brancos e negros de viajarem no mesmo vagão.

Nesse sentido, Hirschl¹⁶⁶ dispõe que o aumento da atuação do Poder Judiciário através do controle de constitucionalidade é, de modo geral, uma espécie de trato entre as elites políticas hegemônicas cada vez mais ameaçadas, as elites econômicas e as cortes supremas, as quais almejam a manutenção do poder.

Outrossim, Sarmiento¹⁶⁷ questiona se a existência no Brasil da “proteção absoluta que vem sendo conferida ao direito adquirido – inclusive o de furar o teto salarial do funcionalismo fixado por emenda à Constituição – e o “ultra-garantismo” penal nos crimes do colarinho branco” não seriam também exemplos de manutenção do *status quo* através de decisões do Judiciário.

No mesmo posicionamento teórico, Grimm¹⁶⁸ afirma que a existência ou não da jurisdição constitucional trata-se de uma escolha pragmática, pois “a jurisdição constitucional não é nem incompatível, nem indispensável à democracia”. Para comprovar tal afirmação, o autor dispõe que não há dúvidas do caráter democrático de Estados como Reino Unido e Holanda, embora não houvesse o controle de constitucionalidade.

¹⁶⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, p. 73 – 113, 2011, p. 99.

¹⁶⁵ SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias de supremacia. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, p. 313 – 357, 2011, p. 316.

¹⁶⁶ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 214.

¹⁶⁷ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, p. 73 – 113, 2011, p. 99.

¹⁶⁸ GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista de Direito do Estado**. v. 6, n. 21, p. 25 – 44, jan./dez. 2011, p. 31.

Diante disso, em posicionamento contrário à supremacia judicial, defende-se que o Judiciário também pode atuar em desfavor das minorias e dos excluídos, visando à manutenção do *status quo*, por vezes violando direitos fundamentais ou os utilizando como retórica para sustentar seu posicionamento.

3.5 A crise de representatividade do Legislativo, a representatividade argumentativa do Judiciário e o decisionismo judicial

Muitas críticas são desenvolvidas em torno da atuação dos membros do Legislativo, os quais, embora democraticamente eleitos, por vezes, não exercem adequadamente as suas funções representativas. Esse é um debate atualmente muito presente no Brasil.

Trata-se de uma avaliação negativa do exercício da função representativa dos parlamentares e não uma crítica à essência da democracia, nem mesmo à teoria e ao fundamentado modelo representativo, embora acabe por prejudicá-lo e debilitá-lo frente à sociedade e à comunidade jurídica. Assim, essas críticas transformam-se em dificuldades práticas do modelo representativo.

A questão inicia-se com as campanhas eleitorais e com a permissão legal para o seu financiamento por pessoas jurídicas, fazendo que haja destaque para os candidatos que possuem o poderio econômico a seu favor ou que detenham certa influência política, que os permitam propor vantagens econômicas ou políticas aos seus eleitores. Vicia-se a relação entre representantes e representados antes mesmo do seu nascedouro, visto que se vota por benefícios individuais e ocasionais e não almejando uma adequada representação política¹⁶⁹.

Os grandes escândalos de corrupção no Legislativo, os quais, por vezes, envolvem vultosos financiamentos eleitorais realizados por grandes empresas a partidos ou diretamente a candidatos, proporcionam uma troca de vantagens e favores que não interessa à coletividade. Isso tudo pode ser evidenciado na CPI dos anões do orçamento, no mensalão e no mais recente escândalo de corrupção que desencadeou a Operação Lava Jato. Nesse sentido, posicionou-se Paulo Roberto Costa, ex-diretor da Petrobras, em trecho divulgado na mídia de delação premiada firmada com a Justiça, no qual o delator mencionou que não existe

¹⁶⁹ ROCHA, Rafael Sampaio. Crise de representatividade democrática brasileira e o papel do Judiciário no paradigma do Estado Democrático de Direito. In: AMORIM, Samira Macêdo Pinheiro de; AMARAL, Larissa Maciel do (org.); ALBUQUERQUE, Felipe Braga (coord.). **Temas de Direito Político**. Curitiba: CRV, 2014, p. 126.

doação de campanha no Brasil, mas sim “verdadeiros empréstimos a serem cobrados posteriormente a juros altos dos beneficiários das contribuições quando no exercício dos cargos”¹⁷⁰.

A crise de representatividade pode ser vislumbrada ainda diante das manifestações sociais que afloraram no Brasil em junho de 2013. Embora fosse um movimento heterogêneo, pois várias pautas eram levantadas como o combate à corrupção, os gastos excessivos com eventos esportivos, além da melhoria da saúde, educação, transportes, dentre outros, era comum os manifestantes bradarem que não se sentem representados, uma vez que os membros eleitos de órgãos representativos por excelência – como o Legislativo – não apresentavam soluções clamadas pela sociedade e, por vezes, trabalham contra o interesse geral, como no caso da corrupção.

Além disso, os partidos políticos não possuem uma identidade ideológica que os caracterizem e que sirva de baliza para suas atuações e de critério a ser considerado pelos cidadãos no momento em que escolhem seus representantes.

A crise surge então com o rompimento do preceito basilar da democracia representativa, qual seja, a presunção de que a vontade dos representantes democraticamente eleitos equivale à vontade dos representados, porquanto não há mais, na atual realidade prática de exercício do Legislativo, como vislumbrar essa equivalência.

Soma-se a isso a falta de mecanismos que assegurem a participação direta da população nas decisões desses órgãos representativos. A população sente-se distante das decisões dos representantes eleitos, que lhes parecem inalcançáveis.

Diante dessa crise de representação, a própria população, em geral, tem depositado mais confiança no Judiciário e, por isso, tem atribuído-lhe a responsabilidade de decidir sobre as demandas sociais, seja através de ações coletivas seja por meio de outras ações que permitem a intervenção do Judiciário em políticas públicas, por exemplo. Assim, com a precariedade do sistema representativo e a omissão dos órgãos que o compõe, a população tem se socorrido da tutela jurisdicional. Dessa maneira, também apresenta a doutrina estrangeira:

El sistema político, lejos de la transparencia proclamada en los ideales republicanos, se hace opaco a los ojos del ciudadano, que no puede penetrar en las estructuras

¹⁷⁰ MOTTA, Severino. Não há doações de campanha, só empréstimos a juros altos, diz Cunha. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1600254-nao-ha-doacoes-para-campanhas-so-emprestimos-a-juros-altos-diz-paulo-roberto-costa.shtml>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

corporatistas de decisión y se limita a conhecer la actividad gubernamental a través de la medios de comunicación, con la simplificación y posibles manipulaciones que los mismos suponen. El ciudadano se siente así desprotegido ante el poder público y falta de representación política, y ello lo conduce, en un mecanismo de autodefensa, ante los tribunales de justicia. Ante la falta de respuesta a sus demandas en sede política, acude a los tribunales y encuentra respuesta a sus problemas [...] ¹⁷¹

Cornejo ¹⁷² ainda dispõe que, de certa maneira, o juiz se torna uma espécie de canal para a representação política ao confluir demandas de satisfação de interesses, as quais não possuem outro meio de acesso ao sistema institucional.

No mesmo sentido, Barroso ¹⁷³ defende que a legitimidade do Judiciário é consequência da resposta que o órgão oferece às demandas sociais que não são atendidas pelo Legislativo, o que o torna, nesse sentido, um órgão democraticamente legítimo.

Outrossim, o Judiciário possui a seu favor o que a doutrina chama de representatividade argumentativa. Dessa maneira, o Judiciário não seria instância de representação política como é o Legislativo, visto que o primeiro, ao contrário do segundo e conforme anteriormente dissecado, é composto por membros que não são democraticamente e diretamente eleitos pelos cidadãos. Haveria, na verdade, uma representação argumentativa do Tribunal Constitucional, possibilitada, inclusive, pela participação plural no debate constitucional. Nesse sentido, apresenta Alexy ¹⁷⁴:

A proposição fundamental ‘todo poder emana do povo’ exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem mais um caráter idealístico do que aquela do parlamento. O cotidiano da exploração parlamentar contém o perigo de que maiorias imponham-se desconsideradamente, emoções determinem o que ocorre, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidos erros graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, mas em nome do povo, contra os seus representantes políticos.

Além disso, o Tribunal seria menos falível e estaria mais próximo da resposta correta, uma vez que possibilita a imparcialidade – com decisões livres das pressões eleitorais –, a utilização de princípios, o sopesamento de diversos argumentos, dentre outros. O arranjo institucional, portanto, atribuiria ao Tribunal o compromisso exclusivo com a razão pública.

¹⁷¹ CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y division de poderes hoy**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002, p. 257 - 258.

¹⁷² CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y division de poderes hoy**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002, p. 258.

¹⁷³ BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 278.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53 -54.

Ou seja, suas decisões aproximam-se das razões, já que aberto aos diversos argumentos, e não dos desejos majoritários¹⁷⁵.

A aproximação do Judiciário com a razão existe especialmente pela necessidade de apresentar justificativas, fundamentos ou razões para suas decisões e não meramente pronunciar votos. As cortes constitucionais, em especial, consistiriam em fóruns deliberativos desejáveis ao regime democrático, ou seja, seriam “espaços que privilegiam o argumento à contagem de votos, foros decisórios que se caracterizam, essencialmente, pelo esforço de persuadir e a abertura a ser persuadido por meio de razões imparciais”¹⁷⁶.

Observa-se que os debates sobre a supremacia judicial ou legislativa envolvem razões que devem ser consideradas para avaliar o processo decisório para dirimir discordâncias sobre direitos, as quais Waldron¹⁷⁷ chamou de razões relacionadas ao processo e relacionadas ao resultado.

Quando se trata das razões relacionadas ao processo, considera-se quem tem o direito de decidir sobre determinada questão, independentemente do resultado que pode se produzir. O autor exemplifica afirmando que constantemente consideramos que os pais têm o direito de decidir sobre punir ou não, bem como qual punição aplicar aos seus filhos quando eles praticam alguma infração e não um pedestre qualquer que presenciou o fato. Defende-se isso sem questionar qual das decisões – dos pais ou do pedestre – traria melhor resultado no aprendizado do filho. Assim, as razões relacionadas ao processo utilizam argumentos de legitimidade ou ilegitimidade democrática dos Poderes para atribuírem a última palavra na interpretação constitucional.

Já quando se trata das razões relacionadas ao resultado, vislumbra-se qual processo decisório apresentará o melhor resultado, ou seja, a melhor, mais justa e mais correta decisão. É exatamente nessa seara que se apresenta a representatividade argumentativa do Judiciário na defesa de sua supremacia, visto que apresenta que o Judiciário seria o órgão que apresentaria a melhor decisão diante da discordância de direitos, conquanto se encontre mais próximo das razões, como apresentou-se acima.

¹⁷⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86.

¹⁷⁶ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma Corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (orgs.). **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012, p. 54.

¹⁷⁷ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 119.

De fato, o resultado sobre direitos é importante, mas não deve excluir os argumentos relacionados ao processo, de igual relevância. Por isso, Waldron¹⁷⁸ apresenta a importância do sopesamento de ambas as razões, almejando-se um método que respeita um adequado procedimento e que possui maiores chances de alcançar a verdade sobre o direito.

Por outro lado, no âmbito das razões relacionadas ao resultado, em sentido contrário ao anteriormente apresentado, articula-se que, ao passo que a representatividade argumentativa favorece a supremacia judicial, o chamado decisionismo judicial atua em sentido contrário.

O decisionismo judicial surge no panorama da nova interpretação constitucional apresentada no primeiro capítulo deste trabalho, que trouxe a elogiável aproximação entre Direito e Justiça, com a utilização de regras que fornecem segurança jurídica e de princípios que viabilizam a aproximação social.

O grande problema surge quando os intérpretes utilizam os princípios com uma criatividade que ultrapassa a razoabilidade. Isso se dá quando, apenas com o objetivo de justificar seus posicionamentos, os intérpretes evocam princípios de maneira retórica, por vezes, abandonando regras estabelecidas objetivamente para aplicá-los.

Assim foi que Marmelstein¹⁷⁹ indicou a deturpação da teoria de Alexy no Brasil e o modo como os princípios são utilizados no País, o que chamou de Alexy à Brasileira¹⁸⁰. Isso porque, segundo o autor, negligenciam-se premissas básicas da teoria de Alexy, dentre as quais se encontram a que determina que a fundamentação deve estar alicerçada em sólida e objetiva argumentação jurídica, o que possibilita o decisionismo judicial, ou seja, o perigoso subjetivismo e a imprevisibilidade das decisões jurídicas.

¹⁷⁸ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 122.

¹⁷⁹ O autor também criou a teoria da Katchanga. A teoria trata-se de uma analogia a uma anedota na qual o dono de um cassino vislumbra em um homem muito rico que se encontra no local, a possibilidade de ganhar dinheiro, por isso, convida-o para jogar, contudo o homem rico afirma que só sabe jogar Katchanga. Apesar de ninguém conhecer tal jogo, o dono do cassino determinou que os melhores crupiês jogassem, pois acreditava que entenderiam o jogo e conseguiriam alcançar a vitória. Todas as vezes que as cartas eram distribuídas, o homem rico gritava “Katchanga!” e ganhava, até que um dos crupiês, ao receber as cartas e com maior rapidez, gritou “Katchanga!”, pensando que iria ganhar. Contudo, o homem rico, com muita confiança alegou que possuía uma Katchanga real, garantindo novamente a sua vitória. No mesmo sentido, em analogia à anedota, por vezes os princípios são evocados sem qualquer argumentação e fundamentação, da mesma maneira que o homem rico clamava a Katchanga sem qualquer fundamento, apenas para garantir a sua vitória.

¹⁸⁰ MARMELESTEIN, George. **Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

Diante da abertura das normas constitucionais, especialmente em razão dos princípios constitucionais e da maneira como são aplicados, critica-se o poder que os juízes possuem de alterar o sentido das normas constitucionais de acordo com seus entendimentos, numa espécie de poder constituinte permanente, em detrimento do sentido atribuído aos representantes eleitos, e de atribuir-lhes a última palavra na interpretação constitucional.

Dessa maneira, não se pode cultuar o Juiz como um ser perfeito, um sábio de toga, que presta a melhor e mais correta solução para todos os casos, podendo, por isso, determinar a última palavra em assuntos eminentemente políticos, utilizando-se exclusivamente o raciocínio da representatividade argumentativa.

O destaque excessivo do Judiciário com o cômodo pensamento de que seus componentes possuem representatividade argumentativa e conseguem atribuir a resposta mais correta na solução dos casos pode gerar o que Sarmento¹⁸¹ denominou de “resfriamento da mobilização cívica”, obscurecendo a importante função do Legislativo, Executivo e esfera pública informal na interpretação da Constituição.

Assim, deve-se evitar a passividade das esferas políticas e da sociedade civil, bem como afastar a ideia apresentada por Maus de um Judiciário paternalista – em contexto de expansão da jurisdição constitucional e de veneração religiosa de sua atuação – em uma sociedade infantilizada¹⁸².

Além disso, a crítica à supremacia Judiciária também envolve o processo decisório do Tribunal. Isso porque se o debate e a argumentação interna – no caso, entre os juízes – ou externa – entre o Tribunal e a sociedade em geral ou grupos dela – podem auxiliar na legitimidade do Tribunal, além de possibilitá-lo alcançar a melhor resposta para o caso, não há atualmente a configuração desses debates em muitos países, inclusive no Brasil.

O modelo brasileiro, assim como o americano, preza pelo diálogo externo, embora este também receba críticas diante das problemáticas aplicações práticas do *amicus curiae*, das audiências públicas, entre outros anteriormente explanados. Como expõe Silva¹⁸³, a quase total inexistência de troca de argumentos entre os ministros, a ausência de unidade

¹⁸¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, p. 73 – 113, 2011, p. 100.

¹⁸² MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**: O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos Cebrap, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

¹⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 250, p. 197 – 227, 2009, p. 217.

institucional e decisória e a carência de clareza e objetividade nas decisões demonstram o abandono do diálogo interno.

Dessa maneira, dentre as consequências geradas por referido solismo e pela ausência de deliberação está a dificuldade de se formar precedentes, visto que, diante das várias fundamentações, não se identifica a *ratio decidendi*, bem como afasta-se de melhores decisões para os casos que lhes são submetidos¹⁸⁴.

Assim, não se pode defender que o processo decisório do Supremo Tribunal brasileiro está correto porque a falta de unidade decisória como consequência da mera soma de votos é o modelo dos órgãos colegiados por excelência, incluindo-se Câmara dos Deputados e Senado Federal. A distinção do tratamento entre Legislativo e Judiciário ocorre especialmente porque um dos maiores argumentos de legitimidade do Tribunal no controle de constitucionalidade é a deliberação e a busca por uma razão pública¹⁸⁵.

Ademais, os que criticam a supremacia judicial articulam que a corrupção – um dos fatores determinantes na crise de representatividade do Legislativo – também está presente no Judiciário, e ainda se soma a lentidão na solução de controvérsias, inclusive pelo excesso de processos que lhe são submetidos.

Infelizmente muitas notícias e investigações são realizadas sobre vendas de sentenças no Poder Judiciário entre outras denúncias envolvendo a sua moralidade. Isso já era analisado e desenvolvido por Rocha¹⁸⁶, o qual apontava que a ausência de utilização de procedimentos democráticos para a composição do Tribunal transformava-o em uma oligarquia, incompatível com o princípio da moralidade. Assim, apontou que:

Os tribunais brasileiros, como entidades oligárquicas, que concentram em si todo o poder administrativo do Judiciário, não podiam fugir à regra geral do abuso e desvio do poder. Resultado disso é a avalanche de denúncias, cada vez maior, de abusos e desvio de poder praticados pelos tribunais, evidenciando a existência de sérias distorções morais no comportamento de seus membros.

Se a crise de representatividade é um fato inegável diante das atuais circunstâncias políticas, como demonstrado anteriormente, a solução para esse problema não está em retirar da população a liberdade e a responsabilidade de escolher seus representantes e, diante disso,

¹⁸⁴ MENDES, Conrado Hübner. O projeto de uma Corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (orgs.). **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012, p. 72.

¹⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 250, p. 197 – 227, 2009, p. 217.

¹⁸⁶ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros editores LTDA., 1995, p. 51.

também ser indiretamente responsabilizada pelos rumos a serem seguidos pelo país. Contudo, por óbvio, essa crise pode ser diminuída com uma reforma política que diminua a vinculação entre os representantes e o poderio econômico, por meio da impossibilidade de financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas, e que apresente maiores mecanismos de participação direta dos cidadãos nas decisões políticas do País.

4 DAS TEORIAS DA ÚLTIMA PALAVRA ÀS TEORIAS DO DIÁLOGO

Em superação às correntes que defendem exclusivamente a supremacia judicial e a supremacia legislativa e todos os seus argumentos anteriormente explanados e ao ônus que a escolha de um dos poderes para atribuir o fim definitivo de um problema constitucional, apresentar-se-á, com o detalhamento que a pesquisa requer, as teorias – em crescente abordagem na doutrina constitucional – que defendem a necessidade de um diálogo institucional a fim de alcançar uma convivência harmônica entre a democracia e o constitucionalismo.

Destaca-se que as teorias a serem abordadas compreendem essencialmente o diálogo entre as instituições democráticas, especialmente entre Legislativo e Judiciário e seus órgãos de âmbito federal, quais sejam, Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal – objetos da pesquisa –, e não o diálogo depreendido em cada órgão institucional, seja internamente entre os seus membros, seja externamente entre o órgão e a sociedade civil. Esse segundo tipo de diálogo, abordado no capítulo anterior quando se tratou sobre a legitimidade argumentativa do Judiciário e sobre o decisionismo judicial, é atualmente discutido doutrinariamente na esfera da democracia deliberativa e é tão importante quanto o diálogo institucional, contudo, em razão do corte metodológico do trabalho que, neste capítulo, avaliará a relação dialógica entre os poderes Legislativo e Executivo, não será aprofundado.

Mesmo em uma perspectiva de análise democraticamente benéfica, o diálogo entre os poderes não se apresenta necessariamente na forma de conversa pacífica e amistosa entre o Legislativo e o Judiciário como a literalidade da palavra pode propor inicialmente. Isso porque o diálogo, por mais que propicie diversas vantagens à democracia, as quais serão apresentadas em tópico posterior, consistem em luta por espaço e por implementação de ideias. Todavia, embora exista essa luta, cada poder deverá saber ouvir os argumentos do outro e poderá se opor com instrumentos capazes de criticá-los e revertê-los.

Saliente-se que as percepções sobre a necessidade de diálogo institucional tiveram seu nascedouro nos Estados Unidos há muitos anos. Mendes¹⁸⁷ destaca que, na década de 60, Bickel já tratava sobre colóquio contínuo e sobre conversa permanente entre os poderes. O autor ainda referencia Louis Fisher, o qual se reportou aos diálogos constitucionais em publicações das décadas de 70 e 80.

¹⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119.

Para compreender as teorias dialógicas e suas diversas facetas desenvolvidas doutrinariamente, utilizar-se-ão, como base teórica, os autores Christine Bateup¹⁸⁸¹⁸⁹, Sebastián Linares¹⁹⁰¹⁹¹ e Conrado Hübner Mendes.

Após apresentação e reflexão minuciosa das teorias dialógicas e avaliação de suas características e contribuições para a teoria constitucional contemporânea, visando à realização de pesquisa de direito comparado, analisar-se-á a experiência dialógica, observadas as peculiaridades de cada sistema, de países que possuem destaque doutrinário na análise do diálogo institucional, quais sejam, Canadá, Israel, Nova Zelândia e Reino Unido.

Por fim, refletir-se-á sobre quais as contribuições que as teorias dialógicas podem oferecer à teoria constitucional e à prática democrática no Estado.

4.1 As teorias dialógicas na sistematização de Christine Bateup

Considerando a diversidade de abordagens doutrinárias comportadas pelas teorias do diálogo institucional, apresentar-se-á a sistematização concebida por Christine Bateup¹⁹². A referida autora divide as teorias do diálogo em: a) teorias do método judicial – que compreendem as teorias do aconselhamento judicial, as regras centradas no processo e o minimalismo judicial; b) teorias estruturais do diálogo – que compreendem as teorias de construção coordenada, as teorias de princípios jurídicos, as teorias do equilíbrio e as teorias da parceria; c) fusão dialógica.

A autora apresenta essas teorias em ordem: das que possuem mais problemas para as que ela considera melhores. Isto posto, cada uma dessas teorias será explanada nos subtópicos que seguem na sequência apresentada pela autora, para ser melhor compreendida.

4.1.1 As teorias do método judicial

¹⁸⁸ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, p. 1.109 – 1.180, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015.

¹⁸⁹ BATEUP, Christine. Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. **New York University Law School**. Spring 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947867> Acesso em: 10 set. 2014.

¹⁹⁰ LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidade democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

¹⁹¹ LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. In: **Revista Mexicana de Sociología**. V. 70, n. 3, 2008.

¹⁹² BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, p. 1.109 – 1.180, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015.

As teorias do método judicial de diálogo constitucional são teorias prescritivas as quais se baseiam na ação consciente, ou seja, atuação proativa do juiz em utilizar técnicas de decisão judicial que propiciem o debate com os poderes políticos sobre a interpretação constitucional¹⁹³.

Bateup propõe que estas teorias compreendem as teorias do aconselhamento judicial, as regras centradas no processo e o minimalismo judicial.

A teoria do aconselhamento judicial¹⁹⁴, como o nome sugere, consiste em uma espécie de assessoria judiciária não vinculante, pela qual os juízes recomendam ações ou atitudes aos poderes políticos para evitar futuros problemas constitucionais. Dessa maneira, o Judiciário fornece avisos sobre a sua interpretação do texto constitucional de modo a auxiliar os poderes políticos na elaboração de nova legislação ou na alteração de legislação já existente.

Os juízes podem transmitir esses conselhos através da interpretação de inconstitucionalidade da lei – com a recomendação do caminho pelo qual o Legislativo poderia constitucionalmente atingir o mesmo objetivo, denominado de *constitutional roadmaps* – ou mediante a declaração de constitucionalidade de lei, mas com o parecer sobre a debilidade da atuação, favorecendo sua correção ou alertando sobre a inadequação ou ambiguidades de outras leis correlatas.

Dessa maneira, os juízes agem como defensores da Constituição e como conselheiros do Legislativo, permitindo-o decisões melhores e mais adequadas sob a ótica constitucional e favorecendo o diálogo entre estes poderes. Outrossim, ao mesmo tempo em que favorece o autogoverno, restringe a dificuldade contramajoritária.

Destaca-se a “semelhança das categorias apontadas com outras que já frequentam a doutrina nacional: o apelo ao legislador (importado da jurisprudência alemã), e a pronúncia do trânsito para a inconstitucionalidade”¹⁹⁵. Tais experiências no direito pátrio serão exploradas no próximo capítulo do trabalho, o qual trata especificamente sobre as relações institucionais entre Judiciário e Legislativo no Brasil.

¹⁹³ SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 92.

¹⁹⁴ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015, p. 17 – 22.

¹⁹⁵ SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 93.

As regras centradas no processo¹⁹⁶, por sua vez, para além das regras formais de deliberação, partem da observação realizada pelo Judiciário da atuação do Legislativo ao considerar ou não importantes valores constitucionais ao elaborarem suas decisões políticas.

Portanto, baseia-se na necessidade de o Legislativo considerar os ditames constitucionais. A partir do momento em que o Judiciário conclui que o poder político exerceu sua função de maneira leviana, não observando a importância e a transparência do debate, bem como a maturação de imprescindíveis valores constitucionais, poderá propiciar ao poder representativo, mediante a declaração de inconstitucionalidade da lei, novas discussões e aprofundamento sobre o tema.

Logo, com as regras centradas no processo permite-se que o Legislativo lance um “segundo olhar” sobre matéria que, na opinião da Corte, não foi adequadamente tratada¹⁹⁷.

Dessa maneira, ao contrário do aconselhamento, no qual o juiz assume função proativa de fornecer recomendações ao Legislativo, as regras centradas no processo baseiam-se em uma atitude mais passiva do Judiciário, que assegura ao Legislativo uma revisitação ao tema no exercício de sua função política.

O minimalismo judicial¹⁹⁸, por sua vez, defende o afastamento, omissão ou “não fazer” dos juízes nas decisões de determinados casos para que se permitam o debate e o amadurecimento social e político da questão e, assim, favoreçam decisões democráticas do poder político, com a consequente restrição da dificuldade contramajoritária.

Dentre os defensores no minimalismo, encontram-se Bickel, autor que cunhou a expressão dificuldade contramajoritária, e Cass Sunstein.

Dentre as obras de Bickel, destaca-se o livro *The Least Dangerous Branch*¹⁹⁹, produzida no fim dos anos 50 e início dos anos 60, quando houve grande preocupação e mobilização no Estados Unidos quanto à revisão judicial, considerando o contexto de ativismo judicial e de decisões controversas relacionadas às transformações sociais.

¹⁹⁶ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015, p. 22 - 26.

¹⁹⁷ SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 93.

¹⁹⁸ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015, p. 26 - 32.

¹⁹⁹ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics**. 2 ed. New Havens and London: Yale University Press, 1986.

Além de declarar a inconstitucionalidade da lei e de declarar a sua constitucionalidade, o Judiciário pode ainda optar por não decidir. Essa última opção é desenvolvida por Bickel, o qual apresenta diversas técnicas de não decidir, denominadas de virtudes passivas.

Dessa maneira, diante das virtudes passivas, o Judiciário opta por não impor uma decisão que pode gerar desconforto e inaplicabilidade social e incentiva um colóquio socrático ou diálogo entre as instituições do governo e a sociedade em geral, permitindo o amadurecimento das questões de princípio²⁰⁰. Outrossim, necessita-se de prudência e flexibilidade, não de construção e princípio²⁰¹.

Conforme aponta Mendes²⁰², é indispensável que a Corte tenha “sensibilidade para o exercício dessa tarefa mais sutil de não decidir, de saber se, quando e quanto decidir, perguntas inadmissíveis para concepções rígidas de revisão judicial.”

Sunstein²⁰³, ao contrário de Bickel, não defende a completa passividade do Judiciário ao optar por não decidir, mas admite que deve decidir o mínimo possível, ou seja, apenas o necessário e com a menor abstração possível.

Dessa maneira, pelo princípio da estreiteza extraído de Sunstein, os juízes devem preferir decisões restritas ao caso em questão, sem qualquer abrangência que ultrapasse a situação em apreciação. Com isso, aumenta-se o espaço das instituições políticas atuarem na interpretação constitucional, favorecendo a redução da dificuldade contramajoritária.

Conclui-se, portanto, que as teorias do método judicial na sistematização de Bateup abrangem concepções bem distintas da atuação do Judiciário, embora estejam interligadas pela ideia de que ele utiliza técnicas para beneficiar o diálogo institucional, sejam técnicas as quais exigem uma atuação mais ativa daquele – como o aconselhamento judicial – seja em uma função na qual o Judiciário age para permitir uma maior atuação do poder político – teorias centradas no processo e minimalismo judicial.

²⁰⁰ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: The Supreme Court at the bar of politics. 2 ed. New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 70 - 71.

²⁰¹ BICKEL, Alexander M. Foreword: The Passive Virtues. In: **Faculty Scholarship Series**. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4962&context=fss_papers>. Acesso em: 23 abr. 2015, p. 46.

²⁰² MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo, 2011, p. 122.

²⁰³ SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. Estados Unidos da América: Harvard University Press, 2001.

Bateup apresenta diversas críticas às teorias do método judicial e as considera as piores dentre as diversas teorias dialógicas. Por isso, salientam-se as críticas desenvolvidas pelo autor²⁰⁴.

Dentre as críticas ao aconselhamento judicial, a autora aponta a superioridade atribuída ao Judiciário, visto que ele é o responsável por ativar o diálogo e por lhe aconselhar, avaliando a importância de preceitos fundamentais específicos. Outrossim, para a autora, o benefício do autogoverno não é alcançado, já que não há um julgamento político independente. Isso porque os conselhos advindos do Judiciário são como avisos de como agirão caso a legislação não seja alterada segundo os seus ditames.

Em crítica às regras centradas no processo, Bateup aponta ser improvável que o Legislativo lance um segundo olhar às decisões já proferidas, o que na prática, inviabilizaria o diálogo.

Por fim, quanto à última teoria apresentada, questiona-se e critica-se o excessivo minimalismo e omissão que se pode acarretar, de modo que a função da atividade jurisdicional na prestação de soluções e defesa da Constituição pode restar prejudicada.

Assim, para Bateup, todas as teorias albergam a problemática de necessitarem de uma atuação do Judiciário para propiciar o diálogo, bem como de dependerem da maneira prática pela qual atua os poderes políticos em resposta à essa atuação. Dessa maneira, como dispõe o autor, essas teorias não possuem o conhecimento da dinâmica positiva do sistema constitucional do qual emergem.

4.1.2 As teorias estruturais do diálogo

As teorias estruturais do diálogo²⁰⁵ na sistematização de Bateup, por sua vez, baseiam-se na existência de mecanismos pelos quais os poderes políticos podem replicar as decisões do Judiciário as quais não concordem e vice-versa, não se detendo, portanto, as técnicas de decisão judicial como a doutrina anterior. A utilização desses mecanismos permite uma circularidade de debates e de reações que proporcionam o diálogo institucional.

²⁰⁴ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015, p. 22 - 26.

²⁰⁵ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015, p. 32 - 33.

Para a autora, as teorias estruturais do diálogo podem fornecer mais benefícios quando não reconhecem um valor especial ou superior à atuação dos juízes, mas, por outro lado, possibilitam que cada poder contribua igualmente na construção do sentido constitucional.

Outrossim, as teorias estruturais do diálogo compreendem as teorias de construção coordenada, as teorias de princípios jurídicos, as teorias do equilíbrio e as teorias da parceria, as quais merecem abordagem individual.

As teorias da construção coordenada²⁰⁶ – atualmente reavivada e debatida nos Estados Unidos por autores como Louis Fisher e Neal Devins – consistem na interação dialógica entre os Poderes do Estado para apreender o sentido da Constituição, através de um processo de controle recíproco entre os poderes.

Dessa maneira, a teoria afastou-se de sua concepção inicial de descentralização rígida da interpretação, pela qual cada poder teria competência para interpretar, consoante a Teoria da Separação dos Poderes, sem, todavia, nenhum ser superior ao outro. Assim, interpretações opostas poderiam ser realizadas por cada um dos poderes sem que nenhuma fosse superior à outra, o que geraria confusão no entendimento do texto constitucional.

Destarte, atualmente a construção coordenada baseia-se na possibilidade de existirem resultados errados de qualquer dos poderes, por isso, constrói-se a possibilidade de controle recíproco. No contexto dessas ideias, Devins e Fisher²⁰⁷ defendem a ausência de decisões judiciais definitivas, mas o que haveria, na melhor das hipóteses, seria a resolução momentânea dos problemas expostos ao Tribunal.

Logo, para essa teoria todos os poderes possuem competência para interpretar a Constituição, sendo o Judiciário apenas mais um intérprete legítimo, juntamente com os atores extrajudiciais²⁰⁸.

Esses desafios e controles, segundo Bateup²⁰⁹, podem se dar de maneira direta, através de repúdio ao cumprimento ou ao fazer cumprir decisões judiciais, ou mesmo de

²⁰⁶ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015, p. 33 - 40.

²⁰⁷ DEVINS, Neal; FISHER, Louis. Judicial Exclusivity and Political Instability. **Faculty Publications**. Paper 445, 1998. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1392&context=facpubs>> . Acesso em: 30 abr. 2015, p. 91.

²⁰⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo, 2011, p. 139.

forma indireta, através de novas leis ou de novos processos referentes ao tema para propor novos debates.

Essas ideias são positivas ao desarraigar a percepção do monopólio ou supremacia judicial e, conseqüentemente, ao acabar com as preocupações quanto à dificuldade contramajoritária, ou seja, a problemática surgida pela possibilidade de juízes anularem decisões de representantes democraticamente eleitos pelo povo. Isso porque as decisões judiciais estão em constante observação, controle e revisão política.

Por outro lado, dentre as críticas direcionadas à essa teoria se encontra a sua visão competitiva de diálogo, no qual a batalha entre os poderes pelo significado constitucional pode gerar apenas uma luta por pontos de vista²¹⁰. Além disso, Mendes²¹¹ destaca, ainda, entre as críticas apontadas à essa teoria a anarquia que a multiplicidade de intérpretes sem qualquer hierarquização poderia gerar.

As teorias de princípios jurídicos²¹², por sua vez, respaldam-se na competência institucional especial do Judiciário para analisar e decidir questões de princípio. Com isso, o diálogo surge quando os poderes políticos controlam essas interpretações em caso de erro judicial nessa função.

Todavia, Bateup dispõe que esta teoria ainda apresenta deficiência, pois se baseia no privilégio ou superioridade da atividade judicial, que apenas terá ou não aquiescência do Legislador.

Existem duas abordagens nesta teoria, quais sejam, a que envolve os princípios e o controle político da corte e a que trata dos princípios e a articulação legislativa da política.

Nos princípios e o controle político da corte, compreende-se que, apesar da aptidão do Judiciário na defesa dos princípios em razão de seu distanciamento da política, ele também está passível de cometer erros. Por isso, apresenta-se a possibilidade de fiscalização e correção desses erros pelos poderes políticos.

²⁰⁹ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015, p. 33 – 34.

²¹⁰ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015, p. 39.

²¹¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo, 2011, p. 139.

²¹² BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015, p. 41 - 56.

Dentre as críticas apresentadas pelo autor a esse aspecto das teorias do princípio jurídico encontra-se a transferência ao Judiciário das decisões de questões de princípio sob a defesa de sua superioridade. Além disso, critica-se a contradição interna pela qual se atribui superioridade ao Judiciário para decidir as questões de princípio e, ao mesmo tempo, atribui aos poderes políticos – presumivelmente inferiores para essa teoria – a competência de corrigir os erros daquele. Outrossim, persistiria a busca pela resposta correta e por uma teoria inexistente que objetivamente determinasse em quais casos o Judiciário realmente incorreu em erro passível de controle.

A segunda abordagem, que trata dos princípios e da articulação legislativa da política, não se direciona à forma de controle do Legislativo sob o Judiciário, mas sim à maneira pela qual aquele colabora para um diálogo substantivo, a partir de sua experiência na elaboração de políticas públicas, conciliando diversos objetivos distintos que existem na sociedade.

Assim, a segunda abordagem das teorias do princípio jurídico se realiza quando o Legislativo articula de maneira mais ampla sobre os objetivos políticos das questões de princípio decididas pelo Judiciário. Ao Judiciário, portando, compete a função primordial de tratar sobre os princípios constitucionais, ao passo que o poder político caberia lapidar essas decisões com considerações sobre contextos mais abrangente dos objetivos políticos e sobre a consideração ou não de outras alternativas.

A Carta Canadense representa, para os teóricos dessa corrente, um exemplo dessa concepção, já que, em sua seção 1, permite-se a restrição pelo Legislador de direitos ali expostos, desde que respeitados os limites da razoabilidade, demonstrados em uma sociedade livre e democrática²¹³.

Da mesma maneira da primeira aceção das teorias do princípio jurídico, a segunda também se fundamenta na atribuição da capacidade única do Judiciário tratar sobre princípios, outorgando ao Legislativo apenas a função secundária de reação, o que gera críticas doutrinárias.

²¹³ “Seção 1: A Carta Canadense de Direitos e Liberdades garante os direitos e liberdades que nela se encontram enunciados. Só a lei pode restringir estes direitos e liberdades, dentro de limites que sejam razoáveis e cuja justificação possa ser demonstrada no contexto de uma sociedade livre e democrática.” CANADÁ. **Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982**. Disponível em: <http://brazilians.ca/faq_direitos.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

As teorias do equilíbrio²¹⁴, desenvolvidas por Barry Friedman, Robert Post e Rena Siegel, não atribuem qualquer privilégio ao Judiciário na realização do diálogo institucional, mas identifica-o apenas como uma instância do debate, no qual a própria sociedade opta pela melhor solução.

Friedman²¹⁵, sustenta que cada vez mais os resultados judiciais tendem a estar em consonância com a opinião pública. E em caso de insatisfatória discordância das decisões judiciais com a opinião da sociedade ou com os poderes políticos, podem surgir certas reações, como a aprovação de novas leis que estimulem novos debates e novas respostas ou a reação popular, pelo que aponta que a decisão judicial é importante sobre qualquer assunto, mas não é necessariamente a última palavra sobre ele. O autor sustenta que a opinião pública é um importante vetor no controle do Judiciário.

Dessa maneira, as decisões judiciais permanecem importantes, pois, ao apresentar sua posição na interpretação constitucional, sintetizando diversos argumentos, articula e facilita a discussão, até mesmo futura, da sociedade de maneira ampla.

Para Bateup²¹⁶, a teoria, todavia, apesar de ser melhor do que as outras no aspecto normativo, apresenta o problema no ponto de vista descritivo, já que, na prática, pode haver um pequeno nível de engajamento social, inclusive pela falta de amplo engajamento político dos cidadãos, pelo que seria necessário apresentar estratégias para a incorporação da opinião dos cidadãos no diálogo constitucional do futuro.

Dentre as falhas apontadas por Bateup²¹⁷, considerando a existência de questões com baixa importância política e menor interesse social, está a ausência de explanação dessa teoria sobre como deve se proceder o diálogo a nível institucional, entre o Judiciário e os poderes políticos, visto que a teoria se atem mais ao diálogo com participação da sociedade.

²¹⁴ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015, p. 57 - 70.

²¹⁵ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. In: **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, fev. 1993, p. 557 - 683. Disponível em: <http://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representativeFiles/friedman%20-dialogue&judicialreview_5A356410-1B21-6206-609FF8AFB8B38595.pdf>. Acesso em 20 abr. 2015. p. 607, 643 – 653, 680.

²¹⁶ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015, p. 65 - 66.

²¹⁷ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015, p. 69.

As teorias da parceria²¹⁸, por sua vez, baseiam-se na compreensão de que cada poder possui contribuições distintas ao diálogo constitucional, não havendo privilégio, portanto, da atividade judicial. Isso porque cada poder apresenta uma perspectiva distinta e valorosa na interpretação constitucional, considerando as suas diferentes características e responsabilidades institucionais.

Bateup expõe que Janet Hilbert – um dos maiores estudiosos da teoria da parceria – descreve diversas perspectivas e habilidades distintas apresentadas pelos juízes e legisladores na interpretação constitucional.

Os juízes possuem mais liberdade para identificar circunstâncias nas quais as metas legislativas restringem direitos indevidamente, em razão de seu relativo isolamento de pressões políticas e de a definição de direitos estar na essência do processo de decisão judicial, ou seja, pertence à sua atividade típica. Já o Poder Legislativo está habituado em determinar políticas coletivas.

Dessa maneira, com essas habilidades e perspectivas distintas, o Judiciário e o Legislativo podem engendrar um diálogo no qual, com modéstia de ambas as partes, pode-se ouvir e aprender com as perspectivas uns dos outros. Assim, Bateup apresenta como pode ser dar esse diálogo, mencionando a pesquisa de Janet Hilbert: inicialmente, na maioria das vezes, o diálogo começa com o legislador através da elaboração de uma legislação; após, surgem as deliberações e argumentações jurídicas do Judiciário quando da apreciação de casos postos à sua apreciação; posteriormente ainda é possível nova apreciação do Legislativo, que poderá, no caso do Canadá, por exemplo, fazer uso da seção 33, nos casos em que o Judiciário anular a legislação.

Logo, o autor conclui que essa teoria reconhece a importância da atuação do Judiciário nas disputas de Direito, mas não atribui superioridade moral do processo judicial, ao mesmo passo em que assegura espaço para a atuação dos poderes políticos na elaboração de soluções democráticas para questões constitucionais. Assim, apresenta-se uma solução satisfatória à dificuldade contramajoritária.

Entretanto, Bateup compreende que referida teoria se encontra incompleta, considerando que se restringe ao diálogo institucional entre os Poderes, desconsiderando o

²¹⁸ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015, p. 70 - 76.

aspecto social do diálogo, incompletude exatamente inversa ao da teoria do equilíbrio anteriormente exposta.

4.1.3 Fusão dialógica

A sistematização de Christine Bateup, como a própria autora preceitua na obra, segue uma sequência das teorias piores para as melhores, segundo a sua perspectiva. Na mesma sequência, essas teorias foram apresentadas nesta pesquisa.

A última teoria apresentada pela autora²¹⁹ e, portanto, a que considera melhor promessa normativa, trata-se, em verdade, de uma mistura proposta por ela entre as teorias já apresentadas anteriormente de Barry Friedman²²⁰ e de Janet Hiebert, ou seja, consiste na combinação das teorias do equilíbrio e das teorias da parceria.

Para a autora, o que torna essa fusão a visão mais promissora do diálogo constitucional é a solução – potencialmente resolvida pelo modelo de parceria – que se apresenta ao problema da legitimidade democrática, bem como a abrangência do diálogo constitucional que se permite extrair diferentes aspectos de âmbito institucional e social.

Unem-se, portanto, os benefícios da inclusão da sociedade na interpretação e debate constitucional – presentes na teoria do equilíbrio – com o instrutivo diálogo institucional em que Legislativo e Judiciário podem ouvir e aprender um com o outro em busca de melhores respostas – propostas dissecadas na teoria da parceria.

Diante disso, abre-se margem para outras questões constitucionais, como estudos sobre mecanismos para implementar plenamente a visão do diálogo nos sistemas constitucionais de todo o mundo, seja vislumbrando mecanismos de diálogos institucionais que permitam a parceria institucional, seja também através de modelos que permitam a consideração e debate da opinião pública na interpretação constitucional.

4.2 As teorias dialógicas em Sebastián Linares

²¹⁹ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015, p. 76 - 83.

²²⁰ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. In: **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, fev. 1993, p. 557 - 683. Disponível em: <http://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representativeFiles/friedman%20-dialogue&judicialreview_5A356410-1B21-6206-609FF8AFB8B38595.pdf>. Acesso em 20 abr. 2015.

Linares²²¹ dispõe que existem maneiras variadas de interação entre Congresso e o Judiciário – denominada pelo autor de diálogo interorgânico – e que, de modo geral, todos os sistemas de justiça constitucional permitem, de algum modo, a deliberação entre esses poderes, através de um intercâmbio de ideias, que permitem, pelo menos, um argumento, uma resposta e uma réplica.

Assim, o autor expõe, de forma mais prática, que as interações podem ocorrer de maneiras distintas tanto em constituições rígidas, como nas flexíveis, como se apresentará a seguir.

4.2.1 O diálogo nas Constituições rígidas

Quanto ao aspecto da estabilidade, a rigidez da Constituição caracteriza-se pela exigência de um processo legislativo especial – mais difícil do que o utilizado no caso de leis infraconstitucionais – para a modificação de seu texto.

Linares²²² expõe que, em regra, países com Constituição rígida também adotam o sistema da justiça constitucional, todavia, desviando-se desse padrão encontra-se a Holanda, a qual impede o controle judicial das leis. Assim, naquele país, conforme o art. 120 de sua Constituição, o juiz não pode julgar a constitucionalidade de leis ou tratados²²³.

Mesmo no caso Holandês, será possível o diálogo entre juízes e parlamento, embora de maneira limitada, valendo-se da chamada via interpretativa. Dessa maneira, por mais que não esteja legitimado a invalidar leis que considere atentatórias a direitos ou ao texto constitucional, pode interpretá-las para diminuir seus alcances.

O autor ilustra com um suposto caso no qual o Legislativo aprova uma lei que proíbe a divulgação de imagens religiosas com fins difamatórios. Nesse caso, por exemplo, o Judiciário poderia restringir a norma pela via interpretativa, afirmando que considerar-se-á difamatória a divulgação de imagens religiosas apenas quando puder se extrair claramente um severo dano à paz pública. Porém, o Legislativo pode, ainda, responder à interpretação do Judiciário, insistindo em sua posição original, aprovando, por exemplo, uma lei a qual declare

²²¹ LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 200.

²²² LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 201.

²²³ HOLANDA. **Constitución de Holanda**. Disponível em: <<http://www.viajeuniversal.com/holanda/holanda/constitucionholanda.htm>>. Acesso em: 13 maio 2015.

que será considerada difamatória a divulgação de imagens religiosas mesmo se não houver claro risco à paz pública²²⁴.

Já tratando sobre os usuais arranjos de Constituições rígidas e que adotam os sistemas de justiça constitucional, o autor vislumbra diversas maneiras de diálogo, a depender do modelo de controle de constitucionalidade adotado, quais sejam, o europeu ou o americano – que atribuem formalmente a última palavra institucional à justiça constitucional.

No caso do modelo europeu de justiça constitucional no qual se atribui efeito *erga omnes* às decisões do Corte Constitucional, o diálogo é restrito ao caso de declaração de inconstitucionalidade, pois ao Legislativo caberia apenas acatar a interpretação constitucional ou elaborar outra lei que não seja substancialmente idêntica à anterior.

Nesse modelo, o diálogo interorgânico só é beneficiado e ampliado quando o Judiciário opta por utilizar a via interpretativa. Esta se realiza quando a Corte opta por uma das quatro espécies de sentenças que seguem: por sentenças interpretativas, decidindo qual sentido deve ser atribuído a uma lei para conservar-lhe a constitucionalidade; por sentenças aditivas que declaram a inconstitucionalidade por omissão legislativa e agregam conteúdos substantivos que são considerados essenciais pelo texto constitucional; por sentenças substitutivas, as quais declaram a inconstitucionalidade de determinado fragmento ou parte do texto legal e o substitui por outro preceito distinto de criação judicial; ou por sentenças exortativas pelas quais, apesar da inconstitucionalidade de dispositivo legal, o Judiciário apenas impulsiona o Legislativo para, em prazo razoável, solucionar o vício meramente declarado²²⁵.

Com a utilização das sentenças da via interpretativa, o Legislativo poderia replicar essas decisões através de uma nova lei que, por sua vez, poderia ser rebatida por uma contrarréplica da justiça constitucional.

No modelo americano, por sua vez, a lei declarada inconstitucional em um caso concreto pode continuar sendo aplicada em outros casos, já que a sentença possui efeitos *inter partes*. Dessa maneira, a lei declarada inconstitucional em um caso concreto pode continuar sendo aplicada. Logo, o diálogo interorgânico ocorre através da insistência Legislativa na

²²⁴ LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 201 - 202.

²²⁵ LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 203.

aplicação de lei declarada inconstitucional em um caso concreto, a qual poderá ser questionada pelo Judiciário em novos casos concretos em uma sequência de ida e volta²²⁶.

Para além dos modelos europeu e americano, o autor também expõe o diálogo através de consulta legislativa, o realizado através de suspensão provisional da lei, bem como o diálogo no sistema canadense, todos no âmbito de análise de constituições rígidas.

O diálogo institucional através de consulta legislativa, utilizado em países como Bolívia, Colômbia e Chile, ocorre quando o Congresso consulta a Corte ou Tribunal Constitucional sobre a constitucionalidade de um projeto de lei. A resposta pode ter efeitos vinculante, ou seja, a opinião do Judiciário pela inconstitucionalidade do projeto vincula o Legislativo, ou não vinculante, podendo o Congresso ignorar a opinião do Judiciário, embora a lei aprovada possa ser declarada inconstitucional em posterior controle de constitucionalidade²²⁷.

Outra maneira de diálogo institucional referenciado pelo autor e utilizada no sistema canadense é o realizado através da *notwithstanding clause*, também chamada de *overriding clause*, ou seja, da cláusula não obstante. O modelo canadense, todavia, será avaliado em tópico subsequente quando da análise das experiências de jurisdição constitucional dialógica.

Por fim, o diálogo realizado por suspensão provisória da lei, que já foi adotado pela antiga Constituição do Equador de 1945²²⁸, fundamenta-se na possibilidade da Corte ou Tribunal poderem suspender a lei de maneira provisória. A suspensão, nesse sistema, é avaliada posteriormente pelo Congresso, que tem a possibilidade de revogar ou aprovar a suspensão realizada pelo Judiciário²²⁹.

4.2.2 O diálogo nas Constituições flexíveis

²²⁶ LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 204.

²²⁷ LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 205.

²²⁸ “Artículo 160: Son atribuciones y deberes del Tribunal de Garantías Constitucionales: [...] 4. Suspender la vigencia de una ley o precepto legal considerados inconstitucionales, hasta que el Congreso dictamine acerca de ellos. Para hacerlo, el Tribunal observará las reglas siguientes:

a) Sólo podrá proceder a petición de un juez o tribunal de última instancia;
 b) La suspensión se limitará a la disposición o disposiciones consideradas inconstitucionales; y
 c) Deberá dar la resolución en el término perentorio de veinte días contados desde la fecha en que reciba la solicitud. Si el Tribunal de Garantías no resolviere dentro del término fijado en el inciso anterior, el juez o tribunal que hizo la petición aplicará la ley vigente; [...]”. EQUADOR. **Constitución de 1945**. Disponível em: <http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1945.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2015.

²²⁹ LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 209.

As constituições são consideradas flexíveis, por sua vez, quando, para modificação de seu texto, for adotado o mesmo processo legislativo utilizado para modificação e elaboração das outras leis do ordenamento.

Linares aponta três possibilidades dentro do sistema de constituições flexíveis – geralmente detentoras de tradição de soberania parlamentar –, as quais serão desenvolvidas a seguir.

A primeira possibilidade é de que as normas constitucionais tenham a mesma hierarquia das leis aprovadas pelo Congresso e que o Judiciário não tenha o poder de declarar a inconstitucionalidade destas – chamado de modelo *Westminster* e adotado na Grã-Bretanha até 1998. Não há se falar em rigidez constitucional, hierarquia superior das normas constitucionais ou em supremacia judicial nesse modelo. Ou contrário, verifica-se a existência de supremacia legislativa, uma vez que os juízes podem apenas utilizar a via interpretativa para o diálogo interorgânico. Dessa maneira, para um texto legal, cabe uma interpretação judicial que pode simplesmente ser contrariada pelo Legislativo em última palavra²³⁰.

A segunda possibilidade apresentada pelo autor é das normas constitucionais que possuam maior hierarquia que as leis comuns, embora tenham o mesmo processo para modificação e elaboração, e que o Judiciário pode informar ao Legislativo que um texto legal é incompatível com a Constituição, modelo que já foi adotado pelo Reino Unido em 1998²³¹.

A terceira possibilidade dentro do sistema de constituições flexíveis, por fim, é de que as normas constitucionais possuam hierarquia lógica superior em relação às leis e convivam com um sistema de revisão judicial capaz de invalidar leis inconstitucionais. Este é o modelo adotado em Israel desde 1994²³².

4.2.3 Propostas para fortalecer o diálogo democrático

²³⁰ LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 211 – 213.

²³¹ LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 215 – 217.

²³² LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 217 – 220.

Linares²³³ critica os sistemas apresentados anteriormente e afirma que nenhum deles satisfaz os ideais democráticos, bem como não implementam um verdadeiro diálogo democrático baseado em razões imparciais.

Dessa maneira, o autor propõe um sistema que consiga associar a conservação das virtudes deliberativas do controle judicial das leis e o depósito da última palavra institucional no Congresso.

Para isso, o autor dispõe que primeiramente é necessário que cada parte apresente efetivamente as razões para suas decisões, com o objetivo de convencer o outro poder. Dessa maneira, Linares expõe que não basta apresentar uma lei que exponha que é proibida a publicação de imagens religiosas com fins difamatórios, mas são necessárias as razões para tal proibição. Com a exposição das razões, quem vier a discordar de sua posição deverá enfrentar as razões apresentadas, o que beneficia o diálogo.

Em segundo lugar, o autor expõe que o diálogo deve ser livre e centralizado em princípios que qualquer pessoa poderia razoavelmente subscrever. Assim, caso o desacordo esteja em cláusulas abstratas, ambíguas ou vagas, em interpretação ou alcance de direitos em situações concretas, o pretendido é que sejam manejados argumentos com o fim de estabelecer o alcance dos direitos, bem como esclarecer a violação desses direitos em determinadas situações. Desse modo, para Linares, não existe diálogo caso uma das partes esteja obrigada a reconhecer que a outra tem razão ou for proibida de invocar razões baseadas em direitos²³⁴.

Além disso, o autor dispõe que um sistema verdadeiramente democrático deve garantir a inclusão e a participação em igualdade, porém, em razão da impossibilidade de implementação de democracia direta na modernidade, a representação política é aquela que melhor resguarda esses compromissos. Diante disso, defende-se que o diálogo interorgânico obtém credenciais democráticas quando atribui ao Congresso a última palavra institucional.

4.3 As teorias dialógicas em Conrado Hübner Mendes

²³³ LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 220.

²³⁴ LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 221.

Mendes divide as teorias dialógicas em dois grandes grupos, quais sejam, o diálogo no interior da decisão judicial e o diálogo como consequência da separação dos poderes.

Tal divisão guarda semelhança com a sistematização desenvolvida por Bateup já dissecada no trabalho, todavia, ao contrário desta, busca, segundo o autor, maior complementariedade entre as teorias do que apresentá-las como excludentes²³⁵.

O diálogo no interior da decisão propõe que a decisão judicial albergue uma interação com o legislativo, dando uma compreensão normativa à atuação da Corte, que deve reconhecer e participar do diálogo. Essa concepção compreende os defensores de uma atuação mais passiva e minimalista da Corte – comandados pelas ideias já anteriormente referenciadas de virtudes passivas e colóquio socrático de Alexandre Bickel e do minimalismo de Cass Sunstein –, assim como os entusiastas de uma atuação mais ativa e maximalista da Corte – que compreendem, por exemplo, a ideia da Corte como conselheira²³⁶.

Dessa maneira, o diálogo, nesse aspecto, demonstra a complexidade de uma decisão judicial, que ultrapassa à questão sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade, mas também pode se dar em diversas intensidades²³⁷.

O diálogo, no segundo grupo desenvolvido por Mendes, é produto ou consequência da separação de poderes, pelo que faz parte do desenho institucional e não um desejo ou vontade de um dos poderes. Nesse contexto, destaca-se Luis Fisher e Neal Devins, cujas ideias já foram apresentadas no seio da análise das teorias de construção coordenada de Bateup.

Logo, a divisão das teorias dialógicas em Mendes, embora com denominação diferente que mereceu abordagem nesse tópico, já foi tratada anteriormente no bojo das sistematizações seguintes com maior detalhamento, pelo que se remete aos subtópicos anteriores.

4.4 As experiências de jurisdição constitucional dialógica

²³⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 167.

²³⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 120.

²³⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 120.

Além do estudo doutrinário apresentado acima, cabe observar as experiências práticas de países detentores do que passou a se chamar de constitucionalismo da *commonwealth*, nos quais o diálogo institucional está mais popularizado e nos quais pode se depreender a existência de uma jurisdição constitucional dialógica.

Dessa maneira, merecem destaque os sistemas do Canadá, de Israel, do Reino Unido e da Nova Zelândia, os quais optaram conscientemente por um sistema que se afasta da supremacia judicial então dominante nos Estados Unidos desde o pós-Segunda Guerra Mundial, conforme apresentado anteriormente. Optou-se pela pesquisa desses países por oferecerem contribuições para o debate sobre o diálogo institucional e por estarem em destaque na pesquisa doutrinária sobre o tema. Diante disso, buscar-se-á apresentar esses sistemas de maneira detalhada a seguir.

4.4.1 O sistema canadense

O Canadá, embora ainda com certa visão de soberania parlamentar, teve sua história constitucional alterada com a Carta de Direitos e Liberdades do Canadá de 1982²³⁸, que substituiu a, até então vigente, declaração legislativa de direitos, de 1960, de pouca efetividade – inclusive no âmbito da aplicação dos direitos fundamentais – e sem status constitucional²³⁹.

Dessa maneira, a Carta não seguiu o modelo americano de supremacia judicial, ao contrário, buscou resguardar o espaço da atuação do Legislativo. Assim, podem ser extraídos três fundamentos da Carta, quais sejam, “a proteção de direitos; ruptura com o positivismo de raiz austiniana; e outra separação de poderes, que empreenda a essa harmonização entre competências parlamentares, e proteção jurisdicional do núcleo de direitos fundamentais recém-enunciados”²⁴⁰.

Com a Carta de Direitos e Liberdades do Canadá de 1982, adotou-se um sistema rígido, que atribui efeitos gerais – *erga omnes* – à revisão judicial²⁴¹, bem como apresenta mecanismos de diálogo institucional, almejando um constitucionalismo cooperativo, pelo qual

²³⁸ CANADÁ. **Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982**. Disponível em: <http://brazilians.ca/faq_direitos.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

²³⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154.

²⁴⁰ SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 61.

²⁴¹ LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 206.

o Legislativo tem a possibilidade de participar e ajudar na efetivação de direitos fundamentais, afastando-se da supremacia judicial.

Logo, instituiu-se o controle de constitucionalidade com a possibilidade de limitação de leis ou atos legislativos considerados contrários à Carta e assim declarados por decisão judicial, conforme a sua seção 24²⁴². Por outro lado, instituiu, através da seção 33²⁴³, que passou a ser chamada de *notwithstanding*, ou cláusula não obstante, a possibilidade de o Legislativo declarar expressamente que determinada lei ou algumas de suas disposições terão vigência apesar de ou não obstante ir de encontro aos direitos fundamentais previstos na Carta, ou seja, mesmo que o Judiciário declare a sua inconstitucionalidade por violar direitos fundamentais, as disposições protegidas por tal cláusula não perderão a sua vigência.

A cláusula não obstante, portanto, é um mecanismo pelo qual o Legislativo tem a possibilidade de responder às decisões judiciais, consistindo na grande inovação do sistema constitucional dialógico do Canadá. Por expressa determinação, ainda na seção 33, esta cláusula possui um prazo de validade de cinco anos a contar de sua entrada em vigor ou de data anterior determinada na própria declaração, podendo, todavia, ser promulgada novamente pelo Legislativo. Esse prazo de cinco anos exige uma constante revisão da cláusula não obstante e, conforme expõe Hogg e Bushell²⁴⁴, irá incluir sempre uma eleição e, por vezes, uma mudança de governo.

Dessa maneira, a Carta do Canadá tem como característica essencial a facilitação do diálogo através de algumas de suas disposições. Além da seção 33, conforme acima

²⁴² “Seção 24: (1) Toda pessoa cujos direitos e liberdades, garantidos por esta Carta, tenham sido violados ou negados, pode recorrer a um tribunal de jurisdição competente para obter o remédio judicial que o tribunal considere apropriado e justo de acordo com as circunstâncias. (2) Quando, em uma causa de que trata o parágrafo (1), o tribunal concluir que as provas foram obtidas de uma maneira que violasse os direitos e liberdades garantidos pela presente Carta, essas provas serão excluídas se for estabelecido que, em relação a todas as circunstâncias, a sua utilização causará descrédito à administração da justiça.” CANADÁ. **Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982**. Disponível em: <http://brazilians.ca/faq_direitos.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

²⁴³ “Seção 33: (1) O Parlamento ou a legislatura de uma província poderá promulgar uma lei onde se declare expressamente que a lei ou uma das suas disposições terá vigor independentemente de qualquer disposição incluída no artigo 2 ou nos artigos 7 a 15 da presente Carta. (2) A lei ou disposição da lei que esteja em vigor sob a declaração de que trata este artigo terá o efeito que teria, exceto pela referência à disposição desta Carta referida na declaração. (3) A declaração feita ao abrigo do parágrafo (1) cessará de ter validade cinco anos após ter entrado em vigor ou em uma data anterior especificada na declaração. (4) O Parlamento ou a legislatura provincial poderá promulgar novamente a declaração feita ao abrigo do parágrafo (1). (5) O parágrafo (3) será válido para todas as promulgações repetidas adotadas ao abrigo da parágrafo (4).” CANADÁ. **Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982**. Disponível em: <http://brazilians.ca/faq_direitos.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

²⁴⁴ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. 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**, v. 35.1, 1997, p. 75 – 124. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>>. Acesso em: 24 maio 2015, p. 84.

apresentada, outros três aspectos da Carta são apresentados como propulsores do diálogo institucional. O primeiro é a seção 1, já referenciada anteriormente no trabalho, a qual impõe, para a restrição pelas leis de direitos e liberdades dispostos na carta, limites razoáveis e justificativa que possa ser demonstrada no âmbito de uma sociedade livre e democrática. Dessa maneira, as leis devem perquirir um objetivo importante, devem ser conectadas racionalmente ao objetivo ao qual se propõem, devem prejudicar os direitos garantidos pela Carta não mais do que o necessário para alcançar o objetivo – o que gera a maioria das disputas – e não deve ser desproporcional para as pessoas as quais se aplicam. As seções 7²⁴⁵, 8²⁴⁶, 9²⁴⁷ e 12²⁴⁸, por sua vez, que tratam de “direitos qualificados”, permitem uma atuação Legislativa corretiva para protegê-los contra decisão judicial que os ameace. A seção 15²⁴⁹, por fim, apresenta a garantia de igualdade de direitos e impõe a ação do legislador no sentido de adaptar a lei à essa seção quando declarada inconstitucional por sua violação²⁵⁰.

Em 1997, Hogg e Bushell publicaram um trabalho em que se avaliou a prática dialógica no Canadá em exame de sessenta e seis casos nos quais a legislação foi invalidada por violação à Carta e descobriu-se que, em dois terços desses casos, o órgão legislativo competente respondeu ao Judiciário alterando a lei. Considera-se resposta, para os autores, tanto a criação de nova lei diferente da anterior quanto o atendimento aos limites constitucionais, como a concordância do Legislativo com as sugestões do Judiciário, a qual,

²⁴⁵ “Seção 7: Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal e ninguém pode ser privado destes direitos, exceto em conformidade com os princípios de justiça fundamental.” CANADÁ. **Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982**. Disponível em: <http://brazilians.ca/faq_direitos.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

²⁴⁶ “Seção 8: Toda pessoa tem direito à proteção contra buscas, apreensões ou confiscos abusivos.” CANADÁ. **Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982**. Disponível em: <http://brazilians.ca/faq_direitos.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

²⁴⁷ “Seção 9: Toda pessoa tem direito à proteção contra detenção ou aprisionamento arbitrários.” CANADÁ. **Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982**. Disponível em: <http://brazilians.ca/faq_direitos.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

²⁴⁸ “Seção 12: Toda pessoa tem direito à proteção contra tratamentos ou penas cruéis ou degradantes.” CANADÁ. **Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982**. Disponível em: <http://brazilians.ca/faq_direitos.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

²⁴⁹ “Seção 15: (1) Todo indivíduo é igual perante a lei e tem direito a proteção e benefícios iguais da lei sem que possa prevalecer qualquer discriminação, sobretudo em razão de raça, nacionalidade, origem étnica, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência mental ou física. (2) O parágrafo (1) não impede a existência de nenhuma lei, programa ou atividade que tenha por objetivo melhorar a situação de indivíduos ou de grupos desfavorecidos, especialmente em razão da sua raça, nacionalidade, origem étnica, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência mental ou física.” CANADÁ. **Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982**. Disponível em: <http://brazilians.ca/faq_direitos.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

²⁵⁰ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. 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**, v. 35.1, 1997, p. 75 – 124. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>>. Acesso em: 24 maio 2015, p. 82.

ao declarar a inconstitucionalidade, costuma apontar recomendações de como a lei poderia ser modificada para resolver os problemas constitucionais.

Dessa maneira, o diálogo ocorreria em razão da possibilidade de resposta do Legislativo às decisões judiciais. Conforme Hogg e Bushell²⁵¹, a revisão judicial não se trata de um veto à política, mas sim o início de um diálogo na busca da melhor forma de conciliar os valores individuais dispostos na Carta com a efetivação de políticas sociais e econômicas em prol de toda a sociedade.

Ocorre que tal modelo, apesar de tentar resolver o problema da atuação contramajoritária do Judiciário, tem gerado debates e críticas doutrinárias, uma vez que algumas disposições da Carta que permitem o diálogo têm sido de pouca utilização prática no sistema. A utilização da cláusula 33, por exemplo, possui forte resistência política e, por isso, é pouco aplicada. Dessa maneira, observa-se – inclusive pelos dados da pesquisa Hogg e Bushell – que a interação entre o Legislativo e o Judiciário tem se realizado na prática canadense através da Seção 1 de sua Carta.

Os teóricos chegam a afirmar que a interação prática entre Legislativo e Judiciário canadense mais se assemelha a um monopólio que a um diálogo, pois o parlamento, ao invés de apresentar sua perspectiva na interpretação constitucional, apenas concorda e se submete às ideias do Judiciário. Dessa maneira, o sistema do Canadá estaria se aproximando de uma ideia da qual originalmente se buscou distanciamento: um sistema de supremacia judicial semelhante ao americano²⁵².

Nesse sentido, Bateup²⁵³ apresenta um verdadeiro paradoxo dos estudiosos da teoria constitucional: enquanto a carta canadense foi projetada para, ao contrário do modelo americano, permitir um diálogo institucional, mas, na prática, cada vez mais se aproxima da supremacia judicial, nos Estados Unidos, cada vez mais se discute a existência de supremacia judicial, visto que diversos estudiosos argumentam que as decisões da Suprema Corte não são necessariamente finais, uma vez que haveriam diversas restrições políticas à revisão judicial,

²⁵¹ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. 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**, v. 35.1, 1997, p. 75 – 124. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>>. Acesso em: 24 maio 2015, p. 105.

²⁵² BATEUP, Christine. Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. **New York University School of Law**, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947867>. Acesso em: 24 maio 2015, p. 3.

²⁵³ BATEUP, Christine. Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. **New York University School of Law**, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947867>. Acesso em: 24 maio 2015, p. 4.

a qual seria, na verdade, apenas uma parte de um amplo diálogo sobre o significado da Constituição entre o Judiciário e outros atores constitucionais.

Por outro lado, autores como Brandão²⁵⁴ apontam que a cláusula não obstante trata-se de uma “reminiscência anacrônica do passado de supremacia parlamentar, de maneira que o seu uso corriqueiro é tido como incompatível com um regime que zeze pela proteção de direitos, como é o caso do Canadá atualmente”, todavia, o diálogo continua existindo naquele país em razão da seção 1.

4.4.2 O sistema israelense

O Estado israelense surgiu em 1948 e, até a atualidade, não possui Constituição escrita. Além disso, adota a democracia representativa e o sistema parlamentarista de governo.

O Parlamento, chamado de Knesset, não elaborou uma Constituição, mas optou por construí-la, capítulo por capítulo, através do que chamaram de *basic law* – leis básicas – que, por tratarem de matérias sobre a organização dos poderes, possuem status constitucional²⁵⁵. Todavia, não existe consenso doutrinário sobre a superioridade dessas leis básicas sobre as demais leis ordinárias, pois nenhuma disposição legal assegura essa supremacia, todavia, a Suprema Corte Israelense vem trançando o entendimento jurisprudencial sobre o tema²⁵⁶.

Até a promulgação das leis básicas referentes aos direitos fundamentais em 1992 – quais sejam, a *Basic Law: Human Dignity and Liberty* e a *Basic Law: Freedom of Occupation*²⁵⁷ –, a Suprema Corte israelense reconhecia apenas a superioridade formal das *basic law*. Após, todavia, esses direitos fundamentais serem reconhecidos como materialmente superiores e, com base neles, passou-se a permitir a invalidade de leis que lhes

²⁵⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre a interpretação da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 243.

²⁵⁵ NAVOT, Suzie. Procedural Principles of Judicial Review: An Analysis of Israel's New Model. **The Seventh Joint Annual Exchange and Conference: Judicial Review in Comparative German-Israeli Perspective**, Baden Baden, Germany, 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1367595>. Acesso em: 10 jun. 2015, p. 1 - 2.

²⁵⁶ ISRAEL. **Knesset**. Disponível em: <http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_yesod.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

²⁵⁷ ISRAEL. **Knesset**. Disponível em: <http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_yesod1.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

contrariasse e a Suprema Corte começou a ser instada a decidir sobre isso, ocorrendo o que se chamou de revolução constitucional²⁵⁸.

Diante do ativismo judicial que se desenvolveu e a busca por um respeito ao sistema parlamentarista de governo adotado em Israel, o Knesset, parlamento israelense, inseriu, em 1994, no artigo 8²⁵⁹ da *Basic Law: Freedom of Occupation*²⁶⁰, a cláusula não obstante, mecanismo de diálogo utilizado no Canadá, conforme anteriormente exposto.

Segundo o referido dispositivo, mesmo que viole a liberdade de profissão, uma disposição terá efeito caso tenha sido incluída em lei aprovada pela maioria dos membros do Knesset, a qual declare expressamente que terá efeito, não obstante o dispositivo da lei básica, caducando em quatro anos desde o seu início, caso outro período menor não tenha sido previsto.

Observa-se, contudo, que a previsão israelense, apesar da semelhança à canadense, possui abrangência inferior, visto que aplicável apenas em matérias relacionadas à liberdade de profissão, além de não trazer previsão expressa da renovação da proteção.

Gardbuaum²⁶¹ destaca que desde a sua implementação, a cláusula não obstante em Israel só foi utilizada uma única vez e logo após a sua promulgação, para validar a lei do parlamento que negava licença à empresa que almejava importar carne não kosher, isto é, carne que não fora preparada segundo as leis judaicas de alimentação, que envolvem regras de abate, entre outras. Essa lei já havia sido invalidada anteriormente à previsão da cláusula não obstante, pela Suprema Corte sob a alegação de desrespeito à *Basic Law: Freedom of Occupation*, contudo, posteriormente o Knesset utilizou-se da cláusula para manter sua lei.

²⁵⁸ NAVOT, Suzie. Procedural Principles of Judicial Review: An Analysis of Israel's New Model. **The Seventh Join Annual Exchange and Conference: Judicial Review in Comparative German-Israeli Perspective**, Baden Baden, Germany, 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1367595>. Acesso em: 10 jun. 2015, p. 4.

²⁵⁹ “8: A provision of a law that violates freedom of occupation shall be of effect, even though not in accordance with section 4, if it has been included in a law passed by a majority of the members of the Knesset, which expressly states that it shall be of effect, notwithstanding the provisions of this Basic Law; such law shall expire four years from its commencement unless a shorter duration has been stated therein.” ISRAEL. **Knesset**. Disponível em: <http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic4_eng.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

²⁶⁰ ISRAEL. **Knesset**. Disponível em: <http://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic4_eng.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

²⁶¹ GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **49 American Journal of Comparative Law**, 707, 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302401>. Acesso em: 10 jun. 2015, p. 737.

Tavares e Berman²⁶² destacam que, apesar da pouca utilização do *legislative override*, há uma facilidade de diálogo entre Legislativo e Judiciário em razão da inexistência de uma Constituição rígida e escrita no País, que possibilite respostas daquele através de maioria simples de parlamentares a decisões deste.

4.4.3 O sistema britânico

Não obstante não possuir uma constituição escrita, o Reino Unido adotou a Carta de Direitos Humanos de 1998, que passou a vigorar em outubro de 2000, denominada de *British Human Rights Act*.

Como expõe o seu preâmbulo, a Carta de Direitos Humanos de 1998 internalizou princípios fundamentais que já eram garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, passando a serem defendidos e assegurados internamente perante as próprias cortes britânicas, ao contrário do que acontecia antes, quando tais direitos eram questionados apenas diante da Corte de Estambul²⁶³.

Quanto à jurisdição constitucional, destaca-se que o Reino Unido adotou o mandado interpretativo – já utilizado no modelo neozelandês, como será apresentado a seguir – conforme se extrai do art. 3 da Carta²⁶⁴, o qual expõe que, na medida do possível, a legislação deve ser entendida e aplicada de maneira compatível com os direitos apresentados na convenção europeia.

Enfatiza-se ainda na Carta dois mecanismos que se relacionam com o mandado interpretativo, quais sejam, a declaração de compatibilidade e a declaração de

²⁶² TAVARES, Rodrigo de Souza; BERMAN, José Guilherme. Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense. In: **XVIII Encontro Nacional do CONPEDI**, 2009, São Paulo, Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

²⁶³ REINO UNIDO. **British Human Rights Act**. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

²⁶⁴ “3. Interpretation of legislation.

(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.

(2) This section

(a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted;

(b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and

(c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility.” REINO UNIDO. **British Human Rights Act**. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

incompatibilidade. A primeira está disposta no art. 19²⁶⁵, segundo o qual antes da segunda leitura do projeto de lei, o ministro competente deve apresentar declaração que as disposições do projeto são compatíveis com os direitos do *British Human Rights Act* – chamada de declaração de compatibilidade – ou no sentido de que, embora não possa garantir essa compatibilidade, deseja que a Casa continue a debater a lei.

A declaração de incompatibilidade, por sua vez, é disciplinada no art. 4 da Carta²⁶⁶, segundo o qual, caso o Tribunal considere disposições legais incompatíveis com a Carta, poderá elaborar uma declaração de incompatibilidade. Com a declaração de incompatibilidade, conforme o art. 10 do mesmo diploma, o ministro pode remover tal incompatibilidade com a edição de normas, embora não seja obrigado a fazê-lo – caso não o faça, a lei continuará prevalecendo, todavia, conforme destaca Ferreira Filho²⁶⁷, tal atitude

²⁶⁵ “19. Statements of compatibility.

(1) A Minister of the Crown in charge of a Bill in either House of Parliament must, before Second Reading of the Bill:

(a) make a statement to the effect that in his view the provisions of the Bill are compatible with the Convention rights (“a statement of compatibility”); or

(b) make a statement to the effect that although he is unable to make a statement of compatibility the government nevertheless wishes the House to proceed with the Bill.

(2) The statement must be in writing and be published in such manner as the Minister making it considers appropriate.” **British Human Rights Act.** Disponível em:

<<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

²⁶⁶ 4. Declaration of incompatibility.

(1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right.

(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.

(3) Subsection (4) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of subordinate legislation, made in the exercise of a power conferred by primary legislation, is compatible with a Convention right.

(4) If the court is satisfied:

(a) that the provision is incompatible with a Convention right, and

(b) that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility, it may make a declaration of that incompatibility.

(5) In this section “court” means:

(a) the Supreme Court;

(b) the Judicial Committee of the Privy Council;

(c) the Court Martial Appeal Court;

(d) in Scotland, the High Court of Justiciary sitting otherwise than as a trial court or the Court of Session;

(e) in England and Wales or Northern Ireland, the High Court or the Court of Appeal.

(f) the Court of Protection, in any matter being dealt with by the President of the Family Division, the Vice-Chancellor or a puisne judge of the High Court.

(6) A declaration under this section (“a declaration of incompatibility”):

(a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and

(b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made.” **British Human Rights Act.** Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

²⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Inovações na “Constituição Inglesa”: o human rights act, 1998. **Revista Brasileira de Direito Constitucional:** Revista do Programa de Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional, v. 4, p. 49 – 55, jul./dez. 2004, p. 53.

poderia ser questionada perante a Corte de Estrasburgo e gerar a condenação do Reino Unido por violação do Pacto, pelo que é provável o empenho em conciliar a lei com o *Human Rights Act*.

Dessa maneira, Ferreira Filho²⁶⁸ conclui que o *Human Rights Act* não instaura o controle de constitucionalidade e persiste na soberania última do Parlamento britânico.

O ano de 2005 é outro marco histórico no constitucionalismo do País, pois foi o ano da aprovação do *Constitution Reform Act*²⁶⁹, que, dentre outras características, apresentou a substituição do Comitê de Apelação da Câmara de Lordes pela Suprema Corte – agora explicitamente separada do Governo e do Parlamento – iniciando seu funcionamento em 2009²⁷⁰, além de dispor sobre nomeação e disciplina do Judiciário e outras matérias.

4.4.4 O sistema neozelandês

A Nova Zelândia desvinculou-se da Coroa Britânica em 1947 e herdou desta o modelo de intensa supremacia parlamentar e o sistema de *common law*.

O jurista e político Geoffreu Palmer elaborou para o País um projeto de declaração de direitos que possibilitava o controle realizado pelo Judiciário de invalidez de leis que fossem de encontro àquela, todavia, diante de sua incompatibilidade com a forte supremacia parlamentar, o projeto foi rejeitado em 1985²⁷¹.

Com isso, buscou-se um modelo intermediário, o qual, quanto ao conteúdo, tivesse similitude com as declarações de direitos civis e políticos de primeira dimensão e que formalmente consistisse em uma lei ordinária, sem superioridade hierárquica e, assim, sujeita à revogação da maioria política²⁷².

²⁶⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Inovações na “Constituição Inglesa”: o human rights act, 1998. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**: Revista do Programa de Pós-Graduação “Lato Senso” em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional, v. 4, p. 49 – 55, jul./dez. 2004, p. 54.

²⁶⁹ REINO UNIDO. **Constitutional Reform Act 2005**. Disponível em: <www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>. Acesso em: 18 jun 2015.

²⁷⁰ REINO UNIDO. **Supreme Court UK**. Disponível em: <www.supremecourt.uk/about/history.html>. Acesso em: 17 jun. 2015.

²⁷¹ PALMER, Geroffrey. **The Bill of Rights fifteen years on**. Disponível em: <<http://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/audioFiles/Palmer%20speech%20on%20the%20Bill%20of%20Rights.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2015, p. 4

²⁷² SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias de supremacia. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, p. 313 – 357, 2011, p. 323.

Assim, a Nova Zelândia adotou, em 1990, a Declaração de Direitos denominada *New Zealand Bill of Rights Act*²⁷³, que trouxe três dispositivos importantes para a análise da atuação do Judiciário no País, quais sejam, as seções 4, 5 e 6.

A seção 4²⁷⁴ preserva e evidencia a supremacia legislativa ao afirmar que nenhum tribunal deve considerar uma lei anterior ou posterior à Declaração de Direitos, implicitamente revogada, anulada, ineficaz ou inválida, nem mesmo recusar a aplicação de qualquer disposição que considere incompatível com tal declaração.

A seção 5²⁷⁵, por sua vez, assemelha-se com a já abordada seção 1 da Carta Canadense, ao prever que os direitos e liberdades contidos na Declaração só podem ser limitados em obediência a razoabilidade e justificados em uma sociedade livre e democrática.

Diante do apresentado, a seção 6²⁷⁶ revela de que maneira se implementará a atuação do Judiciário, dispondo que havendo várias possibilidades de interpretação de uma lei, o sentido que mais equivaler à Declaração de Direitos terá preferência frente aos demais.

Dessa maneira, a grande inovação da Declaração de Direitos da Nova Zelândia de 1990 é a previsão do mandato interpretativo, que se extrai especialmente da seção 6. Logo, apesar de não poder revogar ou invalidar uma lei, o Judiciário pode controlar o seu sentido, de modo a harmonizar os atos do Legislativo com a interpretação que ele mesmo realiza da Declaração.

Destaca-se ainda a seção 7, a qual determina que cabe ao Procurador-Geral analisar as propostas de lei e chamar a atenção do Legislativo quando houver inconsistência com a Declaração de Direitos.

²⁷³ NOVA ZELÂNDIA. **New Zealand Bill of Rights Act**. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM224792.html>>. Acesso em: 01 jun 2015.

²⁷⁴ “4. Other enactments not affected.

No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights),

(a) hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or

b) decline to apply any provision of the enactment— by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.” NOVA ZELÂNDIA. **New Zealand Bill of Rights Act**. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM224792.html>>. Acesso em: 01 jun 2015.

²⁷⁵ “5. Justified limitations.

Subject to section 4, the rights and freedoms contained in this Bill of Rights may be subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.” NOVA ZELÂNDIA. **New Zealand Bill of Rights Act**. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM224792.html>>. Acesso em: 01 jun 2015.

²⁷⁶ “6. Interpretation consistent with Bill of Rights to be preferred.

Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning.” NOVA ZELÂNDIA. **New Zealand Bill of Rights Act**. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM224792.html>>. Acesso em: 01 jun 2015.

4.5 Contribuições das teorias dialógicas

O diálogo é expressão a qual supõe um distanciamento do autoritarismo, denota discussão em busca de um acordo, havendo exposição e debate de ideias e teorias.

Todavia, ao contrário do que possa se supor, as teorias dos diálogos institucionais não são utilizadas exclusivamente em sistemas democráticos, mas também podem ser adotadas em regimes autoritários como meio para controlar a atividade do juiz, impedindo que suas decisões tenham plena eficácia sem a autorização do poder autocrata, como chegou a acontecer na Constituição Brasileira de 1937, conforme será dissecado no próximo capítulo.

Por outro lado, o instituto do diálogo institucional deve ser utilizado nas democracias, conforme aponta Silva e Ferreira²⁷⁷, como maneira de fortalecer a legitimidade democrática dos Poderes na defesa dos direitos fundamentais, estando sempre subordinado aos preceitos constitucionais e é nesse sentido que ele será abordado no trabalho.

As teorias dialógicas, em detrimento da dicotomia restrita de supremacia de um dos poderes do Estado, possuem uma diversidade de concepções as quais foram explanadas no trabalho através da sistematização concebida por Christine Bateup, Sebastián Linares e Conrado Hübner Mendes. Todavia, todas essas concepções possuem um elo que as identificam como dialógicas, ou seja, detém uma característica comum.

Extrai-se da pesquisa desenvolvida que o grande objetivo e a característica identificadora das teorias dialógicas é proteger os direitos fundamentais conjuntamente com a restauração do equilíbrio entre os poderes do Estado, garantindo sua legitimidade através de um método alternativo de revisão judicial, o qual não se fundamente exclusivamente nos conceitos de supremacia ou monopólio da interpretação constitucional.

Algumas concepções de diálogo, conforme se observou anteriormente, ainda defendem a existência de supremacia judicial ou legislativa, bem como a ideia de uma última palavra da interpretação constitucional, todavia, apontam que estas só surgem após a possibilidade de um diálogo, ou seja, após a oportunidade de respostas à decisão judicial. Este é o diferencial das teorias do diálogo para as teorias que simplesmente defendem a última palavra na interpretação constitucional. Todavia, grande parte dos defensores do diálogo

²⁷⁷ SILVA, Alexandre Garrido da; FERREIRA, Ruan Espíndola. Possibilidade de aplicação das teorias dialógicas no sistema brasileiro como mecanismo de fortalecimento da legitimidade democrática. In: **XXI Encontro Nacional do CONPEDI**, 2012, Uberlândia, Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 4.

apontam para a inexistência de uma última palavra, como será destacado no próximo capítulo do trabalho.

Há diálogo, portanto, quando, no mínimo, existe a possibilidade de uma decisão judicial sofrer uma revogação, modificação ou anulação legislativa²⁷⁸, ou seja, quando há a oportunidade de o Legislativo responder ao Judiciário. Para essa resposta, como visto, existem diversos mecanismos e teorias que podem ser mais ou menos eficazes ao propiciar a prática dialógica.

As teorias do diálogo, dessa maneira, consistem em um conjunto de práticas que se desenvolveram especialmente no fim do século XX como alternativa às duas teorias clássicas, de modo que buscam um “meio termo entre os polos opostos de supremacia judicial e parlamentar”²⁷⁹. Essa preocupação em um equilíbrio entre os dois clássicos extremos pode surgir tanto em modelo teórico e tradicionalmente de supremacia parlamentar, como nos casos do Canadá, ou de supremacia judicial, como vem ganhando destaque na teoria americana e brasileira, e será apresentado no próximo capítulo.

Além da possibilidade de o Legislativo responder ao Judiciário, alguns autores apontam que para que haja um pleno diálogo institucional, é preciso que essa viabilidade de resposta seja rápida. Nesse sentido, em passagem na obra coletiva sobre diálogos institucionais e ativismo judicial, concebeu-se o diálogo como “a capacidade do Legislativo de dar uma resposta, em tempo rápido, a decisões do Judiciário – notadamente as que declaram inválidos atos parlamentares [...]”²⁸⁰.

Contudo, compreende-se que a rapidez ou não dessa possibilidade de atuação é subjetiva e varia em cada sistema político, podendo caracterizar apenas a intensidade e a qualidade do diálogo, mas não ser fator determinante na sua existência. Nesse mesmo sentido, aponta Tushnet²⁸¹, para o qual o diálogo ocorre ao longo do tempo ou sequencialmente, de modo que as emendas constitucionais que respondem a interpretações judiciais podem ser consideradas como forma de diálogo. O autor sustenta ainda que, caso seja fácil, o processo

²⁷⁸ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. 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*, v. 35.1, 1997, p. 75 – 124. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>>. Acesso em: 24 maio 2015, p. 80.

²⁷⁹ SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias de supremacia. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: JusPodivm, p. 313 – 357, 2011, p. 321.

²⁸⁰ SILVA, Cecília de Almeida et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 76.

²⁸¹ TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. GARGARELLA, Roberto (comp.). 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, ebook Kindle, posição 2136.

de modificação pode ser parte de um sistema de revisão judicial dialógica. Todavia, acrescenta que, mesmo que o processo de modificação da Constituição seja dificultoso, podem ser considerados como um diálogo, embora muito lento.

Diante desse objetivo e característica, bem como de todo o exposto anteriormente, podem-se destacar diversas contribuições dessa teoria para a realidade prática constitucional das democracias.

No segundo capítulo do trabalho, abordou-se a tensão institucional entre Legislativo e Judiciário, gerada por diversas divergências diante da atuação desses poderes no panorama do atual constitucionalismo e do controle de constitucionalidade e em observância da Teoria da Separação dos Poderes. Após, no terceiro capítulo, apresentaram-se diversos argumentos das teorias que concebem a supremacia, seja do Legislativo seja do Judiciário.

Tratou-se, portanto, de uma visão binária, na qual se apresentava apenas duas saídas nos labirintos de argumentos das teorias da última palavra. Para cada ideia bem fundamentada a favor da supremacia legislativa, apresentaram-se outras significantes percepções na defesa da supremacia judiciária. Por exemplo, se, por um lado, sustenta-se o compromisso democrático com o autogoverno popular, por outro, há a necessidade de limitação das maiorias populares, o que, somados aos diversos argumentos anteriormente dissecados, geram a tensão institucional.

Ao oferecerem uma solução alternativa às teorias da última palavra, pela qual ambos os poderes, de alguma maneira, participam e possuem responsabilidade sob a interpretação constitucional, os diálogos institucionais mitigam a dificuldade contramajoritária, solucionando ou pelo menos diminuindo as preocupações com a legitimidade democrática associada à revisão judicial forte.

Como aponta Gargarella²⁸², as teorias dialógicas propõem acabar com as tradicionais objeções democráticas à revisão judicial em razão da deficiência democrática do Judiciário. Outrossim, afasta-se o risco de prejudicar a democracia constitucional – no sentido de que a maioria deve estar no centro da criação normativa – com a imposição de uma última palavra.

²⁸² GARGARELLA, Roberto. El Nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. GARGARELLA, Roberto (comp.). 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, ebook Kindle, posição 2327.

Distancia-se ainda do paternalismo político, atribuindo responsabilidade política também à sociedade, enriquecendo a democracia e a possibilidade de maior aplicação de autogoverno.

Da mesma maneira, minimiza o debate sobre os riscos do ativismo judicial, considerando a possibilidade de o Legislativo retrucar a atuação do Judiciário.

Além de poucar a problemática da dificuldade contramajoritária, da legitimidade democrática da jurisdição constitucional e do ativismo judicial – transtornos pertencentes à concepção defensiva da supremacia judicial – por consequência, atenua-se a tensão institucional retratada nos capítulos anteriores.

Além disso, as teorias unem a proteção aos direitos fundamentais individuais com a necessidade de políticas públicas sociais e econômicas para toda a coletividade, o que, por si só, representa um ganho para a sociedade.

A revisão judicial dialógica, em detrimento da tradicional revisão judicial forte dos Estados Unidos – no qual se tem destaque da atuação do Judiciário –, baseia-se no incentivo de interações entre os poderes acerca de quais oponentes interpretações constitucionais estão corretas, através de mecanismos que possibilitem respostas de um dos poderes à interpretação do outro e assim sucessivamente. Com isso, permitiria-se o equilíbrio adequado entre o autogoverno democrático e a limitação das maiorias, o qual a revisão judicial forte é incapaz de assegurar²⁸³.

Outra vantagem é que a teoria não busca modelos ideais de parlamentares ou juízes, muitas vezes concebidos para justificar as teorias que se fundamentam exclusivamente na supremacia judicial ou legislativa. Justamente por aceitar a possibilidade de erro ou a imperfeição ou incompletude da interpretação constitucional de apenas um poder, possibilita-se a interação entre Judiciário e Legislativo na busca de um melhor resultado.

A busca por um melhor resultado e do melhor argumento, por sua vez, com a apresentação de diversos pontos de vista e de interpretações em razão do encorajamento das interações, bem como a continuidade do debate político sobre temas polêmicos, também são aspectos positivos das teorias do diálogo institucional.

Outrossim, perspectivas neoinstitucionalistas defendem que, além do direito e da ideologia, a atividade estratégica dos Tribunais dirigida por um conjunto de fatores

²⁸³ TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: **Por una justicia dialógica**: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. GARGARELLA, Roberto (comp.). 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, ebook Kindle, posição 2122.

institucionais e políticos – dentre os quais se encontram os mecanismos de reação dos poderes políticos a decisões judiciais – também constroem o comportamento judicial. Dessa maneira, havendo possibilidade de reação, e tendo em vista que essa reação pode ser considerada negativa ao Tribunal em uma perspectiva institucional, os ministros tendem a considerar o posicionamento dos poderes políticos em suas decisões, o que enriquece a decisão²⁸⁴.

Outro benefício das teorias dialógicas que merece destaque é a sua propensão para gerar ou instigar um debate sobre temas que foram esquecidos ou que não se encontram na prioridade da agenda do Legislativo, ou seja, de importância secundária para este poder, inclusive pelas consequências políticas que determinados temas políticos podem desencadear, conforme apresentado no capítulo 3 deste trabalho.

²⁸⁴ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre a interpretação da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 250.

5 ANÁLISE DAS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO NO BRASIL

Buscar-se-á, por fim, no último capítulo do trabalho, analisar as relações institucionais entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo brasileiro, inclusive com observação de elementos concretos, a fim de avaliar os diálogos entre esses órgãos sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Destaca-se, como referenciado no capítulo anterior, que a Carta Política de 1937, outorgada por Getúlio Vargas – conhecida como Constituição Polaca, pela influência que sofreu da autoritária Constituição da Polônia de 1935, possuindo também influência de preceitos nazifascistas de Hitler e Mussoline –, em seu art. 96, favoreceu o diálogo entre os poderes quando os Tribunais declaravam a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Presidente da República:

Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.²⁸⁵

Em abordagem sobre este artigo, Francisco Campos²⁸⁶, na época Ministro da Justiça, esclarece que tal dispositivo conferia ao parlamento a faculdade de retirar a inconstitucionalidade atribuída pelos Tribunais. Todavia, essa prerrogativa deveria atender a uma série de pressupostos, quais sejam, a iniciativa do Presidente da República, dois terços de cada uma das Câmaras e ser matéria de interesse nacional.

O então Ministro da Justiça dispõe ainda que o controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário é criação de um pequeno número de juristas americanos, por natureza, conservadores e avessos a mudanças e inovações que as instituições democráticas, essencialmente dinâmicas, podem gerar. Assim, para ele, a ideologia conservadora utilizou-se

²⁸⁵ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Visualizado em 30 ago. 2014.

²⁸⁶ CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. Diretrizes constitucionais do novo estado brasileiro. **Revista Forense**, v. 73, ano 35, p. 229 - 249, jan. 1938, p. 245 - 249.

do Judiciário na restrição ou modelamento dos ímpetus democráticos da sociedade, tirando do povo e depositando nos juízes o controle do governo.

Ainda segundo Campos²⁸⁷, em uma democracia, só seria justificável atribuir ao Judiciário a faculdade de interpretar a Constituição de maneira final e conclusiva, caso o método jurídico fosse lógico e dedutivo, com atribuição passiva e neutra daquele poder. Todavia, o que acontece é uma atuação ativa e criativa na interpretação, inclusive pela amplitude e generalidade de diversos dispositivos constitucionais.

Dessa maneira, o autor justificou e defendeu o art. 96 da Constituição de 1937, em razão do dispositivo apresentar mecanismo de reposição do controle do Governo à nação, a qual poderá pronunciar-se definitivamente sobre matérias de interesse nacional.

Contudo, no decorrer da Era Vargas, o Congresso Nacional se manteve fechado, atribuindo ao Presidente da República usurpar-lhe as funções. Dessa maneira, o Presidente conseguiu, sem qualquer impugnação eficaz quanto a sua constitucionalidade, já que concentrava o poder de legislar e de utilizar em causa própria, o instrumento de anticonrole de constitucionalidade, editar diversos decretos-leis²⁸⁸.

Assim, esse dispositivo, sob a escusa de conceitos abstratos de bem-estar do povo e promoção ou defesa do interesse nacional, visava controlar a atuação do Judiciário, favorecendo o regime autoritário. Tem-se, portanto, um exemplo no qual os mecanismos de diálogo institucional foram utilizados para controlar a atividade jurisdicional, sem almejar e sem alcançar fins democráticos, ao contrário, fortalecendo regimes autocráticos.

Partindo da experiência histórica brasileira, da dicotomia entre supremacia legislativa e supremacia judicial e do estudo das teorias dialógicas nas democracias como maneira de fortalecer a legitimidade democrática dos poderes do Estado, questionar-se-á, com a análise específica do caso nacional na constância da Constituição Federal de 1988, sobre a existência ou não de uma última palavra no Direito. Outrossim, apresenta-se as teorias do diálogo institucional como caminho alternativo, no qual não se atribui a um órgão o poder de determinar um fim definitivo aos conflitos jurídicos, mas defende um círculo constante de debates e aperfeiçoamento.

²⁸⁷ CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. Diretrizes constitucionais do novo estado brasileiro. **Revista Forense**, v. 73, ano 35, p. 229 - 249, jan. 1938, p. 245 - 249.

²⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100.

Após, avaliar-se-á a existência de traços dialógicos na democracia brasileira, com a apresentação de mecanismos de interação entre o Judiciário e o Legislativo presentes no País.

Apresentar-se-á, ainda, com a análise de suas repercussões na comunidade científica, as propostas de Emenda à Constituição de números 3 de 2011, 171 de 2012 e 33 de 2011, as quais preveem mecanismos para um diálogo mais intenso entre Legislativo e Judiciário brasileiros.

Por fim, averiguar-se-á a existência de relação entre os três poderes através da adoção do instrumento dos pactos republicanos. Apresentar-se-á e avaliar-se-á os dois pactos republicanos já firmados no Brasil pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nos anos de 2004 e 2009.

Esses instrumentos se somam a outros já conhecidos e previstos constitucionalmente que permitem a relação entre os poderes Legislativo e Judiciário, como o já abordado método de nomeação e designação dos ministros do STF que prevê a participação do Senado Federal através da realização de sabatina e aprovação da maioria absoluta da casa e o controle administrativo e financeiro do Judiciário realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, cuja composição inclui dois cidadãos detentores de notável saber jurídico e reputação ilibada indicados um pelo Câmara dos Deputados e um pelo Senado Federal, consoante o art. 103-B, XIII, da CF/88.

5.1 Do fim definitivo ao fim provisório: existe a última palavra?

A supremacia judicial alberga a ideia de que o Judiciário é detentor da última palavra constitucional através da revisão judicial, não havendo meios de o Legislativo superar tal atuação.

Ao tratar sobre a força normativa da Constituição, Konrad Hesse destacou a importância das cortes constitucionais, atribuindo-lhes o que ele chamou de última palavra sobre os conflitos constitucionais:

O significado superior da Constituição normativa manifesta-se, finalmente, na quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais – princípio até então desconhecido - , que estão autorizadas, com base em parâmetros jurídicos, a proferir a última

palavra sobre os conflitos constitucionais, mesmo sobre questões fundamentais da vida do Estado.²⁸⁹

No mesmo sentido, a doutrina nacional é unânime ao declarar que o STF é detentor da última palavra na interpretação constitucional. Assim se extrai em Lima²⁹⁰, para o qual o STF decide, em última e definitiva instância, assuntos de ordem constitucional através da interpretação constitucional.

Em pesquisa livre pelo termo “última palavra” realizada no *site* do Supremo Tribunal Federal no dia 03 de junho de 2015, foram encontrados 46 documentos. Desses 46 documentos, a expressão foi utilizada no sentido de órgão que dita e põe fim à interpretação constitucional – acepção abordada na presente pesquisa – em cinco acórdãos, quais sejam, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 599633 do Distrito Federal, com julgamento na primeira turma em 02/04/2013; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 477554 de Minas Gerais, com julgamento na segunda turma em 16/08/2011; Agravo de Instrumento 733387 do Distrito Federal, com julgamento na segunda turma em 16/12/2008; Mandado de Segurança 26603 do Distrito Federal, com julgamento no tribunal pleno em 04/10/2007; e Ação Direta de Inconstitucionalidade 3345 do Distrito Federal com julgamento no tribunal pleno em 25/08/2005.

Diante dessas decisões, extrai-se que o posicionamento dos ministros da Suprema Corte brasileira é, em regra, pela supremacia judicial. Nesse sentido, destacam-se as duas decisões proferidas pelo tribunal pleno, as quais servem inclusive de precedente para as posteriores. A ementa do Mandado de Segurança 26603²⁹¹ do Distrito Federal, com relatoria do Ministro Celso de Mello, dispõe que compete ao Supremo Tribunal Federal, no exercício da jurisdição constitucional, o processo de valorização da força normativa da Constituição, bem como o desempenho do monopólio da última palavra da interpretação constitucional. No mesmo sentido é a ementa da ADI 3.345²⁹², do Distrito Federal, de relatoria do Ministro Celso de Mello, referente a julgamento pelo tribunal pleno em 25.08.2005 e com DJE número 154,

²⁸⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991, p. 28.

²⁹⁰ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. Estudo de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009, p. 69.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa do MS 26603**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2513846>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa da ADI 3.345**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2254824>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

divulgado em 19.08.2010, na qual se expõe o entendimento do Tribunal quanto à força normativa da Constituição e quanto ao monopólio da última palavra da interpretação constitucional pelo STF:

A força normativa da CR e o monopólio da última palavra, pelo STF, em matéria de interpretação constitucional. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.

Verifica-se que, de maneira geral, a teoria constitucional e o próprio Tribunal constitucional consagram a supremacia judicial ao exporem o Judiciário como o detentor do monopólio da última palavra da interpretação da Constituição.

Extrai-se dessas exposições algumas justificativas, quais sejam, a literalidade do art. 102, *caput*, do texto constitucional, dispõe sobre existência de supremacia judicial por atribuí ao STF cabe a guarda da Constituição e a supremacia da própria Constituição gera, por consequência, a supremacia do Tribunal.

Embora o referido artigo exponha que compete ao Supremo Tribunal Federal fundamentalmente a guarda da Constituição, tal dispositivo não necessariamente determina a existência de uma última palavra e da supremacia judicial, como interpreta parte da jurisprudência e da doutrina. Outra interpretação cabível à essa norma é a de que o STF possui responsabilidade de proteger à Constituição, mas pode fazê-lo de maneira interativa, prezando por um diálogo com os poderes políticos do Estado na busca do sentido constitucional, angariando todas as vantagens que o diálogo possui.

Há ainda quem defenda que a supremacia do Supremo Tribunal Federal e a sua competência para prolatar a palavra final da interpretação constitucional decorrem da própria supremacia da Constituição, já que aquele é guardião desta. Vincula-se, assim, o texto normativo com o que a Suprema Corte decide da mesma maneira que ocorre na metáfora de

Hermes, segundo a qual este, semideus grego, realizava a intermediação entre a linguagem dos deuses e dos mortais e assim não se sabia o que os deuses diziam, mas apenas o que Hermes alegava que eles diziam²⁹³.

Ocorre que, como exposto anteriormente, o processo de interpretação não deixa de ser um processo de criação e, diante disso, as decisões do STF também devem obedecer ao dever de fundamentação das decisões judiciais, em atenção ao Estado Democrático de Direito e ao art. 93, IX, da CF/88.

Dessa maneira, não se deve compreender que o STF, na condição de guardião da Constituição, prolata decisões sempre corretas, finais e cristalizadas. Não é o fato de ser o guardião da Constituição que torna todas as decisões do Tribunal legítimas e definitivas.

Assim, compreende-se que, em sua atribuição de interpretar a Constituição com distanciamento do exegetismo, o STF, composto por seres humanos passíveis de erro, não é o detentor da última palavra da interpretação constitucional de maneira ampla, pois esta não existe necessariamente.

Diante da possibilidade de erro na interpretação, Mendes²⁹⁴ defende que se deve questionar não quem tem a última palavra na interpretação constitucional, mas quem tem o direito de errar por último, ainda que provisoriamente. Corroborando com a ideia, Sarmiento e Neto²⁹⁵ apontam que é preferível não atribuir a nenhuma instituição, seja ela Judiciário seja Legislativo, o direito de errar por último, mas sim estimular o constante diálogo em busca de correções recíprocas no âmbito da hermenêutica constitucional. No mesmo sentido de Devins e Fisher²⁹⁶, já apresentado no capítulo anterior, entende-se que o máximo que existe são finais provisórios, isto é, fim de processos que precisam de uma decisão para serem extintos e para resolver questões momentâneas colocadas à percepção do Tribunal, que, de fato, precisam de uma sentença para pôr fim ao litígio, dar segurança jurídica e promover a pacificação social.

²⁹³STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 462.

²⁹⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191.

²⁹⁵ NETO. Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 140.

²⁹⁶ DEVINS, Neal; FISHER, Louis. Judicial Exclusivity and Political Instability. **Faculty Publications**. Paper 445, 1998. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1392&context=facpubs>> . Acesso em: 30 abr. 2015, p. 91.

Contudo, o fim de um processo não esgota a interpretação constitucional de maneira ampla. Trata-se, no máximo, de um fim provisório, uma etapa na interpretação constitucional que pode ser rebatida através de diversos mecanismos.

Compreende-se, no mesmo sentido do apresentado na obra coletiva *Diálogos Institucionais e Ativismo Judicial*²⁹⁷, que a ausência de uma cultura jurídica mais voltada ao parlamentarismo não impede o diálogo institucional, até porque, como exposto no capítulo anterior, existem diversas formas de diálogo institucional, não se restringindo a mecanismos formais de diálogo direto, como os previstos na Constituição do Canadá. Por isso, diante da realidade brasileira, avaliar-se-á a possibilidade e a existência de diálogo institucional.

Ao contrário do que acontece no Canadá, no Brasil, as decisões de controle de constitucionalidade não são passíveis de sofrerem invalidação, embora existam projetos de emenda à Constituição nesse sentido, como será apresentado em tópicos seguintes, e, por isso, representam uma solução definitiva àquela demanda judicial, contudo não encerra todo o processo de interpretação constitucional.

Dessa maneira, os poderes políticos possuem diversos instrumentos para reagirem a interpretações judiciais indesejadas, as quais, por vezes, são despercebidas na análise da teoria jurídica convencional²⁹⁸.

Assim, o diálogo institucional dissolve a problemática da escolha do detentor da última palavra da interpretação constitucional de maneira ampla, pois esta não existe. Todavia, há uma última palavra transitória, que nem por isso deixa de produzir efeito, apesar de gerar bem menos aspectos críticos radicais, ao se vislumbrar que toda decisão, por ser provisória de maneira ampla, é passível de debates e correções na busca de uma melhor exegese constitucional. Logo, esse estudo precede o debate sobre legitimidade do detentor de última palavra provisória, pela necessidade de se compreender a transitoriedade de uma interpretação constitucional em sentido amplo.

Mendes²⁹⁹, nesse sentido, propõe que a Separação de Poderes gera uma inevitável interação entre eles, interação esta que deve ser deliberativa e não adversarial, isto é, que através de uma cultura de justificação, na qual as cortes e o parlamento considerem, em seus debates, os argumentos utilizados por cada um, desafiando-os reciprocamente quando

²⁹⁷ SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 114.

²⁹⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre a interpretação da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 8.

²⁹⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 240 - 241.

entendam que há solução melhor, estimulando a continuidade dialógica e não se limitar meramente a uma busca por poder e espaço.

Destaca-se que a defesa da possibilidade de resposta do Legislativo ao Judiciário que está desenvolvida na pesquisa não se coaduna com a concepção inicial de descentralização rígida da interpretação da teoria da construção coordenada, pela qual, em razão da ausência de superioridade entre as interpretações por poderes, interpretações opostas poderiam ser propostas por cada um dos poderes sem que nenhuma fosse superior à outra, gerando confusão no entendimento do texto constitucional.

Essa concepção é incompatível com o Estado de Direito, visto que o Legislativo não pode se esquivar de cumprir uma decisão judicial apenas por não concordar com ela, pois a necessidade de observá-la constitui limite necessário aos atores políticos, pelo que a exigibilidade de cumprimento de decisões judiciais pelos atores privados ou públicos deve ser preservada e fortalecida. Além disso, o efeito vinculante das decisões de controle de constitucionalidade abstrato também é um avanço diante da necessidade de uniformização do tratamento jurídico, dando coerência ao sistema jurídico brasileiro³⁰⁰.

Assim, mecanismos de reação como cortes no orçamento do Judiciário em caráter de vingança ou a simples repúdio ao cumprimento de decisão judicial por parte dos demais poderes são menos legítimos e não contribuem com o Estado Democrático de Direito, pelo que não serão elementos de destaque na pesquisa.

Todavia, a possibilidade de o Legislativo – por vezes pressionado por órgãos judiciais e administrativos, com a possibilidade ainda de o Presidente da República mobilizar a base parlamentar – superar precedente do STF é necessária inclusive para que as decisões equivocadas e inadequadas não se petrifiquem.

Saliente-se que, corroborando com o apresentado neste tópico, Lopes Filho³⁰¹ defende que, por óbvio, o precedente ajuda na certeza jurídica, mas, ao contrário do que a maior parte da doutrina brasileira apresenta, precedente não encerra o significado de qualquer que seja o enunciado legislativo ou jurisdicional, pelo que a sociedade e os aplicadores do direito não podem ficar passivos diante dos pronunciamentos judiciais.

³⁰⁰ No mesmo sentido, aponta BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre a interpretação da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 282 - 283.

³⁰¹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo.** Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 318 - 319.

Para o mesmo autor, na verdade, a principal função dos precedentes é o enriquecimento hermenêutico do sistema jurídico, cotejando as significações apresentadas pela sociedade, reinsertando continuamente os significados em sucessivos jogos de aplicação e interpretação³⁰². Assim, precedente se insere em um círculo hermenêutico, podendo ser fortalecido ou enfraquecido com mudanças no plano normativo, ou seja, os precedentes sofrem impacto positivo ou negativo das modificações constitucionais ou legislativas³⁰³.

Diante do exposto, apresentar-se-ão alguns mecanismos de diálogo institucional presentes no Brasil, pelos quais se possibilita uma resposta do Legislativo às interpretações constitucionais do Judiciário, dentre os quais se encontram a possibilidade de elaboração de lei semelhante à declarada inconstitucional.

Com a abordagem desses mecanismos, busca-se demonstrar que o Brasil possui um modelo moderadamente dialógico³⁰⁴, que deve ser discutido doutrinariamente e aperfeiçoado institucionalmente, com o objetivo de alcançarmos as vantagens que os diálogos institucionais podem propiciar à democracia.

5.2 A ausência de vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal ao Poder Legislativo e o art. 102, § 2º e 103-A da Constituição Federal de 1988

O controle judicial abstrato de constitucionalidade tem por objetivo tutelar a ordem jurídica constitucional frente a leis ou atos normativos com ela incompatíveis e suscita, em regra, efeitos retroativos, gerais – *erga omnes* – e vinculantes. Para que se operem esses efeitos, não é necessária a atuação do Senado Federal, já que os legitimados para a sua propositura agem em nome próprio defendendo o interesse de toda a coletividade, sob o manto da legitimidade extraordinária.

Todavia, o efeito vinculante das decisões das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 ao art. 102, § 2º, CF/88, atinge os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração

³⁰² LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 321.

³⁰³ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 429.

³⁰⁴ Dessa maneira também entende: SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias de supremacia. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, p. 313 – 357, 2011, p. 342.

pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Dessa maneira, destaca-se que o efeito vinculante não se aplica ao próprio órgão que proferiu a sentença, ou seja, não alcança o STF, o qual pode rever seu entendimento e também não se aplica à atividade legiferante do Poder Legislativo. Tratam-se de limites subjetivos ao efeito vinculante dessas decisões.

No mesmo sentido, sinaliza o art. 103-A do texto constitucional, que, ao dispor sobre a elaboração das súmulas vinculantes – aprovadas mediante decisão de dois terços dos membros do STF e após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional –, estabelece que seus efeitos vinculantes se aplicam apenas aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Assim, a decisão do STF não é, de maneira ampla, a palavra final da interpretação constitucional, já que ele mesmo, desde que mediante procedimento adequado, pode reavaliar o caso posteriormente e vislumbrar nova alternativa. Além disso, a ausência de vinculação, no sistema jurídico brasileiro, do Legislativo às decisões do Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade, ainda que estas decisões sejam dotadas de efeito vinculante, permite um diálogo entre eles.

Não cabe, portanto, como aponta o ministro Cezar Peluso na reclamação de número 2.617 Agr/MG, reclamação com alegação de desrespeito por lei posterior à decisão do STF, pois isso geraria uma intervenção na atuação do Legislativo, “impedindo-o de legislar sobre a matéria, toda vez que esta Corte se manifeste pela inconstitucionalidade de lei preexistente”³⁰⁵.

³⁰⁵ Decisão na RCL/2617: “1. Trata-se de reclamação, com pedido de liminar, ajuizada em face da Lei nº 14.938/03, que, editada pelo Governador do Estado de Minas Gerais, instituiu taxa de segurança pública, em suposta afronta à decisão proferida na ADI nº 2.424-MC. 2. De todo inviável o pedido. É firme a jurisprudência desta Corte que não admite reclamação contra lei posterior à decisão cujo desrespeito se alega (cf. Rcl nº 344-AgrR, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 08/02/2002; Rcl nº 552, rel. Min. VICTOR NUNES LEAL, DJ de 01/06/1966; Rcl nº 706, rel. Min. AMARAL SANTOS, DJ de 18/11/1968). Se assim não fosse, interferir-se-ia de maneira desarmoniosa na esfera de atuação do Poder Legislativo do Estado, impedindo-o de legislar novamente sobre a matéria, toda vez que esta Corte se manifeste pela inconstitucionalidade de lei preexistente. Nesse sentido: “A instauração do controle normativo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal não impede que o Estado venha a dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada nos atos estatais impugnados, especialmente quando o conteúdo material da nova lei implicar tratamento jurídico diverso daquele resultante das normas questionadas na ação direta de inconstitucionalidade” (Rcl nº 467, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 09/12/1994). 3. Ante o exposto, nego seguimento à reclamação (art. 21, RISTF; art. 38, Lei 8.038/90; art. 557, CPC), determinando o oportuno arquivamento dos autos. Publique-se. Int.. Brasília, 17 de junho de 2004. Ministro CEZAR PELUSO Relator.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão na RCL/2617.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=121&dataPublicacaoDj=25/06/2004&incidente=2217067&codCapitulo=6&numMateria=98&codMateria=2>>. Acesso em: 12 set. 2014.

A ausência de vinculação do Legislativo às decisões do STF, nesses casos, beneficia o equilíbrio entre os poderes e dificulta o fenômeno da fossilização da Constituição no que diz respeito à sua interpretação, que não se restringe à reanálise do próprio Supremo Tribunal Federal, mas pode ser almejado também pelo Legislativo.

Isso faz que autores como Mendes³⁰⁶, conforme apresentado anteriormente, concluam que não há, no Brasil, uma última palavra na interpretação constitucional, nem muito menos um monopólio da interpretação constitucional, mas sim uma última palavra provisória. Contudo, salienta-se que, nas ações judiciais, é indispensável que haja a última palavra para que se dê o fim do processo e do conflito intersubjetivo, essenciais para a pacificação social e segurança jurídica, contudo, o fim do processo não gera o encerramento de toda a atividade interpretativa, mas sim a atividade interpretativa daquele processo³⁰⁷.

Dessa maneira, é possível que o legislador elabore nova lei com conteúdo idêntico ou similar à lei anteriormente declarada inconstitucional³⁰⁸. Isso pode gerar um diálogo institucional, visto que, ao elaborar nova lei, o Poder Legislativo pode analisar e debater os argumentos explanados em decisão de controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e esforçar-se para superar tais argumentos. Nesse sentido, coadunam autores como Clèmerson Merlin Clève³⁰⁹ e Luís Roberto Barroso³¹⁰.

Com a elaboração de nova lei com conteúdo similar a outra já declarada inconstitucional, o STF não deve se restringir a entendê-la como afronta a sua autoridade, mas deve, em atenção ao diálogo institucional, considerar e refletir sobre os novos argumentos

³⁰⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

³⁰⁷ NETO. Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 143 - 144.

³⁰⁸ Emenda da RCL/467: “RECLAMAÇÃO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - GARANTIA DA AUTORIDADE DE DECISÃO DO STF - CABIMENTO - INOCORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO ALEGADO - PEDIDO INDEFERIDO. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de utilização, ainda que em caráter excepcional, da via reclamatória como instrumento processual idôneo de preservação da autoridade decisória dos julgados proferidos em sede de ação direta de inconstitucionalidade. Precedentes. - A instauração do controle normativo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal não impede que o Estado venha a dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada nos atos estatais impugnados, especialmente quando o conteúdo material da nova lei implicar tratamento jurídico diverso daquele resultante das normas questionadas na ação direta de inconstitucionalidade.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa da RCL/467**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=&dataPublicacaoDj=09/12/1994&incidental=1579530&codCapitulo=5&numMateria=89&codMateria=1>>. Acesso em: 12 set. 2014.

³⁰⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 240 - 241.

³¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 228.

elaborados pelo Legislativo bem como os debates emergidos da opinião pública utilizados para basear a construção da norma. Até porque a composição da corte pode ter alterado, assim como o entendimento dos ministros e a configuração e necessidade da sociedade³¹¹.

Outrossim, participa, em corrente minoritária, Alexandre de Moraes³¹² para o qual, sendo o Judiciário o maior intérprete de compatibilidade no âmbito abstrato do ordenamento jurídico com a Constituição, o Legislativo também estaria sujeito ao efeito vinculante, não podendo elaborar nova lei com redação igual ou similar a outra já declarada inconstitucional.

Para além disso, permite-se a aprovação de emenda constitucional que supere a interpretação realizada pelo STF, necessitando, para isso, apenas da observância do quórum de três quintos dos membros da casa e os demais requisitos específicos dispostos no art. 60 e seus parágrafos. Nesse sentido, Barroso³¹³ corrobora dispondo que discordando com a inteligência atribuída pelo STF a uma norma constitucional, o Legislativo sempre poderá emendar a Constituição, desde que obedecendo os requisitos próprios desse procedimento. O autor afirma ainda que existem vários casos – tanto no direito brasileiro como no direito comparado – nos quais emendas foram elaboradas e aprovadas modificando interpretações estabelecidas pela Suprema Corte.

Diante do exposto, buscar-se-á pesquisar casos em que se visualiza esse diálogo resultante da elaboração de nova lei com conteúdo similar de outra lei anteriormente declarada inconstitucional pelo STF ou até mesmo da elaboração de Emenda à Constituição como reação à decisão, em sede de controle de constitucionalidade, proferida pelo STF.

Até o dia 21 de julho de 2015, oitenta e oito emendas à Constituição brasileira de 1988 haviam sido publicadas no Diário Oficial da União e constatou-se que muitas delas foram criadas claramente com o objetivo de superar interpretações realizadas anteriormente pelo STF, dentre as quais merecem destaque as Emendas Constitucionais de números 19, de 1998, 20, de 1998, 29, de 2000, 33, de 2001 e a 39, de 2002, 57 de 2008, 58, de 2009.

A Emenda Constitucional 19, de 04 de julho de 1998 teve por objetivo modificar o regime e tratar sobre os princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes

³¹¹ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 145.

³¹² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. atual. até a EC nº 455/07. SÃO PAULO: Atlas, 2007, p. 2490.

³¹³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25.

públicos, bem como do controle de despesas e de finanças públicas e custeio de atividades de incumbência do Distrito Federal.

Dentre os artigos alterados está o art. 37, XI, CF/88, cuja redação original dispunha que o limite máximo e a relação entre maior e menor remuneração dos servidores públicos seria fixado por lei, devendo, no entanto, serem observados como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores da remuneração, em espécie e a qualquer título, dos membros do Congresso Nacional, ministros de Estado e ministros do STF nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, já em se tratando de Municípios, os valores angariados a título de remuneração pelo prefeito.

Ocorre que, na ADI 14, com julgamento pleno datado de 13 de setembro de 1989, o STF posicionou-se no sentido de que as vantagens de caráter pessoal não se inseriam como remuneração “em espécie e a qualquer título” que fixava o teto remuneratório na redação original do art. 37, XI, CF/88³¹⁴.

Todavia, em superação a esse entendimento, a nova redação do art. 37, XI, CF/88, dada pela Emenda Constitucional 19, de 04 de julho de 1998, inseriu expressamente as vantagens pessoais ou de qualquer natureza no cômputo do teto remuneratório.

No âmbito tributário, por sua vez, o Recurso Extraordinário de número 166772³¹⁵, com julgamento no tribunal pleno em 12 de maio de 1994, declarou a inconstitucionalidade de uma lei que incluiu entre as contribuições previdenciárias obrigatórias a incidente sobre a remuneração dos autônomos e administradores. Isso porque a redação original do art. 195 da CF/88 dispôs que uma das formas de financiamento da seguridade social seria as contribuições sociais dos empregadores, as quais incidiriam sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro. Assim, para o STF, a redação não incluiu dentre os rendimentos que deveriam se sujeitar à contribuição previdenciária, os percebidos por indivíduos sem vínculo empregatício.

Nesse contexto, almejando a superação desse entendimento, Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro 1998, alterou o art. 195 da CF/88, para dispor que as contribuições previdenciárias teriam incidência sobre a folha de salário, bem como sobre os

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 14**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 166772**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1568587>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

demais rendimentos de trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, a pessoa física que lhe preste serviço, com ou sem vínculo empregatício.

A Emenda Constitucional 29, de 13 de setembro de 2000, por sua vez, alterou o art. 156, § 1º, da CF/88 para permitir que o Imposto Predial e Territorial Urbano seja progressivo em consequência do valor venal do imóvel. Tal redação superou os anteriores entendimentos do STF, como o ocorrido na RE 153771³¹⁶, com julgamento pleno em 20 de novembro de 1996, no qual o STF entendeu não ser possível a progressividade fiscal do IPTU.

Já no RE 203075³¹⁷, com julgamento na primeira turma em 05 de agosto de 1998, diante do texto anterior do art. 155, § 2º, IX, a da CF/88, cuja redação fora dada pela Emenda Constitucional de nº 3 de 1993, o STF entendeu que não haveria incidência de ICMS no caso de importação por pessoa física, pois, em sua interpretação, o texto constitucional, ao tratar sobre a circulação de mercadorias e estabelecimento, restringiu o fato gerador do imposto a operações de natureza mercantil ou assemelhada.

Assim, a Emenda Constitucional 33, de 11 de dezembro de 2001, superando este entendimento, alterou a redação do referido artigo com o fim de, para além dos casos anteriormente já previstos, o ICMS também incidir “sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade [...]”.

A Emenda Constitucional 39, de 19 de dezembro de 2002, por sua vez, acrescentou o art. 149-A ao texto constitucional, com o propósito de instituir contribuição para custear o serviço de iluminação pública nos Municípios e no Distrito Federal. O Legislativo assim agiu como resposta às recorrentes decisões proferidas pelo STF de inconstitucionalidade de leis municipais que instituíam as taxas de iluminação pública, considerando que a taxa é espécie de tributo que deve ser utilizada apenas para remunerar serviços públicos divisíveis e específicos, que não é o caso da iluminação pública.

A Emenda Constitucional 57, de 2008, será tratada aprofundadamente no tópico posterior, quando serão abordadas as omissões legislativas.

³¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 153771**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=153771&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

³¹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 203075**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=203075&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

Por fim, a Emenda Constitucional 58, de 23 de setembro de 2009, trouxe alterações na redação original do art. 29, IV, CF/88, a qual previa que o número de vereadores de cada Município seria proporcional à sua população observados os limites mínimos e máximos estabelecidos nas alíneas, quais sejam, mínimo de nove e máximo de vinte e um quando o Município possuir até um milhão de habitantes; mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios que possuam mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; e no mínimo quarenta e dois e no máximo cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes.

Ocorre que, diante da proporcionalidade e de limites tão amplos dispostos no referido artigo, ao elaborarem as suas leis orgânicas e em atenção à autonomia política municipal, os membros da Câmara Municipal entendiam que tinham discricionariedade na escolha do número de vereadores, desde que respeitados os limites constitucionais.

Assim ocorreu no Recurso Extraordinário de nº 197917³¹⁸, quando se impugnou o número excessivo de vereadores no Município de Mira Flores/SP, o qual possuía apenas 2.651 habitantes. O STF, no caso, entendeu que, embora respeitando os limites constitucionais, a lei orgânica desrespeitou a exigência constitucional expressa da proporcionalidade, sendo, por isso, inconstitucional.

Todavia, no caso concreto, observou-se a consolidação da situação e concluiu-se que a nulidade da lei e os efeitos *ex tunc* – que normalmente ocorreriam diante da declaração de inconstitucionalidade – gerariam grande risco ao sistema legislativo vigente, pelo que, diante do princípio da segurança jurídica e fazendo prevalecer o interesse público, o plenário do STF, com julgamento em 06 de junho de 2002, conferiu, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Após a consolidação deste entendimento pelo STF e diante da consequente redução do número de parlamentares municipais, as forças políticas municipais pressionaram o Congresso Nacional para a aprovação de emenda constitucional que aumentasse o número de vereadores.

Nesse contexto que surgiu a Emenda Constitucional 58, de 23 de setembro de 2009, que, alterando o art. 29, IV, CF/88, aboliu a proporcionalidade do texto do artigo e estabeleceu apenas limites máximos do número de vereadores para a composição das

³¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 197914**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28197917.NUME.+OU+197917.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mfzqv8>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

Câmaras Municipais a partir do número de habitantes, o que acabou por, na prática, aumentar o número de vereadores.

Além disso, apesar de aprovada em 23 de setembro de 2009, como referenciado acima, a Emenda Constitucional 58 fez constar, em seu art. 3º, I, que suas alterações ao texto do art. 29, IV, CF/88, valeriam a partir do processo eleitoral de 2008.

Assim, diante da polêmica, a retroatividade criada pela Emenda foi questionada pelo Procurador-Geral da República perante o STF através da ADI 4.307³¹⁹, julgada procedente pelo plenário do Tribunal, com acórdão publicado em 1º de outubro de 2013. O plenário do STF posicionou-se no sentido de que retroatividade dos efeitos das regras constitucionais que tratam sobre a composição das Câmaras Municipais em pleitos já ocorridos e devidamente encerrados ocasiona lesão à garantia do pleno exercício da cidadania popular, bem como ao princípio da segurança jurídica.

Diante dos exemplos acima dissecados, destaca-se a importância da possibilidade de Emendas Constitucionais superarem o entendimento do STF, permitindo o diálogo entre os Poderes Legislativo e Judiciário, oportunizando que cada um contribua com a interpretação constitucional de acordo com suas capacidades institucionais, sem deixar de ser fiscalizado e de fiscalizar a atuação do outro, bem como impedindo a cristalização de decisões do STF que, na prática, gerem efeitos indesejados ou inadequados socialmente.

Para fins de diagnóstico de real existência de produção de resposta do Legislativo às decisões do Judiciário, destaca-se, ainda, os debates realizados na PEC 2, de fevereiro de 2011. Tal proposta teve por finalidade instituir que a suplência na Câmara dos Deputados deve seguir a lista da coligação partidária e não a do partido.

Esse projeto surgiu após o STF proferir decisões no sentido de desconsiderar que a formalização das coligações pode gerar consequências para além do período eleitoral, como no caso do cômputo dos votos direcionados à coligação na determinação dos quocientes eleitoral ou partidário e essa reação está expressa na própria justificativa do projeto de Emenda³²⁰.

Nos debates realizados durante o mês de março de 2011 na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados na avaliação da PEC 2/2011, ganhou

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4307**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=ADI%204307&processo=4307>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

³²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 2 de 2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=838601&filename=PEC+2/2011>. Acesso em: 28 jul. 2015.

destaque o enfático posicionamento do Deputado Nazareno Fonteles, que se manifestou da seguinte maneira: “Se a gente deixar que eles [juízes] tomem conta da República, estaremos caminhando, se não para uma ditadura, pelo menos para uma oligarquia comandada pelo Judiciário”³²¹.

Esta PEC não seguiu adiante, pois posteriormente o próprio STF superou o seu anterior entendimento, para entender, assim como a Câmara dos Deputados, que a suplência deve observar a lista da coligação partidária e não a do partido³²². Todavia, tal caso não deixa de ser emblemático e interessante para observação do diálogo institucional propiciado pela elaboração de emendas constitucionais.

Além do diálogo existente em razão da possibilidade de elaboração de Emenda à Constituição como reação do Legislativo a decisões do Judiciário, visualiza-se diálogo também quando da elaboração de nova lei com conteúdo similar de outra lei anteriormente declarada inconstitucional pelo STF, como referenciado anteriormente.

Nesse âmbito, destacam-se dois casos: um no qual o STF não aceitou a correção legislativa sustentando que lei ordinária não pode inverter interpretação da Corte, que teria a última palavra na interpretação constitucional, posição que deve ser veementemente criticada na esfera do diálogo institucional; e um segundo caso, no qual o STF admitiu a correção legislativa de sua interpretação constitucional, oferecendo certa abertura ao diálogo.

O primeiro caso a ser referenciado trata sobre o tema da aplicação do foro por prerrogativa de função. O STF aprovou, em sessão plenária, em abril de 1964, ainda sob a égide da Constituição de 1946, a Súmula 394, a qual dispôs que, quando um crime houver sido praticado durante o exercício funcional, mesmo que o inquérito ou a ação penal sejam instituídos após a cessação de seu exercício, a competência por prerrogativa de função permanecia.

Todavia, tal súmula foi cancelada posteriormente pelo Tribunal, como se extrai do Inquérito de nº 687-4³²³, decidido em 1999, no qual se declarou que a tese aventada naquela não mais se reflete no art. 102, I, b, do texto constitucional de 1988.

³²¹ JUNQUEIRA, Caio. Câmara reage ao ativismo judicial. **Valor Econômico**, 24 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/878987/camara-reage-ao-ativismo-judicial>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 30260**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4014471>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 687-4**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80757>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

O legislador, por sua vez, diante da mudança jurisprudencial do STF e almejando a manutenção do foro por prerrogativa de função mesmo após findo o exercício da função pública, incluiu – através da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002 – o art. 84, § 1º, no Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 –, dando-o a mesma redação da anterior Súmula 394.

Posteriormente questionado através da ADI nº 2797, o artigo foi declarado inconstitucional, com publicação do acórdão da decisão final em dezembro de 2006. O grande problema do julgamento não está na declaração de inconstitucionalidade, mas nos argumentos que prevaleceram para a sua prolatação, que não partiram de uma abordagem material da questão, mas que se fundaram na impossibilidade de lei ordinária opor-se a entendimento do guardião da Constituição, o STF. Nesse sentido, expõe o relator, o então ministro Sepúlvera Pertence, em voto vencedor³²⁴:

O novo § 1º do art. 84 CPPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada no Inq 687-QO, 25.8.97, rel o em. Ministro Sydney Sanches(RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. [...] A indagação que assim logo se põe é saber se lei ordinária é instrumento normativo apto a alterar jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, fundada direta e exclusivamente na interpretação da Constituição da República. A resposta é negativa. [...] Coisa diversa, convém repisar, é a lei pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: aí, a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação de norma de hierarquia superior. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisdição constitucional, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental. [...] Admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria a Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.

Ocorre que o Legislativo também é competente para interpretação constitucional, não devendo essa atividade ser restrita ao STF, como demonstrou o relator no voto acima.

O voto no ministro Gilmar Ferreira Mendes³²⁵ nesse mesmo caso, por sua vez, corrobora com o entendimento desenvolvido neste trabalho. O ministro inclusive criticou o

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Sepúlvera Pertence na ADI 2.797-2**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi2797.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

³²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI 2.797**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:x-mX-fQ7pEgJ:www.gilmarmendes.com.br/index.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%2>

posicionamento do relator em razão de inequívoca contradição com voto que anteriormente prolatara em caso similar – no âmbito do Agravo Regimental na Reclamação de nº 2.617/MG de relatoria do ministro Cezar Peluso – no qual também se discutia a possibilidade de o legislador elaborar lei com teor substancialmente idêntico a outro ato normativo já declarado inconstitucional pelo STF. Neste caso, em sentido diametralmente contrário ao apresentado na ADI nº 2797, conforme salientou Mendes em seu voto, Pertence dispôs que a revisão da declaração de inconstitucionalidade gerada pela elaboração de leis infraconstitucionais que substancialmente se assemelham com a já declarada inconstitucional é positiva já que permite reiniciar a discussão em razão da mudança de contexto histórico ou político, que podem ocasionar uma mutação informal da Constituição.

Além da crítica, Mendes ainda destacou a necessidade de dar continuidade ao diálogo através da (re)incidência, da criação ou da regulação de matéria constitucional pelo legislador federal de modo diverso do realizado pelo STF. Defendeu, ainda, a impossibilidade de se presumir a inconstitucionalidade dos dispositivos questionados na ADI pelo simples motivo de contrariar a última palavra conferida ao STF.

O segundo caso a ser destacado, por sua vez, é um exemplo no qual o STF admitiu a correção legislativa de sua interpretação constitucional, oferecendo certa abertura ao diálogo. Trata-se da interpretação quanto ao cômputo do tempo de serviço prestado fora da sala de aula para fins de aposentadoria especial do professor, com base no art. 40, § 5º e no art. 201, § 8º, ambos da Constituição Federal de 1988.

Quanto a isso, a interpretação da Corte, a qual concebeu a Súmula 729, era no sentido de que não se computava o tempo de serviço fora de sala de aula para fins de aposentadoria especial de professores. Contudo, a Lei nº 11.430/2006, em sentido contrário ao entendimento sumulado, estabeleceu que as atividades de direção escolar e de coordenação e assessoramento pedagógico realizadas em estabelecimentos de educação básica também seriam computadas para o devido fim de aposentadoria especial.

A referida lei foi impugnada por meio da ADI 3.772³²⁶ e o STF, observando os argumentos elaborados pelo Poder Legislativo, reviu seu entendimento e assegurou a interpretação do legislador quanto a essa matéria.

6download%3D436:adi-2797%26id%3D51:improbidade-administrativa%26Itemid%3D76+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 jul. 2015.

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.772**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2399227>> Acesso em: 05 set. 2014.

Diante dos exemplos citados neste tópico, destaca-se o potencial dialógico que há no Direito brasileiro e que na prática pode ser visualizado em vários casos, possibilitando soluções melhores aos conflitos constitucionais.

5.3 A suspensão da execução de lei pelo Senado Federal e o art. 52, X, da Constituição Federal de 1988

Como já referenciado anteriormente, o controle de constitucionalidade no Brasil pode ser realizado por via direta – concentrado –, mas também por via incidental – difuso.

O controle difuso, realizado na análise de um caso concreto, não sendo, portanto, o objeto principal da ação, pode ser consubstanciado por qualquer juiz ou tribunal, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito de causas nas quais possua competência originária – art. 102, I, CF/88 –, em sede de recurso ordinário – art. 102, II, CF/88 – ou de recurso extraordinário – art. 102, III, CF/88.

Em qualquer desses casos, ao declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei por maioria absoluta e com a observância da reserva de plenário consoante o art. 97 da CF/88, o STF deverá comunicar tal decisão ao Senado Federal, para fins do art. 52, X, do texto constitucional. Tal obrigação está prevista no atual regimento interno do Supremo Tribunal, no art. 178³²⁷.

O art. 52, X, da Constituição Federal de 1988 traz uma participação do Legislativo nos efeitos da declaração de constitucionalidade incidental ao dispor que é competência privativa, todavia, apesar da literalidade do texto constitucional, ressalte-se que tecnicamente se trata de competência exclusiva, do Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Tal possibilidade teve sua primeira previsão na Constituição de 1934 e, desde então, com exceção do texto constitucional de 1937, vem sendo repetidamente garantida constitucionalmente.

Essa disposição constitucional teve por objetivo solucionar o problema de se conceder eficácia *erga omnes* a decisões do STF em sede de controle difuso. Isso porque esse controle foi transplantado dos Estados Unidos, onde se atribui efeitos vinculantes de suas

³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**: [atualizado até janeiro de 2015] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2015.

decisões aos demais órgãos judiciais submetidos à sua competência revisional, apesar de prolatadas na constância de um caso concreto, o que não ocorre no Brasil³²⁸, o qual possui a peculiaridade de deter um sistema de controle de constitucionalidade misto, isto é, difuso e concentrado. Além disso, tal previsão constitucional beneficiou a divisão dos Poderes e o princípio federativo.

Logo, o objetivo dessa disposição foi permitir que decisões declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, ou seja, no âmbito de um caso concreto, obtivessem efeitos *erga omnes* e vinculantes que normalmente não possuiriam. Permite-se, outrossim, a participação do Legislativo no controle de constitucionalidade, o qual terá a faculdade – considerando a discricionariedade e a natureza política do ato – de, avaliando a oportunidade e conveniência, suspender a execução de lei, nos termos anteriormente dissecados.

Ocorre que essa previsão, conforme crítica de Streck³²⁹, desgastou-se com o tempo, pois o STF, de maneira discricionária, optava por enviar ao Senado Federal apenas as decisões que lhes parecessem mais relevantes, mantendo os efeitos restritos às partes nos casos em que lhes confiassem, o que foi discutido na reclamação de número 4335 de 2006³³⁰, oriunda do Acre e com relatoria do então ministro Gilmar Ferreira Mendes.

A Defensoria Pública da União, por meio do Defensor Público-Geral Federal, propôs referida reclamação contra decisão do Juiz de Direito da Vara de Execução Penal da Comarca de Rio Branco, Acre, na qual se indeferiu a progressão de regime para condenado pela prática de crimes hediondos, utilizando-se como fundamento o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, o qual, em texto original, determinava que a pena para os crimes hediondos seria cumprida integralmente em regime fechado, dispositivo anteriormente declarado inconstitucional pelo plenário do STF em fevereiro de 2006, nos autos de um processo individual do Habeas Corpus 82.959/SP de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ou seja, no âmbito de controle difuso de constitucionalidade, o qual atribui efeito *inter partes* às decisões.

Diante do efeito restrito às partes do processo, pela teoria tradicional, não haveria que se falar, em regra, em reclamação, instrumento constitucional previsto no art. 102, I, I,

³²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 151.

³²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 291.

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4335**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

utilizado para garantir a competência e a autoridade das decisões do Supremo, visto que não se pode exigir autoridade de uma decisão que não atinge a todos, já que é detentora apenas de efeitos *inter partes* e não vinculantes.

Todavia, inicialmente, em fevereiro de 2007, o relator, ministro Gilmar Ferreira Mendes acompanhado pelo ministro Eros Grau em abril de 2007, em sentido contrário do que foi defendido anteriormente, conheceram e votaram pela procedência do pedido da reclamação de número 4335 de 2006, sob a defesa da teoria da abstrativização do controle difuso.

Mendes³³¹ questionou a razão da existência da diferenciação de efeitos das decisões de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato e difuso e afirmou que a necessidade de participação do Senado para atribuir efeitos *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso permanece e assenta-se por razões meramente históricas. Além disso, defendeu a necessidade de uma releitura da função do Senado no controle de constitucionalidade, pela existência de efeitos *erga omnes* no controle concentrado existente no Brasil, pela mudança das necessidades sociais e pela alteração e ampliação substancial do papel da Corte. Assim, o relator perfilhou o entendimento pela mutação constitucional do art. 52, X, CF/88, por consequência das alterações angariadas pelo sistema jurídico.

Eros Grau³³², por sua vez, questionou os limites da interpretação, e sua expansão diante da moldura do texto. Isso porque, ao defender a mutação constitucional do art. 52, X, CF/88, na verdade, o ministro Gilmar Mendes implementou uma verdadeira alteração ou substituição do texto para dispor que é competência de o Senado Federal dar publicidade à suspensão de lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso, realizada pelo STF, e não se restringiu a uma mera interpretação. Todavia, tal alteração, para Eros Grau é possível e se enquadra como uma mutação constitucional, uma vez que, mesmo ultrapassando as lindes do texto, considerou que sua tradição foi mantida e que foi coerente no seu contexto.

De competência política de atribuir efeitos *erga omnes* ao que antes tinha efeito apenas *inter partes*, ao Senado Federal, diante dos votos desses ministros, competiria a mera publicidade da suspensão da lei realizada pelo STF.

³³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatório do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Rcl 4335**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015, p. 25, 31, 52.

³³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto-Vista do Ministro Eros Grau**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015, p.

Tais votos, na prática, igualam os efeitos das decisões em controle abstrato e difuso, porque, para eles, ambas possuem eficácia *erga omnes* e vinculante, passíveis, portanto, de serem parâmetro para reclamação constitucional.

Entretanto, salientem-se as nuances que fazem necessárias a diferenciação entre os efeitos do controle difuso e do controle concentrado. Enquanto neste é possível a participação da sociedade civil, deferindo certa legitimidade democrática, naqueles não há essa possibilidade. Dessa maneira, a possibilidade de participação do Senado Federal na atribuição dos efeitos gerais do controle difuso, geraria uma participação democrática indireta. Assim, excluir essa possibilidade, seria extinguir a única forma de chancela democrática a processos de controle difuso. Além disso, prejudicar-se-ia os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, por atingir pessoas que não participaram do processo³³³.

Apesar de reclamação de número 4335 de 2006 ter sido conhecida e julgada procedente, pela maioria dos ministros – quais sejam, Gilmar Mendes, Eros Grau, Celso de Mello, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki, vencidos os votos dos Ministros Sepúlvera Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, os quais não conheceram a reclamação, mas defenderam a concessão de *habeas corpus* de ofício – apenas o relator e o Ministro Eros Grau defenderam expressamente a mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, com a interface da teoria da abstrativização do controle difuso, para concluir que, mesmo as decisões de inconstitucionalidade proferidas no âmbito do controle difuso pelo STF possuem efeitos *erga omnes* e que a competência do Senado Federal seria apenas de dar publicidade à decisão da Corte.

Os demais ministros que votaram pelo conhecimento e procedência do pedido contradisseram ou então não coadunaram com a teoria supracitada e utilizaram outras razões para seus votos.

Para compreender as razões dos demais ministros, destaca-se que a reclamação de número 4335 de 2006 se estendeu durante o tempo e só foi concluída em março de 2014, quando já se editara a Súmula Vinculante de número 26, de 2009, a qual dispôs ser possível a progressão de regime em crimes hediondos.

Com isso, os Ministros Teori Zavascki, Celso de Mello, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso votaram pelo conhecimento e procedência do pedido da reclamação 4335,

³³³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 551.

não sob a alegativa de a decisão reclamada afrontar a decisão proferida pelo STF em Habeas Corpus 82.959/SP, mas por entenderem que a decisão reclamada ia de encontro à Súmula Vinculante de número 26, que, mesmo sendo posterior à decisão, agora deveria ser considerada pela Corte no caso em análise.

Os ministros que se posicionaram contra o conhecimento da reclamação de número 4335 de 2006 argumentaram que a decisão em *Habeas Corpus* – ou seja, em sede de controle difuso – não detém de eficácia *erga omnes*, pelo que não poderiam servir de base para reclamação constitucional. Além disso, para eles, como a súmula vinculante é posterior à decisão reclamada, não poderia, no caso em questão, ser considerada para o conhecimento e deferimento da reclamação. Outrossim, entenderam que deveria ser concedido *habeas corpus* de ofício com o fito de o juiz que proferiu a decisão reclamada superar o obstáculo legal e analisar o pedido de progressão.

Diante disso, não obstante a maioria dos ministros terem votado pelo conhecimento e procedência da ação, o fundamento mais adotado e seguido foi o elaborado por Teori Zavascki em seu voto-vista³³⁴, isto é, a decisão reclamada contrariava a Súmula Vinculante de número 26. Esse fundamento, de certa maneira, fez que não sobressaíssem as posições do Relator e do ministro Eros Grau e a solução foi menos problemática no âmbito da separação dos poderes e do diálogo institucional, embora mereça destaque por ter configurado um potencial risco para estes.

5.4 As omissões legislativas

A ocorrência de diálogo institucional no Brasil também pode ser avaliada por intermédio dos institutos assegurados na Constituição Federal de 1988 – a primeira a tratar sobre esses instrumentos – para combater as omissões legislativas em regulamentar normas constitucionais, garantindo a plena aplicabilidade e eficácia de suas disposições. Os dois mecanismos são o mandado de injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), dispostos, respectivamente, no art. 5º, inciso LXXI e no art. 103, § 2º, ambos da CF/88.

Apesar de ambos buscarem remediar a ausência de tratamento legislativo sobre dispositivo constitucional que necessita de regulamentação, esses instrumentos se distinguem

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto-Vista do Ministro Teori Zavascki**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rc14335tz.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

em diversos aspectos, dentre eles a legitimidade de proposição e de julgamento e o objeto de cada um.

O mandado de injunção é instrumento que pode ser utilizado por qualquer pessoa, física ou jurídica, que não consiga concretizar direitos e liberdades constitucionais, ou ainda prerrogativas pertinentes ao exercício da nacionalidade, da soberania ou da cidadania dos quais é titular por ausência de norma regulamentadora mesmo que transcorrido tempo hábil para a sua edição, ou seja, busca-se a solução de um caso concreto. Dessa maneira, pode ser julgado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, em sede de competência originária, ou pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Superior Eleitoral, consoante se depreende, respectivamente, do art. 102, I, q, art. 105, I, h e art. 121, § 4º, V, todos da CF/88.

O grande debate doutrinário e jurisprudencial que emergiu após o surgimento desse instrumento na CF/88 concerne a eficácia da decisão quando constatada, em um caso concreto, a omissão do legislador que gerou a impossibilidade de exercício de direito, liberdade ou prerrogativas constitucionais pelo seu titular.

Sobressaíram, então, duas teses quanto a esses efeitos, quais sejam, a tese concretista e a não concretista.

Inicialmente, o mandado de injunção era aplicado no STF de maneira restrita, adotando-se a tese não concretista, pela qual apenas se declarava a inércia do Poder Público e comunicava tal decisão ao órgão competente. Assim ocorreu quando, pela primeira vez após a égide da CF/88, o Supremo Tribunal Federal tratou sobre omissão em análise de um caso concreto *leading case*, qual seja, o Mandado de Injunção de número 107³³⁵, com relatoria do ministro Moreira Alves e julgamento no pleno do Tribunal em outubro de 1990, no qual os ministros firmaram entendimento de que não poderiam elaborar uma norma para aplicação no caso concreto ou expedir norma geral, pois isso violaria os princípios constitucionais de separação dos poderes e da democracia.

Posteriormente, as decisões foram modificando essa atuação mais restrita, estipulando prazos para o órgão responsável pôr fim à lacuna normativa sob pena de o próprio Judiciário efetivar o direito, como ocorreu no MI nº 283³³⁶, com relatoria do Ministro

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 107-3**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/506_MIQO_107%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2015.

³³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 283**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+283.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+283.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/azodavy>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

Sepúlvera Pertence e julgado no pleno do Tribunal em março de 1991 e no MI nº 284³³⁷, com relatoria do Ministro Celso de Mello e julgamento no pleno do Tribunal em novembro de 1991. Assim, seguiram-se uma tradição de decisões de cunho mais concretista, possibilitando uma decisão normativa, não meramente declaratória da mora do Poder Público, mas com o intuito de, para além de comunicar a decisão de inércia, possibilitar a efetivação dos direitos, liberdades e prerrogativas prejudicadas.

Dentre os precedentes mais utilizados de decisões concretistas no âmbito do mandado de injunção, destacam-se o mandado de injunção que tratou sobre o direito de aposentadoria especial tratado no art. 40, § 4º, CF/88 e os mandados de injunção que trataram sobre o direito de greve.

O MI de nº 721³³⁸, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi interposto por uma servidora pública federal que pleiteou o direito previsto no art. 40, § 4º, III, CF/88, o qual garante a adoção de critérios e requisitos diferenciados para a concessão de aposentadoria para servidores que exerçam atividade sob condições especiais que gerem prejuízo à saúde ou à integridade física, nos termos a serem fixados em leis complementares.

Ocorre que as leis complementares para regulamentar tal direito nunca foram elaboradas, o que impossibilitava o seu exercício. Diante disso, em decisão do Tribunal Pleno em agosto de 2007, configurado o real exercício da atividade insalubre por mais de vinte e cinco anos pela servidora impetrante do MI, decidiu-se que esta tinha direito à aposentadoria especial e, em virtude da omissão legislativa, impôs-se a adoção, por meio do próprio pronunciamento judicial, das regras atinentes aos trabalhadores em geral no art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

No mesmo sentido concretista, desenvolveu-se a decisão do STF no tratamento do direito de greve do servidor público.

O art. 37, VII, da CF/88 previu o direito de greve dos servidores públicos da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios nos limites e nos termos definidos em lei específica. Ocorre que esta lei específica nunca fora produzida.

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 284**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+284.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+284.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax9mhv2>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

³³⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 721**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=721&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

Inicialmente, em sintonia com sua antiga percepção não concretista do mandado de injunção, o STF entendia que, diante da eficácia limitada da norma constitucional que trata sobre a greve dos servidores públicos, esse direito não poderia ser exercido enquanto não houvesse a elaboração da norma regulamentadora. Assim ocorreu no MI nº 20³³⁹, com decisão em tribunal pleno em maio de 1994 e com relatoria do ministro Celso de Mello, bem como no MI nº 485³⁴⁰, decidido em pleno do tribunal em abril de 2002 e com relatoria do ministro Maurício Corrêa, e MI nº 585³⁴¹, com decisão no tribunal pleno em maio de 2002 e com relatoria do ministro Ilmar Galvão.

Todavia, com a tendência de mudança da jurisprudência da perspectiva não concretista para a concretista, conforme apontado anteriormente, o STF passou a entender que, para além da declaração da omissão legislativa em editar norma regulamentadora para exercício de direito, dever-se-ia garantir uma solução normativa, capaz de concretizar o direito, através do próprio pronunciamento judicial, mesmo que provisoriamente – até que norma regulamentadora fosse elaborada. Isso se extrai das decisões em sede do mandado de injunção de número 670³⁴², com relatoria do ministro Maurício Corrêa e julgado em outubro de 2007 pelo tribunal pleno, bem como no MI de nº 708³⁴³, com relatoria do ministro Gilmar Ferreira Mendes e julgado pelo Tribunal Pleno também em outubro de 2007, e no MI nº 712³⁴⁴, com relatoria do ministro Eros Grau e com julgamento no pleno do Tribunal também em outubro de 2007. Para efetivar o direito à greve dos servidores públicos até a sustação da

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 20**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+20.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+20.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/byr8bvz>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

³⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 485**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+485.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+485.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ber4zl8>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

³⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 585**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+585.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+585.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c6sr3n4>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

³⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+670.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+670.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cswygf3>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

³⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+708.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+708.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/chjgwcv>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 712**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+712.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+712.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b65dvd5>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

omissão legislativa com a elaboração de norma regulamentadora, decidiu-se pela utilização temporária das regras disciplinadas na Lei 7.783/1989 utilizadas no setor privado.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), por outro lado, é realizada em tese para defesa de direito constitucional objetivo, já que é instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, sem a obrigatoriedade de análise de violação de direito em uma situação concreta e figuram como legitimados para sua propositura o rol taxativo do art. 103 da Constituição, o mesmo aplicado para a Ação Direta de Inconstitucionalidade comum. Já a competência para o seu julgamento, em âmbito federal, é exclusiva do STF.

Segundo o art. 103, § 2º, da CF/88, ao ser declarada a inconstitucionalidade por omissão, o Poder competente para sanar a omissão deverá ser comunicado para realizar as providências cabíveis e, em sendo órgão administrativo, será dado o prazo de trinta dias. Ocorre que o que interessa nessa pesquisa é a omissão legislativa – a qual a própria Constituição não estabelece qualquer prazo para sanar a omissão – e não a omissão de órgão administrativo – o qual pode ser atribuído prazo para agir.

Logo, o efeito constitucional da ADO em caso de omissão do Poder Legislativo é a ciência deste para que adote as providências necessárias, sem qualquer fixação de prazo para isso e o STF, por muito tempo, restringiu a ADO a esse efeito constitucional.

Todavia, diante da insuficiência da comunicação ao órgão Legislativo, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que a sentença que declara a inconstitucionalidade por omissão tem caráter mandamental – inclusive em razão do princípio do Estado de Direito, do dever de aplicação imediata dos direitos fundamentais e da previsão do mandado de injunção como instrumento para garantir os direitos e liberdades constitucionais – pelo que deve o legislador agir em tempo razoável³⁴⁵.

Diante disso, o STF tem utilizado a técnica de matriz germânica denominada de apelo ao legislador (*appellentscheidung*), pela qual o Tribunal apesar de rejeitar a inconstitucionalidade da norma, verifica uma tendência futura de declará-la inconstitucional, pelo que comunica ao legislador, por vezes estipulando prazos, a necessidade de alterar a

³⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na 3.682**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5cpLNez4H68J:www.gilmarmendes.org.br/index.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D417:adi-3682-e-adi-2240%26id%3D46:controle-da-omissao%26Itemid%3D76+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 jul. 2015, p. 17.

norma para evitar essa futura inconstitucionalidade, declarando seu estado de norma “ainda constitucional”³⁴⁶.

No nascedouro dessa teoria, destaca-se que o Tribunal Constitucional alemão também aplicou a Teoria da Aproximação (Annäherungslehre), segundo a qual o Tribunal deveria abster-se de pronunciar a inconstitucionalidade quando houvesse o conhecimento de que o Legislador esteja de fato empreendendo esforços no sentido de acabar com o estado de inconstitucionalidade³⁴⁷.

Há também uma segunda técnica de nascedouro germânico, por vezes confundida com a primeira, que também vem sendo aplicada pelo STF no Brasil e que também apresenta certa relação entre o Judiciário e o Legislativo brasileiros, qual seja, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

Ambas as técnicas surgiram na Alemanha para extirpar a omissão do ordenamento jurídico, que não deixa de ser uma afronta constitucional e, ao mesmo passo, não viola a própria sistemática constitucional. Assim, a Corte recusa-se a legislar, em atenção ao princípio da separação dos poderes e da democracia, mas se utiliza de técnicas de decisão nos casos de lacuna inconstitucional³⁴⁸.

A diferenciação precisa entre essas técnicas nem sempre é possível, já que ambas apresentam recomendações ou comunicações ao legislador e podem apresentar prazos para a sua atividade. Todavia, em regra, a doutrina aponta que enquanto na decisão em que se realiza o apelo ao legislador se rejeita a inconstitucionalidade, afirmando que a lei ainda é constitucional, mas que possui propensão para uma futura inconstitucionalidade; a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade declara a inconstitucionalidade de uma norma, mas, diante da possibilidade de gerar mais consequências do que benefícios jurídicos, o efeito de nulidade dessa declaração não é aplicado por determinado tempo³⁴⁹.

³⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 336 - 337.

³⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 336, nota 274.

³⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na 3.682**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5cpLNez4H68J:www.gilmarmendes.org.br/index.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D417:adi-3682-e-adi-2240%26id%3D46:controle-da-omissao%26Itemid%3D76+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 jul. 2015, p. 5 - 6.

³⁴⁹ ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 541 - 544. No mesmo sentido dispõe MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 307 - 308.

Caso emblemático no STF quanto ao tema é o da ADO de número 3682³⁵⁰, impetrado pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, com relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, julgado em maio de 2007 pelo pleno do tribunal.

No caso em questão, discutia-se a omissão do legislador na elaboração de lei complementar a qual o art. 18, § 4º, da CF/88, na redação dada pela Emenda Constitucional de nº 15, de 1996, reporta-se. Essa disposição constitucional trata da criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, determinando que estes devem ser feitos através de lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Estadual, além de depender de Estudo de Viabilidade Municipal, o qual será apresentado e publicado na forma da lei, e de consulta prévia da população dos municípios envolvidos, por intermédio de plebiscito.

O que fundamentou a elaboração da Emenda Constitucional nº 15, de 1996 que instituiu tal redação foi o aparecimento de muitos municípios novos com objetivos meramente eleitoreiros. Assim, buscou-se restringir a criação de municípios, evitando os recorrentes abusos.

Todavia, a lei a qual o artigo se refere não havia sido elaborada pelo Legislativo, pelo que todos os Municípios criados posteriormente a essa disposição eram inconstitucionais e assim foram sucessivamente declarados pelo STF em Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Ocorre que os efeitos da criação desses municípios não podem ser desconsiderados, pois, em razão dela, foram realizadas eleições, bem como recolhidos tributos municipais e contratados servidores, dentre outros efeitos.

Assim, apenas declarar a inconstitucionalidade das leis estaduais que criaram os municípios após a Emenda Constitucional nº 15, de 1996 poderia gerar mais consequências do que benefícios à segurança jurídica, devendo ser realizada uma ponderação entre os princípios da nulidade da lei declarada inconstitucional e a segurança jurídica. Assim surge a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, evitando-se um caos jurídico. Logo, apesar da inconstitucional, mantém-se a lei vigente por um prazo razoável capaz de permitir nova análise do legislador estadual com base em legislação federal que deverá ainda ser elaborada pelo Congresso Nacional.

³⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3683**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3682&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

Isso ocorreu concretamente no caso da ADI 2240³⁵¹, a qual buscava a declaração de inconstitucionalidade da lei do Estado da Bahia que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. No caso, o STF utilizou a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, para declarar a lei inconstitucional, mas mantendo-a vigente por 24 meses para que houvesse adequação com a lei federal que deveria ser editada pelo Legislativo Federal.

Logo, no caso da ADI 2240, embora houvesse uma lei que poderia ser declarada nula, o Tribunal não a declarou em razão de a sua incompatibilidade com a Constituição decorrer de omissão total ou parcial do legislador, bem como das consequências que essa nulidade poderia gerar.

Assim, considerando os casos – como o da ADI 2240 – em que a inconstitucionalidade decorreu da omissão do Congresso na edição de lei federal regulamentar do art. 18, § 4º, da CF/88, na ADO de número 3682, além de declarar a omissão inconstitucional do legislador, fez-se um apelo ao legislador para que, no prazo de 18 (dezoito meses), na elaboração da lei federal, fossem realizadas providências legislativas para sanar a omissão, além de que fossem contemplados na norma os casos imperfeitos ocasionados pela omissão.

Dessa forma, tal decisão rompeu com o anterior entendimento do Tribunal, que restringia os efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão à declaração de mora do Legislativo, com a fixação de prazo para sanar a omissão imposta apenas à Administração Pública³⁵².

Justificou-se o prazo de 18 (dezoito meses), não como um prazo para atuação do legislativo – embora tenha sido isso na prática o que ocorreu –, mas como um tempo razoável, considerando as decisões que declararam a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade – como as ADIs de nº 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 –, mantendo suas vigências pelo prazo de 24 meses para se adaptarem à lei federal em questão, até então inexistente.

Essa técnica adotada pelo STF se assemelha, como apontado anteriormente, com a teoria do aconselhamento judicial compreendida pela teoria do método judicial de Bateup,

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2240**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&sl=2240&processo=2240>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

³⁵² MARIANO, Cynara Monteiro; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Municipalismo e separação dos poderes: análise da legitimidade do julgado proferido na ADO 3.682 e da edição da Emenda Constitucional 57/2008. In: **O Supremo Tribunal Federal e os casos difíceis**. MARIANO, Cynara Monteiro; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 119 – 137, p. 121.

uma vez que, através dela, o Judiciário aconselha, assemelhando-se a uma prestação de assessoria jurídica não vinculante, que o Legislativo produza o instrumento normativo capaz de suprir a omissão.

Diante disso, a maioria dos ministros, em consonância com o relator, entenderam que ausência de lei, apesar de haverem muitos projetos de lei visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da CF/88, configura omissão inconstitucional em razão de ausência de efetiva deliberação e aprovação da lei, situação que se perpetuava desde a promulgação da Emenda Constitucional de nº 15/1996.

Saliente-se que, após referida decisão proferida pelo pleno do Tribunal em maio de 2007, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional de nº 57 de dezembro de 2008, a qual acrescentou o art. 96 no Ato das Disposições Transitórias, cuja redação dispôs que ficariam “convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação”.

Tal emenda, embora não tenha extinto a necessidade de criação de lei complementar federal, objetivou convalidar a situação dos Municípios que foram criados e com lei publicada até dezembro de 2006, mesmo com a omissão legislativa. Conforme Barreto Lima e Mariano³⁵³, esta medida decorreu da busca pela restauração do seu espaço político no arranjo institucional da separação dos poderes, por ter sentido que as anteriores decisões do STF usurparam a sua prerrogativa. Diante disso, a Emenda Constitucional de nº 57 não deixa de ser uma resposta do Legislativo à decisão do Judiciário.

Vislumbra-se, pois, que a concorrência tende a estimular o trabalho do Legislativo³⁵⁴, colocando em pauta temas que não eram prioridade na agenda política do órgão.

5.5. O minimalismo no Supremo Tribunal Federal

Uma das correntes dos diálogos institucionais, como abordado no capítulo anterior, defende o minimalismo judicial, destacando-se Cass Sunstein como seu defensor.

³⁵³ MARIANO, Cynara Monteiro; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Municipalismo e separação dos poderes: análise da legitimidade do julgado proferido na ADO 3.682 e da edição da Emenda Constitucional 57/2008. In: **O Supremo Tribunal Federal e os casos difíceis**. MARIANO, Cynara Monteiro; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 119 – 137, p. 121.

³⁵⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 260.

Dentre os princípios dessa concepção está em o Tribunal limitar-se a decidir apenas o necessário ao caso, sem formulações genéricas e, por vezes, apenas não decidir de imediato a questão, evitando-se decisões imaturas. Assim, compreende-se que o não fazer permitiria uma atuação do outro Poder.

Ocorre que a omissão gerada pela opção de não decidir a matéria, mesmo que momentaneamente, também pode gerar efeitos negativos à democracia se não for utilizado corretamente, com objetivo real de amadurecer o diálogo. Isso porque enquanto a omissão legislativa pode ser controlada através de instrumentos como mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão, já apresentadas anteriormente, a omissão judicial não possui meios de controle e, em princípio, contraria os próprios princípios jurisdicionais, que não permitem que o Judiciário simplesmente opte por não decidir uma questão a ele submetida.

Todavia, o STF possui uma agenda passiva e para realizá-la são utilizados especialmente três mecanismos, quais sejam, a definição da pauta de julgamento, o voto-vista e a decisão liminar em medida cautelar, permitindo-se que se adie determinadas decisões ou se espere para julgar a causa em um momento futuro indeterminado³⁵⁵.

Como expõe Mendes³⁵⁶, o STF utiliza constantemente desses artificios apenas para adiar ou esconder o conflito, aguardando que ele possa se resolver de outra maneira, configurando na verdade um vício passivo e não uma virtude passiva. Como exemplo desse vício passivo no âmbito do STF, o autor referencia o caso do julgamento da constitucionalidade do aborto de fetos anencéfalos.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 54³⁵⁷ deu entrada no STF no dia 17 de junho de 2004 e teve como relator o ministro Marco Aurélio, sendo decidida em sessão plenária apenas em abril de 2012, no sentido de reconhecer que a antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo não é conduta tipificada no Código Penal, não se enquadrando como crime de aborto.

³⁵⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 256.

³⁵⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 256.

³⁵⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 54**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

Para justificar tanta demora para inserir questão de tamanha relevância na pauta da corte, o relator assim declarou a um blog³⁵⁸:

Agora, creio que o tribunal está maduro para julgar a causa. O julgamento do processo das células-tronco embrionárias aplainou o terreno. Foi uma decisão refletida. Perguntei a mim mesmo: Devo tocar o processo? Para quê? Para queimar uma matéria de tão alta relevância? Não. Agora creio que o Supremo já está maduro para tratar da matéria. Já temos clima para julgar e, creio, autorizar a interrupção da gravidez de anencéfalos.

Não raras vezes é utilizado, no linguajar jurídico, a frase de que o processo está “engavetado” no STF, para fazer referência a processos que se encontram parados no Tribunal sem qualquer deliberação. Qualquer ministro pode engavetá-lo, impedindo seu julgamento, especialmente através do voto-vista.

Diante disso, deve se apreciar com cautela o passivismo do STF para averiguar se tem sido vicioso, prejudicando até mesmo o estímulo a um diálogo social e institucional, ao invés de um passivismo virtuoso.

5.6 As Propostas de Emenda à Constituição de números 3 de 2011, 171 de 2012 e 33 de 2011.

O diálogo institucional é tema de importância destacada não só na doutrina e na jurisprudência, como também no âmbito dos debates do Congresso Nacional brasileiro. Neste, destacam-se três propostas de Emenda à Constituição que tratam sobre o diálogo entre os poderes e sobre a tríade já dissecada no trabalho, qual seja, separação dos poderes, ativismo judicial e tensão institucional.

A proposta de Emenda à Constituição de número 3, de 2011³⁵⁹ é de autoria do deputado Nazareno Fonteles, enquanto que a proposta de Emenda Constitucional de número 171, de 2011³⁶⁰ é de autoria do deputado Mendonça Filho.

³⁵⁸ SOUZA, Josias de. STF julgará interrupção da gravidez de anencéfalo. **Blogs da Folha**, 31 maio 2008. Disponível em: < http://josiasdesouza.folha.blog.uol.com.br/reportagens/arch2008-05-01_2008-05-31.html>. Acesso em: 28 jul. 2015.

³⁵⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à Constituição nº 3, de 2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

³⁶⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à Constituição nº 171, de 2012**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544680>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

As referidas PECs possuem textos semelhantes, conferindo nova redação ao inciso V do art. 49 da Constituição Federal, o qual, em redação atual, permite que o Congresso Nacional suste os atos normativos do Executivo que ultrapassem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa. A nova redação, por sua vez, permitiria que essa sustação se realizasse em relação aos atos normativos de qualquer dos poderes, sejam eles provenientes do Executivo ou do Judiciário.

Em justificativa para o seu projeto, Fonteles expõe que o *caput* e o inciso XI do art. 49 do texto constitucional atribui ao Legislativo a competência de defender a manutenção de sua competência legislativa em face de atuação normativa dos outros poderes.

Assim, para o autor, apesar de a Constituição dispor sobre um controle, com natureza de controle político de constitucionalidade do Legislativo em relação à atuação do Executivo e do Judiciário, não existe mecanismo de realização de controle em face do Judiciário, mas apenas do Executivo, nos termos do conteúdo original do art. 49, inciso V.

Diante disso, a proposta teria por objetivo fortalecer o regime democrático com a aplicação completa da previsão constitucional de harmonia e independência dos poderes, através do saneamento do que seu autor considera uma omissão ou lacuna do texto constitucional, ao prever que o Legislativo pode sustar atos dos outros poderes que exorbitem o poder regulamentar ao dos limites de delegação legislativa, e não apenas os atos do Poder Executivo, como o texto original dispõe. Efetivar-se-ia, ainda, segundo o autor, o princípio dos freios e contrapesos.

Com o mesmo raciocínio, Mendonça Filho justifica a sua proposta dispondo que a independência deve estar aplicada juntamente com o equilíbrio e a harmonia dos poderes, de maneira que cada poder deve agir nos limites de sua competência, sem interferir nas atribuições do outro poder.

Mendonça Filho aponta que a proposta não está de encontro à separação dos poderes, mas sim favorável a ela, na medida em que não busca interferir na atividade dos outros poderes, mas sim permitir que o Legislativo defenda, nos termos da Constituição, a sua competência legislativa.

A Proposta de Emenda Constitucional de número 33, de 2011³⁶¹, por sua vez, também é de autoria do deputado Nazareno Fonteles, o qual, em justificativa, parte do atual

³⁶¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à Constituição nº 33, de 2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

protagonismo do Judiciário em contexto de judicialização da política, ativismo judicial e restrita autocontenção da Suprema Corte.

O autor do projeto afirma que o atual contexto brasileiro tem deslocado o debate de questões políticas de grande relevância social do Legislativo – órgão político dotado de legitimidade democrática – para o Judiciário, carente de legitimidade democrática. Por isso, defende a necessidade de restaurar a importância da representação política e da soberania popular, desafiadas pelo ativismo judicial.

Fonteles destaca que é habitual dizer que o STF é detentor da última palavra sobre a Constituição ou que esta é o que aquele diz ser, todavia, cabe, em verdade, ao povo dizer o que é a Constituição.

Referida PEC almeja a alteração dos artigos 97, 103-A e 102 da Constituição. No primeiro dispositivo, a intenção é que haja uma maior dificuldade para que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, necessitando-se do voto de quatro quintos dos ministros (nove ministros) em substituição à maioria absoluta (seis ministros) da redação original.

O segundo dispositivo em questão da PEC 33, de 2011, propõe dificultar a aprovação de súmulas vinculantes pelo STF, aumentando o quórum de dois terços de seus membros – presente no texto atual – para quatro quintos, além de submeter essa decisão ao Congresso Nacional, de modo que o efeito vinculante só passa a ocorrer com a aprovação do Poder Legislativo.

Isso porque, para o autor do projeto, as súmulas vinculantes vêm sendo adotadas pelo Judiciário sem a necessária observância do requisito de prolatação de reiteradas decisões, como se fosse um “cheque em branco” concedido pelo Legislativo. Por isso, haveria a necessidade de controle pelo Legislativo do efeito vinculante dessas súmulas para os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Assim, em caso de desaprovação do Legislativo ao efeito vinculante da súmula, esta tornar-se-ia apenas uma súmula ordinária da Corte.

Isso seria compatível inclusive, para o autor, com o art. 49, XI, da CF/88, que, como exposto acima, determina que o Congresso Nacional deve zelar pela manutenção de sua competência legislativa.

Por fim, no último dispositivo em análise, a PEC estabelece a concordância do Congresso Nacional como requisito para o efeito vinculante de decisão do STF que declare a inconstitucionalidade material de emenda à Constituição, em sede de ações diretas de

inconstitucionalidade. Assim, em caso de manifestação contrária do Congresso à decisão, esta será, segundo o texto da PEC, submetida à consulta popular.

Desse modo, a sociedade conquistaria importante competência no controle de constitucionalidade de emendas à Constituição, seja indiretamente, através de seus representantes políticos que compõem o Legislativo, seja diretamente, em caso de manifestação do Congresso Nacional contrária à decisão.

Alega-se, portando, como justificativa ao projeto, a total ausência de diálogo institucional entre os poderes Legislativo e Judiciário no sistema jurídico atual e a necessidade de ampliação desse diálogo, em atendimento à Separação dos Poderes, de maneira que se apresenta, como exemplo, o modelo dialógico adotado no Canadá e já dissecado no trabalho.

Essas propostas são mais um exemplo de tentativa de respostas do Legislativo – que considera que o equilíbrio da relação entre os poderes está abalado – ao ativismo judicial e à judicialização das relações sociais e devem ser avaliadas criticamente no presente capítulo.

Como se observa, quando as PECs propõem possibilitar que o Congresso Nacional suste ato do Supremo Tribunal Federal, há uma semelhança com a cláusula *notwithstanding*, ou cláusula não obstante do modelo canadense, instituída através da seção 33, a qual permite que o Legislativo declare expressamente que determinada lei ou algumas de suas disposições terão vigência apesar de ou não obstante ir de encontro com o texto constitucional.

Ocorre que, embora tais experiências não possam ser ignoradas, deve haver cautela na importação de teorias para o sistema brasileiro, pois as circunstâncias históricas, políticas, sociais e culturais devem ser consideradas para que não ocorra o equívoco de a busca pelo fortalecimento do regime democrático não acarrete ainda mais tensão institucional e prejuízos à separação dos poderes.

O contexto político brasileiro, ao contrário, por exemplo, do Canadá, é de forte tradição de supremacia judicial, como se extrai da jurisprudência já referenciada nesse trabalho, bem como da doutrina nacional.

Além disso, como apresentado anteriormente, já houve, na história constitucional brasileira – na Constituição Federal de 1937 –, um exemplo de adoção de mecanismo de semelhante a cláusula não obstante canadense e, ao invés de beneficiar o sistema democrático e o diálogo institucional, houve um fortalecimento do autoritarismo. Tal experiência não pode ser desprezada para direcionar ainda mais cautela no debate doutrinário interno sobre o tema.

Tais propostas geraram reação da doutrina nacional. Muitos compreenderam que as PECs representavam, na verdade, a controle político da Corte sobre o Congresso – com instauração de um sistema de submissão dos atos daquele a este –, ao invés do desejado controle hermenêutico das decisões³⁶², pelo que defendem a inconstitucionalidade das Propostas³⁶³.

Para Silva, as propostas ao atribuírem a última palavra sobre controle de constitucionalidade ao Legislativo não são capazes de “equalizar a jurisdição constitucional e os preceitos democráticos”, pois, em verdade, aniquilaria o papel contramajoritário do STF³⁶⁴.

Deve-se observar que, por vezes, a atuação ativa do STF se dá em razão da omissão do Legislativo. Além disso, o panprincipiologismo – apresentado como justificativa na PEC 33/2011 – atualmente presente em muitos julgados do STF – o qual, conforme anteriormente apresentado, utiliza princípios com grande grau de liberdade para justificar o que quer que seja em suas decisões – não sustenta a aprovação da Emenda Constitucional. Isso porque tal problema pode ser resolvido no âmbito ainda judicial, com a elaboração de decisões racionais que possuam uma argumentação jurídica mais adequada, não sendo necessário, para isso, criar os mecanismos propostos na Emenda, uma vez que tal problema apenas seria transferido de um órgão para outro órgão, até porque o Legislativo não se submete às regras existentes quanto à fundamentação das decisões ao contrário do Judiciário, consoante o art. 93, IX, da CF/88.

Por outro lado, a EC nº 45/2004 propõe, de maneira irrazoável, o aumento do quórum para declaração de inconstitucionalidade de leis para quatro quintos, exigindo-se o voto de nove dos onze ministros que compõem a Corte, sendo um quórum maior até mesmo do que se exige para julgamento dessas ações, pois, consoante do art. 22 da Lei 9.868/99, a ADI e a ADC devem ser decididas em sessão com a presença de, pelo menos, 8 ministros.

³⁶² SILVA, André Garcia Xerez Siva. Ativismo Judicial, “Pós-Positivismo “ e o controle das decisões do Supremo Tribunal Federal: análise das propostas de emenda à Constituição nº 3/11 e 33/11. In: AMORIM, Samira Macêdo Pinheiro de; AMARAL, Larissa Maciel do (org.); ALBUQUERQUE, Felipe Braga (coord.). **Temas de Direito Político**. Curitiba: CRV, 2014, p. 111.

³⁶³ Nesse sentido apresentou ARABI, Abner Youssif Mota. **A tensão institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal**. 2013. Monografia (Graduação em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/6789?mode=full>>. Acesso em: 2 ago. 2015, p. 75 - 79.

³⁶⁴ SILVA, André Garcia Xerez Siva. Ativismo Judicial, “Pós-Positivismo “ e o controle das decisões do Supremo Tribunal Federal: análise das propostas de emenda à Constituição nº 3/11 e 33/11. In: AMORIM, Samira Macêdo Pinheiro de; AMARAL, Larissa Maciel do (org.); ALBUQUERQUE, Felipe Braga (coord.). **Temas de Direito Político**. Curitiba: CRV, 2014, p. 115 - 116.

Além disso, o condicionamento à aprovação do Congresso Nacional do efeito vinculante das súmulas aprovados pelo STF, bem como o aumento do quórum também deve ser avaliado com cautela. Isso porque, como dissecado anteriormente, o efeito vinculante das súmulas não se aplica ao Legislativo, que já possuem meios eficazes para respondê-las, sendo maneiras, inclusive, muito mais benéficas ao diálogo institucional no âmbito nacional.

Da mesma maneira, o controle pelo Congresso Nacional dos atos normativos do Judiciário que ultrapassem o poder regulamentar e os limites da delegação legislativa deve ser estimulado de maneira que permita um diálogo produtivo entre os poderes e não apenas um controle resultante de uma luta política por espaço político. Nesse sentido, como exposto anteriormente, já há, no sistema brasileiro, mecanismos que permitem esse diálogo construtivo e benéfico para busca de respostas melhores, os quais não foram nem mesmo referenciados pelas PECs nº 3 de 2011 e 171 de 2011, no sentido de demonstrá-los insuficientes para os fins democráticos visados pelos parlamentares.

Destaca-se que a PEC nº 3 de 2011 e a 171 de 2011 se encontram apensadas e, até a última pesquisa realizada no dia 30 de julho de 2015, em tramitação, aguardando a criação de Comissão Especial temporária pela mesa para apreciá-las.

A PEC 33 de 2011, por sua vez, foi subscrita com 219 assinaturas dos membros do Congresso Nacional e possuiu parecer favorável na Comissão de Constituição e Justiça, publicado no Diário da Câmara dos Deputados no dia 16 de maio de 2013, na página 17810³⁶⁵.

Todavia, saliente-se que, em última pesquisa realizada no dia 30 de julho de 2015, a PEC nº 33 de 2011 encontrava-se arquivada nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, segundo o qual encerrada a legislatura, “arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação [...]”³⁶⁶. O parágrafo único do mesmo artigo esclarece ainda que as propostas poderão ser desarquivadas, retornando a tramitação normal, através de pedido do autor dentro do prazo de cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente. Foi isso que ocorreu com as PECs nº 3 de 2011 e 171 de 2011, mas

³⁶⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados do dia 16 de maio de 2013**. Disponível em: < <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020130516000820000.PDF#page=512>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

³⁶⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Resolução nº 17, de 1989**. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_regInterno/RIpdf/regInterno.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2015.

ainda não ocorrera com a PEC nº 33 de 2011, o que não diminui a sua importância no debate doutrinário do tema.

5.7 Os pactos republicanos

Embora não se tratem de diálogo institucional em situação fática ou legal específica, ou seja, embora não se restrinja à decisão judicial particular, como nos casos anteriormente abordados, os pactos republicanos foram adotados para que os poderes do Estado pudessem estatuir compromissos recíprocos e unir esforços em busca de objetivos preestabelecidos.

Assim, os pactos republicanos permitiram uma relação entre Legislativo, Executivo e Judiciário. O primeiro deles, denominado 1º Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e afetivo, realizou-se em 2004 e foi assinado pelos então presidentes da República, Luiz Inácio Lula da Silva; da Câmara dos Deputados, João Paulo Cunha; do Senado Federal, José Sarney, e do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim no dia 15 de dezembro.

Havia consenso sobre a existência de uma crise no Judiciário brasileiro, em razão da morosidade, da ineficiência de suas decisões e da quantidade de demandas repetitivas. Diante disso, elaborou-se a Emenda Constitucional de número 45 de 2004, conhecida como Emenda da Reforma do Judiciário³⁶⁷.

Logo, referido pacto foi assinado em um cenário de grande preocupação com a efetividade Judiciário, bem como de modificações deste poder, já que subscrito logo após a promulgação da Emenda Constitucional de número 45 de 2004.

Diante disso, os poderes firmaram, por meio do pacto, onze compromissos fundamentais, dentre os quais se encontram: a implementação da reforma constitucional do Judiciário; a reforma do sistema recursal e dos procedimentos; ampliação da Defensoria Pública da União; auxílio para a continuidade dos Juizados Itinerantes; extensão da informatização no âmbito dos processos judiciais; busca por maior coerência entre a atuação

³⁶⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de motivos nº 204, de 15 de dezembro de 2004**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/expmot/2004/exposicaoodemotivos-204-15-dezembro-2004-592098-exposicaoodemotivos-117162-mj.html>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas; incentivo à aplicação de penas alternativas, dentre outros³⁶⁸.

O primeiro pacto propiciou, com a cooperação dos três poderes, diversas reformas processuais e atualização de normas legais, dentre as quais se destaca a Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, que acresceu ao Código de Processo Civil de 1973 o art. 285-A, o qual permitiu prolação de sentença sem a citação em caso de controvérsia processual apenas de direito, já havendo o juízo decidido em casos idênticos pela total improcedência e reproduzindo esse teor. Outro exemplo a ser destacado foi a elaboração, aprovação e promulgação da Lei Ordinária nº 11.419/06, que trata sobre a informatização do processo judicial, visando a efetivar o compromisso de extensão da informatização no âmbito dos processos judiciais³⁶⁹.

Diante dos bons resultados advindos do primeiro pacto, surgiu o segundo, denominado de 2º Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, assinado em abril de 2009 pelos então presidentes da República, Luiz Inácio Lula da Silva; da Câmara dos Deputados, Michel Temer; do Senado Federal, José Sarney, e do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes.

Foram traçados, no segundo pacto, três objetivos essenciais, quais sejam, o acesso universal à Justiça, principalmente dos mais necessitados; o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, em vista do princípio constitucional da razoável duração do processo e da prevenção de conflitos; e o aprimoramento e fortalecimento das instituições do Estado visando à melhoria do sistema penal no combate à violência e à criminalidade, através de políticas de segurança pública e de ações sociais e defesa da dignidade da pessoa humana³⁷⁰.

Para viabilizar que tais objetivos fossem efetivamente alcançados, foram estipulados treze compromissos, dentre os quais se encontram a criação de um Comitê Interinstitucional de Gestão, para desenvolver e realizar o acompanhamento das ações pactuadas; estimular a conciliação e a mediação; ampliar a elaboração de súmulas administrativas e a constituição de Câmaras de Conciliação; incentivar a adoção de penas

³⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Representantes dos três poderes assinam pacto por Judiciário mais eficiente.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63995&caixaBusca=N>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

³⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Primeiro pacto republicano trouxe reformas processuais e atualização de normas legais.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=106429>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

³⁷⁰ BRASIL. **II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: 22 jun. 2015.

alternativas – compromisso também presente no primeiro pacto –; aprimorar a assistência e o Programa de Proteção à Vítima e à Testemunha, dentre outros.

Um terceiro pacto tem sido debatido entre os poderes. Em discurso na cerimônia de abertura do ano Judiciário, em 2011, o então presidente do STF, Cesar Peluso³⁷¹, relatou que, naquele corrente ano, participou da II Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional, que contou com a participação de diversos representantes de Cortes Constitucionais de vários países. Declarou, ainda, que, naquela ocasião, os Pactos Republicanos foram amplamente elogiados por ser um peculiar instrumento de aprimoramento da ordem jurídica.

Com isso, Peluso convidou os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo para discutir sobre um terceiro pacto republicano. Afirmou ainda que, para aquele ano, as perspectivas do Judiciário eram ambiciosas, mas que sozinho não pode concretizá-las em plenitude de forças, demonstrando a importância da relação, aliança e diálogo entre os Poderes.

A realização de um terceiro pacto voltou a ganhar destaque em 2013³⁷² no Supremo Tribunal Federal, quando sob a presidência de Joaquim Barbosa, todavia, até o momento tal pacto ainda não foi efetivamente firmado.

Diante do exposto, observa-se que os Pactos Republicanos configuram instrumentos de interação entre os poderes na busca política pela melhoria do Judiciário, o que por si só já denota benefício à sociedade e amadurecimento do Estado Democrático de Direito.

³⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Discurso do presidente do STF, Min. Cesar Peluso, na abertura do ano judiciário de 2011.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfDestaque_pt_br/anexo/Discurso_abertura_ano_judiciario.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2015.

³⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro da Justiça discute III Pacto Republicano com presidente do STF.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=228086>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o desenvolvimento da pesquisa sobre a relação entre o Judiciário e o Legislativo, realizou-se inicialmente uma abordagem sobre a Teoria da Separação dos Poderes – a qual, embora possua nascedouro na antiguidade, ainda é central na teoria constitucional –, sobre o constitucionalismo e sobre o controle de constitucionalidade. Só então foi possível compreender o atual momento do constitucionalismo e todas os problemas que o envolvem, dentre os quais se destaca a tensão institucional entre os Poderes.

Constatou-se que a atual concepção da Teoria da Separação dos Três Poderes não possui mais a rigidez de outrora e, dentre os motivos para isso, destaca-se a generalidade da lei, a criação do direito pelo Judiciário e o distanciamento entre texto e norma. Com isso, almejam-se maneiras de relacionamento entre os seus Poderes, não visando apenas a divisão do exercício do poder, mas também o equilíbrio entre eles, em um sistema de freios e contrapesos, pelo que se fala em independência orgânica e harmonia do Executivo, Legislativo e Judiciário.

Verificou-se que o constitucionalismo Pós-Segunda Guerra Mundial possui características essenciais para a atual relação entre os Três Poderes, especialmente quanto ao reconhecimento da força normativa da Constituição, a nova interpretação constitucional e a consequente expansão da atuação da jurisdição constitucional através do exercício do controle de constitucionalidade.

Nesse contexto de maior participação do Judiciário na conjuntura social, surgem os fenômenos do ativismo judicial, da judicialização da política e da politização do direito, os quais, embora encontrem origem remota o *judicial review*, com ele não se confundem.

A judicialização da política e a politização do direito consistem em uma constatação do fenômeno social de procura pelo Judiciário em detrimento das instâncias políticas por excelência, quais sejam, o Legislativo e o Executivo, para resolução de questões socialmente relevantes, o que independe de sua vontade.

O ativismo, por sua vez, já possuiu diversos sentidos, mas a doutrina sobre o tema vem se solidificando na busca por um conceito descritivo de ativismo, que o distinga da judicialização da política. Assim, conceitua-se o ativismo judicial como a atuação do Judiciário – juiz ou tribunal – que utiliza de uma interpretação mais intensa, por vezes discricionária, na solução dos conflitos submetidos à sua apreciação, valendo-se de

argumentos que não se restringem ao texto constitucional, quando essa atividade estaria melhor enquadrada na competência dos poderes Legislativo e Executivo.

Com tudo isso, percebeu-se uma tensão institucional entre os poderes. Logo, em um cenário de luta por espaço político, as teorias da última palavra apresentam argumentos favoráveis à supremacia judicial ou à supremacia legislativa, em uma dicotomia para atribuir a última palavra da interpretação constitucional a um dos Poderes, o que gera aspectos maléficos qualquer que seja a tese escolhida.

Em outra perspectiva, surgiu a teoria dos diálogos institucionais, segundo a qual a decisão do Judiciário não encerra a interpretação constitucional. Ou seja, para ela, o Judiciário não é o detentor da última palavra definitiva do Direito, podendo em algumas circunstâncias, encerrar um ciclo de debates e questionamentos, os quais, todavia, podem ser reiniciados ao longo do tempo. Nessa perspectiva, o controle de constitucionalidade não é compreendido como uma barreira à representatividade do Legislativo, mas sim um impulso para um debate que se encerra e pode recomeçar com melhores argumentos.

Constatou-se que há uma diversidade de abordagens que as teorias do diálogo comportam, mas existe entre elas uma linha metodológica semelhante, segundo a qual se repudia o predomínio de uma atividade estatal sob a outra, na busca de um equilíbrio baseado na Separação de Poderes e em uma circularidade de debates e argumentos na proteção dos direitos fundamentais que, de maneira abstrata, não possui um ponto final. Em outras palavras, as teorias afastam-se dos conceitos de monopólio e da simples supremacia.

As teorias dialógicas são positivas na medida em que apresentam uma nova abordagem para solucionar um antigo problema da teoria constitucional, qual seja, a legitimidade democrática do Judiciário na função, muito realizada em razão da revisão judicial, de interpretar o texto constitucional. Isso porque, com a ausência do fim definitivo na interpretação constitucional realizada pelo Judiciário e a possibilidade de resposta a essa interpretação pelo Legislativo, a dificuldade contramajoritária é extinta ou, pelo menos, atenuada.

Soma-se, ainda, dentre as vantagens dessa teoria e em observância à Separação de Poderes, a ausência de ônus de escolher um dos poderes para se sobressair sobre o outro, bem como a possibilidade de soma de capacidades institucionais. Afastam-se as críticas e consequências da supremacia judicial, bem como da supremacia legislativa. Além disso, ao excluir o fim definitivo da interpretação constitucional abstrata, permite-se um diálogo na busca de uma melhor resposta.

A última palavra é ocasional, pode e deve existir apenas quando do trânsito em julgado de um caso concreto, em abordagens particulares, até porque os conflitos devem ser decididos, mas, em análise geral, o fim definitivo não existe. Trata-se de mito sedimentado na teoria constitucional. O que há é o fim provisório, na medida em que existem mecanismos de se responder a determina decisão.

Outrossim, observou-se que o estudo e o debate sobre os diálogos institucionais, deve preceder até mesmo o debate sobre legitimidade do detentor de última palavra provisória, pela necessidade de se compreender a transitoriedade de uma interpretação constitucional em sentido amplo, o que interfere na compreensão daquela.

Dessa maneira, destacou-se que o controle de constitucionalidade possui inegável importância na proteção dos direitos fundamentais e, na atualidade, está presente na maioria dos países democráticos. Todavia, acredita-se que ele não pode ser considerado o fim da interpretação constitucional de modo geral e uma sentença final inclusive no que se refere às matérias políticas. O controle de constitucionalidade deve ser compreendido como o início ou o impulso que um dos poderes é instado a dar para um debate que não se extingue e que pode ter a participação posterior dos poderes políticos e da sociedade, em busca de soluções que se adequem tanto aos direitos individuais e fundamentais de cada cidadão, como às políticas sociais e econômicas voltadas a toda a sociedade.

No âmbito do Direito brasileiro, podem ser extraídos diversos caminhos para a interação entre o Congresso Nacional e o STF, como através dos pactos republicanos – criados para que os Poderes consigam, com contribuição mútua, alcançar objetivos pré-determinados –, além de outros mecanismos inclusive já previstos no texto constitucional, mas pouco observados e discutidos, restringindo suas potencialidades. Dentre esses mecanismos, encontram-se a ausência de vinculação das decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal ao Poder Legislativo, a suspensão de execução pelo Senado Federal de lei declarada inconstitucional pelo STF em sede de controle concentrado e as nuances causadas pelas omissões legislativas e seus instrumentos processuais, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Logo, observou-se que existem formas de interação entre Legislativo e Judiciário no Brasil e se percebeu que o diálogo existe na prática, por mais que ainda deva ser aperfeiçoado. Isso porque não basta a simples criação de mecanismos que possibilitem a existência de diálogo, mas é necessária uma cultura dialógica entre os poderes, para que sua importância seja considerada e para que ele seja adequadamente efetivado.

Dessa maneira, para além de instrumentos que propiciem o diálogo, é preciso a vontade institucional para a interação e cultura político-democrática. Só assim, quando um poder venha a utilizar um dos mecanismos de respostas para interpretação constitucional do outro, saberá fazê-lo com compromisso na busca por uma melhor resposta, debatendo os argumentos utilizados pelo outro e justificando adequadamente sua decisão e assim sucessivamente.

Apesar dos mecanismos de diálogo no Brasil, demonstrou-se que o mais comum na doutrina e na jurisprudência é a defesa da supremacia judicial sem qualquer percepção sobre as teorias dialógicas. Inclusive por isso e como resposta a expansão da jurisdição constitucional e ao ativismo judicial, o Legislativo elaborou as propostas de Emenda à Constituição de números 3 de 2011, 171 de 2012 e 33 de 2011.

Tais propostas, em uma luta por espaço político, propuseram, segundo suas justificativas, o surgimento de mecanismos para propiciar o diálogo entre os Poderes, sem, contudo, considerar os instrumentos já existentes.

A avaliação dessas propostas merece cautela e empenho no debate acadêmico, pois as experiências alienígenas não devem ser importadas sem a devida avaliação dos aspectos sociais, políticos e culturais próprios do Brasil.

O Brasil, ao contrário, por exemplo, do Canadá, possui um contexto político de forte tradição de supremacia judicial, como se extraiu das jurisprudências e doutrinas apresentadas no trabalho. Além disso, o País já possuiu, na Constituição Federal de 1937, uma experiência de adoção de mecanismo de semelhante a cláusula não obstante canadense, a qual, ao invés de beneficiar o sistema democrático e o diálogo institucional, fortaleceu o autoritarismo. Tal experiência não pode ser desprezada para suscitar ainda mais cautela no debate doutrinário interno sobre o tema.

Diante da já demonstrada existência de mecanismos que possibilitam o diálogo institucional entre Legislativo e Judiciário, acredita-se que a vontade institucional para o diálogo, que deve ser estimulada pelo debate doutrinário e acadêmico sobre o tema, é providência mais adequada a ser utilizada pelos Poderes na atual conjuntura brasileira.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Artigo 2o.** In: Comentários à Constituição Federal de 1988. Cood. BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEMANHA. **Lei fundamental da República Federal da Alemanha de 1949.** Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: **Constitucionalismo Discursivo.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política: Pressupostos para a análise de questões políticas pelo Judiciário à luz do princípio democrático.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

AMORIM, Samira Macedo Pinheiro de ; RABELO, Janaína da Silva ; LIMA, Romana Missiane Diógenes. A estrutura normativa da Constituição e a interpretação especificamente constitucional. **Nomos** (Fortaleza), v. 34, p. 207 - 225, 2014.

ARABI, Abner Youssif Mota. **A tensão institucional entre Judiciário e Legislativo: controle de constitucionalidade, diálogo e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal.** 2013. Monografia (Graduação em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/6789?mode=full>>. Acesso em: 2 ago. 2015.

ARISTÓTELES. **A política.** Introdução de Ivan Lins. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência.** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2015.

_____. **Sistema constitucional tributário.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BACHOF, Otto. **Jueces y constitución.** Madrid: Civitas, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 5 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, p. 225 – 270, 2011.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potencial of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, p. 1.109 – 1.180, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. **New York University Law School**. Spring 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947867> Acesso em: 10 set. 2014.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: The Supreme Court ar the bar of politics**. 2 ed. New Havens and London: Yale University Press, 1986.

_____. Foreword: The Passive Virtues. In: **Faculty Scholarship Series**. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4962&context=fss_papers>. Acesso em: 23 abr. 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Norberto Bobbio: o filósofo e a política**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1996.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

_____. **Ciência Política**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre a interpretação da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. **II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Diário da Câmara dos Deputados do dia 16 de maio de 2013**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020130516000820000.PDF#page=512>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Exposição de motivos nº 204, de 15 de dezembro de 2004**. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/expmot/2004/exposicaodemotivos-204-15-dezembro-2004-592098-exposicaodemotivos-117162-mj.html>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 2 de 2011.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=838601&filename=PEC+2/2011>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à Constituição nº 3, de 2011.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à Constituição nº 33, de 2011.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Proposta de emenda à Constituição nº 171, de 2012.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544680>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Resolução nº 17, de 1989.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/RIpdf/regInterno.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2015.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em: 2 mar. 2015.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 02 mar. 2015.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 30 ago. 2014.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 02 mar. 2015.

_____. **Decreto 848, de 11 de outubro de 1890.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 02 mar. 2015.

_____. Senado Federal. **Proposta de Lei nº 401, de 2009**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/Consulta.asp?STR_TIPO=PLS&TXT_NUM=401&TXT_ANO=2009&Tipo_Cons=6&IND_COMPL=&FlagTot=1>. Acesso em: 10 dez. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 14**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2240**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2240&processo=2240>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.367**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>>. Acesso em: 21 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3683**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3682&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.772**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2399227>>. Acesso em: 05 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4307**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=ADI%204307&processo=4307>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 54**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Decisão na RCL/2617**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=121&dataPublicacaoDj=25/06/2004&incidente=2217067&codCapitulo=6&numMateria=98&codMateria=2>>. Acesso em: 12 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Discurso do presidente do STF, Min. Cesar Peluso, na abertura do ano judiciário de 2011**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfDestaque_pt_br/anexo/Discurso_abertura_ano_judiciario.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ementa da ADI 1397**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=121&dataPublicacaoDj=27/06/1997&incidente=3700801&codCapitulo=5&numMateria=20&codMateria=2>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ementa da ADI 3.345**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2254824>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ementa do MS 26603**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2513846>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ementa da RCL/467**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=&dataPublicacaoDj=09/12/1994&incidente=1579530&codCapitulo=5&numMateria=89&codMateria=1>>. Acesso em: 12 set. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 687-4**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80757>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 20**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+20.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+20.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/byr8bvz>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 107-3**. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/506_MIQO_107%5B1%5D.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 284**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+284.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+284.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ax9mhv2>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 283**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+283.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+283.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/azodavy>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 485**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+485.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+485.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ber4zl8>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 585**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+585.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+585.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c6sr3n4>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 670**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E>

+670.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+670.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=<http://tinyurl.com/cswygf3>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 708**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+708.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+708.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/chjgwcv>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 712**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+712.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+712.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b65dvds>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 721**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=721&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ministro da Justiça discute III Pacto Republicano com presidente do STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=228086>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 30260**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4014471>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Primeiro pacto republicano trouxe reformas processuais e atualização de normas legais**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=106429>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**: [atualizado até janeiro de 2015] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Janeiro_2015_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Relatório do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Rcl 4335**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/RCL4335gm.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015, p. 25, 31, 52.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RCL 4335**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 166772**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1568587>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 153771**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=153771&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 203075**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=203075&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 197914**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28197917.NUME.+OU+197917.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mfzqv8>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Representantes dos três poderes assinam pacto por Judiciário mais eficiente**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63995&caixaBusca=N>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Sepúlvera Pertence na ADI 2.797-2**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi2797.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI 2.797**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:x-mX-fQ7pEgJ:www.gilmarmendes.com.br/index.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D436:adi-2797%26id%3D51:improbidade-administrativa%26Itemid%3D76+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 jul. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto-Vista do Ministro Eros Grau**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rc14335eg.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015, p.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto-Vista do Ministro Teori Zavascki**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rc14335tz.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

CAMPILONGO, Carlos Fernandes. **Direito e Democracia**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPodivm, p. 349 – 409, 2012.

CAMPOS, Francisco Luiz da Silva. Diretrizes constitucionais do novo estado brasileiro. **Revista Forense**, v. 73, ano 35, p. 229 - 249, jan. 1938.

CANADÁ. **Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982**. Disponível em: <http://brazilians.ca/faq_direitos.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. COIMBRA: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

_____. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORNEJO, Valentin Thury. **Juez y division de poderes hoy**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DEVINS, Neal; FISHER, Louis. Judicial Exclusivity and Political Instability. **Faculty Publications**. Paper 445, 1998. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1392&context=facpubs>> . Acesso em: 30 abr. 2015.

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

_____. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte-Americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Entre constitucionalismo cosmopolita e pluriversalismo internacional: neoconstitucionalismo e ordem mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição**. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2010.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

EQUADOR. **Constitución de 1945**. Disponível em: <http://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1945.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2015.

ESPAÑA. **Constitución Española**. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos da América de 1787**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

_____. **Declaração de Direitos do bom povo de Virgínia, de 1776**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 39 Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Inovações na “Constituição Inglesa”: o human rights act, 1998. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**: Revista do Programa de Pós-Graduação “Lato Sensu” em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional, v. 4, p. 49 – 55, jul./dez. 2004.

FRANÇA. **Constituição Francesa de 1791**. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

_____. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. In: **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, fev. 1993, p. 557 - 683. Disponível em: <http://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representativeFiles/friedman%20-dialogue&judicialreview_5A356410-1B21-6206-609FF8AFB8B38595.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

GARCIA, José Ailton. Supremo Tribunal Federal brasileiro: análise da forma de escolha de seus Ministros. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 15, n. 61, p. 123 – 136, out./dez. 2007.

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **49 American Journal of Comparative Law**, 707, 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302401>. Acesso em: 10 jun. 2015.

GARGARELLA, Roberto. El Nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. GARGARELLA, Roberto (comp.). 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, ebook Kindle.

GARNETT, Richard W. Debate: judicial activism and its critics. **University of Pennsylvania Law Review**. Vol 114, p. 112 – 128, 2006.

GRANT, J. A. C. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes: una contribución de las Américas a la Ciencia Política. **Revista de la Facultad de Derecho de Mexico**, tomo XII, num. 47, p. 417 - 438, jul – set. 1962.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista de Direito do Estado**. v. 6, n. 21, p. 25 – 44, jan./dez. 2011.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2012.

HÄBERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **El estado constitucional**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol. 1. 2 ed. Trad. Frávio Beno Siebancher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O federalista**. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alisson A. 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**, v. 35.1, 1997, p. 75 – 124. Disponível em: <<http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>>. Acesso em: 24 maio 2015, p. 84.

HOLANDA. **Constituição de Holanda**. Disponível em: <<http://www.viajeuniversal.com/holanda/holanda/constitucionholanda.htm>>. Acesso em: 13 maio 2015.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria pura do Direito**. 6 ed. rev. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ISRAEL. **Knesset**. Disponível em: <http://www.knesset.gov.il/description/eng/eng_mimshal_yesod.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

KHOUR, Laila J. A. Critérios de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal. **Revista do curso de direito**. Revista do curso de Direito da UNIFOR, v. 6, p. 175 – 193, jan./dez. 2005.

WALDRON, Jeremy. O judicial *review* e as condições da democracia. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

_____. A essência da oposição ao Judicial Review. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira de Mota. 18 ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

JUNQUEIRA, Caio. Câmara reage ao ativismo judicial. **Valor Econômico**, 24 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/878987/camara-reage-ao-ativismo-judicial>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O STF na crise institucional brasileira**. Estudo de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.

LIMA, Rafael Bellem de. Audiências Públicas no controle de constitucionalidade – A representação técnica das partes no caso das pesquisas com células tronco. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (orgs.). **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidade democrática del controle judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. In: **Revista Mexicana de Sociología**. V. 70, n. 3, 2008.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2011.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

_____; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. As origens do constitucionalismo brasileiro: o pensamento constitucional do Império. In: **XIX Encontro Nacional do**

CONPEDI, 2010, Fortaleza, Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

MACHIAVELLI, Niccolo. **O príncipe e dez cartas**. Tradução de Sérgio Bath. 3 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

MARIANO, Cynara Monteiro. O debate sobre a separação de poderes no pensamento constitucional brasileiro. **Nomos**: Revista do curso de Mestrado da UFC. v. 28, n. 2, p. 13 – 27, jul./dez. 2008.

_____; LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto. Municipalismo e separação dos poderes: análise da legitimidade do julgado proferido na ADO 3.682 e da edição da Emenda Constitucional 57/2008. In: **O Supremo Tribunal Federal e os casos difíceis**. MARIANO, Cynara Monteiro; LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto (org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 119 – 137.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Alexy à Brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/09/18/alex-y-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga/>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**: O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MEDINA, Damares. **Amicus curiae**: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, Separação dos Poderes e deliberação**. São Paulo, 2011.

_____. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. O projeto de uma Corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de (orgs.). **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na 3.682**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:5cpLNez4H68J:www.gilmarmendes.org.br/index.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D417:adi-3682-e-adi-2240%26id%3D46:controle-da-omissao%26Itemid%3D76+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 28 jul. 2015.

MENDONÇA, Eduardo. A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, ano 4, n. 13, p. 211 – 247, jan./mar. 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo *versus* parlamentarismo. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. atual. até a EC nº 455/07. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTTA, Severino. Não há doações de campanha, só empréstimos a juros altos, diz Cunha. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1600254-nao-ha-doacoes-para-campanhas-so-emprestimos-a-juros-altos-diz-paulo-roberto-costa.shtml>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

NAVOT, Suzie. Procedural Principles of Judicial Review: An Analysis of Israel's New Model. **The Seventh Joint Annual Exchange and Conference: Judicial Review in Comparative German-Israeli Perspective**, Baden Baden, Germany, 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1367595>. Acesso em: 10 jun. 2015.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPodivm, 2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de Derecho Constitucional** – Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional. Buenos Aires : Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.

NOVA ZELÂNDIA. **New Zealand Bill of Rights Act**. Disponível em: <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1990/0109/latest/DLM224792.html>>. Acesso em: 01 jun 2015.

NOVELINO, Marcelo. A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPodivm, 2012.

NUNES JUNIOR, Armandinho Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, p. 157 – 179, 2008.

PALMER, Geroffrey. **The Bill of Rights fifteen years on**. Disponível em: <<http://www.lawcom.govt.nz/sites/default/files/audioFiles/Palmer%20speech%20on%20the%2>

0Bill%20of%20Rights.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2015.

PEGORARO, Joana Cristina. **A política na Corte: uma análise da forma de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre, 2006. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/8673/000585793.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno Peixoto. **Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros**. São Paulo: Método, 2012.

PINTO, Agerson Tabosa. **Teoria Geral do Estado**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 2002.

PLATÃO. **A república**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RABELO, Janaína da Silva; AMORIM, Samira Macêdo Pinheiro de. A utilização dos princípios na interpretação constitucional: entre a aproximação social e o abuso na sua aplicação. In: **Direito Constitucional: os 25 anos da Constituição Federal de 1988: homenagem do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito (coord.); AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de; ARAÚJO, Fernanda Castelo Branco; SALES, Tainah Simões. 1 ed, p. 128 – 152. Disponível em: <<http://www.ppgdireito.ufc.br/index.php/publicacoes>>. Acesso em: 13 maio 2015. Fortaleza: Expressão, 2014.

ROMAN, Flávio José. O Supremo Tribunal Federal brasileiro e outros Tribunais constitucionais sul-americanos: breve estudo comparado. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 15, n. 58, p. 51 – 77, jan./mar. 2007.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REINO UNIDO. **British Human Rights Act**. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

_____. **Constitutional Reform Act 2005**. Disponível em: <www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/contents>. Acesso em: 18 jun 2015.

_____. **Supreme Court UK**. Disponível em: <www.supremecourt.uk/about/history.html>. Acesso em: 17 jun. 2015.

RIBEIRO JÚNIOR, João. **Elementos e Evolução do Direito Constitucional Brasileiro**. Campinas: Edicamp, 2002.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros e Editores LTDA., 1995.

ROCHA, Rafael Sampaio. Crise de representatividade democrática brasileira e o papel do Judiciário no paradigma do Estado Democrático de Direito. In: AMORIM, Samira Macêdo Pinheiro de; AMARAL, Larissa Maciel do (org.); ALBUQUERQUE, Felipe Braga (coord.). **Temas de Direito Político**. Curitiba: CRV, 2014.

RUSSOMANO, Rosah. **Dos Poderes Legislativo e Executivo**. Rio de Janeiro: 1976.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, p. 73 – 113, 2011.

SILVA, Alexandre Garrido da; FERREIRA, Ruan Espíndola. Possibilidade de aplicação das teorias dialógicas no sistema brasileiro como mecanismo de fortalecimento da legitimidade democrática. In: **XXI Encontro Nacional do CONPEDI**, 2012, Uberlândia, Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

SILVA, André Garcia Xerez Siva. Ativismo Judicial, “Pós-Positivismo “ e o controle das decisões do Supremo Tribunal Federal: análise das propostas de Emenda à Constituição nº 3/11 e 33/11. In: AMORIM, Samira Macêdo Pinheiro de; AMARAL, Larissa Maciel do (org.); ALBUQUERQUE, Felipe Braga (coord.). **Temas de Direito Político**. Curitiba: CRV, 2014.

SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 250, p. 197 – 227, 2009.

_____; Mendes, Conrado Hübner. Habermas e a jurisdição constitucional. In: Nobre, Marcus; Terra, Ricardo (org.). **Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008.

SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias de supremacia. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do Ativismo Judicial**. Salvador: JusPodivm, p. 313 – 357, 2011.

SOUZA, Josias de. STF julgará interrupção da gravidez de anencéfalo. **Blogs da Folha**, 31 maio 2008. Disponível em: <http://josiasdesouza.folha.blog.uol.com.br/reportagens/arch2008-05-01_2008-05-31.html>. Acesso em: 28 jul. 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 10. ed. rev., atual., e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica:** uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: 2011.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time:** judicial minimalism on the Supreme Court. Estados Unidos da América: Havard University Press, 2001.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, Rodrigo de Souza; VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do. Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal. In: **XVII Encontro Nacional do CONPEDI**, 2008, Brasília, Anais do XVII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

TAVARES, Rodrigo de Souza; BERMAN, José Guilherme. Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense. In: **XVIII Encontro Nacional do CONPEDI**, 2009, São Paulo, Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

TAVARES FILHO, Newton. Democratização do processo de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal. **Consultoria legislativa.** Brasília, 2006. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/1596>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts.** New Jersey: Princeton University Press, 1999.

_____. Revisión judicial dialógica. In: **Por una justicia dialógica:** El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. GARGARELLA, Roberto (comp.). 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014, ebook Kindle.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal:** jurisprudência política. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário:** crises, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 1995.

ANEXO A – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 3 DE 2011

Dá nova redação ao inciso V do art. 49 da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O inciso V do art. 49 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 49.....

V – sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Atualmente, a Constituição Federal prevê expressamente no seu artigo 49, caput, e inciso V, a competência do Poder Legislativo de sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do Poder Regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Além disso, o art. 49, caput, e seu inciso XI da Lei Maior atribui ao Congresso Nacional competência exclusiva para “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face de atribuição normativa dos outros poderes”. Tal competência tem natureza de verdadeiro controle político de constitucionalidade diante tanto do Poder Executivo quanto do Poder Judiciário.

Como, na prática, o Poder Legislativo (Congresso Nacional) poderá cumprir de forma plena o mandamento constitucional descrito no inciso XI, do art. 49, em relação ao Poder Judiciário? No nosso entendimento, há uma lacuna no inciso V, do art. 49, levando a uma desigualdade nas relações do Poder Legislativo com os outros Poderes, isto é: atualmente, o Poder Legislativo pode sustar atos do Poder Executivo, mas não pode fazer o mesmo em relação aos atos do Poder Judiciário. Esta Emenda visa, pois, preencher essa lacuna e corrigir essa desigualdade, contribuindo assim para o equilíbrio entre os três Poderes.

Como podemos observar, a redação que estamos apresentando para o inciso V, do art. 49, é congruente e coerente com a redação já existente no inciso XI, do referido artigo. Ou seja, a substituição da expressão “do Poder Executivo” por “dos outros poderes”.

Assim, nada mais razoável que o Congresso Nacional passe também a poder sustar atos normativos viciados emanados do Poder Judiciário, como já o faz em relação ao Poder Executivo. Com isso estaremos garantindo de modo mais completo a independência e

harmonia dos Poderes, conforme previsto no art. 2º da CF.

A inscrição, nas constituições, de regras claras sobre o funcionamento harmônico e independente dos poderes fortalece o regime democrático, evitando que ocorram, com frequência, conflitos de competência entre os mesmos e o conseqüente desgaste de suas imagens perante a opinião pública.

Por estas razões, contamos com a colaboração de nossos pares para aprovar a presente Proposta de Emenda à Constituição.

Sala das Sessões,

Deputado Nazareno Fonteles.

ANEXO B – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 171 DE 2012

Altera o inciso V do art. 49 da Constituição Federal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3o do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda constitucional:

Art. 1o. O art. 49 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:
 “Art. 49..... V – sustar os atos normativos do Poder Público que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.....”
 Art. 2o Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICATIVA

O art. 49 da Constituição Federal estabelece as competências exclusivas do Congresso Nacional. Entre estas está o poder de sustar os atos normativos emanados do Poder Executivo que exorbitem seu poder regulamentar.

Conforme está disciplinada no art. 2o da Constituição Federal, a compreensão da independência de um poder deve ser acompanhada de equilíbrio e de harmonia entre os poderes. Destarte, um Estado Democrático de Direito somente pode existir se cada poder agir estritamente no seu âmbito de atuação, não interferindo nas competências constitucionais e infraconstitucionais conferidas a outro poder.

Ressalte-se que a proposta não fere o princípio da Separação dos Poderes, vez que o que se pretende não é estabelecer uma ingerência desmedida na atividade típica (preponderante) dos demais poderes, e sim permitir que o Congresso Nacional exerça sua função de zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes, conforme determina a Constituição Federal em seu art. 49, XI. Além disso, conforme foi explanado, já existe a possibilidade de o Poder Legislativo sustar atos do Poder Executivo, não sendo mais do que razoável a mesma premissa para os demais poderes.

Atualmente, existem mecanismos de coibir a atuação indevida de um poder, exemplo disso é o veto presidencial à elaboração legislativa, o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário em relação às leis produzidas no Legislativo (que pode gerar a suspensão da execução da lei considerada inconstitucional), entre outros meios de controle.

A intenção da presente Proposta de Emenda à Constituição é possibilitar a

efetivação do princípio dos freios e contrapesos. Assim, não se está defendendo a prevalência de um poder, mas sim, pretende-se assegurar que haja uma vigilância recíproca de um poder em relação ao outro, possibilitando maior fiscalização, bem como impedir que um poder viole os limites impostos constitucionalmente.

Dessa forma, essa proposta se justifica pela garantia de fiscalização efetiva do Poder Legislativo sobre atos normativos oriundos do Poder Público, estes entendidos como atos oriundos do Poder Judiciário, Poder Executivo, Tribunal de Contas da União e dos demais órgãos que detêm poder regulamentar de expedir atos normativos.

Ante o exposto, é de suma importância a aprovação desta proposta, razão pela qual contamos com o apoio dos nobres pares.

Sala das Sessões,

Deputado Mendonça Filho.

ANEXO C – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 33 DE 2011

Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Artigo 1o. O art. 97 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação

"Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público. ...(NR)".

Artigo 2o. O art. 103-A da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação

"Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 1o A súmula deverá guardar estrita identidade com as decisões precedentes, não podendo exceder às situações que deram ensejo à sua criação.

§2o A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 3o Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§4o O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes.

§5o A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4o implicará sua aprovação tácita.

§6o Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula com efeito vinculante aprovada pelo Congresso Nacional caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.(NR)"

Artigo 3o. O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

"Art. 102. ...

...

§ 2o-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

§ 2o-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2o-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.

§2o-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.(NR)"

JUSTIFICATIVA

O protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente dos órgãos de cúpula, é fato notório nos dias atuais. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem contornos distintos: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial.

Entendemos a judicialização das relações sociais como um fenômeno decorrente do modelo constitucional adotado no Brasil, visto que dispomos de uma Constituição analítica que interfere no cotidiano das pessoas. Parece-nos, nesse contexto, compreensível que as controvérsias sejam levadas ao Judiciário para a devida solução das questões concretas.

Além da judicialização, temos a vertente do ativismo judicial. O ativismo denota um comportamento, um modo proativo de interpretar a Constituição por parte dos membros do Poder Judiciário. Adotando essa postura, os magistrados, para o deslinde da controvérsia, vão além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador.

O ativismo judicial tem sido fomentado pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que combina aspectos dos sistemas americano e europeu, sendo considerado um dos mais abrangentes do mundo³⁷³. Trataremos dessa questão específica mais adiante.

Não são poucos os exemplos a ilustrar o ativismo exacerbado no Brasil.

³⁷³ Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*, 2005. p. 146.

Começamos pelo caso da fidelidade partidária, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) – contido em Resolução³⁷⁴ – criando uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar, em adição às enumeradas no art. 55, sem que houvesse qualquer menção expressa no texto constitucional relacionada à sanção por infidelidade partidária. Outro caso amplamente conhecido foi a extensão da vedação do nepotismo ao Poder Executivo e Legislativo, por meio de súmula vinculante, após o julgamento de um único caso.

Um dos casos mais emblemáticos foi a controversa verticalização das coligações partidárias, estabelecida por Resolução do TSE³⁷⁵ – aprovada a menos de sete meses das eleições de 2002. O Congresso Nacional reagiu a essa inovação jurídica e aprovou uma Emenda Constitucional (EC no 52/2006) explicitando a vontade de legislador, dando liberdade aos partidos na formação de coligações. Embora ambos os normativos (as Resoluções do TSE e a Emenda à Constituição) tenham sido aprovados a menos de um ano da eleição, o STF entendeu que apenas a Emenda à Constituição devia observância ao princípio da anterioridade anual da lei eleitoral (CF/88; art. 16)³⁷⁶. Esse caso é um verdadeiro paradigma do ativismo e da insegurança jurídica fundamentados no poder regulamentar de que dispõe a Justiça Eleitoral para tão somente administrar eleições.

Há ainda os casos da redução de vagas de vereadores, da súmula das algemas, e tantos outros. É tarefa simples enumerar os casos de explícito ativismo judicial. Difícil é mencionar exemplos de autocontenção de nossa Corte Suprema.

Por óbvio, devemos reconhecer as deficiências do Poder Legislativo, que tem passado por várias crises de credibilidade. Contudo, esse aspecto não deve justificar tais medidas, como se houvesse um vácuo político a ser ocupado pelo Supremo Tribunal Federal. O fortalecimento do Poder Legislativo deve ser debatido no âmbito da reforma político-eleitoral, mas não apenas nesse espaço. Há uma série de medidas de preservação e valorização da competência legislativa do Congresso Nacional que devem ser apreciadas, independentemente da aprovação de novas regras eleitorais.

O fato é que, em prejuízo da democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte do debate de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário. Disso

³⁷⁴ Resolução TSE no 22.610, de 25.10.2007; posteriormente alterada pela Resolução-TSE no 22.733, de 11.03.2008, que disciplina o processo de perda de cargo eletivo e justificação de desfiliação partidária.

³⁷⁵ Resolução TSE no 20.993, de 26.02.2002; e Resolução no 21.002, de 15.03.2002.

³⁷⁶ Vários partidos políticos ajuizaram Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Resolução do TSE (ADI 2628-3; do PFL) e ADI 2626-7; do Pcdob; PL; PT PSB e PPS), mas o STF não chegou a apreciar o mérito das ações, pois sequer as conheceu.

são exemplos a questão das ações afirmativas baseadas em cotas raciais, a questão das células tronco e tantas outras.

As decisões proferidas nesses casos carecerão de legitimidade democrática porque não passaram pelo exame do Congresso Nacional. Estamos, de fato, diante de um risco para legitimidade democrática em nosso país.

Há muito o STF deixou de ser um legislador negative, e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um superlegislativo³⁷⁷.

Uma das causas apontadas para o protagonismo judicial decorre da recente democratização dos pleitos eleitorais. Conforme afirma Alfredo Canellas Guilherme Silva³⁷⁸: “Em tempos de democracia a elite-minoritária fragilizada pela perda de espaço político-legislativo para a maioria popular elegeu o Poder Judiciário como o instrumento adequado e rápido para a conquista e/ou manutenção da hegemonia perdida ou ameaçada pela voz das urnas”.

É bastante comum ouvirmos a afirmação de que à Suprema Corte cabe a última palavra sobre a Constituição, ou ainda, a Constituição é o que o Supremo diz que ela é. Na verdade, deve caber ao povo dizer o que é a Constituição.

Precisamos, pois, resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário. Restabelecer o equilíbrio entre os Poderes é, pois, o objetivo central da presente proposição.

Em primeiro lugar, entendemos salutar o aumento da maioria qualificada para declarar a inconstitucionalidade de lei aprovada no Parlamento. A opinião de apenas seis juízes, por mais cultos que sejam, não pode sobrepor a soberania popular, pois conhecimento jurídico não é fator de legitimação popular.

A redação atual do art. 97 da Constituição Federal estabelece o voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais como requisito para declaração de inconstitucionalidade de leis. Estamos propondo o aumento de maioria absoluta para quatro quintos dos membros dos tribunais. No caso do Supremo, será necessário o voto de nove ministros e não apenas seis para que seja declarada a inconstitucionalidade de leis aprovadas no Congresso Nacional.

³⁷⁷ Termo cunhado por Alfredo Canellas Guilherme da Silva, em seu artigo “Revisão e controle pelo Poder Legislativo das decisões da Suprema Corte”.

³⁷⁸ Silva, Alfredo Canellas Guilherme. Revisão e controle pelo Poder Legislativo das decisões da Suprema Corte.

Terá de haver nítida e clara homogeneidade no entendimento da Suprema Corte.

Voltando ao fenômeno do ativismo judicial, uma breve análise de sua evolução no Brasil aponta para um expressivo aumento a partir da promulgação da Emenda Constitucional no 45, de 2004 (conhecida como Reforma do Judiciário). Essa Emenda tinha o justo objetivo de conferir meios ao Poder Judiciário para reduzir o imenso volume de processos repetitivos, gerando uma maior rapidez e efetividade das decisões judiciais. Nesse contexto, foram aprovadas medidas inovadoras no bojo da referida reforma, tais como a súmula vinculante (com “força de lei”) e a repercussão geral (como critério de admissibilidade de recursos extraordinários).

Um desses mecanismos inovadores voltados à racionalização da prestação jurisdicional postos à disposição do Poder Judiciário pelo Poder Legislativo, como já dito, foi a súmula vinculante. Aproximadamente sete anos após sua aprovação, é necessário que o Congresso Nacional promova uma avaliação do uso desse instrumento.

A nosso ver, a súmula vinculante vem sendo utilizada pelo STF como um “cheque em branco” posto à disposição pelo Poder Legislativo. Seu uso não está em consonância com o texto constitucional e, portanto, deve passar por ajustes. Um desses necessários ajustes resulta do desapego do Supremo aos contornos dos casos precedentes, bem como à necessidade de reiteradas decisões para que se edite uma súmula vinculante. Nesse contexto, vale registrar alguns trechos de debates em sessões de aprovação de súmulas vinculantes naquela Corte:

DEBATES E APROVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE No 11 (uso de algemas). (Nesse caso, os ministros não se ativeram ao caso concreto, mesmo alertados pelo Procurador-Geral da República. É manifesto o ímpeto legiferante do STF).

O DR. ANTÔNIO FERNANDO BARROS E SILVA DE SOUZA (PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - Senhor Presidente, Senhores Ministros, (...) para manter a coerência da posição que assumi na manifestação oral, na sessão de julgamento do Habeas Corpus no 91.952, desejo fazer breves observações para reflexão do Tribunal, neste momento em que se delibera a propósito do enunciado de Súmula Vinculante no 11, que trata do uso das algemas. Algumas dessas observações, evidentemente, já foram até agitadas na discussão porque no texto inicial se referiam a questões previstas, mas no texto que agora se propõe algumas delas ficaram superadas visto que foram atendidas. Na sessão anterior, a questão foi enfrentada à luz de uma situação de fato que revelava a utilização de algemas durante uma sessão do Tribunal do Júri. Embora tenha sido essa a situação de fato, (...) o pronunciamento da Corte teve caráter abrangente, proclamando-se a excepcionalidade do uso das algemas em todos os casos.

DEBATES E APROVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE No 12

(cobrança de matrícula em universidades públicas). (Nesse caso, o ministro Eros Grau se mostra preocupado com a rotina adotada pelo Supremo de se passar do critério de admissibilidade de recursos (repercussão geral) diretamente para a súmula vinculante. Ao final o ministro lembra que a Constituição exige reiteradas decisões.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EROS GRAU – (...)Quero fazer uma observação do ponto de vista da minha posição na Corte. É breve. Hoje fico muito preocupado com o fato de da repercussão geral chegarmos diretamente à súmula. Porque há casos e casos. E hoje julgamos uma porção de recursos extraordinários, entre os quais seguramente há casos inteiramente distintos um do outro.

Só queria anotar essa minha preocupação.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu me permitiria ponderar apenas o seguinte: reconhecidamente o Supremo Tribunal Federal adotou uma praxe salutar e logo após votada a repercussão geral nós elaboramos uma súmula vinculante. Isso tem desatravancado os nossos trabalhos, tem esclarecido os jurisdicionados. Parece-me uma prática que, data venia, deve ser mantida. Vencedores ou vencidos, temos que nos conformar com meia maioria formada no Plenário.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO EROS GRAU – Senhor Presidente, não tenho nenhum inconformismo, eu só quis registrar e lembrar: A Constituição diz “... após reiteradas decisões ...”

Esses breves diálogos travados entre ministros da Corte revelam que o STF não está seguindo as regras do instrumento posto à sua disposição pelo Congresso Nacional. Cumpre ao Poder Legislativo rever as regras desse importante instrumento de racionalização das decisões judiciais, como forma de preservação de suas competências legislativas.

Nossa proposta aumenta para quatro quintos de seus membros a maioria necessária para aprovação da súmula vinculante. Exigir-se-á, a partir de agora, a concordância de pelo menos nove ministros para que se aprove uma súmula vinculante.

Além disso, o efeito vinculante da súmula perante os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública somente operará após a aprovação da súmula, por maioria absoluta, em sessão conjunta do Congresso Nacional.

A apreciação do Congresso Nacional sobre a súmula proposta pelo STF avaliará a observância dos casos precedentes reiteradamente decididos e os eventuais “excessos legislativos”.

Na hipótese de rejeição do efeito vinculante pelo Congresso Nacional, a súmula tornar-se-á mais uma das súmulas ordinárias daquela Corte. Para não prejudicar a agilidade da decisão, assina-se o prazo de noventa dias, com a aprovação tácita no caso de não se ultimar a votação no prazo estabelecido.

Observamos que a elaboração de uma súmula vinculante, na qual o STF enuncia

seu entendimento sobre questões constitucionais concretas e reiteradamente decididas, não tem natureza jurisdicional e, portanto, a presente proposição não viola o princípio da Separação de Poderes.

Essa medida, além de representar o cumprimento do que determina o art. 49, XI, da Constituição Federal ao Congresso Nacional – zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes –, deve induzir o necessário (e hoje inexistente) diálogo institucional entre os Poderes da República.

A sistemática proposta, como se pode notar, assemelha-se à apreciação de vetos do chefe do Poder Executivo a dispositivos de lei aprovadas pelo Legislativo, motivados por inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público. O Congresso Nacional pode, por maioria absoluta, em sessão conjunta, rejeitar o veto presidencial e ratificar seu entendimento quando da aprovação da proposta. No caso do veto, não ocorre, contudo, a aprovação tácita por decurso do prazo.

Além de tratar de novos procedimentos de aprovação da súmula vinculante, a presente proposição também confere ao Poder Legislativo um papel relevante no controle de constitucionalidade de Emendas à Constituição Federal. Ressalte-se que, nesse tópico, a proposta versa apenas sobre o controle de constitucionalidade de Emendas à Constituição Federal.

A proposta consiste em submeter ao Congresso Nacional a decisão do STF, que não teria, de imediato, efeito vinculante e eficácia contra todos (“erga omnes”). Somente após a apreciação do Congresso Nacional reconhecendo a inconstitucionalidade defendida pelo Supremo é que operaria o efeito vinculante e a eficácia da decisão judicial. Na hipótese de o Congresso ratificar seu próprio entendimento já esposado anteriormente por ocasião da aprovação da Emenda, ficaria a população automaticamente convocada para opinar sobre o caminho a ser seguido. Assim, havendo divergências entre a posição dos juízes e dos representantes do povo, caberia ao próprio povo a última palavra.

A título de esclarecimento, vale lembrar que o efeito vinculante das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) não foram previstas no texto original da Constituição de 1988. Tal alteração foi introduzida apenas em 1993, pela Emenda à Constituição no 3, que estabeleceu esse efeito apenas para as Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC), e a partir de então, a jurisprudência do STF passou a conferi-lo também às ADI. Com a edição da Lei no 9.868/1999 e, posteriormente, com a promulgação da EC no 45/2004 (Reforma do Judiciário), o efeito vinculante foi expressamente estendido à ADI.

A respeito da participação do Poder Legislativo no tocante à aplicação de decisões do STF a todos (“*erga omnes*”), vale lembrar que o art. 52, X da Constituição Federal, já prevê a atuação do Senado Federal na suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pela Corte Suprema em controle difuso de constitucionalidade. Esse papel do Senado Federal vem sendo previsto em textos constitucionais desde 1934. Em nossa opinião, não se trata de papel subalterno, mas de mecanismo concreto de equilíbrio entre Poderes, podendo a Câmara Alta decidir de forma contrária, como, de fato, já ocorreu.

Conforme o eminente constitucionalista Luís Roberto Barroso³⁷⁹,

“O Senado, como regra, suspende a execução do ato declarado inconstitucional. Há, contudo, precedente de não-suspensão: no caso do art. 9º da Lei no 7.689/1998, que instituiu contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas. Referido dispositivo teve sua inconstitucionalidade declarada incidentalmente no RE 150.764-PE, por maioria apertada. O Senado Federal foi comunicado da decisão em ofício de 16 de abril de 1993. A matéria foi apreciada pela Comissão de Constituição e Justiça, que se manifestou pela não suspensão da norma, em parecer terminativo de 28 de outubro de 1993. Não houve recurso contra essa decisão, que se tornou definitiva em 5 de novembro de 1993, tendo sido comunicada à Presidência da República e ao Presidente do STF no dia 18 do mesmo mês”.

Não obstante, parte da doutrina, incluindo ministros³⁸⁰ do Supremo, defendem a ocorrência de uma mutação constitucional para relegar o papel do Senado da República apenas a dar publicidade à decisão da Corte. Os que assim entendem vêem como justificativa da existência do referido dispositivo apenas razões históricas.

O fato é que uma série de instrumentos criados pelo próprio Poder Legislativo, e pelo próprio STF, têm contribuído para o progressivo esvaziamento dessa competência. Na prática, esse entendimento apenas reproduz o desprestígio do Poder Legislativo e expõe a nítida face do ativismo judicial.

Embora não seja objeto da presente PEC, podemos inserir no contexto do distanciamento do Poder Legislativo em relação à Constituição o fenômeno da “mutação constitucional”. Trata-se de um processo informal de mudança de sentido e alcance de dispositivos constitucionais, promovido unilateralmente pelo Judiciário, justificado apenas por exercícios de hermenêutica. Indaga-se: convém à sociedade ter o Poder Legislativo inerte diante de uma mudança silenciosa da Constituição a cargo apenas do Supremo?

³⁷⁹ Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro (4a edição, Ed. Saraiva, p. 129).

³⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, ano 41, n. 162, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegrf/ri/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2008.

Não podemos importar modelos de forma acrítica a partir da experiências de outros países que, por dificuldades extremas de promover mudanças nos textos constitucionais, tiveram de implementar formas alternativas e criativas para não “congelar” no tempo suas Constituições. Entendemos que o povo, por meio de seus representantes, deveria participar desse processo. Em momento mais adequado voltaremos a tratar desse tema.

Em síntese, já é hora de refletirmos, no contexto brasileiro, sobre esse modelo de controle de constitucionalidade que tem justificativa histórica cunhada no período pós-holocausto. Segundo Alfredo Canellas Guilherme da Silva³⁸¹, “A desconfiança sobre o Poder Legislativo autenticou a ideia de que o Poder Judiciário deveria assumir o papel de guardião das normas constitucionais e seu mais importante valor da dignidade da pessoa humana, mesmo fosse necessária a declaração de inconstitucionalidade de leis democraticamente elaboradas pelas casas do povo ou o controle de sua omissão legislativa”.

Continua o eminente professor em seu brilhante artigo: “O ativismo judicial se resume num comportamento cometido pelo poder judicante ofensivo ao princípio democrático, mas retoricamente preocupado com a efetividade do princípio da supremacia constitucional, segundo a última e própria interpretação realizada pelo Poder Judiciário”. E arremata com precisão: “Acerca do ativismo praticado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, a doutrina identifica como questão de fundo a afirmação e ampliação da competência normativa da corte e não a efetividade dos direitos fundamentais”.

As formas alternativas de controle de constitucionalidade tem sido debatidas e defendidas por eminentes juristas. Destacamos Jeremy Waldron³⁸² e Mark Tushnet³⁸³, que questionam, de forma enfática, o monopólio do Judiciário em dizer a última palavra sobre a Constituição. Para Waldron³⁸⁴, os tribunais também tomariam decisões baseadas em regras de maioria, sendo, portanto, tão arbitrárias (no sentido de imprevisíveis) quanto aquelas determinadas pelo Legislativo, não possuindo as qualidades decorrentes da legitimidade democrática.

Como forma de exemplificar um modelo alternativo de controle de constitucionalidade no qual o Poder Judiciário não tem o monopólio da última palavra,

³⁸¹ Silva, Alfredo Canellas Guilherme. Revisão e controle pelo Poder Legislativo das decisões da Suprema Corte.

³⁸² Jeremy Waldron é um jurista neozelandês radicado nos Estados Unidos, autor de várias obras, incluindo “A Dignidade da Legislação”.

³⁸³ Mark Tushnet é um jurista norte-americano, professor de Direito na Harvard Law School, também autor de várias obras, entre elas “Taking the Constitution away from the Courts” (Princeton University Press) e “Weak Courts, Strong Rights”. É defensor de forte limitação do “Judicial Review” e da “devolução” da Constituição ao povo.

³⁸⁴ Waldron, Jeremy. A Dignidade da Legislação. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

citamos o adotado pela constituição canadense. De acordo com o constitucionalista José Guilherme Berman Correa Pinto³⁸⁵,

“A Constituição canadense de 1982, ao prever um mecanismo conhecido como “cláusula não obstante” (notwithstanding clause), por meio da qual o Poder Legislativo pode aplicar um determinado diploma normativo, mesmo que ele contrarie o Texto Constitucional (na visão do Judiciário), despertou a atenção de estudiosos, especialmente daqueles que possuem ressalvas à prática tradicional do judicial review, e inspirou outros países a adotarem mecanismos semelhantes (Inglaterra, Nova Zelândia, Israel). Esta forma de fiscalização de constitucionalidade das leis, aqui chamada de controle brando de constitucionalidade (weak-form judicial review), sugere que o Judiciário, embora exerça um papel relevante na interpretação dos dispositivos constitucionais, não deve possuir a prerrogativa de deter a última palavra. Valoriza-se, assim, o componente democrático, de modo a permitir aos representantes do povo que afirmem de maneira definitiva quais são, precisamente, os compromissos básicos daquela sociedade”.

Já é hora, pois, de superarmos o argumento de que os legisladores são menos aptos a tratar dos direitos da minoria por serem suscetíveis às pressões da maioria. Afinal, são os próprios parlamentares que na Constituição e nas leis ordinárias consignaram tais direitos. Alega-se também que as maiorias legislativas são passageiras e circunstanciais, sendo natural o papel do Judiciário enfrentar, por não delas depender, as correntes majoritárias. Esse argumento falacioso menoscaba o Poder Legislativo, pregando-lhe a pecha de incapaz e inconsequente.

O Poder Judiciário brasileiro tem, com efeito, lançado mão de interpretações pós-positivistas, aplicando princípios constitucionais a todo tipo de situações concretas, demonstrando pouco apreço aos textos legais e adotando uma dogmática fluida, com elevado grau de liberdade. Acha-se sempre um princípio constitucional, até então pouco difundido, pronto a fundamentar uma nova decisão impregnada de valor moral. É o verdadeiro império do *panprincipiologismo*³⁸⁶.

Vale a pena citar Peter Häberle: “Sem dúvida, uma fixação exclusiva na jurisdição há de ser superada. É possível cogitar de uma opinião pioneira, na qual a doutrina constitucional integre também a teoria da legislação, isto é, seja admitida como uma interlocutora do legislador”. (...) Tem-se, pois, de desenvolver uma compreensão positiva para o legislador, enquanto intérprete da Constituição...” (Hermeneutica Constitucional, Porto

³⁸⁵ Pinto, José Guilherme Berman Correa. Artigo “Supremacia judicial e controle de constitucionalidade”, publicado em <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/799/668>.

³⁸⁶ Expressão cunhada por Lênio Streck, para designar o uso aleatório e descompromissado dos princípios constitucionais, no livro Verdade e Consenso, Ed. Lumen Juris.

Alegre, 1997. Tradução: Gilmar F. Mendes, p.53-55).

Por fim, o que temos observado a todo momento são decisões ativistas, que representam grave violação ao regime democrático e aos princípios constitucionais da soberania popular e da Separação de Poderes, os quais constam expressamente da Constituição Federal.

Tal anomalia precisa ser corrigida por mecanismos que fomentem o diálogo institucional entre os Poderes. É, portanto, o que se propõe, sem buscar suprimir qualquer parcela, ínfima que seja, da competência dos Poderes da República.

Desse modo, estamos, em síntese, propondo uma revisão da sistemática de aprovação de súmulas vinculantes e do modelo de controle de constitucionalidade de Emendas à Constituição Federal. Em ambos os mecanismos o Poder Legislativo assumirá, como deve ser, um papel relevante.

A presente Proposta de Emenda à Constituição pretende, insistimos, fomentar o diálogo institucional mediante a valorização do papel do Poder Legislativo, muito caro à democracia, e que traz consigo a insubstituível legitimidade da escolha popular.

Esperamos contar com apoio dos nobres pares.

Sala de Sessões,

Deputado Nazareno Fonteles.