

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO - UNICAP
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

JOSÉ LAFAYETTE PIRES BENEVIDES GADELHA

**ENTRE DECISÕES E REAÇÕES: DIÁLOGOS (E EMBATES) INSTITUCIONAIS ENTRE
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CONGRESSO NACIONAL**

RECIFE-PE

2018

JOSÉ LAFAYETTE PIRES BENEVIDES GADELHA

**ENTRE DECISÕES E REAÇÕES: DIÁLOGOS (E EMBATES) INSTITUCIONAIS ENTRE
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CONGRESSO NACIONAL**

Dissertação apresentada como exigência parcial da obtenção do título de Mestre em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Salomão Leite

RECIFE-PE

2018

JOSÉ LAFAYETTE PIRES BENEVIDES GADELHA

**ENTRE DECISÕES E REAÇÕES: DIÁLOGOS (E EMBATES) INSTITUCIONAIS ENTRE
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CONGRESSO NACIONAL**

Dissertação apresentada como exigência parcial da obtenção do título de Mestre em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Salomão Leite

BANCA EXAMINADORA: DATA DE APROVAÇÃO: ____/____/____

Examinador Interno

Examinador Interno

Examinador Externo

“O diálogo cria a base para colaboração”

Paulo Freire

AGRADECIMENTOS

Não sou pai (ainda), circunstância que me impediria, em grande medida, de fazer a analogia que pretendo. No entanto, serei ousado e a farei sem maiores titubeios. Um trabalho científico é tal qual um filho. Nasce da nossa vontade, dá seus primeiros passos guiados por nós, cresce e, ao final, transforma-se em gente grande. Assim como o pai, temos com a cria decepções cá, desatinos acolá. Contudo, o que fica é uma avaliação daquilo que fomos enquanto mentores, procedimento que prefiro destinar só e somente só à banca avaliadora.

Independente do resultado, o desenvolvimento da cria não é, em aviso aos desavisados, fruto apenas do meu esforço e das incontáveis horas que gastei lendo, relendo, pesquisando e escrevendo. Se um bocado de gente não tivesse me estendido a mão nos momentos mais complicados dessa estrada um tanto arenosa, eu certamente não teria atravessado o Rubicão.

Meus pais, Aline e Salomão, que, a despeito da ausência indesejada, mas a que me resigno pelos destinos da vida, fizeram-se presentes pela inspiração eternamente permanente e atual. Pelas lições que me deixaram, dentre as quais uma delas continua sendo, nada obstante o clichê que a retine, dramaticamente fundamental para este momento de modo especial: o conhecimento nos emancipa e nos impele a missão de emancipar um povo e de transformar realidades.

A Myriam, pelo amor que nos une e pelo companheirismo siamês que nos faz lutar. Sem seus empurrões nos momentos em que cogitei parar, sem seu conforto nos instantes em que sofria, eu não teria concluído essa etapa. A Lilice, pela compreensão nas minhas ausências, pelo apoio sempre presente nas situações em que mais precisei.

A Lella e Guga, pelo insistente incentivo e pela acolhida mais que especial. Mais do que quarto, comida, cama e roupa lavada, vocês foram o abrigo do meu coração nesse imenso Recife. A Mamazinha e a Lelezoca, por terem tornado meus dias de cansaço e angústia de pesquisa um tanto mais leves e descontraídos e serem a explicitação do meu amor mais genuíno. A Leda e a Dely, pelo cuidado desnecessariamente exagerado.

A Keoma, por todos esses anos em que você e o futuro que nos aguarda foram sempre a razão principal de toda minha vontade, de todo meu esforço.

As todos os meus tios e tias, em especial, a Dalton, Gisele, Renato, Maysa, Hellosman e Andrea, que, na ausência de meus pais, foram o apoio incondicional e permanente que eu tanto precisava.

A vovó Grace, Aninha e Geralda, pela compreensão dos dias em que me tranquei no quarto para escrever e em também em razão de algumas taquicardias inesperadas.

A todos e a todas colegas do PPGD da Universidade Católica de Pernambuco, em especial, à nossa “Bagaceira”: Steel, Hélder, Nati, Tasha, João Vítor, Felipinho, Marina, Guga, Dani, Aninha, Laurinho, Maurilho, Graciliano, Bruninho, Milenas, Rose e Luana, pela acolhida muito mais que hospitaleira a um forasteiro do sertão da Paraíba.

Aos professores e professoras do PPGD, principalmente àqueles e àquelas de quem tive o prazer de ter sido aluno: João Paulo Allain Teixeira, Virgínia Colares, Raymundo Juliano, Luciano Oliveira, Marcelo Labanca, Gustavo Ferreira Santos e Theresa Nóbrega. Mas, de modo ainda mais especial, ao meu orientador, o professor Glauco Salomão Leite, por ter sido decisivo na escolha do tema deste trabalho e, em razão disso, pela influência em ter me reaproximado do Direito Constitucional e, mais especificamente, da jurisdição constitucional. Além disso, devo a ele toda minha gratidão pela orientação de excelência e pelo exemplo enquanto docente. Estendo esse agradecimento aos funcionários e funcionárias da UNICAP.

Aos demais amigos e amigas que me ajudaram nesses dois anos, em nome de José Alexandre Nunes Neto, João Marcelino Mariz, Ivaneide Mariz, Marcello Trindade Paulo Barreiro, Daniel Sampaio de Azevedo, Rafael Estrela, Antônio Pordeus, Valdeci Oliveira, Kelly Sonaly, Rayra Martins, Estela Nunes, Danilo Araújo, Arisane, Marina Gadelha, Delosmar Mendonça Júnior, Delosmar Mendonça Neto, Iarley Maia, Polyana, Rannileide, aos caroneiros que tantas vezes me levaram de Sousa a Recife.

À humanidade que faz ser quem sou.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo verificar o potencial de diálogo institucional entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal (STF), além de investigar como ocorrem as reações daquele às decisões deste. Para tanto, procurou-se demonstrar inicialmente que a teoria dos diálogos institucionais funciona como uma alternativa à teoria das supremacias judicial e parlamentar. Após a revisão de literatura sobre o tema, fez-se um estudo de caso tomando por base decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade concentrado e as diversas reações de cunho eminentemente legislativo a essas decisões. Os casos foram escolhidos de acordo com os seguintes critérios de maneira cumulativa: a relevância social, o período e o tratamento anterior sob a perspectiva dialógica. O primeiro significa dizer que os assuntos tratados pelo Tribunal são de profundo interesse da sociedade ou de segmentos dela, manifestado de maneira objetiva pela presença de *amicus curiae* no processo objetivo e/ou pela ressonância da decisão nos veículos de imprensa e perante a opinião pública. Tais elementos demonstram que os assuntos tratados na arena judiciária poderiam naturalmente ser abordados pelos poderes políticos. Sobre o segundo critério, a ideia foi escolher casos que tenham acontecido em períodos espaçados desde a promulgação da Constituição de 1988. Por exemplo, ao passo que se analisaram decisões tomadas no início da década de 1990, há casos que se encetaram nas décadas de 2000 e 2010. Quanto ao terceiro, houve a preocupação de selecionar aqueles casos que já haviam sido alvo de estudos por outros autores sob o olhar dos diálogos institucionais. Chegou-se à conclusão de que é possível que o Congresso Nacional reaja naturalmente às decisões do STF. Essas reações podem veicular uma intenção de superar a decisão da Corte ou de simplesmente adequar-se a ela, seja por meio de projeto de lei que possa ser aprovado por maioria simples ou absoluta, seja por meio de uma proposta de emenda à Constituição, que somente pode ser aprovada mediante um quórum qualificado. Foram abordados também os possíveis motivos que ensejam as reações legislativas. O Parlamento pode, ao se deparar com uma decisão do STF, sofrer pressão exógena de grupos corporativos ou mesmo da opinião pública, mas pode igualmente agir mediante seus próprios interesses. A pesquisa também se debruçou sobre o significado de um eventual silêncio do legislador ante uma decisão judicial. Em primeiro lugar, tratou-se de conceber quais conceitos de inércia legislativa poderiam ser utilizados. Duas foram as possibilidades: a inexistência de qualquer proposta legislativa e a ausência de aprovação de alguma propositura. Apresentaram-se algumas probabilidades a cerca das respectivas intenções do legislador com cada uma delas. A inexistência de proposta seria um ato de inércia cujo significado estaria mais próximo de ser um sinal de deferência do Poder Legislativo à escolha do Poder Judiciário. Por outro lado, a ausência de aprovação de alguma matéria em tramitação significaria mais provavelmente um ato de indiferença ao diálogo, especialmente quando a decisão for tomada em sede de Mandado de Injunção (MI) ou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

Palavras-chave: Diálogos institucionais. Controle de constitucionalidade. Última palavra.

ABSTRACT

The present work aims to verify the potential of institutional dialogue between the National Congress and the Federal Supreme Court (STF), as well as to investigate how the reactions of the latter occur to its decisions. In order to do so, it was initially attempted to demonstrate that the theory of institutional dialogues functions as an alternative to the theory of judicial and parliamentary supremacies. After reviewing the literature about the subject, a case study was made based on decisions of the Supreme Court in the concentrated judicial review and the various legislative reactions to these decisions. The cases were chosen according to the following cumulative criteria: the social relevance, the period and the previous treatment under the dialogic perspective. The first means to say that the matters dealt with by the Court are of deep interest to the society or its segments, objectively expressed by the presence of *amicus curiae* in the objective process and / or by the resonance of the decision in the press and public opinion. These elements demonstrate that the issues dealt with in the judicial arena could of course be addressed by the political powers. On the second criterion, the idea was to choose cases that have occurred in periods that have elapsed since the enactment of the 1988 Constitution. For example, while decisions were taken in the early 1990s, there were cases that began in the 2000s and 2010s. Concerning the third, there was a concern to select those cases that had already been studied by other authors under the institutional dialogues. It has come to the conclusion that it is possible for the National Congress to react naturally to decisions of the STF. These reactions may serve an intention to overcome the Court's decision or to simply conform to it, either by means of a bill that can be approved by a simple or absolute majority, or by means of a proposed amendment to the Constitution, which can only be approved through a qualified quorum. The possible motives behind legislative reactions were also discussed. Parliament may face exogenous pressure from corporate groups or even public opinion when it comes to a decision of the Supreme Court, but may also act in its own interests. The research also looked into the meaning of a possible silence of the legislature before a judicial decision. In the first place, it was a question of conceiving which concepts of legislative inertia could be used. There were two possibilities: the absence of any legislative proposal and the lack of approval of any proposal. Some probabilities were presented about the respective intentions of the legislator with each of them. The lack of a proposal would be an act of inertia whose meaning would be closer to being a sign of deference from the Legislature to the choice of the Judiciary. On the other hand, the lack of approval of some matter in the process would most probably mean an act of indifference to the dialogue, especially when the decision is taken in the writ of injunction (MI) or Direct Action of Unconstitutionality by Default (ADO).

Keywords: Institutional dialogues. Judicial review. Last word.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AC – Ação Cautelar

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde

DEM - Democratas

DJ – Diário de Justiça

DJE – Diário de Justiça Eletrônico

EC – Emenda Constitucional

ECI – Estados de Coisas Inconstitucional

Ed. - Edição

FHC – Fernando Henrique Cardoso

HRA – British Human Rights Act

LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexuai, Travestis, Transexuais e Transgêneros

MI – Mandado de Injunção

Min. - Ministro

N. – Número

NIH – Instituto Nacional de Doenças e Derrames Neurológicos dos Estados Unidos da América (tradução).

PL – Projeto de Lei

PLC – Projeto de Lei da Câmara

PLS – Projeto de Lei do Senado

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

P. – Página

PCdoB – Partido Comunista do Brasil

PPS – Partido Popular Socialista

PRB – Partido Republicano Brasileiro

PSC – Partido Social Cristão

PSOL – Partido Socialismo e Liberdade

PT – Partido dos Trabalhadores

PV – Partido Verde

Rcl. - Reclamação

RE – Recurso Extraordinário

Rel. - Relator

Resp. – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

V. - Volume

LISTA DE QUADROS, TABELAS E FIGURAS

Quadro 1 – Relação de alguns municípios de São Paulo com seus respectivos números de vereadores e habitantes na época do julgamento do RE nº 197.917/SP.....	177
Tabela 1 – Categorização dos casos analisados de acordo com as reações.....	204
Quadro 2 – Categorização das reações legislativas.....	206
Quadro 3 – Significados da inércia legislativa.....	211

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1: CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA: A <i>JUDICIAL REVIEW</i> TRIUNFOU?	19
1.1 O pioneirismo norte-americano	19
1.2 As mudanças no cenário do constitucionalismo europeu	26
1.3 Esboço do cenário atual em torno da <i>judicial review</i>	33
CAPÍTULO 2: RONALD DWORKIN E A SUPREMACIA JUDICIAL: POR QUE JUÍZES DEVEM TER A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO?	36
2.1 Um diálogo crítico com o positivismo hartiano	37
2.2 A leitura moral da constituição e a concepção constitucional de democracia	41
2.3 Argumentos em favor da revisão judicial e contra os parlamentos	49
2.3.1 <i>Vulnerabilidade do Poder Legislativo à pressão de setores da sociedade e o insulamento dos juízes</i>	49
2.3.2 <i>Proteção dos direitos das minorias e a tirania das majorias</i>	50
2.3.3 <i>Maior capacidade argumentativa dos juízes e laconismo das discussões parlamentares</i>	52
CAPÍTULO 3: JEREMY WALDRON E A SUPREMACIA PARLAMENTAR: POR QUE O LEGISLADOR DEVE TER A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO?	55
3.1 A (in) dignidade da legislação	55
3.2 A existência de desacordos morais razoáveis sobre direitos	58
3.3 A regra da maioria como critério decisório	61
3.4 Direito à participação como direito dos direitos	63
3.5 Objeções essenciais aos argumentos em favor da <i>judicial review</i>	66
CAPÍTULO 4: DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO TERCEIRA VIA: DEVE MESMO EXISTIR UMA ÚLTIMA PALAVRA?	71

4.1 Fundamentos, origens e acepções dos diálogos institucionais	71
4.2 As teorias do diálogo: uma releitura de Christine Bateup	79
4.2.1 Teorias do método judicial	82
4.2.2 Teorias estruturais do diálogo	87
4.2.3 Fusão dialógica	98
4.3 Experiências dialógicas formais	99
4.3.1 O modelo canadense: seções 01 e 33 e suas consequências jurisprudenciais e teóricas	100
4.3.2 Israel e a sua peculiar cláusula não obstante	105
4.3.3 O Reino Unido a partir da Carta de 1998.....	107
4.3.4 A Declaração de Direitos neozelandesa com a inclusão do mandado interpretativo	110
4.4 A tarefa de buscar um conceito	112
CAPÍTULO 5: O MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: É POSSÍVEL ESTABELEECER DIÁLOGOS?	117
5.1 Razões históricas da formação do modelo de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988	118
5.2 Características da Constituição de 1988	120
5.2.1 Catálogo de direitos e hiperconstitucionalização	120
5.2.2 Expansão do Poder Judiciário	123
5.2.3 Modelo forte de controle jurisdicional de constitucionalidade.....	126
5.3 Onde reside o potencial dialógico?.....	129
5.3.1 O fomento constitucional.....	132
5.3.2 O fomento do legislador ordinário: do diálogo intraprocessual ao diálogo a partir das súmulas vinculantes	140
5.3.3 As tentativas de “ampliação do potencial dialógico”: um quase override à brasileira	141
5.3.4 O debate chega ao STF: uma análise das ADIs 4.650 e 5.105	145

CAPÍTULO 6: DECISÕES E REAÇÕES: COMO DIALOGAM STF E CONGRESSO NACIONAL?	150
6.1 Análise de casos paradigmáticos	151
6.1.1 <i>A vaquejada</i>	155
6.1.2 <i>A criação de municípios</i>	160
6.1.3 <i>A tributação do serviço de iluminação pública</i>	163
6.1.4 <i>Uniões homoafetivas</i>	165
6.1.5 <i>Casos Renan e Cunha: a situação de réus que ocupam cargos na linha sucessória da Presidência da República</i>	170
6.1.6 <i>O número de Vereadores por Município</i>	176
6.1.7 <i>A possibilidade de aborto de fetos anencefálicos</i>	182
6.1.8 <i>A cláusula de barreira partidária</i>	192
6.2 Uma proposta inicial de categorização	204
6.3 Por que há diálogo?	207
6.4 A inércia do legislador: indiferença ao diálogo ou deferência à decisão?	209
CONSIDERAÇÕES FINAIS	213
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	217

INTRODUÇÃO

O debate em torno da interação entre as cortes e suas decisões e as reações providas do Poder Legislativo é bastante atual e instigante, ante a crise de confiança do cidadão nos poderes constituídos, e pode conceder uma ressignificação ao paradigma que historicamente se fincou de tensão dicotômica entre os parlamentos e o Poder Judiciário sobre a interpretação da Constituição.

A supremacia judicial tornou-se praticamente uma constante no desenrolar do século XX como herança do modelo norte-americano de *judicial review*, inaugurado já no século XIX, provocando uma série de questionamentos frequentes da comunidade jurídica, no sentido de perquirir a legitimidade que as cortes deteriam nessa conjuntura cujo desdobramento natural residiria no poder de monopolizar a expressão da última palavra a propósito da interpretação constitucional, uma vez que esse desiderato não adviria diretamente da chancela popular.

A judicialização da política, resultado da expansão do Poder Judiciário cumulada com a presença de direitos fundamentais de aplicabilidade imediata nas Constituições, que puseram nas mãos dos juízes, mormente da jurisdição constitucional, a possibilidade de interferir em searas tradicionalmente pertencentes ao crivo de decisão dos poderes políticos, incomoda e põe em cheque o sentido democrático do Estado.

Algumas cartas de direitos já preveem textualmente procedimentos que extirpam das Supremas Cortes o domínio integral da interpretação constitucional e exigem um maior grau de comunicabilidade entre os Poderes Judiciário e Legislativo no que concerne à atividade interpretativa do texto constitucional, a exemplo das cláusulas não obstante no Canadá e em Israel e dos mandatos interpretativos no Reino Unido e na Nova Zelândia.

No Brasil, a guarda da Constituição foi conferida ao Supremo Tribunal Federal e, no mais das vezes, compreende-se ser dele a missão de dar a última palavra sobre o sentido do texto constitucional.

Com efeito, a intenção da presente pesquisa é compreender se é possível a ocorrência de diálogos institucionais no Brasil, categorizando as formas a partir das quais o Congresso Nacional pode eventualmente reagir às decisões do STF e analisando o conteúdo dos documentos envolvidos em casos específicos que simbolizam as categorizações propostas.

Nesse sentido, procurar-se-á responder aos seguintes questionamentos: com base no ordenamento jurídico brasileiro, é possível estabelecer diálogos institucionais entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal? Se sim, como o Congresso pode reagir às decisões do

Supremo em sede de controle de constitucionalidade? Invariavelmente, por que o Parlamento é instado a reagir, diante de decisões, por vezes, vinculantes e proferidas por um corpo técnico?

As hipóteses levantadas inicialmente corroboram a possibilidade de um potencial dialógico, dada a independência entre os poderes, consignada no art. 2º da Constituição Federal, e a função típica de legislar conferida ao Poder Legislativo. Sendo assim, o Parlamento pode apresentar proposições que, em alguma medida, diverjam dos posicionamentos ancorados em julgados da Suprema Corte. Isso poderia se dar tanto em face da pressão de segmentos da sociedade ou por simples entendimento do legislador.

O método de pesquisa utilizado será o hipotético-dedutivo, pois parte da construção de um problema específico e do delineamento de uma solução provisória, chamada de teoria-tentativa, que será submetida a testes de falseamento, através de meios que instrumentalizem a tentativa de refutação.

No que tange ao procedimento, valeremo-nos dos métodos i) **comparativo**, quando da categorização das formas de respostas legislativas às decisões do Supremo Tribunal Federal; ii) **monográfico**, através do qual o estudo traçará casos específicos, com o propósito de obter generalizações; iii) **histórico**, ao tentar compreender as raízes da supremacia judicial enquanto fundamento para o desenvolvimento de teorias dialógicas.

O texto está dividido em seis capítulos. Cada subtítulo corresponderá a uma pergunta, cuja pretensão é respondê-la ao final de cada um dos capítulos. No primeiro deles, far-se-á um sobrevoo histórico dos fatos que desembocaram no formato de controle jurisdicional de constitucionalidade atual, tomando por base, especialmente, os contextos norte-americano, a partir da Constituição de 1787, e europeu, tendo a Revolução Francesa como marco inicial. A ideia é compreender se, de fato, o modelo de *judicial review*, inaugurado no caso *Marbury v. Madison*, triunfou na contemporaneidade.

Depois de mirar nas tensões entre os poderes legislativo e judiciário para saber quem merece ter a prevalência sobre a atividade da interpretação constitucional do ponto de vista histórico, importa esclarecer como essa discussão é travada na arena teórica. Essa tarefa será desenvolvida nos capítulos 2 e 3.

Para tanto, serão utilizados dois emblemáticos autores que simbolizam bem este embate: Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Preliminarmente, importa esclarecer que, ainda que existam tantos outros autores discutindo e produzindo sobre o tema, por uma questão de ordem metodológica e diante de outros questionamentos que precisam ser respondidos ao longo da pesquisa, não seria possível trazer à discussão todos eles ou pelo menos boa parte

dos juristas que, em alguma medida, estudam a matéria. Se assim fosse feito, o caminho tornar-se-ia mais importante que a própria chegada. O texto ficaria prolixo e não responderia as perguntas a que se propõe.

Para tanto, no segundo e no terceiro capítulo, far-se-á uma resenha da obra de dois importantes autores que possuem reconhecida afinidade com o assunto e o abordam já há bastante tempo. Ambos fazem citações recíprocas, mormente para responder criticamente alguns argumentos, e utilizam, constantemente, decisões da Suprema Corte norte-americana como parâmetro para a resposta de seus questionamentos.

Nada obsta, no entanto, que se observem as interlocuções que as obras deles fazem com as de outros autores, ainda que telegraficamente. O intuito é tomar as emblemáticas posições de Dworkin e Waldron como ilustrações da dicotomia existente entre as teorias das supremacias (do parlamento e do Judiciário).

Efetivamente, não há ineditismo no que tange à escolha desta contraposição, o que comprova algum grau de lógica que existe nela. São vários os trabalhos científicos e ensaios que põem a rivalidade Dworkin-Waldron como fonte a demonstrar o antagonismo que povoa a discussão dilemática sobre o intérprete final da Constituição entre parlamentos ou cortes¹.

O trajeto, ora planejado, enceta com um esboço sobre as linhas escritas por Dworkin em relação ao tema proposto, que se encontra em uma literatura composta por textos bastante esparsos em várias de suas obras². A tomada de partida será o diálogo com o positivismo hartiano e a consequência para a extensão do poder de julgamento dos juízes nos casos difíceis e a diferença entre princípios e políticas. Ao final, procura-se identificar os argumentos que o autor norte-americano utiliza para advogar em favor da *judicial review* como melhor instrumento para interpretar a Constituição.

¹ Ver, por exemplo: MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008; LIÑARES, Sebastián. **La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 62-82; NASCIMENTO, Luma Neto do. Dworking versus Waldron: os prós e os contras da revisão judicial. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.11, n. 3, 3º quadrimestre de 2016. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791>; LONGO FILHO, Fernando José. A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron. **Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 3, 2015, p. 90-111.

² Alguns enxertos de sua literatura serão utilizados, de modo que representarão a essencialidade deste capítulo, quais sejam: DWORKIN, Ronald. Introdução: a leitura moral e a premissa majoritária. In: DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 01-59; DWORKIN, Ronald. Os juízes políticos e o Estado de Direito. In: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio. Tradução de Luís Carlos Borges**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 03-39; DWORKIN, Ronald. A constituição. In: DWORKIN, Ronald. **O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 425-476. DWORKIN, Ronald. Casos constitucionais. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 205-234. Evidente que os demais capítulos dos livros descritos e, eventualmente, outros textos, poderão ajudar a linha de raciocínio a ser delineada no capítulo em apreço.

Na obra de Waldron, em primeiro lugar, abordaremos a sua tentativa de dignificar a legislação em face da credibilidade invocada em favor da revisão judicial das leis. Para desmistificar esse fenômeno, o autor vale-se de alguns conceitos a exemplo dos “desacordos morais razoáveis”, da regra da maioria como critério decisório e do direito à participação como direito dos direitos. Depois da releitura de suas obras, buscaremos condensar as objeções que ele faz ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

Demonstrada as tensões entre cortes e parlamentos, evidenciadas sob as teorias das supremacias judicial e parlamentar, cumpre apresentar, no quarto capítulo, uma alternativa teórica a esta dicotomia, uma espécie de terceira via: a teoria dos diálogos institucionais. Para tanto, traçaremos seus aspectos essenciais (fundamentos, origens e acepções); as teorias dialógicas, a partir da releitura de Christine Bateup; e os principais experimentos dialógicos formais insertos em alguns ordenamentos jurídicos. Após esse apanhado, tentaremos buscar um conceito para o termo “diálogos institucionais”, que seja suficiente para o desenvolvimento do restante da pesquisa.

No quinto capítulo, será o momento de analisar essas questões à luz do contexto brasileiro. Nesse sentido, as primeiras linhas serão dedicadas à compreensão do modelo de controle de constitucionalidade na Constituição Federal de 1988, levando em consideração as raízes históricas que o prenunciam. Considerando a força que caracteriza esse modelo, a parte final tem o propósito de identificar o potencial e os espaços dialógicos permitidos no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, o capítulo sexto procurará revelar como podem se estabelecer as interações entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal. Mais especificamente, como aquele pode reagir às decisões deste, à luz da função eminentemente legiferante. Após a análise de alguns casos considerados paradigmáticos – pela sua própria substância e também sob a perspectiva dialógica -, buscar-se-á responder aos principais questionamentos desta pesquisa.

CAPÍTULO 1: CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA: A *JUDICIAL REVIEW* TRIUNFOU?

Diante da textura aberta dos princípios constitucionais e da força normativa dimensionada a eles a partir das Constituições gestadas, especialmente na Europa, desde o segundo pós-guerra, caberia a alguma instituição a responsabilidade de extrair dos sentidos multifacetados destes princípios a interpretação que seria utilizada para fins de aplicação da norma.

Nos Estados Unidos da América, a solução para a aludida problemática fora arquitetada de maneira bem mais precoce do que como ocorreu no Velho Mundo. Já no século XVIII, *Marbury vs. Madison*, a despeito das circunstâncias políticas que sobejamente influenciaram o processo decisório, é constantemente considerado o evento inaugural e motriz no sentido de colocar nas mãos do Poder Judiciário a atribuição para decidir sobre a validade ou não das leis frente ao conteúdo constitucional.

A dicotomia teórica que se erige em torno das teorias da supremacia judicial e parlamentar é refletida na história política de muitos países. A escolha do modelo de controle de constitucionalidade adotado, muitas vezes, sucede a uma luta entre parlamentos e cortes pela proeminência da interpretação constitucional. Essa conjuntura nada mais representa simbolicamente do que as tensões derivadas de conflitos mais complexos e profundos: democracia vs. constitucionalismo e direito vs. política.

Não decorre, no entanto, apesar da inevitável remontagem de fatos históricos, que haja um compromisso metodicamente cronológico com a abordagem a ser desenvolvida neste capítulo. A intenção, na realidade, é fazer um breve esboço sobre as razões que possivelmente contribuíram para aquilo que restou cunhado como “expansão global do poder judicial”³ e que, por conseguinte, significaria o triunfo do modelo de revisão judicial das leis.

1.1 O pioneirismo norte-americano

Um dos fatores preponderantes para a eclosão da Revolução Americana, que redundaria na Constituição de 1787, foi uma verdadeira e forte indignação dos colonos contra

³ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

o Parlamento britânico, que detinha competências amplas para legislar sobre as situações relativas aos seus países dominados⁴.

Essa atribuição chancelou uma série de imposições tributárias sobre produtos comercializados pelas colônias norte-americanas, às quais os colonos não assistiram inertes. Em 1765, houve um movimento, após a lei que instituiu um imposto para a publicação de livros, jornais e outros documentos, na tentativa de impedir essas medidas criadas pela metrópole, alicerçado na ideia de que sem representação, não poderia haver taxaço (*no taxation without representation*)⁵. Em 1773, na cidade de Boston, em reação a uma lei que previu o aumento da taxa sobre a comercialização do chá e a exclusividade de vendas à Companhia das Índias Orientais, uma turba de pessoas se deslocou até o porto para arremessar sacas de chá ao mar como forma de protesto⁶.

Para além das questões de ordem eminentemente política que permeavam as relações momentâneas entre colônias e metrópole, esses acontecimentos resultaram em um ceticismo do povo norte-americano no Poder Legislativo, de modo que a entronização da constituição, - enquanto norma hierarquicamente superior - antes do fortalecimento dessa concepção na segunda metade do século XX na Europa a partir da ideia de dotar as Constituições de força normativa⁷, significou a forma encontrada para limitar *ex ante* as forças do Parlamento⁸.

A concepção moderna de constituição fundamentou-se exatamente na separação de poderes por intermédio de um sistema de freios e contrapesos e na inclusão de direitos e garantias fundamentais, que – juntos – pudessem limitar o poder e evitar a produção de qualquer tipo de arbitrariedade⁹.

A despeito desse cenário, essa cultura baseada na supremacia parlamentar em terras inglesas nem sempre foi a tônica de sua história política. Ao contrário, surgiu como efeito da Revolução Gloriosa de 1688. Antes disso, aquilo que vigorava, consoante a tradição do *common law*, era a ideia de que as leis do reino não precisavam ser criadas pelo soberano, mas tão somente pronunciadas ou completadas por ele, e, havendo violação às disposições nelas insertas no exercício desta última tarefa, seria função dos juízes declarar a

⁴ COOLEY, Thomas. **General Principles of Constitutional Law in the United States of America**. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1891, p. 5-7.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁶ ROCHA, Everardo; FRID, Marina; CORBO, William. A corte, o chá e o voto: o consumo como arena política. **Intexto**, n. 34, set/dez. 2015, p. 331.

⁷ Ver tópico seguinte.

⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 55.

⁹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 86.

incompatibilidade¹⁰. Esta era a teoria defendida por Edward Coke, evidenciada em célebre precedente da época.

O *Doctor Bonham's Case* é simbólico a caracterizar um processo em que se verificou um embrião de controle de constitucionalidade. Nele, o Doutor Bonham, um médico recém-formado, resiste ao cumprimento de um ato da *Royal College of Physicians* – cancelado pelo Parlamento inglês -, através do qual se exigia a emissão de uma licença como requisito prévio ao exercício da medicina, de maneira que, assim sendo e apesar de notificado pela entidade, continuou a praticar normalmente suas atividades profissionais alegando a natureza prescindível da aludida autorização¹¹.

A atitude de insurgência culminou com a decretação de sua prisão e a aplicação de uma multa como penalidades, de tal forma que o caso chegou a *Court of Common Pleas*, e o seu *Chief Justice*, o juiz Coke, inocentou Bonham, haja vista considerar a lei do Parlamento, que albergava a decisão da *Royal College of Physicians*, repugnante – termo utilizado para denotar o caráter contraditório - ao *common law*, tradição esta que, por sua vez, deve controlar os atos parlamentares quando estes atuarem em dissonância com o direito¹².

Essa semente de *judicial review*, plantada no início do século XVII, motivou a criação de um mecanismo de verificação de compatibilidade das leis coloniais para com o direito do reino por meio da atuação do *Privy Council*, um conselho do qual o próprio rei participava na Inglaterra com funções híbridas – executiva e judicial¹³ -, e, doravante, das próprias cortes coloniais¹⁴.

O *Privy Council* decidira que os juízes das Colônias resolveriam os casos em que houvesse discussão sobre a conformidade das leis coloniais com as respectivas constituições, salvo se aquelas afrontassem as leis do Reino, circunstância em que a decisão seria remetida ao órgão¹⁵.

Segundo Mauro Cappelletti, este processo provocou um fenômeno paradoxal no que toca às razões que motivaram a construção do modelo de controle de constitucionalidade nos

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 58-60.

¹¹ HELMHOLZ, R. H. Bonham's Case, Judicial Review, and Law of Nature. **Journal of Legal Analysis**, Oxford, p. 325-354, n. 1, v. 1, 2009.

¹² HELMHOLZ, R. H. Bonham's Case, Judicial Review, and Law of Nature. **Journal of Legal Analysis**, Oxford, p. 325-354, n. 1, v. 1, 2009.

¹³ HAMBURGER, Philip. **Law and Judicial Duty**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 256-257.

¹⁴ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e Estado de Direito**: O debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. 204 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p 53-56.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 61.

Estados Unidos. Enquanto a Inglaterra seguia, desde a *glorious revolution*, a doutrina da supremacia parlamentar, ela própria, sofrendo influência do *status quo* que vigorava antes do referido marco histórico, estabeleceu, ainda no período colonial, o esqueleto (ainda a ser encorpado) da revisão judicial das leis nos países que estavam sob sua dominação¹⁶.

Essa dupla motivação – repulsa ao Parlamento inglês e a sua supremacia cumulada com o poder conferido aos juízes coloniais para avaliar a compatibilidade das leis com as Constituições das colônias – ensejou um conteúdo propício e indicativo à *judicial review*, presente na Constituição americana de 1787 (art. VI, cláusula 2ª) e nos artigos escritos pelos Pais Fundadores que a ratificariam em “O Federalista” (artigo 78).

Nada obstante exista quem discorde da inferência segundo a qual havia antecedentes históricos substanciais à formação desse resultado¹⁷, fato é que a sentença produzida, poucos anos mais tarde, no caso *Marbury vs. Madison* alicerçou-se nas premissas que foram traçadas pelos documentos acima mencionados.

Em resposta ao artigo publicado por um anti-federalista que se alcunhou de Brutus, Alexander Hamilton, sob o pseudônimo de Publius, em um dos artigos escritos em meio à discussão sobre a feitura da Constituição americana – compilados doravante em “O Federalista” -, sustentou, em linhas gerais, a atribuição do Poder Judiciário para invalidar leis que, por ventura, estejam em desacordo com a Constituição.

Brutus arguia que essa compreensão levaria a uma supremacia judicial, fenômeno, em tese, antagônico ao modelo proposto de separação dos poderes que os fazem independentes. Já Hamilton justificou suas convicções, ao defender que, partindo da premissa segundo a qual a Constituição era a lei suprema, o legislador não poderia criar normas em discordância com as disposições ali assentadas¹⁸.

Para verificar a compatibilidade entre a lei inferior e a lei superior, a lei produzida cronologicamente após a Constituição, em caso de colisão entre ambas, deve ser invalidada. O Poder Judiciário, então, em virtude de ser na valoração de Hamilton, o poder mais fraco, pois

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 60-62.

¹⁷ Segundo Larry Kramer, a defesa de Hamilton e Madison à revisão judicial estava longe de significar uma compreensão em favor da supremacia judicial, uma vez que a proposta do discurso baseava-se em uma defesa holística do federalismo, em cujo sistema o Judiciário teria o seu papel com esteio no departamentalismo. KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004, p. 79-80.

¹⁸ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 457-463.

não tem nem a bolsa, nem a espada; seria o mais indicado para cumprir esta função e, com independência, aquele que teria mais condições de defender direitos de minorias¹⁹.

A Constituição Federal norte-americana de 1787 traz, em seu artigo VI, a seguinte disposição:

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 juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados (grifo nosso).

Desta redação, não se pode concluir taxativamente que a intenção do constituinte era necessariamente criar um sistema de controle judicial de constitucionalidade. Não há, no texto constitucional norte-americano, qualquer menção que afirme peremptoriamente que cabe aos juízes a competência para declarar a nulidade de leis que por ventura estejam em desconformidade com a Constituição.

Esses dois textos – o artigo 78 de *O Federalista* e o art. VI da Constituição norte-americana -, influenciaram o juiz Marshall a considerar o primado da supremacia da Constituição sobre as leis e o poder-dever dos juízes de negar aplicação das leis contrárias ao texto constitucional²⁰.

Apesar do casuísmo com base no qual se desenrolou o caso e a distância temporária que se deu até a segunda ocorrência do fenômeno mais de cinquenta anos depois com o caso *Dred Scott vs. Sanford*²¹, ele representa um marco decisivo na história constitucional.

Como já dito, o segundo caso em que a Suprema Corte utilizou-se do controle judicial de constitucionalidade só vai acontecer em 1857, porém, a partir de então, a jurisdição constitucional passou a ser bastante acionada para apreciar a compatibilidade das leis para com a Constituição, especialmente, ao longo do século XX com o protagonismo das cortes, independente das direções ideológicas tomadas, como se verá adiante.

¹⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 457-463. Rodrigo Brandão faz uma síntese bastante interessante sobre o artigo 78 e divide o raciocínio de Hamilton em cinco passos: i) a supremacia da constituição sobre as leis e o ii) Estado de Direito como sucedâneos da possibilidade de anulação das leis incompatíveis com o Texto Maior; iii) a natureza “legal” da constituição como mote autorizador à avaliação dos juízes; iv) a maior capacidades destes para a interpretação da constituição em virtude de seu maior insulamento; v) a responsabilidade de tutela dos direitos das minorias pelo Poder Judiciário para evitar a tiranias advindas dos grupos majoritários maioria (BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 39-41).

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 47.

²¹ Para mais detalhes sobre o caso: ALSTYNE, William W. Van. A critical guide to *Marbury v. Madison*. **Duke Law Journal**, Durham, p. 1-48, n. 1, 1969.

Em *Dred Scott vs. Stanford*²², a Suprema Corte, ao analisar o pedido de libertação de um escravo, declarou inconstitucional o Compromisso de Missouri de 1820, cujo principal propósito era a proibição da escravatura em alguns Estados nortistas de matriz econômica mais voltada à indústria e ao comércio e que, por conseguinte, não utilizavam com tanta constância a mão de obra escrava, esta mais voltada à agricultura²³. Por essa emblemática decisão, o escravo Dred Scott não foi libertado e, se não bastasse, a Corte foi além e decidiu que nenhuma pessoa escrava, ainda que liberta poderia se transformar em cidadã norte-americana²⁴.

O início do século XX foi um período em que a Corte posicionou-se de maneira bastante protagonista em relação a algumas medidas econômicas adotadas pelo governo. A chamada Era *Lochner* caracterizou-se pela anulação de leis que visavam a ampliar direitos trabalhistas, sob a invocação da garantia do devido processo legal como fundamento jurídico, mas, efetivamente, suas decisões eram tomadas muito mais pela influência de uma marcada linha ideológica econômica baseada no liberalismo, claramente predominante entre os membros tribunal do que baseadas em qualquer lastro jurídico²⁵.

Glauco Salomão Leite considera que o ativismo judicial da Era *Lochner*, ao anular leis que previam, por exemplo, o salário mínimo para mulheres e a regulamentação da jornada de trabalho dos padeiros, pautou-se na manipulação do conteúdo relativo ao devido processo legal, no sentido de tornar o seu significado ainda mais amplo e vago, de modo que a interpretação da Constituição estivesse ao arbítrio da Corte e que, por meio disso, o Tribunal se transformasse em um “ditador econômico”, imiscuindo-se em pautas tradicionalmente afetas a outras esferas²⁶.

Após reações políticas do então presidente Roosevelt, a Corte passou a obtemperar seus julgados, de modo a abrir espaço para um momento de maior compromisso com os direitos sociais. Prova dessa distensão foi o julgamento do caso *West Coast Hotel vs. Parrish*,

²² *Dred Scott vs. Stanford*, 60 U.S 393, 1857.

²³ XAVIER, Matheus Carletti. O legado da escravidão e os usos do passado sobre Abraham Lincoln. **Outras Fronteiras**, Cuiabá, v. 1, n. 2, p.144-161, jul-dez., 2014. Disponível em: <<http://ppghis.educacao.ws/outrasfronteiras/index.php/outrasfronteiras/article/view/117/36>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

²⁴ MELO, João Ozorio. **EUA celebram escravo que busco liberdade na Justiça**. 2013. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-mai-23/americanos-celebram-escravo-buscou-liberdade-justica>>. Acesso em 10 jan. 2018.

²⁵ Para conhecer mais detalhes: SUNSTEIN, Cass R. *Lochner's legacy*. **Columbia Law Review**, v.87, n. 5, p. 873-919, 1987.

²⁶ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 52.

circunstância em que a Corte declarou, desta feita, constitucional a lei que estipulava um salário mínimo às trabalhadoras.

A partir da década de 1950, esse novo cenário consolidou-se a partir das composições da Suprema Corte presididas pelos *Justices* Earl Warren e Warren Burger. Todavia, o viés agora pendia à ampliação dos direitos individuais e à necessidade de transformação de algumas posturas sociais bastante arraigadas.

O ativismo mudava apenas de cor, pois a Corte continuava a se ingerir em pautas sociais e a contrariar atos normativos de iniciativa e competência dos poderes políticos, com base no texto da Constituição e tomando decisões eventualmente maximalistas. Ao passo que a Era *Lochner* ficou reconhecida pelo conservadorismo socioeconômico, as Cortes Warren-Burger manifestavam-se de maneira nitidamente progressista, preservando, contudo, em ambas o caráter ativista²⁷.

Ao menos dois casos são bastante emblemáticos do período Warren-Burger. Em 1954, a Suprema Corte, ao decidir o caso *Brown vs. Board Education*, abriu um espaço para a redução da discriminação racial nas escolas públicas, pugnando em favor da integração entre brancos e negros no mesmo ambiente escolar. Até então, a interpretação da Décima Quarta Emenda pela Corte admitia a igualdade de direitos entre as pessoas de raças diferentes, contudo albergava a separação física em diversos ambientes públicos – vigia a chamada doutrina dos *separates but equals*. *Brown* ensejou, ao longo de anos a fio, uma série de mudanças no comportamento governamental em relação ao assunto²⁸ e instigou a luta de grupos anti-racistas para a ampliação dos efeitos da decisão a outros espaços públicos.

Em 1973, o caso *Roe vs. Wade* representou uma importante viragem jurisprudencial da Suprema Corte em relação ao aborto. Em decisão paradigmática de cariz sobremodo maximalista, com arrimo no direito à privacidade da mulher, foi declarada a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que proibia o aborto, estabelecendo a liberdade ampla da gestante durante os três primeiros meses de gestação e a impossibilidade de proscrição do aborto pelos Estados durante esse período da gravidez²⁹.

²⁷ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 54-55.

²⁸ Como a Corte favoreceu o cumprimento da decisão de maneira paulatina, já que a mudança brusca de todo um sistema educacional convolaria em uma situação de caos (DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 235), as propostas legislativas, com a finalidade de se amoldarem à decisão, advieram apenas a partir da década de 1960. Tal evento pode enquadrar-se dentro de uma perspectiva dialógica da interpretação constitucional, haja vista a interação que se deu entre corte e parlamento.

²⁹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 67.

A medida, para além da interferência em assuntos de ordem política, não se resumiu simplesmente a invalidar o conteúdo da lei e, ademais, exerceu um papel em substituição àquilo que seria, em tese, da alçada do legislador. A decisão estipulou detalhadamente uma série de disposições pertinentes à legalização do aborto, que deveriam ser atentadas pelos Estados: liberdade total da gestante até o primeiro trimestre de gravidez; possibilidade de regulação do aborto no segundo trimestre para proteger a saúde da mulher; e, no terceiro trimestre, cada Estado poderia regulamentar a questão e até mesmo vedar a prática do aborto, salvo quando existissem razões médicas para permiti-la³⁰.

Existem muitas outras decisões da Suprema Corte americana, que evidenciam a cultura ancorada em um modelo forte de controle de constitucionalidade, presente nas instituições jurídicas ianques, sobre as quais se poderia digredir por ocasião deste tópico. No entanto, seria despiciendo fazer um arrolamento detalhado, haja vista não se tratar do objeto central deste trabalho.

Há que se ponderar, entretanto, que esse paradigma, subsistente desde os primeiros anos pós-revolução, encontra inúmeros questionamentos por parte de alguns juristas e filósofos do direito norte-americano, sob diferentes pontos de partida teóricos e em diferentes graus de intensidade. Porém, com um propósito semelhante de criticar a atuação exacerbadamente protagonista do Poder Judiciário e, notadamente, da Suprema Corte em situações que, originalmente em tese, deveriam ser decididas pelo povo ou por aqueles que o representam³¹.

1.2 As mudanças no cenário do constitucionalismo europeu

Enquanto as razões que erigiram a Revolução Americana se ancoravam na repulsa ao Poder Legislativo em virtude das medidas de interferência em assuntos econômicos das colônias tomadas pelo Parlamento britânico, a Revolução Francesa foi produto de uma série de insatisfações pronunciadas contra a figura do Rei. Aquilo que a burguesia francesa intentava era o desmonte dos arbítrios perpetrados pelo *Acien Régime* e o fortalecimento do Parlamento³².

³⁰ LEITE, Glauco Salomão. **Juristrocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 61-62.

³¹ Para esse sentido apontam os teóricos que se afiliam ao constitucionalismo popular, a exemplo de Mark Tushnet, Larry Kramer e Jeremy Waldron – embora neozelandês, radicado nos Estados Unidos.

³² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 134.

Em paralelo, havia também a intenção de infirmar a força dos juízes, tendo em vista que estes se posicionavam em favor da manutenção do *status quo* e acompanhavam as arbitrariedades do rei. Antes da Revolução Francesa, os abusos cometidos pelos magistrados revelavam uma característica constante deste momento da história, uma vez que os juízes tinham o seu ofício tal qual um direito patrimonial como se dele pudesse fazer o que bem entendesse³³.

Ao passo que os insurgentes norte-americanos direcionavam suas insatisfações em face do Poder Legislativo, a revolta dos franceses se voltava claramente contra aqueles que estavam incumbidos da função de aplicar a lei, na via administrativa ou sob a responsabilidade de julgar os conflitos.

Umbilicalmente vinculados a essas razões históricas, estavam os valores ideológicos carregados pelo movimento revolucionário, dentre os quais destaque-se a teoria da separação dos poderes. Montesquieu, a quem se atribui tal construção teórica, afirmou peremptoriamente: “os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”³⁴.

Até hoje, para ilustrar o receio que os franceses têm para com a figura dos juízes, não há nenhum mecanismo de controle judicial de constitucionalidade das leis. Existe tão somente um órgão de natureza política, o *Conseil Constitutionnel*, criado em 1958, composto por ex-Presidentes da República e por membros nomeados pelo Presidente da República, pelo Presidente da Assembleia Nacional e pelo Presidente do Senado, cuja função primordial, dentre outras, é o controle prévio de constitucionalidade das leis, ou seja, a análise de compatibilidade ocorre após a aprovação do projeto de lei, mas antes de sua promulgação³⁵.

Como já se viu, na Inglaterra após a Revolução Gloriosa de 1688, o poder dos juízes foi sensivelmente mitigado após o abandono da doutrina de Sir Coke, e a supremacia do Parlamento, muito embora bastante mitigada pelas recentes modificações a partir da

³³ CHIOVENDA, Giuseppe *apud* CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 97.

³⁴ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 78.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 27-28. Nada obstante, a partir da Reforma Constitucional de 23 de Julho de 2008, o ordenamento jurídico francês passou a prever a possibilidade de controle repressivo de constitucionalidade, sempre que ao *Conseil Constitutionnel* for submetida, sob determinadas condições, o exame de uma questão prioritária de constitucionalidade (QPC) – para mais detalhes, ver CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 9. ed. Salvador: Jus Podium, 2017, p. 87-90.

aprovação do *British Human Rights Act* em 1998 e do *Constitution Reform Act* em 2005³⁶, afirma-se até os dias atuais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por sua vez, era um documento de mera convocação política que tinha a intenção de legitimar o poder legislativo. Os direitos ali contidos não eram suscetíveis ao controle. O único controle possível, naquele contexto, era o controle de legalidade. Daí Zagrebelsky³⁷ afirmar que “a verdadeira Constituição juridicamente operante não foi a Declaração, se não o Código Civil, denominado com frequência não em vão de ‘Constituição da burguesia liberal’”.

O modelo de constituição, no Velho Mundo até a segunda metade do Século XX, representava apenas, na dicção de Luís Roberto Barroso, “um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos”³⁸, de modo que os únicos conteúdos verdadeiramente de caráter normativo correspondiam às disposições atinentes à estruturação do Estado e aos procedimentos para a criação das normas infraconstitucionais. A aplicação da substância de natureza mais política capaz de abordar direitos de textura mais ampla ficava ao sabor da discricionariedade do legislador ordinário.

Portanto, o sistema de controle de constitucionalidade gestado nesta época, mais especificamente em 1920 na Áustria, reverenciava o Poder Legislativo e legava a um Tribunal Constitucional, à parte dos poderes constituídos, o exercício da jurisdição constitucional sob uma atuação mais contida, na condição de “legislador negativo”, como intitulara Hans Kelsen, a quem se atribui a formatação teórica deste modelo³⁹.

Nessa perspectiva, a função legislativa cria normas gerais, enquanto que a função jurisdicional cria normas individuais específicas àquelas partes envolvidas no conflito. À medida em que a jurisdição constitucional, na concepção kelseniana, anula uma determinada lei de efeitos gerais, analisando-a abstratamente, estaria também exercendo uma função legislativa, porém de maneira negativa.

O âmbito de avaliação do legislador positivo é muito mais amplo do que aquele à disposição do chamado “legislador negativo”; há mais liberdade ao primeiro do que ao segundo:

Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo

³⁶ Sobre eles, abordará o capítulo 04.

³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Tradução de Marina Gascón. 10 ed. Madrid: Trotta, 2011, p. 53.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 193.

³⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.71-75.

das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais -, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional é absolutamente determinada pela Constituição⁴⁰.

Kelsen justifica a necessidade da existência de um Tribunal Constitucional destinado a exercer, com prerrogativas exclusivas, o controle de constitucionalidade das leis, porquanto, como teria de exercer o papel de legislador ainda que negativamente, não poderia ser um órgão do Poder Judiciário, uma vez que fugiria de sua função original, qual seja a de criar normas individuais; e, para resguardar a independência frente ao Poder Legislativo a quem se atribui o efetivo ofício criativo das normas gerais, não seria plausível que a ele estivesse vinculado⁴¹.

Essa posição de Kelsen faz parte de um debate travado com o jurista alemão Carl Schmitt sobre a autoridade a quem seria conferida a guarda da Constituição. Influenciado pela onda antiliberal que deflagrou o avanço do movimento nazista após a primeira grande crise do capitalismo moderno, Schmitt defendia que o guardião da Constituição deveria ser o Chefe de Estado, em razão do seu papel mais neutro em comparação com a miscelânea de forças existentes no Parlamento⁴².

Fato é que a posição de Schmitt, nada obstante as réplicas de Kelsen, triunfou, pelo menos em solo alemão, quando Hitler assumiu a condição de Chanceler em 1933 e sepultou qualquer possibilidade de funcionamento de um modelo de jurisdição constitucional proposto por Kelsen⁴³.

As atrocidades perpetradas contra grupos minoritários, a que os regimes totalitários do início do século XX fizeram a humanidade assistir, provocaram um processo de repaginação do direito constitucional após a Segunda Guerra Mundial, de modo a conformar relevantes modificações no modelo de Constituição até então posto e, em paralelo, a respeito do papel que seria dispensado aos tribunais constitucionais na interpretação do texto constitucional a partir da afirmação paulatina desse novo modelo.

As características apresentadas pelo Estado Constitucional que se erige após o segundo pós-guerra na Europa se diferenciam flagrantemente daquelas em favor das quais tanto advogava Hans Kelsen. Em relação ao conteúdo, os textos constitucionais - antes restritos a

⁴⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153.

⁴¹ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 150-155.

⁴² SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 197-207.

⁴³ PINTO, Roberto Bueno. Carl Schmitt X Hans Kelsen: defensor ou senhor da Constituição. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 103-136, set./dez. 2015, p. 117.

dispõem sobre a organização do Estado e os procedimentos aos quais deviam atendimento a legislação infraconstitucional e contendo alguns mínimos direitos de primeira geração – passaram a abordar uma pletera de direitos sociais e coletivos e, de forma ampliativa, os direitos individuais, fazendo com que essa extensa constitucionalização convolve-se em uma redução da margem de liberdade legiferante dos poderes políticos⁴⁴.

O tribunal constitucional passa a ter o desiderato de avaliar a compatibilidade das normas infraconstitucionais com a constituição, circunstância que aproxima o modelo europeu de controle de constitucionalidade daquele já em estágio bastante amadurecido nos Estados Unidos como produto de uma farta construção jurisprudencial capitaneada pela Suprema Corte. Ainda que se preservasse o caráter concentrado da revisão das leis em um Tribunal Constitucional exatamente como propunha Kelsen, o órgão também incorpora a natureza jurisdicional, abandonando a mera função de “legislador negativo”⁴⁵.

A Alemanha e a Itália foram precursores na criação de órgãos dessa estirpe em 1951 e 1956, respectivamente. Em seguida, o fenômeno irradiou-se por todo Velho Continente, a saber: no Chipre em 1960, na Turquia em 1961, na Grécia em 1975, na Espanha em 1978, em Portugal em 1982 e, mais tarde já no final do século XX, na Polônia em 1986, na Hungria em 1990, na Rússia em 1991, na República Tcheca, na Romênia e na República Eslovaca em 1992 e na Eslovênia em 1993⁴⁶.

Outra marca das Constituições editadas a partir da segunda metade do século XX é a presença vasta de princípios jurídicos, dotados de maior vaguidade e textura aberta, tornando possível a complementação de seus significados ou possibilitando diferentes e diluídas interpretações em torno deles⁴⁷.

Daí o alto grau de proeminência adquirido pelo Poder Judiciário: em face da desconfiança da sociedade para com os poderes políticos depois das crises econômica e política por eles protagonizadas, caberia àquele traduzir o sentido da constituição. Some-se a isso esta última condição a que se referiu o parágrafo supra: considerando que essas diretrizes não são dotadas de textura fechada sobre o seu significado, permite-se ao seu intérprete fazer uma modulação mais elástica de seu alcance semântico.

⁴⁴ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 30.

⁴⁵ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 30.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 195.

⁴⁷ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 30

Além disso, ao contrário do que se assentava anteriormente – Constituições como meras peças de declaração a convocar politicamente os poderes à prática de seus postulados -, consolida-se, definitivamente, a “força normativa da Constituição”. O termo se transformaria no famoso artigo do juiz do Tribunal Constitucional alemão Konrad Hesse, publicado em 1951.

Hesse, contrapondo-se à ideia lançada por Ferdinand Lassale em 1862 que defendia a Constituição como “mera folha de papel” e que “questões constitucionais não são questões jurídicas”, inicia uma digressão mostrando a necessidade de distinguir a Constituição jurídica da Constituição real e realçando que ambas estão em uma relação de coordenação, e não de dependência⁴⁸.

Para que a Constituição jurídica tenha força normativa e dialogue com a realidade fática, é preciso o atendimento de alguns pressupostos que Hesse reparte-os em dois matizes: os pressupostos quanto ao conteúdo e quanto à práxis. Em relação aos primeiros, a Constituição deve conectar-se com o estado espiritual de seu tempo, possuir flexibilidade para adaptações de acordo com as volatilidades sociais e não se assentar em uma estrutura unilateral, admitindo determinados contrapesos e ponderações, de modo a mitigar seus próprios princípios fundamentais⁴⁹.

No que toca aos pressupostos vinculados à práxis, o autor alemão evidencia a noção de “vontade de Constituição”, cujo significado corresponde aos sacrifícios por que devem passar a sociedade para, prescindindo de seus interesses particulares, honrar o respeito às ordens constitucionais. Ademais, a Constituição precisa ser estável para que sua confiança não seja abalada, e a sua interpretação importa, na medida do possível, concatenar-se com a ótima concretização conforme a realidade⁵⁰.

Com base no cumprimento desses pressupostos, Hesse aponta que não é tarefa difícil visualizar a força normativa da Constituição, ainda que, de alguma forma, ela esteja em comunicação com a realidade. Prova disso – prossegue – é a supremacia da constituição sobre a soberania popular ante a sua rigidez e a quase ilimitada competência das Cortes Constitucionais em cujas mãos reside a última palavra sobre os conflitos de natureza

⁴⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 1 (versão e-book).

⁴⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 5 (versão e-book).

⁵⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 8 (versão e-book).

constitucional, inclusive, a propósito de temas antes praticamente isolados da discussão constitucional a exemplo do direito civil⁵¹.

O modelo constitucional proposto a partir da segunda metade do século XX reúne elementos das tradições constitucionais norte-americana e europeia⁵². Da primeira, extrai-se a supremacia da Constituição sobre o restante das leis e a sua força normativa, no sentido de limitar o poder político e evitar que este se assoberbe em suas prerrogativas e cometa arbítrios inesperados. Diante desta intenção, aos juízes caberá verificar a (in) compatibilidade da produção legislativa em observância aos dispositivos constitucionais.

Da segunda, advém a abordagem de inúmeros assuntos no texto, sob influência da Declaração Universal do Homem e do Cidadão de 1789, que tratou com bastante precisão sobre temas como a anterioridade da lei penal, a garantia da propriedade privada e a cobrança de tributos mediante lei; e das constituições do Estado Social do início do século XX, em cujo bojo trouxeram um leque numeroso de direitos sociais (saúde, educação, trabalho, assistência social, etc.)⁵³.

As características descritas (supremacia da Constituição, força normativa dos princípios, Poder Judiciário como intérprete imediato e ampla constitucionalização) conflagram uma nova feição do constitucionalismo, que muitos convenciam chamar de “neoconstitucionalismo”, ainda que nenhum dos autores aos quais se atribui a defesa desta acepção enquanto trincheira de concepção jurídica se denomine “neoconstitucionalista”. É de se salientar que muitos deles, inclusive possuem posições incompatíveis entre si⁵⁴.

O direcionamento do constitucionalismo por esse caminho, na Europa, sob forte influência do modelo americano, favorece a criação de uma cultura de interpretação da Constituição pautada na supremacia judicial e, em tese, nos leva acreditar que o Poder Judiciário, ao menos em relação a essa responsabilidade – que não possui pouca importância (diga-se) -, prevaleceu sobre os poderes políticos.

⁵¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 8 (versão e-book).

⁵² PIETRO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación. **Anuario de La Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, n. 5, p. 201-228, 2001. Disponível em: <[https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(201-228).pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2017.

⁵³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 146-148.

⁵⁴ Alguns desses que recebem o rótulo “neoconstitucionalista”, como Luigi Ferrajoli, Luiz Pietro Sanchís, Suzana Pozzolo e Ricardo Guastini não advogam, por exemplo, a existência de uma interação necessária entre Direito e Moral, embora admitam a possibilidade de haver uma ligação contingente entre as esferas. Já Ronald Dworkin, Robert Alexy e Carlos Santiago Nino, ao contrário, argumentam em favor da conexão necessária entre Direito e Moral. Ver SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/29044>>. Acesso em 28 Fev. 2017.

1.3 Esboço do cenário atual em torno da *judicial review*

É nesse percurso histórico em que se ancora o triunfo da *judicial review* sobre a soberania parlamentar. Conceder a tarefa de revisar as leis feitas por representantes eleitos pelo povo a um poder, que estaria mais imune às pressões políticas e de cuja independência não se desconfiaria, seria mais seguro – ou, no dizer de Hamilton, Madison e Jay, “o menos temível para a Constituição”⁵⁵ – do que a quaisquer dos poderes políticos, em homenagem aos exemplos da história que a humanidade pode testemunhar.

O tal triunfo não se sobressai de modo absoluto, e essa afirmação impõe, ao menos duas tarefas, com o propósito de comprovar minimamente a suscitação do ceticismo: i) perscrutar, ainda que exemplificativamente, as mais variadas espécies de controle de constitucionalidade que se observam em países de comprovada tradição democrática; e ii) sublinhar algumas discussões teóricas contemporâneas que discutem a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade e a competência para dar a última palavra sobre o sentido da Constituição.

O final deste capítulo será dedicado apenas ao cumprimento da primeira tarefa, pelo que esta é essencial e visivelmente mais simples, enquanto que os capítulos seguintes deste trabalho cuidarão de abordar amiúde a segunda.

Com efeito, tomemos como ponto de partida a classificação dos sistemas constitucionais quanto à forma de controle de constitucionalidade proposta por José Luiz Quadros de Magalhães:

- a) um sistema constitucional onde embora o controle seja concentrado a jurisdição poderá ser difusa;
- b) outros em que a jurisdição e o controle são difusos (Brasil e EUA);
- c) a jurisdição pode ser difusa não existindo controle (Inglaterra);
- d) o controle e a jurisdição são concentrados, sendo a jurisdição constitucional muito limitada (França);
- e) inexistência de jurisdição constitucional com auto controle do parlamento (Holanda e Luxemburgo)⁵⁶.

O quadro apresentado demonstra que, apenas nos dois primeiros tipos, é possível observar a presença de um controle puramente judicial de constitucionalidade: pela via concentrada, no primeiro caso, seguindo o modelo austríaco; e pela via difusa, no segundo,

⁵⁵ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 458.

⁵⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional III**, Belo Horizonte: Mandamento, 2008, p. 187-189.

seguindo o modelo americano. Nos demais modelos, praticamente inexistente controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário.

Na Holanda e em Luxemburgo, sequer existe qualquer tipo de jurisdição constitucional, e os poderes de controle conferidos ao Parlamento são amplos, embora se admita o controle de legitimidade das leis em face da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁵⁷.

O Reino Unido ainda preserva um modelo baseado na supremacia parlamentar, nada obstante relativamente obtemperado, com a aprovação do *Human Rights Act* (HRA) em 1998, por meio do qual foram incorporados os princípios da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que, a partir de então, devem servir sempre de baliza para que a interpretação das leis seja sempre que possível compatível com eles⁵⁸. Além disso, em 2009, foi criada a Suprema Corte britânica, já prevista pelo *Constitutional Reform Act 04* (quatro) anos antes. Ainda assim, o grau de deferência ao Poder Legislativo é prevalente no sistema inglês, tendo em vista que a obrigação interpretativa não significa que as cortes tenham o poder de invalidar uma lei⁵⁹.

O Canadá, mesmo considerando as mudanças estabelecidas na Carta de Direitos de 1982, ainda preserva a sua histórica reverência ao Parlamento. Exemplo disso é a inclusão da cláusula “não obstante” na aludida Carta, que, após a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei, faculta ao Poder Legislativo a possibilidade de suspender a eficácia da decisão proferida pela Suprema Corte e manter a norma no ordenamento jurídico por um período de 05 (cinco) anos, prorrogável por igual período após sucessiva deliberação⁶⁰.

O controle jurisdicional de constitucionalidade está amplamente alastrado também na América Latina. Praticamente, todos os países mantêm alguma modalidade de revisão judicial: controle exclusivamente difuso, como é o caso da Argentina; somente concentrado, a exemplo das experiências uruguaia e paraguaia; ou também controle misto, como acontece no Brasil, na Venezuela, no México, na Bolívia, no Peru e no Chile. Esses três últimos, inclusive, possuem tribunais constitucionais com competência exclusiva para o controle jurisdicional de constitucionalidade, seguindo a inspiração do modelo austríaco⁶¹.

⁵⁷GALLERANO, Greta Massa. Los sistemas constitucionales de Holanda y Luxemburgo. **Revista de derecho constitucional europeo**, n. 15, 2011, 188-189; 196-198.

⁵⁸ Existem mecanismos semelhantes ao mandato interpretativo britânico em outros países a exemplo da Nova Zelândia.

⁵⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 81-82.

⁶⁰ Seção 33 da Carta canadense. Além disso, a seção 1 do mesmo documento autoriza que o Poder Legislativo possa fazer limitações a determinados direitos fundamentais.

⁶¹ Para maiores detalhes, sugere-se as seguintes leituras: CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 21 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 466-469; TAVARES FILHO, Newton. **Tribunais**

Portanto, embora regimes democráticos bastante sólidos compromissados com os direitos humanos não lidem com este modelo ou possuem fortes resistências em implantá-lo até hoje, é possível dizer que o fenômeno do controle judicial de constitucionalidade propagou-se por boa parte dos sistemas constitucionais do mundo. Alguns países de forte tradição de supremacia parlamentar, a exemplo do Reino Unido e do Canadá, fizeram recentes concessões, a partir da confecção de suas cartas de direitos, criando alguns mecanismos que permitem a revisão judicial das leis.

Para além dessa constatação factual, os questionamentos teóricos se apresentam com bastante frequência e intensidade, inclusive, nos países em que a *judicial review* já é uma realidade secular, a exemplo dos Estados Unidos. A ausência da bagagem democrática que se verifica em torno da escolha dos juízes é o principal óbice sustentado por aqueles que abrem trincheiras acadêmicas contra o controle judicial.

Já rapidamente responderiam os defensores da revisão judicial que os magistrados, nada obstante não passarem pelo crivo popular por meio de eleições diretas, receberiam indiretamente esta insígnia democrática, especialmente aqueles que compõem as Supremas Cortes⁶², das autoridades que são escolhidas diretamente pela população.

Contudo o embate na academia é bem mais denso do que as simples proposições formuladas acima. Ainda que o cerne da discussão prossiga em torno da instituição a que se devotaria a responsabilidade para prolatar a última palavra sobre o sentido da Constituição, o debate inevitavelmente acaba envolvendo questões de fundo menos simplistas, a exemplo do significado da democracia enquanto mero procedimento ou substância.

Em ambos os lados, os argumentos revelam-se bem mais sofisticados do que discursos que o senso comum poderia afirmá-los e discerni-los com facilidade, daí a maior complexidade afeta à segunda tarefa proposta no final desta seção, que se desvelará nos capítulos seguintes.

constitucionais. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2009, p. 16-19. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2017; SILVA, Paulo Maycon Costa da. Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 203, p.185-204, jul./set. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p185.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017; RODRIGUES, Amanda Carolina Buttendorff; BARBOSA, Claudia Maria. Cortes Constitucionais – um estudo comparado. **PublicaDireito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27b587bbe83aecf9>>. Acesso em 27 out. 2017.

⁶² A exemplo do que acontece no Brasil e nos Estados Unidos, quando os Ministros são indicados pelo Presidente da República e referendados em sabatina realizada pelo Senado Federal, guardadas as peculiaridades quanto ao rigor do rito.

CAPÍTULO 2: RONALD DWORKIN E A SUPREMACIA JUDICIAL: POR QUE JUÍZES DEVEM TER A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO?

Embora Ronald Dworkin muito mais se proponha a formatar uma teoria que discuta a justiça e não a autoridade, alguns de seus argumentos propendem, no final das contas, pela proeminência dos juízes na função de interpretar a constituição. É dele, inclusive, a criação de um personagem mítico que representa o perfil do magistrado ideal: o juiz Hércules. Para demonstrar tal predileção, não há qualquer referência, em sua teoria, de um protótipo de legislador ideal.

Sua obra, espalhada em vários livros e textos, aborda diversos assuntos do direito, e não se pode dizer que, em qualquer deles, o autor perfilhou um caminho objetivo com o propósito de trazer uma argumentação específica em favor da supremacia judicial. A conclusão a que chegamos deriva da leitura extensa de seus escritos, a partir da qual é possível identificar uma série de assertivas que comprovam sua preferência por juízes como intérpretes do direito.

Antes disso, porém, estão as premissas sobre as quais se assentam o pensamento dworkiniano. Como boa parte dele gira em torno do trabalho desenvolvidos pelos juízes, não se vislumbra qualquer óbice democrático na possibilidade de juízes não eleitos se imiscuírem em tarefas tradicionalmente afetas ao legislativo, a exemplo do controle de constitucionalidade. É que, para ele, a democracia não significaria simplesmente uma concepção majoritária de decisão. A perspectiva que Dworkin toma da democracia é muito mais substantiva do que meramente procedimental.

Ao contrário dos positivistas tradicionais, que acreditam que, diante das lacunas e das ambiguidades da lei, o juiz teria discricionariedade para resolver os casos controversos, Dworkin entende ser necessário recorrer à utilização de princípios morais e abstratos. Desse modo, o autor subdivide os padrões além das regras em políticas e princípios. Para decidir a respeito das primeiras, os parlamentos teriam mais condições, enquanto que sobre estes tal tarefas caberia melhor a juízes e cortes.

A visão do jusfilósofo norte-americano do direito como integridade resulta exatamente na compreensão de que os juízes devem fundamentar suas decisões com base em juízos morais, levando sempre em consideração os precedentes, de modo a conformar um trabalho que seja realizado harmonicamente: um romance em cadeia.

Por isso, pode-se dizer que a raiz da questão para iniciar o debate, que, ao final, desembocará no papel bastante prodigioso desenvolvido pelos juízes na interpretação constitucional, está no diálogo contraposto por Dworkin com o positivismo jurídico, especialmente aquela versão traduzida por Herbert Hart.

2.1 Um diálogo crítico com o positivismo hartiano

Dworkin deixa muito claro que sua intenção é fazer um “ataque geral ao positivismo”⁶³ e, para esta proposta, escolhe o modelo sustentado por Herbert Hart como alvo específico. Hart não faz a mesma distinção de Dworkin entre princípios e regras e considera que apenas estas últimas teriam espaço no ordenamento jurídico.

No entanto, entende que algumas delas possuem o que ele chama de “textura aberta”⁶⁴, e, ao se deparar com fatos que ensejem a aplicação de regras dessa natureza, o juiz terá de solucionar um “caso incomum”. Quando o reconhecimento da dicção da regra é de fácil aplicação, basta subsumi-la ao fato para decidir, contudo, ao possibilitar uma série de alcances e interpretações, o juiz positivista pode agir discricionariamente.

Na compreensão dworkiniana, a distinção entre regras e princípios funciona exatamente para não permitir que o juiz decida da maneira como bem lhe aprouver os casos difíceis. Ao contrário, sustenta Dworkin, o juiz tem de se utilizar de argumentos de outros padrões para além das regras, os princípios, quando, através daquelas, não for possível resolver o caso⁶⁵.

As regras importam ou não importam, “são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada” e, em caso de conflito, o sistema jurídico cria procedimentos para escolher aquela que será aplicada à situação concreta e invalidar uma delas, através de critérios como a promulgação por autoridade de grau superior (lei superior revoga lei inferior), o tempo em que desemboca no ordenamento jurídico (lei posterior revoga lei anterior) e a especialidade (lei especial revoga lei geral)⁶⁶.

⁶³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

⁶⁴ HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 137.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

Os princípios, por sua vez, seriam alvos de uma análise caso a caso, e, à medida que aplicados pelos tribunais, criar-se-ia uma nova regra que, a partir de então, seria subsumida ao fato a ser apreciado.

Em *Uma questão de princípio*, Dworkin paraleliza duas concepções de Estado de Direito que se aproximam de seu debate com o positivismo sobre a forma de decisão judicial dos casos difíceis. A concepção de Estado de Direito centrada no texto da lei chancelaria a tese positivista de Hart, uma vez que “ela insiste em que, tanto quanto possível, o poder do Estado nunca deve ser exercido contra os cidadãos individuais, a não ser em conformidade com regras explicitamente especificadas num conjunto de normas públicas à disposição de todos”⁶⁷.

A concepção de Estado de Direito centrada nos direitos, por sua vez, pressupõe que aos cidadãos é ofertada a fruição de direitos morais e políticos. Eles estariam à disposição para serem impostos “quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais e outras instituições jurídicas do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável”⁶⁸.

A aparente rivalidade entre as duas concepções, para Dworkin, na verdade, funciona como complementaridade. Elas seriam, portanto, compatíveis enquanto ideais mais gerais para uma sociedade justa:

Qualquer comunidade política será melhor, se seus tribunais não tomarem nenhuma atitude que não as especificadas em regras publicadas previamente, e, também, se suas instituições jurídicas fizerem cumprir quaisquer direitos que os cidadãos individuais tenham. Mesmo como ideais políticos gerais, porém, as duas concepções diferem da seguinte maneira. Um elevado grau de aquiescência à concepção centrada no texto jurídico parece ser necessário a uma sociedade justa. Qualquer governo que atue contrariamente ao seu próprio repertório legal muitas vezes – pelo menos em questões importantes para cidadãos particulares – pode não ser justo, não importa quão sábias ou justas suas instituições possam ser em outros sentidos. Mas a aquiescência às leis evidentemente não é suficiente para a justiça; a aquiescência plena provocará injustiça muito séria se suas regras foram injustas⁶⁹.

No entanto, aquilo que toca as concepções de Estado de Direito e as objeções que Dworkin faz ao positivismo hartiano é a diferença em relação ao aconselhamento existente quanto à possibilidade dada aos juízes de tomar decisões em casos controversos com base em padrões para além das regras, quando a regra do caso concreto não oferece firmeza suficiente para propender o juiz em favor de uma das partes.

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 6-7.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 7.

⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 8.

Na concepção centrada no texto da lei, o juiz deve possuir uma postura neutra, buscando a utilização de alguma técnica (semântica, psicológica ou contrafactual) que especule as intenções do legislador, mesmo nos casos em que não haja diretiva clara na letra da lei; enquanto que, na concepção centrada em direitos, o juiz assume claramente que argumentará com base na moralidade política, admitindo o texto da lei como fonte primeira dos direitos morais, mas permitindo também a invocação de direitos de fundo, quando a lei nada disser, para subsidiar a decisão⁷⁰.

Portanto, para Dworkin, o juiz, ao utilizar técnicas meramente formais, que intentem certa neutralidade, tende paradoxalmente a agir de modo discricionário, pois pode fixar a compreensão que melhor entender. O juiz, que argumenta politicamente pautando-se por direitos morais não necessariamente declarados pelo direito positivo, possuiria algum critério no sentido de barrar atitudes judiciais discricionárias, além de desaconselhar “uma estanque divisão de tarefas entre órgãos políticos e jurídicos”⁷¹.

Dworkin estaria aproximando novamente universos que se distanciaram por obra do positivismo jurídico do início do século XX: o Direito e a Moral, através dos princípios, inspirado no núcleo essencial do pensamento jusnaturalista⁷².

Ocorre que o jurista norte-americano faz mais uma classificação imprescindível à compreensão de sua teoria, especialmente para justificar o protagonismo dos juizes, que, *a priori*, ainda careceriam de legitimidade política para atuarem nessas condições. É que, como os juizes não são eleitos por um determinado povo e terminam por, em tese, colmatar os vazios dos textos das regras, estariam a se atrever nas atribuições ordinárias do legislador – este, sim, genuíno representante da sociedade⁷³.

Para desmistificar essa inferência, Dworkin subdivide os padrões que existem para além das regras em princípios e políticas (*policies*). Estas significam objetivos a serem alcançados, “uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social considerada

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 39.

⁷¹ POLI, Vinicius José. **Controle de constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo**. 2012. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 45.

⁷² ROCHA, Carlos Odon Lopes da. As Relações entre Direito e Moral Crítica: o Direito como Integridade segundo Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 39, n. 1, p. 205-218, 2014, p. 212.

⁷³ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 36.

desejável”; enquanto aqueles são, de fato, “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”⁷⁴.

As decisões que ficariam a cargo do Poder Judiciário, quando da análise dos *hard cases* devem se basear em argumentos de princípios; enquanto que ao Poder Legislativo cabe tomar decisões com base em argumentos de política. Assim, diante de um objetivo coletivo sobre o qual ainda resta apreciação, basta unicamente a deliberação majoritária, contudo, para a defesa de direitos individuais, é preciso que haja uma limitação às maiorias parlamentares em favor da proteção do ser humano e das minorias⁷⁵.

Dworkin, dessa forma, desfaz aquilo que ele considera um engodo: os juízes estariam a usurpar a função de legislar, ao, na apreciação dos casos difíceis, criar um novo direito. Segundo ele, esta alegação não atenta para a diferença entre os argumentos de princípio e os argumentos de política (*policy*):

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio. Estes dois tipos de argumento não esgotam a argumentação política. Às vezes, por exemplo, uma decisão política, como a de permitir isenções extras de imposto de renda para os cegos, pode ser defendida como um ato de generosidade ou virtude pública, e não com base em sua natureza de política ou de princípio. Ainda assim, os princípios e as políticas são os fundamentos essenciais da justificação política⁷⁶.

Os tribunais reservar-se-iam, pois, a justificar suas decisões com base em argumentos de princípio, enquanto que os legisladores estariam aptos a fazê-lo quando a decisão claramente exigisse uma invocação mais apodíctica que ensejasse a utilização de argumentos de política.

A discordância com Hart permanece nos seguintes termos: para o jurista inglês, na análise de casos difíceis ou incomuns, o juiz teria discricionariedade para decidir. Dworkin discorda e argumenta que a decisão judicial precisa se balizar em argumentos de princípio, por meio de um método ou um “antimétodo” - como prefere chamar Conrado Hübner

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

⁷⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 38.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129-130.

Mendes⁷⁷ -, que denomina de “leitura moral da constituição”, permitindo ao juiz que, na sua tarefa perscrutante, identifique, de modo bastante argumentativo, os direitos morais insertos ou subentendidos no ordenamento jurídico.

2.2 A leitura moral da constituição e a concepção constitucional de democracia

Aquilo que aparentemente facultaria ao juiz espaços regulatórios, em razão da exigibilidade de sopesamento inerente à forma de aplicação dos princípios⁷⁸, é transformado pelo autor em uma ferramenta metodológica de decisão - ou, ao menos, capaz de negar a profusão de outras técnicas -, disposta para que os juízes abertamente possam decidir com base em valores políticos, sem utilizar dos subterfúgios em favor de uma suposta neutralidade suportada pela concepção de Estado de Direito centrada no texto da lei.

A existência de princípios morais abstratos presentes na Constituição exige a criação de um método interpretativo especial. A leitura moral da constituição é, segundo Dworkin, este método que impele ao intérprete a compreensão mais natural possível da linguagem sugerida pelo texto, ou seja, os princípios abstratos devem ser referenciados como limites aos poderes do Estado⁷⁹.

Nesse particular, Dworkin, ao esquadrihar a leitura moral, encontra alguns outros adversários que novamente questionam a ausência de neutralidade do juiz inerente ao método proposto. Todos eles buscam, em alguma medida, uma chancela democrática para embasar a interpretação sobre a constituição.

Os originalistas, capitaneados pelo juiz Robert Bork, pugnam por um olhar sobre o texto constitucional que procure encontrar o conteúdo que os autores da época efetivamente desejavam. Estes, no entanto, diferem dos historicistas que acreditam nos desvelamento dos princípios abstratos presentes na Constituição, por intermédio da investigação das circunstâncias históricas que permeavam o momento constituinte⁸⁰.

⁷⁷ “Apesar de fazer menções frequentes, durante o texto, ao ‘método’ proposto por Dworkin, este não é propriamente um método, ao menos no sentido tradicional da doutrina de direito constitucional. Seria, na verdade, um antimétodo. Tenta mostrar que não há um procedimento técnico de interpretação da Constituição, não há um mapa que indique o caminho da boa interpretação. Muitas vezes, a decisão corresponderá a um juízo moral puro, que não deve ser disfarçado”. (MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 39, nota de rodapé nº 12).

⁷⁸ Para maior aprofundamento, sugere-se a seguinte leitura: SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-603, jan/jun. 2003.

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 10.

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 19-21.

Dworkin também diverge daqueles que, apesar de assentirem com a leitura moral, propõem uma postura mais moderada por parte do Judiciário respeitante às decisões dos poderes políticos. O juiz Learned Hand⁸¹, exemplo típico desse estereótipo, discordara, inclusive, do acórdão proferido pela Suprema Corte no célebre caso *Brown vs. Board Education*, nada obstante a quebra de paradigma em favor da igualdade racial⁸².

No entanto, a leitura moral não autoriza os juízes, como no positivismo hartiano, a possibilidade de decidirem de acordo com suas próprias convicções políticas. Dela deriva a interpretação dos princípios morais da maneira mais natural possível, sem que isso, portanto, signifique qualquer usurpação de uma prerrogativa do Poder Legislativo.

A réplica que se faz àqueles que pugnam por um perfil de juiz neutro, em sua atividade interpretativa, reside na formatação de uma nova forma de concepção do experimento democrático. Os originalistas, historicistas e passivistas conceberiam a democracia como mero procedimento majoritário, bastando que as decisões sejam tomadas pela maioria, independente do resultado a ser auferido. Por isso, o Judiciário, privado do selo da escolha popular, obrigatoriamente deveria ter uma postura mais deferente em relação àquilo que decidiu o povo e seus representantes.

Dworkin, porém, advoga que a democracia não estaria adstrita tão somente a um procedimento numérico baseado no triunfo de uma determinada maioria casuística em desfavor das minorias. Nesse caso, reprise-se que não haveria problema de utilizá-lo quando fosse necessária a avaliação com base em políticas (*policies*), todavia o percurso para a tomada de decisões por princípios, assim como no que diz respeito à instituição mais adequada, é distinto.

A democracia não estaria esgotada na premissa majoritária. Para Dworkin há uma acepção diferente do termo: a concepção constitucional de democracia, cuja definição, apesar de não abominar completamente o majoritarismo, objetiva que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito”⁸³.

Com efeito, não há uma rejeição integral às decisões tomadas pela maioria. Se elas respeitarem e garantirem a igualdade de *status* entre os cidadãos, não se verifica nenhuma

⁸¹ Dworkin, apesar da divergência acadêmica, foi assistente durante muitos anos do juiz Learned Hand, a quem dedicou um dos capítulos de *O direito da liberdade*.

⁸² DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 18-19.

⁸³ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26.

mácula. No entanto, quando elas ferem ou tornam deficiente essa conjuntura, que representa o cerne das condições democráticas como se verá à frente, não haveria óbice à interferência de outros procedimentos cuja intenção se revelasse como a de resguardar o respeito às condições democráticas.

Além desta dualidade entre as concepções majoritária e constitucional de democracia, Dworkin faz outra distinção relevante ao seu claro intento de solidificar a revisão judicial das leis como prática absolutamente em consonância com os padrões democráticos. Ele parte da ideia de que, na democracia, as decisões são tomadas coletivamente com o povo, porém existiriam duas modalidades de ação coletiva: a ação coletiva estatística e a ação coletiva comunal⁸⁴.

A primeira consiste em determinadas funções que os membros de uma sociedade desempenham individualmente, mas convolam-se em produtos coletivos. Exemplo disso é a ação de banqueiros no mercado financeiro que, nada obstante efetuadas uma a uma, terminam por desembocar em um produto único que será sentido por toda sociedade (a alta ou a baixa do dólar, por exemplo)⁸⁵.

Já a ação coletiva comunal representa a atitude em conjunto de muitos indivíduos com responsabilidades separadas para resultar em um ato ulterior que interesse a todos, a exemplo de uma orquestra ou de um time de futebol, em que todos os músicos e jogadores atuam juntos, com distintas responsabilidades, mas com um único objetivo: fazer um grande espetáculo e ganhar partida, respectivamente⁸⁶.

A síntese de Conrado Hübner Mendes sobre o tema é esclarecedora, para além das alegorias:

Qual ação coletiva a democracia requer? Essa diferença entre duas espécies de ação coletiva suscita duas leituras da ideia de que democracia é governo pelo povo. A primeira leitura é estatística: nas democracias, as decisões políticas são tomadas de acordo com os votos e interesses de cidadãos individuais, são produto da função estatística. A regra é o cada um por si, e a decisão política, o somatório de opções individuais.

A segunda leitura é comunal: nas democracias as decisões políticas são tomadas por um ente distinto – o povo enquanto tal, e não por indivíduos, um a um. A ação coletiva comunal só é possível se as pessoas compartilharem de certos ideais. A manutenção desses ideais por meio de imposições ou restrições à maioria é uma exigência da democracia, e não uma mitigação desse regime, como se verá adiante⁸⁷.

⁸⁴ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 30-31.

⁸⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 55.

No sentido de conciliar o constitucionalismo com a democracia, Dworkin busca mostrar que esta suposta rivalidade engendrada ao longo da história dependeria de qual tipo de ação coletiva, em que se baseia democracia, que se adota. Ao considerar o conceito pautado na ação coletiva comunal, a revisão judicial seria normalmente aceitável por já se manifestar como um exercício de um componente essencial da democracia, qual seja: a tomada de decisões que pluralize as discussões e proteja a igualdade entre os indivíduos, com algumas limitações às maiorias⁸⁸. Como se demonstrará no tópico seguinte, Dworkin espraia uma série de argumentos em favor da *judicial review*, e um deles é a maior especialidade dos tribunais na defesa de direitos individuais.

A premissa majoritária se fundaria nas três premissas históricas erigidas no século XVIII (igualdade, liberdade e comunidade). Com o objetivo, pois, de demonstrar a insuficiência dos argumentos que permitem essa conclusão, o autor indica que a construção teórica desse pressuposto apresenta muitas distorções que ele passa a combater.

Dworkin, baseado em uma subdivisão do filósofo britânico Isaiah Berlin, aduz que a liberdade possui dois sentidos: um mais antigo, a liberdade positiva, vinculado à autodeterminação dos povos e ao direito que tem cada povo de governar a si mesmo; e outro mais recente, advindo do constitucionalismo moderno, a liberdade negativa, que pode ser ilustrada, por exemplo, pela liberdade de expressão e pelo direito à privacidade, e exigem limitações ao poder do Estado⁸⁹.

O alicerce da premissa majoritária reside no primeiro sentido de que dota o valor da liberdade, ou seja, “as pessoas são livres quando governam a si mesmas”⁹⁰, simplesmente. Há duas objeções dworkinianas importantes sobre esta questão: a primeira entrincheira um ataque mais direto e veemente, afirmando que a premissa majoritária, pautada apenas no sentido positivo de liberdade, seria indiferente àqueles membros que não são considerados membros morais; e a segunda faz uma obtemperação, ao concluir que “a liberdade positiva não é sacrificada de modo algum quando a premissa majoritária é ignorada”, de modo que, na

⁸⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 55.

⁸⁹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 32.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 34.

concepção constitucional de democracia, ambos os sentidos não corresponderiam necessariamente a valores excludentes⁹¹.

Mas, para tanto, é preciso que se perceba o atendimento de certas condições democráticas necessárias ao exercício da concepção constitucional de democracia. Estas condições são de dois carizes: i) estrutural e ii) de relação. As primeiras dizem respeito ao caráter – muitas vezes histórico – da comunidade como um todo⁹².

No entanto, interessa mais a Dworkin dissertar sobre as condições do segundo tipo. Elas estariam relacionadas com a forma de tratamento de um indivíduo, para que ele seja considerado como membro moral da sociedade, e estão, por sua vez, subdivididas em três princípios: a participação, a reciprocidade e a independência⁹³.

O primeiro princípio exige que ao cidadão seja dado o direito de participar das decisões políticas independente das peculiaridades de valor, talento ou capacidade da pessoa, e esta exigência exprimir-se-ia tanto no exercício do sufrágio universal em eleições efetivas e na representação, como no cumprimento das liberdades políticas de manifestação, de opinião e expressão.

Da leitura da matéria, Vinicius José Poli faz a seguinte observação:

Deve-se ter em mente, porém, que tais determinações não acarretam a necessidade de igual *influência* sobre a decisão coletiva nos termos propostos pela leitura estatística. A capacidade de influenciar decisões políticas, nesse contexto, não objetiva um estado de coisas em que ninguém possa angariar votos e opiniões em razão do apelo de sua causa ou de seu argumento⁹⁴.

Em segundo lugar, é necessário que haja reciprocidade entre os membros de uma sociedade. A participação do indivíduo de nada valerá se seus interesses não forem tratados com igualdade de consideração em relação aos interesses dos outros, de modo que o desprezo às perspectivas minoritárias, segundo Dworkin, não é somente injusto como também ilegítimo⁹⁵.

O terceiro princípio, a independência, impede que o membro moral, possuidor de uma responsabilidade sobre a sua sociedade, entregue esse dever a um grupo ou a outra pessoa. Os

⁹¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 36.

⁹² DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 36.

⁹³ Para tanto, ver DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: we the people in court?. **Alberta Law Review**, v. 28, n. 2, 1990.

⁹⁴ POLI, Vinicius José. **Controle de constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 68.

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 39.

membros da comunidade política podem naturalmente considerarem-se parceiros em favor da coletividade, mas a ela não será repassada a responsabilidade individual e independente que cada um tem de conceber os próprios valores centrais de sua vida. A independência representaria, então, um dever inalienável⁹⁶.

Sob essas condições democráticas, há a necessidade de prosseguir na desconstrução da compreensão dos majoritaristas em torno da tríade axiológica gestada na Revolução Francesa. Quanto à igualdade, Dworkin mostra que a leitura meramente estatística de ação coletiva não serve para absorver o verdadeiro sentido desse valor no seu espectro político. A única possibilidade seria através de uma leitura comunal. Por exemplo, se a igualdade política, através do sufrágio universal como técnica majoritária busca retificar distorções econômicas, em países capitalistas mais avançados como os Estados Unidos, é normal que as pessoas tendam a votar com a intenção de proteger suas próprias riquezas⁹⁷.

A igualdade interpretada por uma visão comunal está preocupada com a justiça dos resultados para a sociedade, visto que há bastantes distorções na compreensão de igualdade do poder político em uma democracia representativa. Nem sempre mulheres e jovens, por exemplo, são representados como deveriam, de modo a provocar, frequentemente, uma desigualdade democrática⁹⁸.

Dworkin divide a igualdade política em um quadrante classificatório: igualdade horizontal (relação entre os cidadãos) e vertical (relação entre cidadãos e agentes políticos) e igualdade de impacto (diferenças das decisões isoladas na conformação da decisão política final) e de influência (capacidade de um indivíduo de dissuadir mais pessoas para acompanhar seu pensamento)⁹⁹.

Nenhuma delas significaria uma preocupação genuína com a igualdade política, uma vez que, ante as desigualdades econômicas e políticas inerentes ao contexto da sociedade, seria impossível atingir esse ideal tão caro à filosofia política sob uma visão estritamente estatística.

Sendo assim, não há, em tese, nenhuma premissa não igualitária que abone o atual estado de poder político vigente, ao passo que “também não existe nenhuma premissa não

⁹⁶ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 40. MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 68-69.

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 41.

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 42-43

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: we the people in court”. **Alberta Law Review**, v. 28, n. 2, 1990, p. 332-335.

igualitária nos arranjos que dão a certos juizes norte-americanos nomeados e aprovados por políticos eleitos, a autoridade última sobre a jurisdição constitucional”¹⁰⁰.

Por fim, Dworkin alerta que aqueles que se opõem à leitura moral passaram a desenvolver suas críticas com base na noção de comunidade (ou fraternidade), argumentando que este método permitiria que decisões políticas fundamentais ficariam a cargo de uma elite de profissionais do direito, infirmo a visão comunitária. Os comunitaristas defendem que a discussão pública da justiça constitucional ganha em qualidade e em mobilização das pessoas quando decidida no âmbito do legislativo, e não nos tribunais¹⁰¹.

No entanto, não haveria nexos causal entre o impacto político de decisões majoritárias e a influência do eleitor na decisão. A participação do cidadão, muitas vezes, pode ser melhor, mais cuidadosa e mais medida em uma decisão judicial, haja vista a falta de qualidade, a adoção de soluções de meio termo e a marginalização dos princípios nas discussões legislativas¹⁰².

Apesar de conceber a revisão judicial como um modo superior de deliberação republicana, Dworkin advoga uma democratização da leitura aberta da Constituição. Para ele, os juizes não teriam necessariamente o monopólio para falar sobre princípios políticos, no entanto é preciso afastar a premissa majoritária e a concepção estritamente majoritária de democracia: “ela não é uma concepção coerente do que é a verdadeira democracia, e certamente não é a concepção norte-americana”¹⁰³.

É fato que a democracia fica prejudicada, quando eventualmente os tribunais tomam decisões equivocadas a respeito das exigências das condições democráticas, contudo a possibilidade de erro constitucional é simétrica entre decisões judiciais e decisões legislativas, daí a conclusão de que os processos democráticos são incompletos em si mesmos¹⁰⁴.

A leitura moral corresponde a uma parcela de uma teoria constitucional. As questões, às quais ela não conseguir apresentar respostas, devem passar por um cálculo de resultado, e não por um critério de procedimento. A solução de Dworkin passa pela encampação de um

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 43.

¹⁰¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 44-46.

¹⁰² DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 47.

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 49.

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 50.

tipo de democracia que leve mais em conta a construção de repostas corretas do que a obediência a critérios procedimentais hígidos e lógicos¹⁰⁵.

Nessa perspectiva, apesar de seus membros estarem ancorados em um processo democrático representativo e, internamente, existir um processo decisório majoritário que poderia encerrar as discussões a propósito dos desacordos entre as pessoas sobre os princípios abstratos, o Poder Legislativo não seria um bom timoneiro desse barco, pois estaria vulnerável a influências políticas e financeiras¹⁰⁶.

Ao contrário, o consolidado exemplo do sistema norte-americano, em que a interpretação final sobre o sentido da constituição é dada pelos juízes que compreendem melhor a declaração de direitos como uma constituição de princípios, chancela a negação à premissa majoritária e ratifica a inexistência de qualquer razão que motive resistir contra a leitura moral, que pode ser abordada no Poder Judiciário.

Entretanto, não se encontra apenas no insulamento dos juízes hábeis ao fórum do princípio o único argumento que direciona a obra de Dworkin em favor da supremacia judicial. Em seus escritos, é possível encontrar, ainda que espaçadamente, uma série de considerações que, para além de discutir “como” deve-se operar a melhor decisão, aponta “quem” efetivamente teria mais condições de fazê-lo e quais razões para tal.

O compromisso maior de Dworkin refere-se ao desenvolvimento de uma teoria da justiça, e não da autoridade, portanto deixa claro que “a democracia não faz questão de que os juízes tenham a última palavra, mas também não faz questão de que não a tenham”¹⁰⁷. A teoria da justiça é o principal objetivo de Dworkin, contudo a questão institucional não passa ao largo de sua literatura e, inclusive, serve para subsidiar o eixo central dela.

A defesa de um método alternativo para decidir notadamente nos casos difíceis constitucionais - ou, talvez muito mais, as objeções à premissa majoritária -, não é o único caminho para justificar o poder de juízes não eleitos para invalidar uma legislação aprovada por representantes escolhidos pelo povo. Do mesmo modo, tão somente a diferenciação proposital dos padrões além das regras em políticas e princípios, que daria mais condições aos magistrados para discernir sobre estes e aos legisladores sobre aquelas, não é o suficiente para comprovar a propensão do autor em favor do controle judicial de constitucionalidade. A

¹⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 52.

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 53.

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 10.

tentativa da próxima seção é esquematizar, ainda que de forma não exaustiva, alguns desses argumentos.

2.3 Argumentos em favor da revisão judicial e contra os parlamentos

O desenvolvimento dos argumentos favoráveis à *judicial review* e as objeções aos Parlamentos propostas por Dworkin, já que estão espalhadas nas suas obras por não fazerem parte do cerne de sua teoria, será feito transcrevendo determinadas passagens dos textos do autor que expressam tais argumentos e objeções.

A finalidade fulcral não é abordar com profundidade cada um dos argumentos escolhidos, mas tão somente elencar um rol não exaustivo, identificando a maneira como o autor norte-americano justifica as assertivas que conclui em favor da interpretação constitucional pelas cortes e contra aquela realizada pelos parlamentos.

Os tópicos a seguir trarão nos seus enunciados um argumento que escancara a falha dos parlamentos e outro, em paralelo, que evidencia a virtude da corte, no manejo da atividade interpretativa de princípios constitucionais.

2.3.1 Vulnerabilidade do Poder Legislativo à pressão de setores da sociedade e o insulamento dos juízes

Segundo Dworkin, a ideia de que a decisão judicial deve se subordinar à legislação resta sustentada em duas objeções à concepção de originalidade judicial, quais sejam; i) “uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela”, e os juízes não são eleitos; ii) a criatividade judicial violaria o Estado de Direito, uma vez que, quando condena uma das partes com base na nova regra criada, penaliza-se alguém que não conhecia da regra antes de praticar o ato¹⁰⁸.

Interessa, porém, a resposta confeccionada para a primeira objeção:

um argumento de princípio estipula alguma vantagem apresentada por quem reivindica o direito que o argumento descreve, uma vantagem cuja natureza torna irrelevantes as sutis discriminações de qualquer argumento de política que a ela se pudesse opor. Assim, **um juiz que não é pressionado pelas demandas da maioria política, que gostaria de ver seus interesses protegidos pelo direito, encontra-se, portanto, em uma melhor posição para avaliar o argumento** (destaque nosso)¹⁰⁹.

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 132.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 134.

Em *Uma questão de princípio*, praticamente há a repetição da mesma alegação, ao afirmar que “os legisladores estão sujeitos a pressões a que não estão sujeitos os juízes, e isso deve contar como razão para chegar a conclusões fundamentadas sobre direitos. Estou afirmando agora apenas que os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes”¹¹⁰.

Dworkin crê nos juízes como aqueles que poderão veicular as melhores respostas, dentro de uma concepção constitucional da democracia ou de um conceito substantivista de democracia. Tendo de comprovar isso, desqualifica a possibilidade de se ter no Parlamento essa instituição que viabilize respostas corretas:

os legisladores são vulneráveis a pressões políticas dos mais variados tipos, tanto pelo lado financeiro quanto pelo lado político propriamente dito, de tal modo que o poder legislativo não é veículo mais seguro para a proteção dos direitos de grupos pouco populares¹¹¹.

Pickerill corrobora esta ilação, quando afirma que a pauta sobre direitos no Congresso e para os legisladores não costuma ser prioritária. Eles estariam muito mais preocupados em resolver interesses mais imediatos relacionados a alguma política pública que mereça a atenção de determinadas corporações ligadas mais proximamente aos seus mandatos¹¹².

O relativo insulamento dos juízes, por estarem livres de qualquer futura avaliação popular que coloque em risco a estabilidade do seu cargo, concede a eles mais condições para proferir decisões que, nada obstante em alguns momentos contrariem o pensamento majoritário, protegem grupos e pautas minoritários que precisam ter os seus direitos resguardados. Os legisladores, ao revés, sofrem, permanentemente, a influência de grupos dominantes provenientes de inúmeros segmentos da sociedade, e sobre eles recai a perene ameaça da perda de apoios políticos nas futuras eleições, em um fenômeno conhecido como conexão eleitoral¹¹³.

2.3.2 *Proteção dos direitos das minorias e a tirania das maiorias*

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 27.

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 53.

¹¹² PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation in Congress**: the Impact of Judicial Review in a Separated System. Duke University Press, 2004, p. 64-66.

¹¹³ Para maiores detalhes, ver: MAYHEW, David. R. **Congress: the electoral connection**. New Haven: Yale University Press, 1974.

Em outro artigo, também compilado pela mesma obra, novamente aparecem os argumentos em prol da política da deferência judicial ou a partir da democracia, voltando a questionar o problema central do ingresso dos juízes ao cargo sem passar por uma eleição popular e direta. Dworkin valora esse argumento como fraco e explica:

Tal postura [a de afirmar que sempre é mais justo permitir que uma maioria, e não uma minoria, decida um problema qualquer], contudo, como tem sido frequentemente sublinhado, ignora o fato de que as decisões a respeito dos direitos contra a maioria não são questões que devam, por razões de equidade, ser deixadas a cargo da maioria¹¹⁴.

Quando o autor propõe-se a compreender a relação do juiz Hércules com a constituição, demonstra novamente a falta de inclinação dos legisladores para decidir na defesa dos direitos das minorias: “os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões bem fundadas sobre os direitos das minorias do que as autoridades que são menos vulneráveis nesse sentido”. Dworkin, aliás, elogia as decisões em que a Suprema Corte atuou de maneira ativista na proteção das minorias, principalmente durante o período presidido por Warren e Burger, ressaltando que, se assim não procedesse, as escolas do Sul, por exemplo, poderiam estar padecendo ainda do mal da segregação¹¹⁵.

O autor insiste no argumento, ao confirmar que o melhor espaço para a proteção dos direitos de grupos minoritários endereça-se nos tribunais e não nos parlamentos, cujos membros podem atingir essas minorias severamente:

Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los. [...] Membros de minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência, pois o viés majoritário do legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum. Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas¹¹⁶.

A indiferença aos direitos das minorias provocaria algo que é expresso por um termo bastante conhecido na teoria política: a tirania da maioria. Não se poderia conceber uma democracia que, malgrado regida, em alguma medida, pelas escolhas da maioria, não esteja

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 222.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 449.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 31-32.

limitada pela proteção dos interesses de determinadas minorias que, ao longo da história, sofreram as mais perversas barbáries, chanceladas, inclusive, pelas instituições políticas de jaez majoritário.

Esses dois primeiros argumentos que direcionam a mensagem de Dworkin em favor da supremacia judicial – insulamento dos juízes e maior capacidade para proteção de direitos das minorias – podem corroborar – basta observar as suas antíteses e delas fazer essa conclusão – a tese de que o Poder Legislativo não poderia examinar a compatibilidade de seus próprios atos com a Constituição, sob pena de estar fazendo julgamento em causa própria, ou seja, estaria a violar a aplicação do princípio *nemo iudex in sua causa*, de maneira a tornar as suas prerrogativas ilimitadas¹¹⁷.

2.3.3 *Maior capacidade argumentativa dos juízes e laconismo das discussões parlamentares*

O *modus operandi* da dinâmica legislativa, aliado ao alto número de membros na composição dos parlamentos, termina por não permitir um debate mais profundo sobre direitos e princípios constitucionais. As cortes, de outra banda, teriam mais expertise para este mister. Segundo Conrado Hübner Mendes, ela é “treinada numa metodologia decisória mais pertinente para lidar com as mínimas nuances morais de um caso de direitos fundamentais: decide caso a caso, de modo incremental, construindo uma jurisprudência rica em detalhes que a regra jamais poderá alcançar”¹¹⁸.

Como nos parlamentos o que mais importa para a decisão é basicamente a maioria numérica enquanto justificação democrática, não se dá tanta importância ao nível de argumentação desenvolvido para cada propositura legislativa em trâmite. Já nas cortes, que agem de maneira contramajoritária, quão mais bem fundamentadas forem as razões de decidir, maior será a legitimidade dos juízes.

Dworkin até concorda que o procedimento das decisões tomadas por um corpo legislativo pode ter mais exatidão, no entanto, desconfia que não produziria necessariamente resultados mais corretos. Segundo ele, a correção de uma decisão deve obrigatoriamente

¹¹⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 63.

¹¹⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 65.

passar por um teste de coerência especulativa, que preveja a produção de resultados inaceitáveis:

Mas não conheço nenhum razão pela qual seja mais provável um legislador ter opiniões mais precisas sobre o tipo de fatos que, sob qualquer concepção plausível de direitos, seriam relevantes para determinar o que são os direitos das pessoas. Além disso, em qualquer teoria plausível de direitos, questões de coerência especulativa – questões que testam uma teoria de direitos imaginando circunstâncias em que essa teoria produziria resultados inaceitáveis – têm probabilidade de ser importantes em um exame de direitos específicos porque nenhuma reivindicação de direito é fundamentada se não puder passar pelo teste do contra-exemplo hipotético. **Mas a técnica de examinar uma reivindicação de direito no que diz respeito à coerência especulativa é muito mais desenvolvida em juízes que em legisladores ou na massa dos cidadãos que elegem os legisladores (grifo nosso)**¹¹⁹.

A representatividade política exige de *per si* a necessidade de prestação de contas, e esta finalidade é muito melhor cumprida quando o representante discorre com mais minúcia sobre as razões que o levaram a chegar a determinado entendimento e não apenas quando apresenta apenas um voto sobre a matéria. Por este lado, os juízes, mesmo sem terem sido eleitos, exercem melhor esse papel, pois participam de um processo assaz argumentativo que possibilita ao cidadão ter acesso aos fundamentos da decisão e, por conseguinte, participar mais abertamente dos assuntos públicos.

A criação do juiz ideal com habilidades sobre-humanas, a quem Dworkin chama de Hércules, a ideia do romance em cadeia para subsidiar o direito como integridade¹²⁰ e a leitura moral como uma prática sem metodologia específica e que dá ampla liberdade para o manuseio dos argumentos em torno de princípios abstratos, servem para enfatizar essa expertise argumentativa dos juízes, na medida em que eles devem sempre se embasar nos precedentes e ter valores políticos como matéria-prima de suas decisões.

Essa maior capacidade dos juízes para argumentar mais detalhadamente em cima de razões, e não apenas por meio da simples e genérica indicação do voto, promove uma representação mais deliberativa e argumentativa¹²¹. O melhor caminho de participação popular sobre seus direitos individuais não é pressionando os políticos que precisam de votos e contribuições de campanha, mas expressando convicções sobre questões de princípios, como aconteceu, por exemplo, nos Estados Unidos em assuntos como aborto e outros¹²².

¹¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 27.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 275-279.

¹²¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 68.

¹²² DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy, **European Journal of Philosophy**, v.3, 1995, p. 11.

Dworkin coloca-se claramente favorável à produção de decisões maximalistas, fazendo, inclusive, críticas a *Brown*, cujas determinações acabaram demorando muito tempo para se concretizarem. Segundo ele, “teria sido melhor se a Corte tivesse tentado fornecer uma programação mais precisa”¹²³.

O juiz dworkiniano procura simplesmente dizer o que é a democracia e a Constituição sem usurpar poderes do legislador:

Hércules não é um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o de seu poder democrático. Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guarda da democracia, realmente quer dizer¹²⁴.

Apesar de concentrar seus esforços teóricos muito mais na construção de uma teoria da justiça do que propriamente de uma teoria da autoridade ou de até mesmo considerar o papel dos poderes políticos na discussão sobre princípios, Dworkin pende seus argumentos em favor da supremacia judicial, uma vez que, por essa plethora de motivos, acredita que os juízes possuem mais gabarito para encontrar o caminho certo sobre o sentido da Constituição e da própria democracia, em sua visão substantiva.

Apesar de sua obtemperação no que se refere à concessão da última palavra às cortes, Dworkin não se esforça em esconder sua preferência por juízes na interpretação da Constituição e, especialmente, em se tratando de princípios. Isso fica ainda mais nítido, à medida que, em toda sua literatura, não há substancialmente algo que estude o comportamento ou os arranjos procedimentais dos parlamentos e dos legisladores.

Quanto às cortes e juízes, o arsenal de informações é enorme e há uma obstinação pelo autor em investigá-los. Para isso, cria-se até mesmo um personagem com habilidades excepcionais que representa a figura do juiz ideal. Hércules demonstra a importância central que Dworkin oferece ao Poder Judiciário e a menor relevância do Poder Legislativo, ao menos para a sua teoria.

¹²³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 466.

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 468.

CAPÍTULO 3: JEREMY WALDRON E A SUPREMACIA PARLAMENTAR: POR QUE O LEGISLADOR DEVE TER A ÚLTIMA PALAVRA SOBRE O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO?

Enquanto Dworkin mostrou-se um vigoroso adepto da revisão judicial das leis, nobilitando a juízes e cortes maior capacidade para interpretar a Constituição – ainda que tencionado a formatar uma teoria com base na justiça -, Waldron aborda com mais ênfase, em seus textos, uma teoria da autoridade, cujo conteúdo o leva a concluir em favor da supremacia dos parlamentos.

Para tanto, procura tornar novamente digno o instituto da legislação, objetivo que resta traduzido na forma de “uma teoria ou um tipo ideal que faça pela legislação o que o juiz-modelo de Ronald Dworkin, ‘Hércules’, pretende fazer pelo raciocínio adjudicatório”¹²⁵, e, além disso, busca mostrar a relevância da existência de desacordos morais razoáveis, que precede qualquer discussão mais substantiva sobre os objetos desses desacordos¹²⁶. Isto posto, a preocupação não será exatamente “qual” o resultado ou “como” ele é encontrado, mas notadamente “quem” tomará a decisão.

Em artigo escrito depois da publicação de suas duas principais obras¹²⁷, Waldron demonstra, de forma mais declarada, a inviabilidade da *judicial review* enquanto procedimento democrático, através daquilo que ele denomina de “argumento essencial” contra a revisão judicial.

Assim como no capítulo passado, o propósito deste é fazer uma síntese das principais obras do jusfilósofo neozelandês, no sentido de trazer os argumentos que confluem em benefício de uma visão que justifique a supremacia dos Parlamentos na interpretação do sentido do texto constitucional.

3.1 A (in) dignidade da legislação

Waldron, antes de qualquer conclusão, faz um diagnóstico: a legislação tornou-se indigna e pinta-se nela cores penumbrosas, ao passo que a revisão judicial tomou toda a credibilidade para si e apresenta-se com uma imagem idealizada bastante positiva.

¹²⁵ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1.

¹²⁶ WALDRON, Jeremy. **Derechos y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

¹²⁷ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1.346-1.406, 2006.

Inicialmente, ele afirma que não é sua finalidade empunhar armas contra a revisão judicial, mas tão somente comprovar que o ambiente dos tribunais não é o mais adequado para solucionar questões mais sérias e mais graves dos direitos humanos. Com isso, pretende também dar novas cores ao instituto da legislação.

A teoria waldroniana concentra-se basicamente nesta tarefa em: desmistificar a infalibilidade das cortes e dignificar as legislaturas. Para tanto, a princípio, é preciso reconhecer as bases em que foram feitas tal diagnóstico. O que poderia detratar a legislação, se ela nasce a partir de um processo do qual participa um conjunto de pessoas escolhidas democraticamente pelo povo?

Em primeiro lugar, Waldron traz o argumento daqueles que tratam os estatutos legais não como direito, mas apenas na condição de possível fonte do direito. A legislação se comportaria como “arrivistas de baixa extração” sem densidade, que tomariam abruptamente o lugar do direito consuetudinário. A lei não deveria integrar o ordenamento jurídico até que começasse a ser aplicada pelos tribunais, carecendo a ela eficácia suficiente para aparecer com proeminência. De acordo com o autor, essa insistência em não conferir à legislação a qualidade de fonte do direito desde a sua aprovação, “incorpora uma dose saudável de realismo jurídico”¹²⁸.

Até mesmo o positivismo jurídico, que tradicionalmente outorgou enorme valor à legislação, tem se debruçado, em tempos mais recentes, também sobre as decisões dos tribunais. Apesar de considerarem a validade das normas como um processo intimamente vinculado às legislaturas, os positivistas mais modernos defendem que o direito, em sua essência, perpassa-se nos tribunais¹²⁹.

Joseph Raz é o exemplo mais proeminente desta tendência. Ele representaria a mais nova safra positivista que destaca o protagonismo dos tribunais e dos precedentes sobre as instituições que efetivamente criam as normas jurídicas.

¹²⁸ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 11-12.

¹²⁹ “Pois o fato é que, embora o positivismo jurídico tenha tradicionalmente dado lugar de distinção à legislação como base do direito, os positivistas modernos estão muito menos interessados nisso do que no processo pelo qual o direito é desenvolvido pelos tribunais. Eles sustentam a visão tradicional de que o direito é definido positivamente em função da sua fonte institucional (não da qualidade moral do seu conteúdo), mas as instituições em que se concentram são os tribunais, não as legislaturas. Eles conservam a ideia hartiana de regra de reconhecimento, mas orientam-na para o reconhecimento por qualquer tribunal da validade do resultado de outro tribunal, em vez do reconhecimento por um tribunal de decretação de uma legislação. E, portanto, a legislação deliberada, explícita – o tipo que envolve parlamentos, não os tribunais – começa a desaparecer do ângulo do retrato positivista” (WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 18).

Tenho argumentado em outro lugar que a existência de instituições criadoras de normas, embora características dos sistemas jurídicos modernos, não é uma característica necessária de todos os sistemas legais, mas que a existência de certos tipos de instituições que aplicam a norma é¹³⁰.

Diante disso, Waldron pergunta-se: “Por que a sensação de conforto maior com instituições que negam ou disfarçam a sua legislação?”¹³¹. Ele especula que o motivo reside naquilo que chamou de “atraente anonimato do direito”¹³², tendo em vista as desconfianças provocadas pelos constantes desatinos da política. A neutralidade e o distanciamento da política, que a jurisprudência aparenta, torná-la-ia mais confiável. Por outro lado, a associação que se faz da legislação a decisões caracterizadas por um componente humano explicitamente reconhecível prejudicaria o quadro crítico tingido das instituições políticas na função de proteger direitos, de modo a exigir mais neutralidade e impessoalidade em decisões que envolvam o ofício de impermeabilizar direitos fundamentais.

Quero dizer que uma grande parte da autoridade, da legitimidade – se permitirem, da simples *atração* – de um sistema jurídico é que podemos nos considerar sujeitos ao governo por leis, não por homens. E o perigo da concentração na legislação é que, como fonte de direito, ela é *por demais humana*, por demais associada a decisões explícitas, datáveis, feitas por homens e mulheres identificáveis, no sentido de que estamos sujeitos a *estas* regras não *àquelas* (itálicos do original). (...). Supõe-se que os processos pelos quais os tribunais chegam a suas decisões sejam especiais e distintos, não diretamente políticos, mas que expressem certo espírito subjacente de legalidade. Trata-se de questão de certa importância para a jurisprudência descobrir se essas afirmações a respeito do caráter especial do raciocínio judicial podem ser sustentadas. Não há controvérsia similar a respeito do raciocínio legislativo. Todo o mundo sabe que a argumentação no congresso e no parlamento é explícita e despidamente política¹³³.

Outro problema a ser ventilado por aqueles que se opõem à legislação - suscita Waldron - é a numerosa composição dos parlamentos em relação ao reduzido número de juízes nos tribunais e das suas companhias. Essa conjuntura assimétrica levaria a decisões mais prudentes e menos açodadas a serem tomadas pelas cortes. Para demonstrar essa ilação, da mesma forma como fez ao mencionar as doutrinas jurídicas do positivismo e do realismo, remete a abordagens do assunto feitas por importantes teóricos, a exemplo de Condorcet, cuja compreensão é a de que assembleias numerosas tendem a ter uma composição mais deficitária do ponto de vista intelectual; e James Madison, que, em *O Federalista*, demonstra

¹³⁰ RAZ, Joseph The institutional nature of law. **The Modern Law Review**, v. 38, n. 5, p.489-503, set. 1975, p. 491.

¹³¹ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20.

¹³² WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29.

¹³³ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29-30.

preocupação na medida em que o elevado número de parlamentares possa provocar susceptibilidades destes à paixão e a influências nocivas¹³⁴.

Nada obstante, Waldron, com a finalidade de desmistificar estas ilações, cita Maquiavel, quando o filósofo italiano afirma que o barulho e o tumulto podem produzir boas leis¹³⁵ e também, para comprovar a dignidade da legislação, ao invocar o positivismo de Kant, a defesa das decisões majoritárias de Locke por meio de um argumento fiscalista, e a concepção aristotélica de que o povo em conjunto pode tomar decisões melhores.

Entretanto, é a sua própria teoria, em *Law and Disagreements*¹³⁶ e em *The core case against judicial review*, que procura traçar uma abordagem em favor da supremacia do parlamento na interpretação constitucional.

3.2 A existência de desacordos morais razoáveis sobre direitos

A razão chave que propulsiona Waldron a afirmar que sua teoria corresponde basicamente a uma teoria da autoridade, e não da justiça, é exatamente a existência de desacordos morais razoáveis. Discutir a justiça sem discutir o procedimento seria uma tarefa complicada, porque, conforme ele próprio aduz, “somos uma multidão, e temos desacordos sobre a justiça”¹³⁷. A ideia é desvendar como conciliar argumentos contrastantes sobre princípios vagos e de alcance impreciso, que estejam pautados sob um mínimo de razoabilidade, se não por meio de algum procedimento que tenha capacidade de acomodá-los e de escolher a autoridade mais legítima para decidir a respeito dessas divergências em relação ao conteúdo dos direitos.

Essa premissa – a de que as pessoas discordam razoavelmente sobre direitos – é o fio condutor que leva às principais conclusões as quais chega Waldron: i) a importância da regra da maioria como ideia de igualdade procedimental; ii) a insubsistência da revisão judicial; iii) a falácia do pré-comprometimento; e iv) a miopia da democracia deliberativa¹³⁸.

O desacordo se estabelece em diferentes níveis. Em primeiro lugar, discrepa-se sobre qual o significado de “direitos”. Igualmente, as pessoas discordam sobre quais direitos possuem; e, por último, levando-se em consideração que se conforme um elenco mínimo de

¹³⁴ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 34-36.

¹³⁵ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 41.

¹³⁶ A releitura desta obra será feita na sua versão traduzida para o espanhol *Derechos y Desacuerdos*.

¹³⁷ WALDRON, Jeremy. **Derechos y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 7.

¹³⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 82-83.

direitos, persiste-se um desacordo sobre a maneira como aplicá-los¹³⁹. Apesar da miscelânea de opiniões, não haveria problemas as pessoas pensarem de maneira diferente sobre o conteúdo dos direitos, desde que esses desacordos sejam morais, de boa fé e se insiram dentro de um padrão mínimo de razoabilidade.

Por uma questão anterior, que evidencia uma consequência inevitável do pluralismo social, e como já dito anteriormente, a presença e a constatação do desacordo moral sobre os direitos desmontaria uma série de argumentos que advogariam os defensores da revisão judicial como instituição última a decifrar o sentido da Constituição. O primeiro deles é a noção de pré-compromisso constitucional, sobre o qual, inicialmente, debruçar-se-á este tópico.

A alegoria utilizada por Jon Elster¹⁴⁰, para abordar a ideia de pré-compromisso, se baseia em uma importante passagem do clássico "Odisseia" de Homero, em que Ulisses e seus homens estão navegando próximo à ilha de Capri, conhecida por nela existirem muitas sereias. Ulisses, ciente de que os homens são extremamente vulneráveis a cair no canto das sereias e com receio de que isso obstaculizasse sua saga, ordenou que os homens que o acompanhavam naquela travessia, além de vendarem seus olhos, amarrassem suas mãos ao mastro para que ele não corresse o risco de ser seduzido pelas sereias.

O pré-comprometimento constitucional seria, pois, como o mastro, por meio do qual os homens, receosos de suas próprias vulnerabilidades e com base nos precedentes de sua própria história (vide: tópico 1.2), de maneira deliberada, utilizariam os princípios insertos na Constituição e o sistema de controle judicial de constitucionalidade para se protegerem de possíveis violações a preceitos constitucionais, movidas eventualmente por uma vontade futura.

Waldron atarefa-se para desconstituir esse argumento, que se alicerça na metáfora de Elster, e propõe um roteiro pelo qual se guia o trajeto de uma lei que possivelmente seja declarada inconstitucional por meio do sistema de controle judicial de constitucionalidade. Neste passo a passo, o autor enumera cronologicamente os eventos: i) o povo se comprometeria com a promulgação de uma Constituição que abarcaria direitos com alto teor de abstração, embora os cidadãos possuam dúvidas sobre a aplicação destes direitos e sobre ela discordem eventualmente; ii) um parlamento aprova uma lei que poderia ser declarada inconstitucional sob determinado ponto de vista, mas há parlamentares que pensam o

¹³⁹ WALDRON, Jeremy. **Derechos y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 19.

¹⁴⁰ Para maiores detalhes, ver ELSTER, Jon. **Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

contrário, tanto que aprovam-na; iii) por fim, um tribunal declara a inconstitucionalidade da lei, ainda que seus membros discordem de forma veemente em razão dos mesmos motivos que diferiam os parlamentares¹⁴¹.

Compulsando esse esquema, é possível verificar que os termos do desacordo que se instala desde a constituinte são os mesmos que desembocam nos debates ensejadores da declaração de inconstitucionalidade pelo tribunal. Os desacordos seriam, então, uma constante em todo esse processo decisório, de sorte a demonstrar que a própria instauração do pré-compromisso na Constituição não estaria imune aos desacordos e que o pano de fundo destes no parlamento é o mesmo utilizado nos tribunais, significando que as circunstâncias que permeiam todo esse processo são circunstâncias da política e que, portanto, devem ser decididas pelos cidadãos ou por seus representantes¹⁴².

Essa tentativa de menosprezar os procedimentos democráticos teria origem no que Waldron chama, ao invocar um termo usado por Roberto Mangabeira Unger, de “pequeno segredo sujo” da teoria contemporânea do direito, que derivaria do incômodo que a democracia provoca. Tal fenômeno não se revelaria apenas por força da atuação das instituições anti-majoritárias que mitigam a regra da maioria e entregam a responsabilidade prevalente a juízes e tribunais, mas também pelo fracasso do desenvolvimento de uma cultura jurídica que possibilite compreender a lei como criação e propriedade de um povo livre e democrático¹⁴³.

A democracia, apesar de ter sido um regime que apresentou respostas saudáveis ante as experiências totalitárias que testemunhou a humanidade, convola-se em procedimentos rigorosos e, muitas vezes, demorados, que exigem a participação política das pessoas. A ideia de utilizar o controle de constitucionalidade como mecanismo para consubstanciar um tal pré-comprometimento seria, na visão de Unger e Waldron, uma justificativa para proteger outro valor igualmente caro à humanidade, qual seja: os direitos fundamentais.

Ao mostrar que (ainda) há dignidade na legislação e considerando a existência de desacordos morais razoáveis que se evidenciam em todos os cenários, Waldron parte dessas premissas para a construção de uma teoria que inviabiliza a supremacia judicial, à qual tendia Ronald Dworkin, e coloca nas mãos do parlamento a atribuição de conceder a última palavra sobre o significado do texto constitucional.

¹⁴¹ WALDRON, Jeremy. **Derechos y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 319.

¹⁴² WALDRON, Jeremy. **Derechos y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 322.

¹⁴³ WALDRON, Jeremy. **Derechos y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 16.

3.3 A regra da maioria como critério decisório

O argumento da revisão judicial sempre se desnuda crítico ao procedimento majoritário e, por assim dizer, valora-se como “contra-majoritário”. A presente ideia se fundaria na intenção de proteger direitos das minorias (vide: tópico 2.3.2), para que eles não fiquem vulneráveis a uma maioria descomprometida com essa agenda e susceptível à pressão de grupos dominantes. Destinar a discussão e a deliberação sobre o significado desses direitos a um parlamento auto-interessado e conectado eleitoralmente levaria à formatação de uma tirania da maioria.

Waldron discorda e descontroi essa premissa. Ao contrário de Dworkin que conforma uma concepção constitucional de democracia voltada à aferição de resultados justos, buscando escrever sobre uma teoria da justiça, o intento de Waldron é confeccionar uma teoria da autoridade preocupada com um procedimento hígido e regido por balizas indiscutivelmente democráticas.

A partir disso, toma a regra da maioria não como fundamento de caráter democrático especial das decisões tomadas no seio dos parlamentos, mas efetivamente como um procedimento utilizado em qualquer colegiado. A contagem de cabeças para conhecer a tese vencedora em determinada escolha é realizada tanto nos parlamentos como nas cortes. A diferença é que, naqueles, os membros são bem mais numerosos e o povo os escolheu; enquanto que estas são compostas por poucos juízes não eleitos.

Não haveria, portanto, segundo Waldron, espaço para aquiescer com aquilo pregado por Dworkin. Sendo o procedimento o mesmo e os desacordos entre os membros das composições institucionais pautados sob as mesmas razões, ambos os corpos – seja o legislativo ou o jurisdicional – seriam falíveis e poderiam cometer equívocos, de modo que restaria saber qual seria a ressonância de cada decisão possivelmente errada cometida especificamente pela corte ou pelo parlamento. Waldron responde:

*Há algo que se perde, do ponto de vista democrático, quando um indivíduo ou uma instituição que não é eleito ou não é responsável (*unaccountable*) toma uma decisão vinculante sobre o que a democracia implica. Se você tomar a decisão certa, então - com certeza - haverá algum benefício democrático para se opor a essa perda, mas nunca será o mesmo que se não tivesse ocorrido qualquer perda em primeiro lugar. Por outro lado, se uma instituição eleita e responsável (*accountable*) toma a decisão errada sobre o que a democracia implica, então, embora produza alguma perda para a democracia no conteúdo da decisão, não é insensato que os cidadãos se consolem pensando que, pelo menos, eles cometeram seu próprio erro sobre a democracia e e a eles não foi imposto o erro de outra pessoa. O processo pode não ser o único que*

lhes importa para tomar decisões democráticas; mas não veríamos afirmar que, uma vez que a decisão é sobre a democracia, o processo é irrelevante¹⁴⁴.

Além disso, a regra da maioria é um método decisório neutro, pois, diante dos desacordos existentes sobre direitos, trata os participantes da decisão com igualdade e dá a cada opinião expressada o maior peso possível compatível com o peso dado para todas as opiniões. Nas legislaturas, a regra da maioria é utilizada tanto para a escolha dos representantes como nas decisões tomadas por eles próprios, circunstância que legitimaria ainda mais o método¹⁴⁵.

Waldron, no entanto, reconhece que, no mundo real, os processos eleitorais, legislativos e de representação nem sempre são perfeitos. Há, de fato, vícios e inúmeros problemas nas eleições e nos arranjos que constituem as práticas políticas nos parlamentos, contudo é preciso atentar para os quatro pressupostos¹⁴⁶ desenvolvidos pelo autor que funcionam como condições a uma dinâmica constitucional em que a última palavra não resida no Poder Judiciário.

Sobre o primeiro deles em específico – a presença de instituições democráticas –, Waldron faz algumas relevantes ponderações: ele assume que as instituições democráticas estão razoavelmente em boa ordem e que o sufrágio adulto é universal e apto a escolher legislaturas representativas em eleições realizadas em bases justas e regulares. Ele também assume que a legislatura é um corpo largo e deliberativo, acostumado a lidar com questões difíceis sobre, inclusive, justiça e política social. No entanto, admite também que essas instituições democráticas, malgrado funcionem ordinariamente sob esses parâmetros, não são a todo tempo perfeitas e podem naturalmente cometer deslizes¹⁴⁷.

Em relação à possibilidade de a regra da maioria se converter em tirania da maioria, o autor reconhece que, efetivamente, as instituições democráticas, em algum momento, irão tomar decisões incorretas sobre direitos, agindo tiranicamente. Nada impede, porém, que as cortes também ajam tiranicamente. Ao contrário, elas podem atuar dessa maneira, utilizando o mesmo procedimento majoritário que se adota nos colegiados legislativos. Ou de maneira ainda mais flexível: enquanto uma modificação constitucional – por exemplo, no Brasil e nos

¹⁴⁴ WALDRON, Jeremy. **Derechos y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 351. Tradução livre.

¹⁴⁵ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1.346-1.406, 2006, p. 1388.

¹⁴⁶ São eles: instituições democráticas, instituições judiciais, um compromisso sério com os direitos e um desacordo razoável sobre direitos. A propósito, o tópico 3.5 discorrerá amiúde. Ver em WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1.346-1.406, 2006, p. 1359-1369.

¹⁴⁷ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1.346-1.406, 2006, p. 1361.

Estados Unidos¹⁴⁸ – precisa passar por um procedimento mais rigoroso do que aquele previsto para aprovação das leis ordinárias, a corte pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei por maioria simples (de cinquenta por cento mais um)¹⁴⁹.

Outro temor, do qual Dworkin, inclusive, utiliza-se para apresentar argumentos favoráveis à revisão judicial das leis (vide: tópico 2.3.2), seria a transformação desta suposta tirania da maioria em violação ou indiferença aos direitos das minorias pelas instituições majoritárias. Segundo Waldron, essa hipótese nem permearia a sua teoria, porquanto atingiria um dos quatro requisitos que ele estipula para apresentar o seu argumento essencial contra a revisão judicial, qual seja: o compromisso sincero, sério e ordinário com o cumprimento da agenda de direitos.

Basicamente, o que a proposta waldroniana pretende inferir é que a regra da maioria representa um mero procedimento que pode ser utilizado por qualquer instituição na tomada de decisões e que, assim sendo, a possibilidade de ação tirânica seria, *vis-à-vis*, igual, advindo a decisão das cortes ou dos parlamentos. A preocupação maior dele é que, nesse contexto, erga-se de modo autossuficiente o direito à participação, em sequência do qual ele, repetindo jargão cunhado por William Cobbet, apõe-no o aposto de “direito dos direitos”.

3.4 Direito à participação como direito dos direitos

Em prelúdio, Waldron ressalva que a valoração do direito à participação como direito dos direitos não significa que ele esteja em grau hierarquicamente superior ou em disputa de espaço com os outros direitos. Na verdade, através da participação, admitindo a existência de desacordos, seria possível verter as limitações e os alcances dos outros direitos. “O direito à participação estaria no plano da teoria da autoridade. Os outros, no plano da teoria da justiça”¹⁵⁰.

Participar corresponderia a um direito a compartilhar o poder com igualdade às demais pessoas da sociedade. É preciso que a voz do indivíduo seja considerada e que, posto

¹⁴⁸ Embora ambas as constituições sejam classificadas como rígidas, apresentam algumas diferenças quanto ao processo de emenda. Por exemplo, enquanto a brasileira exige um quórum de três quintos para aprovação, a americana impõe um quórum de dois terços. Além disso, a Constituição dos Estados Unidos pode ser emendada mediante pedido de dois terços das legislaturas dos estados, desde que ratificadas por três quartos dos estados (artigo V).

¹⁴⁹ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1.346-1.406, 2006, p. 1396-1398.

¹⁵⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 103.

isso, ele detenha alguma parcela da decisão final que se estabelecerá, embora o objetivo não seja propriamente o quanto de decisividade a participação de cada um teve.

Não se busca a fruição de um sentimento que provoque no participante a conclusão de que sua opinião teve impacto decisivo. Aquilo que se vislumbra é tão somente que ele participou na mesma medida em que outros milhões de cidadãos participaram. Por isso que Waldron, ao fazer remissão a Joel Feinberg, diz que o direito a participação está no rol daqueles que implicam um exercício de justiça comparativa, de sorte a propiciar uma equânime divisão dos bens a serem auferidos na satisfação daquele direito¹⁵¹.

Em suma, basicamente, “a única coisa que se pede, ao menos no que diz respeito à sua participação, é que ele e todos os demais sejam tratados como iguais nos assuntos que afetam os seus interesses, seus direitos e suas obrigações”¹⁵².

A defesa do direito à participação merece argumentos sólidos que o justifiquem. Para tanto, parte-se da ideia de que, nada obstante a influência de um voto individual seja pequena, os efeitos da votação de um grande número de indivíduos não são. Pela relevância inata ao direito, Waldron se opõe à confecção de uma justificativa meramente instrumental, embora a natureza dele nos direcionasse inconscientemente por esse caminho.

Sendo ele um direito através de cujo resultado se produziria uma interpretação sobre outros direitos e opções sociais, então funcionaria apenas como veículo para chegar a um determinado lugar. Contudo, existe, de fato, uma demanda em favor de maior participação, uma vez que, como a visão sobre direitos é um tanto dissonante ou redundante em um profundo desacordo, é preciso escolher um processo político que determine o conteúdo e a distribuição dos objetivos sociais e dos direitos individuais.

Existe, inclusive, uma antítese ao direito de participação. Como já se viu, muitos podem alegar que é preferível atribuir a uma elite judicial a tarefa de interpretar os direitos individuais. Essa confrontação demonstra que há uma encampação substancial em favor da participação no processo decisório quanto aos direitos.

Waldron toma a diferença proposta por Dworkin entre princípios e políticas, para defender o direito à participação em detrimento da decisão nas mãos de juízes. Enquanto o autor norte-americano compreende que as decisões sobre princípios devem ficar a cargo dos juízes, o neozelandês discorda peremptoriamente.

¹⁵¹ WALDRON, Jeremy. **Derechos y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 284.

¹⁵² Tradução livre de “Lo único que pide, al menos por lo que respecta a su participación, es que el y todos los demás sean tratados como iguales en los asuntos que afectan a sus intereses, a sus derechos y a sus obligaciones” (WALDRON, Jeremy. **Derechos y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 285).

A justificação para esse entendimento residiria exatamente no direito à participação, tendo em vista que alguém poderia se perguntar: “quem decidirá sobre os direitos que eu tenho?”. Para Waldron, não seria concebível que alguém destinatário de direitos não tivesse o discernimento de identificar quais direitos possui e, desse modo, terceirizasse decisões para um grupo pequeno de pessoas que, em definitivo, não o representa¹⁵³.

Ao contrário, o pensamento moderno sobre direitos colocou os portadores de direitos na condição também de pensadores de direito, e não como meras vítimas potenciais cujos interesses necessitavam de proteção por um corpo, em tese, mais abalizado e imune a pressões de toda sorte. As ideias emergentes de direito natural não apenas consignavam que o indivíduo era o centro as preocupações morais e políticas, mas também o próprio juiz competente para decidir a respeito das questões de direito¹⁵⁴.

Infantilizar a sociedade e suas escolhas políticas e representativas é negar essa premissa básica de autonomia individual, de sorte a aceitar imperialmente o paternalismo das instituições judiciais – uma espécie de despotismo esclarecido do Poder Judiciário -, e também olvidar a falibilidade de qualquer dos homens, mesmo aqueles ditos mais instruídos, e imunes, imaginariamente, a influências de toda estirpe, ou dos postos mais elevados do Estado.

Na visão de Waldron, extirpar esse direito de participação do cidadão é inadequado e desrespeitoso:

Há algo que vale a pena considerar na posição que estou examinando de que os detentores de direitos deveriam ser aqueles que decidem quais os direitos que possuem, se houver desacordos sobre a questão, ao passo que parece haver algo desagradavelmente inadequado e desrespeitoso na tese de que as questões sobre direitos são muito complexas ou muito importantes para permitir que elas sejam determinadas pelos portadores de direitos em pé de igualdade¹⁵⁵.

O direito de participação estaria em dissonância para com a existência do controle judicial de constitucionalidade. Para Waldron, os cidadãos têm o direito de participar da interpretação sobre quais são e até onde vão direitos que portam. Por isso, faz uma série de contradições àqueles que defendem a *judicial review*.

¹⁵³ WALDRON, Jeremy. **Derechos y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 290.

¹⁵⁴ WALDRON, Jeremy. **Derechos y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 298.

¹⁵⁵ WALDRON, Jeremy. **Derechos y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 299-300. Tradução livre.

3.5 Objeções essenciais aos argumentos em favor da *judicial review*

Para apresentar o seu argumento essencial contra a *judicial review*, Waldron explica que, antes de maiores de elucubrações e como pré-requisitos para tais, é preciso que se verifique, em uma determinada sociedade, o atendimento de pelo menos quatro pressupostos¹⁵⁶, sem os quais o argumento por ele apresentado não se sustenta. Os dois primeiros corresponderiam às condições institucionais, enquanto os dois últimos às condições culturais.

Em primeiro lugar, deve existir instituições democráticas em razoável ordem de funcionamento, com uma legislatura representativa eleita por meio de um sistema de votação pautado no sufrágio universal. Não há a necessidade de que estas instituições estejam em estado de completa perfeição, admitindo-se que o seu aprimoramento esteja em constante discussão na comunidade política. Esse requisito prevê também a existência de legislaturas como largos corpos deliberativos que lidam com questões importantes de justiça e políticas sociais.

O segundo pressuposto é a existência de um sistema judicial, estabelecido em bases não representativas, igualmente em razoável estado de funcionamento, que funcione para solucionar os litígios particulares e garantir o postulado do Estado de Direito. Nessa perspectiva, as cortes estão bem estabelecidas e são politicamente independentes. Não sendo eleitos, votos e decisões seriam inegociáveis com base na pressão popular e estariam invulneráveis à raiva do público.

Waldron compreende que, embora não devam, os juízes podem rever a legislação, no entanto não autoriza que as suas decisões sejam as últimas e vinculem os poderes representativos do governo. Ele assume que os juízes são pessoas instruídas que possuem consciência dos limites da legitimidade de atuação no que diz respeito à função de revisar a legislação.

Além disso, o desacordo sobre direitos não passa ao largo das mentes dos magistrados. Cada um deles terá entendimentos díspares quanto aos significados e aos alcances dos direitos, de modo que as cortes pacificarão essas questões pela regra de votação por maioria simples, circunstância que seria alvo de questionamento sobre a legitimidade para decidir. Se há desacordo nas cortes como há nos parlamentos e na sociedade, por qual razão seriam elas

¹⁵⁶ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1.346-1.406, 2006, p. 1359-1369.

mais competentes para interpretar a Constituição, especialmente, quando, em verdade, utilizam o mesmo método decisório utilizado pelo Poder Legislativo?

Em terceiro lugar, Waldron afirma que, para que uma sociedade não tenha a revisão judicial como regra, é preciso que ela possua um forte compromisso com os direitos, contemplando a ideia de direitos individuais e das minorias. Nada obstante a vigência da regra da maioria como critério decisório, as pessoas acreditam que determinados direitos e liberdades não devem ser negados simplesmente por que a maioria eventualmente convencionou nesse sentido.

Esse pressuposto é fruto de uma consciência de um consenso universal e do pensamento histórico em torno dos direitos, de modo que esse compromisso não seria apenas um instrumento de retórica, mas significa que as pessoas, verdadeiramente, levam os direitos a sério, devendo estar contido em uma declaração de direitos, ainda que esta não esteja enraizada em uma constituição escrita.

O autor pondera, no entanto, que as discussões a propósito do controle de constitucionalidade não redundam em um necessário antagonismo entre aqueles que defendem direitos e os que não defendem. Outrossim, essa confrontação revelaria apenas formas diferentes de se encarar os direitos.

O último e crucial pressuposto é a existência de um desacordo persistente, substancial e de boa fé sobre o conteúdo dos direitos e liberdades. Ele pode aparecer de várias formas: em um nível filosófico, na relação entre princípios abstratos com propostas legislativas e também no contexto de casos difíceis individuais.

Esses desacordos devem ser razoáveis e de boa fé, ou seja, não podem servir como subterfúgio para a fratura do terceiro pressuposto. Duas pessoas, por exemplo, podem ter visões diferentes a respeito das restrições que incidiram sobre discursos racistas, contudo estariam concordando em relação ao núcleo essencial: a existência de um direito à liberdade de expressão.

Tomados e exaustivamente explicados esses pressupostos, Waldron passa a desenvolver sua tese em favor da supremacia parlamentar, através de duas formas de argumentação: uma relacionada aos resultados e outra ao procedimento. Apesar disso, ele compreende que as razões relativas ao resultado¹⁵⁷ são inconclusivas (ou tencionam em favor

¹⁵⁷ Waldron enumera algumas vantagens relativas aos resultados que são referidas invariavelmente às cortes e tenta desmistificar essa correlação praticamente automática, quais sejam: a orientação para casos particulares, a orientação para o texto de uma declaração de direitos e a apresentação das razões pelas quais foi tomada aquela determinada decisão (WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1.346-1.406, 2006, p. 1379 e ss.).

das legislaturas), porém as razões relativas ao procedimento pendem quase que totalmente para o lado legislativo¹⁵⁸.

Waldron considera que o método de decisão utilizado nas cortes – a regra da maioria – é o mesmo utilizado nos parlamentos, portanto quedaria falsa a premissa através da qual, as decisões legislativas poderiam significar eventualmente uma expressão da uma tirania da maioria. Isso é possível que aconteça, mas da mesma forma que é absolutamente tangível a existência de um governo de juízes.

A constatação da falibilidade mútua das duas instituições (inferência também sustentada por Dworkin) cumulada com a comprovada existência de desacordos morais sobre direitos retrataria, segundo Waldron, um cenário que impossibilitaria escolher a quem será dada a guarda da Constituição por meio de razões baseadas em resultados. Cortes e parlamentos podem produzir resultados negativos ou positivos, como, inclusive, prova a história.

Sob esses fundamentos, não seria admissível que poucos juízes não eleitos invalidassem normas aprovadas por um corpo bem mais numeroso de pessoas eleitas que representam milhões de outras pessoas. Para tanto, o autor enumera cinco assunções, que ainda poderiam dar ganho de causa às cortes, e as objeta individualmente¹⁵⁹:

i) “Os juízes não criam suas próprias decisões sobre direitos; eles simplesmente aplicam decisões que são corporificadas em uma Declaração de Direitos por pessoas que tem credenciais democráticas”. Contudo, essa afirmação não leva em consideração que a sociedade possui desacordo em torno dos direitos individuais e das minorias, especialmente pela natureza abstrata que eles carregam na Declaração de Direitos, fato que otimiza o desacordo.

ii) “Os juízes estão simplesmente aplicando o próprio pré-comprometimento da sociedade com os direitos”. Como Ulisses, o povo estaria preso pelas amarras que ele próprio criou, para evitar as tentações que poderiam advir no futuro. Os direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade funcionariam para atá-lo. Novamente, Waldron invoca a ideia de desacordos para contraditar esta assertiva, tendo em vista que o próprio conteúdo estabelecido pelo pré-compromisso é susceptível de discordâncias entre as pessoas.

iii) “Se legisladores discordam da decisão judicial sobre direitos, eles podem fazer campanha para emendar a Declaração de Direitos para explicitamente derrubar a decisão”. O

¹⁵⁸ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1.346-1.406, 2006, p. 1393.

¹⁵⁹ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, p. 1.346-1.406, 2006, p. 1393-1395.

argumento não subsistiria, porque emendar uma Declaração de Direitos caracteristicamente envolve uma supermaioria, ao contrário da decisão judicial que pode ser tomada por votação majoritária.

iv) “O juízes possuem credenciais democráticas: eles são nomeados e confirmados por oficiais eleitos”. Waldron não nega que isso seja verdade, mas comparando com as credenciais democráticas dos legisladores eleitos, as que os juízes possuem não seriam remotamente competitivas.

v) “A prática da *judicial review* deve ser justificada como um modo adicional de acesso para o cidadão se introduzir no sistema político”. Os defensores do controle judicial de constitucionalidade dizem que é preciso diversificar as maneiras de participação do cidadão na política. Mas isso não alteraria o fato de que esse modo de envolvimento do cidadão não leva em consideração princípios de igualdade política usualmente pensados como cruciais para a democracia. As instituições eleitas podem conceber melhores canais populares que possibilitem a defesa de direitos das minorias.

A desconstrução dos argumentos passa essencialmente pela compreensão de que existem desacordos morais entre todos na sociedade e que, a despeito de razões de decidir mais fundamentadas e complexas com as quais as cortes possam tratar o assunto, o fio condutor deles será basicamente o mesmo em qualquer seara. Aquilo que motiva o desacordo no parlamento, no final das contas, é o mesmo que motiva o desacordo entre os juízes.

Além disso, a forma como as cortes decidem é idêntica àquela concebida nos parlamentos. A regra da maioria consiste na contagem de cabeças e, ao final, contabiliza-se qual tese foi vencedora de acordo com o maior número de votos em favor dela. Esse procedimento ocorre nos tribunais e nos corpos legislativos.

Com base nisso, Waldron aquilata o grupo de juristas que tem apresentado fortes críticas à ideia bastante arraigada nos Estados Unidos de que o poder final de decisão estaria nas mãos das cortes. Sua preocupação é entregar nas mãos de uma elite judiciária pouco representativa uma atribuição das mais importantes. “O exercício do poder por poucas celebridades em vestes negras pode fascinar uma população articulada. Entretanto, não chega perto da essência de uma cidadania ativa”¹⁶⁰.

No entanto, no emaranhado das tensões existentes entre cortes e parlamentos e entre aqueles que defendem uma das supremacias (judicial ou parlamentar), surge, no direito constitucional contemporâneo, um caminho alternativo que coloca em cheque a necessidade

¹⁶⁰ WALDRON, Jeremy. **Derechos y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 190. Tradução livre.

imperiosa de existir inexoravelmente uma última palavra sobre o sentido da constituição, uma espécie de terceira via entre as teorias das supremacias, algo que poderia ser chamado de teoria dos diálogos constitucionais.

CAPÍTULO 4: DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO TERCEIRA VIA: DEVE MESMO EXISTIR UMA ÚLTIMA PALAVRA?

A compreensão dos “diálogos institucionais” não deve se resumir, tampouco significar propriamente, a literalidade que o termo pode, *a priori*, propor. Em alguma medida, ele é bem mais eufêmico do que as suas efetivas costuras práticas e, inclusive, do que alguns argumentos teóricos sobre o qual se levantam. Aquilo que, em tese, propunha-se a ser uma conversa profícua, aberta e saudável entre poderes, termina por convolar-se, no mais das vezes, em um embate áspero e movido pela tentativa de superações por todos os lados das decisões tomadas pela instituição com a qual se “dialoga”.

Por isso, avaliar a expressão “diálogo institucional” sem fazer uma leitura que a interprete como metáfora, provoca no leitor uma falsa impressão de que, quando da ocorrência de controvérsias sobre o sentido da constituição, as instituições e seus representantes sentariam à mesa e debateriam em um diálogo franco e aberto com a finalidade de deliberarem um desfecho sobre o imbróglio constitucional em discussão.

Em meio às teorias das supremacias, as teorias dialógicas exsurtem com o objetivo de contornar a “dificuldade contramajoritária” sobre a qual inquietantemente descansa o modelo forte de controle judicial de constitucionalidade, bem como de, em paralelo, conferir funções no debate constitucional aos poderes constituídos, inclusive ao próprio Judiciário. Por essa proposta, cortes e parlamentos atuariam em paridade, sob a concepção de uma nova ideia de separação dos poderes que permitisse um rompimento do modelo estritamente adversarial de relacionamento.

Nessa perspectiva, alguns sistemas constitucionais já inserem formalmente em suas cartas de direitos um experimento dialógico que catalise as interações entre os poderes. Canadá, Israel, Reino Unido e Nova Zelândia são exemplos dessa moldura, de modo que discutir o tema em comento não significa tão somente divagar em torno de uma proposta idealizada ou esperar que a cultura constitucional dos países por si só fomente a prática dialógica.

4.1 Fundamentos, origens e acepções dos diálogos institucionais

O grande desafio, diante de um largo rol de direitos e princípios constitucionais de tessitura aberta e que sobre os quais pairam desacordos morais razoáveis entre as pessoas, é encontrar um procedimento que leve a uma decisão mais correta diante do aparecimento de

controvérsias nos casos concretos. Embora existam critérios independentes para tal – subsunção da norma aos fatos ou ponderação de princípios –, não há um procedimento exequível que leve a um resultado infalível. É aquilo que Rawls chama de “justiça procedimental imperfeita”¹⁶¹.

Em outras situações, o autor diz que é possível estabelecer, além de um critério independente, um procedimento que possibilite um resultado inegavelmente correto. O exemplo dado é dividir um bolo em fatias equitativamente iguais para as pessoas que irão comer. Estaríamos diante da chamada “justiça procedimental perfeita” que, para Rawls, é de constatação real quase impossível¹⁶².

Nesse sentido, a existência de um procedimento, ainda que pautado em critérios hígidos, não garante a infalibilidade daquele a quem se confere a atribuição de decidir. Na verdade, até mesmo Dworkin e Waldron, que tangenciam na direção da prevalência de um órgão sobre outro, consideram o argumento da falibilidade institucional. Aquele para sustentar que, malgrado considerando que também sejam falíveis, os juízes teriam melhores condições¹⁶³ para encontrar um resultado mais justo do que os legisladores; e este último, ao contrário, para demonstrar que, ciente da dupla falibilidade, é necessário encontrar um procedimento mais adequado e com maior legitimidade democrática.

A via dos diálogos constitucionais, partindo desta premissa¹⁶⁴, pugnaria por uma decisão final tomada em conjunto pelas instituições por meio de uma série de decisões sequenciais. Nesse modelo, não se falaria em “última palavra” nas mãos de um poder. No máximo, a algum poder, seria concedida a possibilidade de ultimar o assunto de maneira provisória, em uma das várias rodadas procedimentais¹⁶⁵.

Essa dinâmica só é possível caso se faça um exercício de reconsideração conceitual da clássica definição da teoria da separação dos poderes. Uma nova separação dos poderes, que possibilite a superação de um modelo adversarial de convivência entre as funções do Estado,

¹⁶¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 104.

¹⁶² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 103-104.

¹⁶³ Ver tópico 2.3 em que foi proposto um rol não taxativo de argumentos talhados por Dworkin para considerar a prevalência dos juízes e cortes sobre legisladores e parlamentos, quais sejam: a vulnerabilidade do Poder Legislativo à pressão de setores da sociedade e o insulamento de juízes; a proteção de direito das minorias pelos tribunais e a possibilidade de tirania das majorias nos parlamentos; e a maior capacidade argumentativa dos juízes e o laconismo das discussões parlamentares.

¹⁶⁴ Na dicção de Roach: “Revisão judicial dialógica é uma teoria que rejeita a ideia de que tanto juízes quanto legisladores são infalíveis”. ROACH, Kent. (2004). Dialogic Judicial Review and its Critics. **Supreme Court Law Review** (2nd), v. 23, p. 103. Tradução livre.

¹⁶⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 174.

capaz de ir além da tricotomia montesquiana, provocando intercâmbios correntes entre os poderes, teria certamente de ser confeccionada ou, minimamente, a respeito dela, deveria se refletir.

O modelo separação dos poderes, em que se baseia a jurisdição constitucional positivista tradicional, teria dificuldades para comportar a prática dialógica, pois estaria submetido a, pelo menos, três características: i) a supremacia do Legislativo sobre os demais Poderes; ii) uma radical distinção de funções, engessando as atribuições peculiares de cada uma; e iii) uma clara separação entre política e direito, de modo a deixar a primeira a cargo do legislador e a segunda nas mãos do Judiciário¹⁶⁶.

Clèmerson Clève e Bruno Lorenzetto afirmam que, com a substituição da leitura tradicional da separação dos poderes, a prática dos diálogos institucionais realça dois aspectos primordiais no que toca à formulação das decisões em casos controvertidos. Em primeiro lugar, as decisões tomadas pelos poderes não gozarão mais de definitividade e, por isso, podem ser modificadas doravante por uma releitura realizada pelo outro poder. Em segundo lugar, cada poder terá características que o potencializa ou o inibe para a tomada de uma determinada decisão, de forma a haver uma complementação de argumentos e uma interação entre as searas política e jurídica, protagonizadas, respectivamente, pelo Legislativo e pelo Judiciário¹⁶⁷.

Há, portanto, uma aproximação mais estreita da separação dos poderes de sua visão como um sistema de freios e contrapesos que possibilita a absorção das vantagens que qualificam tanto o Poder Legislativo como o Poder Judiciário, sem tornar o processo decisório estanque em apenas um dos lados. Assim, princípios e políticas (para seguir a classificação dworkiniana) estariam sob a apreciação dialógica das instituições, ainda que, de fato, possa se inferir que, geralmente, os juízes estariam mais habilitados a decidir sobre aqueles e os legisladores sobre estas¹⁶⁸.

Conforme alude Lecrair¹⁶⁹, a tripartição de Montesquieu surgiu em um momento cuja necessidade era de limitar o poder a fim de impedir o cometimento de determinados arbítrios desferidos contra as liberdades individuais. Não se tomava a divisão das funções estatais

¹⁶⁶ BARNES *apud* BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 269.

¹⁶⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, set./dez. 2015, p. 189-190.

¹⁶⁸ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 274-275. Importante citar a conclusão a que chega o autor: “a doutrina dos diálogos afirma ‘apenas’ o protagonismo dos ‘poderes’ nas suas respectivas searas, de modo a enfatizar a importância dos freios e contrapesos” (p. 275).

¹⁶⁹ LECLAIR, Jean. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue em droit constitutionnel canadien. **Revue du Barreau du Québec**, numéro special, avril 2003, p. 396-398.

como um mecanismo para satisfazer a boa governança e otimizar os serviços prestados pelo Estado. Se revisitarmos o tema, atentos com as proposições dialógicas, a aproximação dos poderes se fundaria na ideia de colaboração institucional, dentro de um espírito de respeito mútuo, de sorte a tornar os diversos organismos de governo reciprocamente responsáveis no intuito de melhor servir os cidadãos.

Nessa perspectiva, uma instituição poderia “corrigir” o erro por ventura cometido pela outra e vice-versa. Caso restem insuladas e indiferentes ao argumento apresentado do outro lado do balcão, não será possível construir uma relação de *accountability*. O vocábulo, ainda que razoavelmente afastado do contexto em que pretende se inseri-lo, remete, inicialmente, à noção de prestação de contas.

Na tônica dos diálogos constitucionais, no entanto, não haveria um controlador específico. A *accountability* estaria relacionada à revisão recíproca e continuada do trabalho das cortes pelos parlamentos e destes por aquelas:

Na minha opinião, um grande valor da revisão judicial e desse diálogo entre os poderes é que cada um dos poderes é tornado um pouco responsável perante o outro. As cortes reveem o trabalho da legislatura e o trabalho das cortes, em suas decisões, pode receber reação do legislador através da aprovação de nova legislação (...). Este diálogo e a responsabilidade de cada um dos poderes têm o efeito de aprimorar o processo democrático, não de negá-lo¹⁷⁰.

A possibilidade concedida a todos os poderes de exercerem a atividade interpretativa da constituição já estava arraigada nos Estados Unidos desde o final do século XVIII e início do século XIX. A teoria departamental, defendida na época por figuras emblemáticas a exemplo de Thomas Jefferson e James Madison, estabelecia que quaisquer dos departamentos teriam o direito de ofertar a sua interpretação sobre o sentido da constituição dentro de suas atribuições: o Legislativo na produção das leis, o Executivo com a possibilidade de vetá-las e o Judiciário revisando-as¹⁷¹.

Muito embora Kramer defenda o constitucionalismo popular, considerando que a última palavra deve ser reverberada pelo próprio povo (*the people themselves*), o esquema do departamentalismo traçado por ele, sob uma visão cronológica das etapas a serem cumpridas (proposta do parlamento, veto presidencial e apreciação do Judiciário), leva inevitavelmente a uma leitura em prol da supremacia judicial, pois se concentraria, em razão do processo natural

¹⁷⁰ Decisão unânime da Suprema Corte canadense, escrita pelos *Justices* Cory e Iacobucci no caso *Vriend v. Alberta*. Disponível em <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/1607/1/document.do>>. Acesso em 14 Out. 2017, p. 566. Tradução livre.

¹⁷¹ KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004, p. 109.

de edição das normas, na *judicial review* a última palavra sobre os casos controvertidos em torno da interpretação constitucional¹⁷².

Para o mesmo sentido apontam Eugeniusz da Cruz e Renata Jaber Maneiro: “a proposta do departamentalismo em seus termos originais, não ofertava solução para a possível hipótese de divergência entre autores da interpretação constitucional”. Sendo assim, para cada caso distinto, haveria de existir um melhor intérprete a quem se atribuiria a responsabilidade de solucionar a questão. Entretanto, ao passo que consignam desta forma, constata *vis a vis* que esta impossibilidade comunicativa entre as instituições exegetas da constituição retinha tão somente uma elucubração teórica. Na prática, os pontos de contato estabelecem-se inevitavelmente¹⁷³.

Uma atualização da teoria departamental, denominada de construção coordenada e proposta por dois professores norte-americanos, Neal Devins e Louis Fisher¹⁷⁴, tenciona uma aproximação com o sistema de freios e contrapesos instituído na dinâmica entre poderes dos Estados Unidos e busca exatamente proporcionar a comunicação faltante na teoria clássica¹⁷⁵. De acordo com eles, cada poder teria um papel adicional na relação de interpretar a constituição mais amplamente, de modo que tanto a corte pode colocar freios nos demais poderes, como a estes também se faculta agir da mesma forma em relação à corte, quando de cujas decisões discordarem, podendo, inclusive, desafiar-las, de modo a fazer com o que tribunal seja compelido a revisá-las.

Daí Fisher chegar à conclusão de que “em várias formas, o processo de interpretação constitucional tornou-se uma empresa compartilhada, invocando os melhores esforços da Suprema Corte, Congresso, do Presidente, agências executivas, dos estados e do público em geral”¹⁷⁶, justificando seu argumento em favor desse sistema mais aberto de exegese da

¹⁷² POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy. *California Law Review*, v. 92, 2004, p. 1032-1033.

¹⁷³ CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da.; JABER MANEIRO, Renata de Marins. Constitucionalismo fora do STF – As dimensões negligenciadas da interpretação constitucional. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do.; PULCINELLI, Eliana; JABER MANEIRO, Renata de Marins (coord.). **Contestação, persuasão e consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, p. 6-7.

¹⁷⁴ Ver 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 19 nov. 2017

¹⁷⁵ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006, p. 1137-1138. Abordaremos este artigo, em sua integralidade, no próximo capítulo, no sentido de fazer uma releitura em diálogo com outras resenhas feitas por autores brasileiros. Nessa oportunidade, serão postas as críticas da autora à teoria da construção coordenada.

¹⁷⁶ Tradução livre de “In various ways the process of constitutional interpretation has become a shared enterprise, calling upon the best efforts of the Supreme Court, Congress, the President, executive agencies, the states, and the public at large”, em FISHER, Louis. **Constitutional dialogues – Interpretation as a political process**. Oxford: Princeton University Press, 1988, p. 246-247.

constituição por refutar qualquer tipo de concentração de poder no Congresso, no Poder Executivo e, por conseguinte, nas Cortes.

É inevitável cimentar a temática em comento com as linhas desenvolvidas por Peter Häberle. O jurista alemão, apesar de não tratar diretamente sobre diálogos constitucionais¹⁷⁷, propõe uma pluralização dos intérpretes constitucionais, desmonopolizando esta atividade das cortes.

Para tanto, Häberle toma, como ponto de partida, um conceito lato de hermenêutica, para convencionar que não apenas aqueles de forma consciente, deliberada e intencional examinam e compreendem o sentido de uma norma, mas também aqueles que a vivenciam, constituem-se intérpretes da constituição. Conforme o seu extenso catálogo proposto, as funções estatais - corte constitucional, jurisdição, órgão legislativo e órgão do executivo -, os participantes do processo do qual emana a decisão (requerente ou recorrente e requerido ou recorrido, outros participantes, pareceristas ou *experts*, peritos e representantes de interesses nas audiências públicas, associações e partidos políticos), a opinião pública e a doutrina constitucional, exerceriam o papel de intérpretes da constituição¹⁷⁸.

Sobre a relação entre o Legislativo e o Judiciário em específico, o autor destaca a atuação diferenciada qualitativamente de ambos na atividade hermenêutica: o primeiro com o papel mais amplo de poder ressignificar os termos constitucionais de acordo com as mutações sociais, e o segundo com a capacidade de constantemente revisar as leis, levando em conta sempre a legitimação popular que alberga o processo legislativo¹⁷⁹.

A amplitude dos sujeitos aptos a interpretarem a constituição, na visão de Häberle, torna este processo hermenêutico infinito, em que todos possuem competência para tal, cujo fim essencial é a produção do consenso e a obtenção da unidade política, ainda que precedido de inúmeras tensões, naturais dentro de uma democracia¹⁸⁰. Como já mencionado, ainda que silente sobre o tema, o escrito de Häberle possui notável afinidade com a teoria dos diálogos

¹⁷⁷ “Ainda que Häberle não tenha tratado de forma específica dos problemas ligados aos diálogos constitucionais, seu pensamento se aproxima das teorias dialógicas, na medida em que rejeita o monopólio do Poder Judiciário na interpretação constitucional, exigindo a participação efetiva de outros atores políticos (LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 235).

¹⁷⁸ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 20-22.

¹⁷⁹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 26-27.

¹⁸⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, p. 42-43.

institucionais e com a quebra do monopólio da apreciação do sentido da constituição nas mãos de apenas uma instituição estatal.

Ocorre que Häberle apenas enuncia uma democratização dos sujeitos competentes para interpretar a constituição, contudo não fala - ou o faz timidamente - a respeito da maneira como devem ser estipuladas e convencionadas as interações entre esses intérpretes. Nada obstante não existir efetiva interlocução entre eles, a transposição de seu pensamento para uma abordagem propriamente dialógica pode se dar na construção do chamado constitucionalismo democrático, abordado especialmente por Post e Siegel¹⁸¹.

Há, pelo menos, dois eixos que sustentam o constitucionalismo democrático¹⁸². Em primeiro lugar, é necessário que exista um liame entre as decisões que interpretam a constituição e a identidade constitucional, logo tais decisões precisam estar de acordo com a identificação que os sujeitos constitucionais possuem com o texto e suas proposições. Assim, ante uma decisão judicial dissonante disso, é necessário que seja ofertado a esses sujeitos o instrumento da responsividade para preservar a identidade constitucional. Daí que, em segundo lugar, nem sempre as posições adotadas por todos os agentes desse processo decisório serão convergentes, portanto faz-se necessário um diálogo cíclico no sentido de se encontrar a melhor decisão possível, que compreenda contestação, persuasão e formação de um novo consenso.

A permanente tensão existente entre constitucionalismo e democracia, exprimindo clara e mais precisamente as tensões entre direito e política, possui uma dúplici relação: ora, de limitação; outrora, de retroalimentação. Ao passo que o constitucionalismo, a partir de uma plêiade de direitos, constrange e restringe algumas decisões majoritárias, não é possível que, sob essa justificativa, entronizem-se indiscriminadamente as decisões tomadas por instituições cujos membros não foram escolhidos pelo sufrágio popular.

A tentativa de reconciliação, a partir do início da segunda metade do século XX, residia nas constituições então promulgadas na Europa, contudo esse processo acabou por, paradoxalmente, reacender as tensões entre o constitucionalismo e a democracia que, como se vê, espriam-se até hoje. A previsão de um controle de constitucionalidade judicial ou, como na Alemanha, por um órgão específico, é o ponto nevrálgico e mais estressante desta

¹⁸¹ Ver POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy. *California Law Review*, v. 92, 2004.

¹⁸² Essa é uma construção decorrente da leitura feita por Eugeniusz da Cruz e Renata Maneiro de Robert Post e Reva Siegel em CRUZ, Eugeniusz Costa Lopes da.; JABER MANEIRO, Renata de Marins. Constitucionalismo fora do STF – As dimensões negligenciadas da interpretação constitucional. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do.; PULCINELLI, Eliana; JABER MANEIRO, Renata de Marins (coord.). **Contestação, persuasão e consenso no STF: construindo um constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, p. 57-66.

tensão¹⁸³. A saída proposta pelo constitucionalismo democrático, que pela própria terminologia já nos sugere muito, ou por outras formas de diálogo entre as instituições pode, em definitivo, consolidar uma relação de mútua dependência entre constitucionalismo e democracia, em detrimento de visões que os tornam antagônicos, a exemplo das leituras substantivistas e procedimentalistas que privilegiam, respectivamente, o constitucionalismo e a democracia¹⁸⁴.

A crise da democracia representativa, observada enquanto um fenômeno universal e não apenas exclusivo da conjuntura social brasileira, leva a sociedade a um profundo estado de desesperança para com a possibilidade de soluções advindas do seio das instituições políticas. O Judiciário, especialmente nos países nos quais vigora um modelo forte de controle judicial de constitucionalidade (*strong-form of judicial review*) apresenta-se como “superego”¹⁸⁵ desta sociedade, circunstância que a torna ainda mais apática e seduzida a recorrer sempre que possível ao confortável caminho da judicialização da política, bem menos penoso do que ao exercício de árduas, fatigantes e inesgotáveis lutas sociais¹⁸⁶.

Valendo-se desta apatia política até certo ponto justificável, muitas vezes as construções teóricas que reconciliaram a moral e o direito, a exemplo daquela proposta por Dworkin, são utilizadas como justificativa natural à produção de um ativismo judicial¹⁸⁷

¹⁸³ Sobre o tema ver SILVEIRA, Ramais de Castro. **Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo**. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 181-185.

¹⁸⁴ LIÑARES, Sebastián. **La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 29-34.

¹⁸⁵ Expressão de Ingeborg Maus em seu célebre artigo MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos**, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. Disponível em <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em 23 Set. 2017.

¹⁸⁶ Sobremodo clara é a elucidação desse cenário por Ramais Castro Silveira: “Particularmente, cremos que, em grande medida, a sustentação do judicial review entre nós é fruto de um déficit de humildade epistêmica dos juristas em geral por estarem absolutamente convencidos de que seus pontos de vista morais – vestidos de discursos jurídicos – são melhores e, além disso, de que é muito mais provável que juízes concordem com eles do que parlamentares, presidentes ou mesmo a plebe ignara. É incomensuravelmente mais fácil redigir uma petição ao STF do que se engajar numa longa luta social por uma posição política, além do que, apenas uma das opções comporta ar refrigerado” (grifo nosso). (SILVEIRA, Ramais de Castro. **Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo**, 2016. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 31). Para melhor ilustrar o presente e inquietante cenário, ao usuário do SUS, por exemplo, a quem o Estado, quando solicitado, nega o fornecimento de um determinado medicamento, é muito mais fácil valer-se do Ministério Público, da Defensoria Pública ou até mesmo contratar um advogado para requerer judicialmente o seu pedido, do que externar pública e extrajudicialmente a sua indignação, através dos canais que a República e cidadania lhe confere, como forma de forçar politicamente o deferimento administrativo de sua necessidade.

¹⁸⁷ Para maiores aprofundamentos sobre o termo, sugere-se as seguintes leituras: KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of ‘judicial activism’. **California Law Review**, v. 92, n. 4, p. 1441-1478, 2004. Disponível em <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em 09 Mar. 2017; LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e**

indiscriminado que tem o propósito de, frequentemente, legitimar a prática de decisionismos descriteriosos¹⁸⁸. Medidas como essa sofrem severas críticas da doutrina por invadir de maneira corrente a esfera de atuação tradicionalmente da alçada dos organismos de Estado cujos membros ocupam seus cargos por intermédio do voto popular.

Uma equalização temperada do dilema ora posto é o objetivo final da teoria dos diálogos institucionais. Ela pode ser um caminho natural, pois, de acordo com sua sistemática, o Judiciário não seria proscrito de se imiscuir, naquilo que lhe coubesse com maior especialidade, em decisões que abarcam a discussão sobre o alcance e sobre o sentido de direitos e princípios insertos nas Constituições, mas – e, inclusive, por isso – provocaria, na sociedade e nas instituições político-representativas, a necessidade de tratar de assuntos muitas vezes negligenciados por essas instâncias, levando-as a, quando julgarem necessário, reagirem às decisões do Poder Judiciário.

A comunicação entre os intérpretes da constituição é uma possibilidade, contudo a forma como deve proceder é motivo de muita discussão teórica e de construções diferenciadas. É preciso encontrar uma teoria que, à medida que extirpe severamente a ideia de “última palavra”, confira a cada um dos poderes, especialmente ao Legislativo e ao Judiciário, um papel especial na interpretação constitucional.

4.2 As teorias do diálogo: uma releitura de Christine Bateup

O referencial teórico a ser utilizado é o artigo *The Dialogic Promise*¹⁸⁹, de autoria da professora Christine Bateup, a partir do qual ela faz uma análise crítica de uma série de teorias que podem ser consideradas como dialógicas para, ao final, apresentar e formular, com fulcro nas demais, uma teoria que, sob seu julgo, ofereça a melhor alternativa à doutrina dos diálogos institucionais.

autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014; BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em <<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/44428/26015>>. Acesso em 02 Mar. 2017; TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação de Mestrado, São Leopoldo, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012; TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995; VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, Dez. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 16 Mar. 2017; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. São Paulo: Forense, 2014.

¹⁸⁸ STRECK, Lenio Luz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 20-32.

¹⁸⁹ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006.

Para tanto, parte do pressuposto de que a prática dialógica concerne a toda sorte de interações entre as cortes e os poderes políticos do governo no processo de decisões constitucionais. As teorias enfatizam que o Judiciário não tem ou não deveria ter o monopólio da interpretação constitucional, de modo que os julgamentos constitucionais são ou idealmente deveriam ser produtos de um processo de elaboração compartilhada entre o Judiciário e outros atores constitucionais¹⁹⁰.

Ao contrário de algumas teorias do constitucionalismo contemporâneo que tentam solucionar o problema da “dificuldade contra-majoritária”, propondo critérios interpretativos para serem utilizados pelos juízes nos casos constitucionais¹⁹¹, as teorias dialógicas realçam o processo institucional através do qual o significado da constituição é produzido de modo compartilhado entre o Judiciário e outros atores. A ideia é demonstrar que estes outros atores constitucionais fora do Judiciário possuem um papel chave na interpretação constitucional, de sorte que a preocupação de que a *judicial review* coloque os juízes contra os poderes eleitoralmente responsáveis do governo é bastante amenizada caso estes poderes políticos estiverem aptos a responderem às decisões judiciais quando, eventualmente, delas divergirem¹⁹².

O artigo procurará, ao final, responder a duas questões: i) se as teorias do diálogo constitucional são hábeis para realizar seu objetivo de resolver a objeção democrática da *judicial review*; e ii) se as diferentes teorias providenciam uma visão normativa atraente do papel da *judicial review* no constitucionalismo democrático¹⁹³.

A autora bifurca as teorias dialógicas em dois grupos distintos: as prescritivas ou normativas e as descritivas ou positivas, malgrado obtempere que esse critério classificatório

¹⁹⁰ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1109-1110.

¹⁹¹ Bateup menciona o originalismo, bastante disseminado por Robert Bork; o substantivismo de Dworkin; e a interpretação destinada apenas à correção de falhas nos procedimentos democráticos de John Hart Ely, como exemplos dessas teorias. BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1117-1118.

¹⁹² BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1119.

¹⁹³ “Esse Artigo fornece um relato crítico das teorias do diálogo constitucional para determinar quais delas possuem a maior promessa normativa. Isso exige responder duas perguntas separadas. A primeira é se as teorias do diálogo constitucional são capazes de cumprir seu objetivo de resolver a objeção democrática à revisão judicial. O segundo é se, independentemente da legitimidade, as diferentes teorias proporcionam uma visão normativa atrativa do papel da revisão judicial no constitucionalismo democrático”. Tradução livre de BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1111.

não pressupõe rigidez, uma vez que teorias positivas contêm elementos prescritivos e vice-versa¹⁹⁴.

Por exemplo, a construção coordenada, embora seja considerada uma teoria mais positiva, também prescreve as formas como o Poder Legislativo pode reagir às decisões judiciais que o desagradam. Da mesma forma, Robert Post, defensor da teoria do equilíbrio, advoga que o Poder Judiciário deveria ter uma postura de maior autocontenção, com a finalidade de facilitar a prática dialógica.

Nessa perspectiva, Ramaís de Castro Silveira elucida:

Num extremo estão as teorias que trazem uma visão positiva acerca do real funcionamento da dinâmica conversacional entre os poderes. Numa posição intermediária, há teorias que reconhecem que a palavra final (supremacia) não é um imperativo do controle judicial de constitucionalidade, tecendo prescrições sobre como deve se dar o diálogo com base nesta premissa. E, no outro extremo, há teorias fundamentalmente normativas, que desenham como deveria funcionar um sistema jurídico dialógico que operasse em circunstâncias ideais¹⁹⁵.

Bateup advoga em favor do caminho intermediário, porquanto encontra falhas nos dois polos de sua classificação. As teorias prescritivas tendem a falhar porque não estão suficientemente aptas a conhecer como a *judicial review* opera no mundo real, enquanto que as teorias descritivas não explicam de maneira satisfatória algum papel especial do Judiciário ou alguma contribuição única que os juízes oferecem ao diálogo constitucional que pode justificar o valor normativo da *judicial review*¹⁹⁶.

Portanto, Bateup compreende que “as teorias mais promissoras do diálogo constitucional são aquelas que consideram como função judicial ímpar uma que auxilie a alcançar as melhores respostas sobre questões constitucionais, mas que não privilegiam a contribuição judicial sobre a de outros atores”¹⁹⁷.

O elenco das teorias escolhido pela autora adota como critério um movimento progressivo do eixo “prescritivo-descritivo” até as teorias mais positivas do diálogo. Bateup adianta que iniciará pelas teorias, segundo ela, mais problemáticas até chegar às mais

¹⁹⁴ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1120-1121.

¹⁹⁵ SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo**. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 141.

¹⁹⁶ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1122-1123.

¹⁹⁷ Tradução livre de “The most promising theories of constitutional dialogues, in contrast, are those which account for a unique judicial function that assists in reaching better answers about constitutional questions, but which does not privilege the judicial contribution over that of other actors” (BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1123).

adequadas - as teorias do equilíbrio e da parceria. Destas últimas, defende uma fusão, para formatar a teoria ideal¹⁹⁸.

Contudo, a classificação que norteia todo o seu texto é aquela que divide as teorias dialógicas em teoria do método judicial e teorias estruturais do diálogo. Ao final, pretende, a partir das subdivisões desses dois grupos, encontrar uma teoria que melhor satisfaça a ideia dialógica.

4.2.1 Teorias do método judicial

Essas teorias são as mais prescritivas e se concentram na defesa de técnicas de decisão judicial que engajem os juízes a realizarem um debate mais amplo sobre o significado da constituição com os poderes políticos do governo. As suas falhas, como já frisado, residem na baixa capacidade para constatar empiricamente as suas prescrições e, portanto, na pouca consideração das dinâmicas positivas do sistema constitucional que preexistem a possíveis escolhas de técnicas decisórias¹⁹⁹.

Bateup fala a respeito de três principais teorias que estipulam algum método judicial de decisão: i) o aconselhamento judicial; ii) as regras centradas no processo; e iii) o minimalismo judicial.

4.2.1.1 Aconselhamento judicial

As teorias do aconselhamento judicial advogam em favor de juízes que façam recomendações à execução de determinadas atitudes a serem cumpridas pelos poderes políticos e que os aconselhem no sentido de tomar alguns caminhos para evitar problemas constitucionais. O objetivo principal seria garantir que os poderes políticos aprendam com as visões do Judiciário a respeito da interpretação constitucional, auxiliando-os na construção de uma nova legislação ou na modificação das leis já existentes²⁰⁰.

Esses conselhos corresponderiam a uma assessoria judiciária não vinculante e se materializam de duas maneiras. Os juízes podem invalidar a legislação e, à medida que assim

¹⁹⁸ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1122-1123.

¹⁹⁹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1123.

²⁰⁰ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1123.

o fazem, fornecem conselhos para que os poderes políticos considerem práticas constitucionalmente aceitáveis para alcançar o mesmo fim, ou seja, apesar de declarar a inconstitucionalidade de uma norma, o Poder Judiciário pode dar o “caminho das pedras”, para que o legislador confeccione, sob determinados limites, a nova legislação. De outra banda, quando considerarem constitucional a lei, a outra opção concedida aos juízes consiste na utilização de técnicas para incentivar os atores políticos a revisarem a norma, com a finalidade de remover ambiguidades e vaguesas nela encontradas²⁰¹.

Segundo Bateup, os teóricos que defendem esta teoria, a exemplo de Neal Katyal, acreditam que essa produção proativa de conselhos cria as condições propícias à ocorrência de diálogos profícuos entre as cortes e os poderes políticos a respeito do significado e da responsabilidade da constituição²⁰².

Entretanto, a autora critica-os de forma bastante enfática. Na sua visão, a partir desta teoria, os juízes possuiriam uma capacidade especial ou seriam mais confiáveis na resolução de questões relacionadas ao sentido constitucional e à evolução sobre a importância de valores constitucionais específicos²⁰³.

Nessa perspectiva, essa compreensão desnuda uma desconfiança em relação aos poderes políticos, especialmente ao Poder Legislativo, de chegarem a respostas aceitáveis sem uma intervenção judicial, como se não fossem suficientemente capazes e não estivessem motivados a defender direitos.

Esse privilégio que se alça ao Judiciário desconfiguraria inteiramente o substrato crucial dos diálogos institucionais, haja vista ver sucumbida a equivalência hierárquica e a relação horizontal entre os poderes na responsabilidade que eles igualmente têm de interpretar a constituição²⁰⁴.

4.2.1.2 Regras centradas no processo

Na teoria dialógica que comporta decisões judiciais pautadas em regras centradas no processo, ao juiz seria permitida uma atitude um tanto mais passiva quando comparada com o

²⁰¹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1124.

²⁰² BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1124-1125.

²⁰³ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1125-1126.

²⁰⁴ “Consequentemente, ao invés de apoiar uma verdadeira troca dialógica de ideias entre iguais, ou mesmo a criação de um maior espaço para que os poderes políticos deliberem de forma independente sobre questões de significado constitucional, o aconselhamento simplesmente encoraja os poderes políticos a fazer o que o Judiciário diz”. Tradução livre de BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1129.

aconselhamento judicial. Enquanto naquela poderia haver recomendações a propósito da substância da lei, nesta, a decisão poderá somente abordar eventuais falhas das normas que regulamentam o procedimento legislativo²⁰⁵.

Atuando desta maneira, os juízes determinam se o legislador prestou a devida atenção no processo de aprovação de uma determinada lei. Caso este não tenha agido com o devido cuidado, devem aqueles forçar este a reconsiderar suas decisões com o apropriado grau de atenção aos valores que foram eventualmente negligenciados.

Bateup descreve duas formas de aplicação da teoria. A primeira delas acontece, quando os juízes impugnam violações às regras próprias do processo legiferante, a exemplo da falta de clareza da lei ou de vícios nas regras de competência e iniciativa legislativa. Já a segunda forma baseia-se na doutrina do segundo olhar (*second look doctrine*)²⁰⁶: ao se deparar com situações em que o legislador agiu apressada e irrefletidamente ou olvidando direitos fundamentais²⁰⁷, o Judiciário invalida a norma, para que o Poder Legislativo tenha uma nova chance de apreciá-la.

Nessas teorias, há um duplo aspecto relevante a ser observado: embora aos juízes não seja concedida a última palavra, tampouco uma prerrogativa tão ativista, eles desempenham um papel ativo no diálogo, já que seriam eles os responsáveis por fazer as provocações necessárias aos poderes políticos, diante de decisões sem o devido cuidado com a constituição²⁰⁸.

Dentre as vantagens, a autora aponta que, em razão da postura mais contida do Poder Judiciário, restariam minimizados os questionamentos relativos à legitimidade democrática de

²⁰⁵ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1128.

²⁰⁶ Segundo Bateup, a proposição dessa doutrina é protagonizada pelo Juiz Guido Calabresi. BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1130.

²⁰⁷ Situações como essa têm se tornado bastante comuns no cenário legislativo brasileiro, não apenas nas casas legislativas de menor porte, onde, de fato, essas práticas são historicamente mais frequentes (Ver, por exemplo, GADELHA, José Lafayette. **O Processo Legislativo e as Comissões Permanentes: uma análise crítica do funcionamento e da atuação da Câmara de Vereadores de Sousa-PB**. Monografia de Conclusão de Curso, Sousa, Direito, Universidade Federal de Campina Grande, 2015), mas também no próprio Congresso Nacional em tempos recentes, quando matérias de mais alta complexidade têm sido aprovadas sem o devido e amadurecido debate, a exemplo do congelamento dos investimentos públicos por 20 (vinte) anos e da reforma trabalhista.

²⁰⁸ Relevante remeter a uma consideração cuidadosa feita por Ramaís de Castro Silveira na nota de rodapé n. 209 de sua tese, para que não se confundam a teoria dialógica em apreço com as concepções propugnadas por John Hart Ely: “As doutrinas que defendem, pela via judicial, a garantia das pré-condições democráticas não se confundem com estas procedimento-centradas, porquanto aquelas propõem remanescer no judiciário a palavra final sobre um (in) determinado rol de direitos que seriam fundamentais ao próprio regime democrático, ao passo que estas apenas permitem apontar quando o parlamento não discutiu bem as implicações constitucionais das suas decisões, mandando que ele delibere novamente” (SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo**, 2016, 486 f. 486. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 145).

sua atuação, decorrente da ampliação do espaço ofertado aos poderes políticos para resolver questões substantivas referentes ao sentido da constituição. Embora os defensores da teoria dialógica centrada no processo confiem na capacidade que possuem os atores políticos para realizarem a interpretação constitucional, entendem que eles não possuem suficiente atenção para os valores constitucionais, em razão das características institucionais do processo político a que estão submetidos. Assim, os juízes apenas cumprem uma mera função utilitária de engajar os outros poderes num diálogo sobre a importância de considerar valores constitucionais em um hábito racional e consistente²⁰⁹.

Apesar de, na concepção de Bateup, ser melhor do que a teoria do aconselhamento judicial, a teoria das regras centradas no processo não encerra inteiramente o problema da legitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade, pois não deixa claro quando os juízes poderão utilizar regras substantivas para invalidar a legislação. Além disso, a teoria não mede os custos políticos que irão sofrer os legisladores quando submetidos a um novo olhar sobre aquela legislação, de modo que não seja tão simples para o parlamento apreciá-la novamente, tornando o diálogo, na prática, possivelmente pouco factível²¹⁰.

4.2.1.3 Minimalismo judicial

Ao contrário das teorias anteriores, por meio das quais se defende que, de alguma maneira, o juiz tenha uma postura mais proativa, o minimalismo judicial defende exatamente o contrário: a percepção de um juiz que não amplie as razões de decidir e permaneça restrito ao objeto do processo, para que o legislador colmate possíveis lacunas deixadas propositalmente²¹¹.

A teoria se inspira de forma direta na obra de Alexander Bickel que, para mitigar a chamada “dificuldade contramajoritária”²¹², propõe que o juiz, no momento da decisão, adote “virtudes passivas” e exercite a ferramenta de “não decidir” (*not doing*) para reduzir seu envolvimento em aspectos constitucionais controversos ou sensíveis e, por conseguinte, proteger a si mesmo de potenciais respostas legislativas em sentido contrário. Mediante essa

²⁰⁹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1130.

²¹⁰ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1130-1131.

²¹¹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1131.

²¹² BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court ath the bar of politics**, 2. ed. London: Yale University Press, 1986, p. 16.

postura de abstenção, os poderes políticos, estimulados ou não pela sociedade, poderiam tomar uma decisão com maior liberdade, sem exortações ou restrições do Judiciário.

Cass Sunstein – na visão de Bateup, o principal acadêmico que contemporaneamente propaga a teoria do minimalismo²¹³ - defende que ao decidir casos, os juízes deveriam aplicar estratégias de “dizer não mais do que o necessário para justificar um resultado, e deixando tanto quanto possível não decidido”²¹⁴. O minimalismo inadmite decisões que esgotem quase que por completo, em profundidade e tamanho, o assunto discutido. Apesar de não ser tão radical quanto Bickel, Sunstein vai mais além, quando examina os caminhos por que os juízes podem exercer a autocontenção no momento em que eles enfrentam casos controversos sobre a constituição.

A vantagem desta teoria – impende a autora - é que ela resulta bastante exitosa em responder a “dificuldade contramajoritária”, pois a utilização de técnicas decisórias minimalistas realça o espaço avaliativo dos poderes políticos para concretizar resoluções democráticas relativas aos aspectos constitucionais, especificamente sobre direitos, que estão sujeitos ao desacordo²¹⁵.

No entanto, Bateup não deixa também de pronunciar críticas. No seu entender, a adoção de uma postura minimalista desconsidera outros possíveis papéis que poderiam ser desempenhados pelas cortes, uma vez que, na concepção dialógica, importa que todos aqueles que participam da “conversa” coloquem as suas posições, trazendo ao debate aquilo que de melhor podem ofertar consoante suas características. As cortes podem contribuir na deliberação sobre o sentido da constituição, em grau de alcance muito mais largo do que aquele exageradamente reduzido proposto pelo minimalismo²¹⁶.

Por fim, para a autora, as teorias do método judicial não conseguem superar a “dificuldade contramajoritária” e estabelecer um papel adequado a ser desempenhado pelo Poder Judiciário na prática dos diálogos. Além disso, a preocupação central em prescrever regras às quais devem atenção os juízes em suas práticas decisórias acaba por menosprezar as dinâmicas reais do sistema constitucional dentro das quais esses juízes operam²¹⁷.

²¹³ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1132.

²¹⁴ SUNSTEIN, Cass. **On case at a time**: judicial minimalismo on Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001, p. 3. Tradução livre.

²¹⁵ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1133.

²¹⁶ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1133-1134.

²¹⁷ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1135.

Por este motivo, considera necessário tangenciar a discussão em favor de teorias que levem em consideração uma perspectiva muito mais empírica do que normativa, para compreender como funcionam ou podem funcionar os diálogos institucionais dentro das realidades em que se encontram os interlocutores.

4.2.2 Teorias estruturais do diálogo

A preocupação dos teóricos que procuram observar o diálogo a partir de sua estrutura reside no reconhecimento de que mecanismos políticos ou institucionais dentro dos sistemas constitucionais, de fato, existem e podem propiciar respostas dos atores políticos às decisões judiciais²¹⁸.

Bateup afirma que “as teorias estruturais suavizam as preocupações com atuação contramajoritária da *judicial review*”²¹⁹, uma vez que propõem uma atribuição importante aos juízes, mas não os privilegia em detrimento dos demais intérpretes.

O texto arrola quatro subdivisões teóricas desse grupo: i) a construção coordenada; ii) as teorias dos princípios jurídicos; iii) as teorias do equilíbrio; e iv) as teorias da parceria, as quais convém esquadrihar.

4.2.2.1 Construção coordenada

A gênese das teorias ligadas à construção coordenada, como já frisado no primeiro tópico deste capítulo, está nas discussões sobre o departamentalismo, defendido por figuras relevantes nos primórdios do constitucionalismo norte-americano como James Madison e Thomas Jefferson. Por isso são consideradas as mais antigas das concepções sobre a interpretação constitucional, vista como um empreendimento compartilhado entre as cortes e os poderes políticos.

O seu conteúdo visa a considerar todos os poderes capazes de interpretar a constituição dentro de suas prerrogativas, extirpando um possível monopólio dessa atividade das mãos do

²¹⁸ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1136.

²¹⁹ Tradução livre de “structural theories largely alleviate concerns that judicial review operates in a countermajoritarian fashion”. BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1137.

Judiciário. Cada poder seria, dentro de sua competência própria, o detentor da última palavra sobre o sentido da constituição²²⁰.

O problema reside exatamente em saber qual é a abrangência dessas competências que dão o direito aos poderes de atuarem na condição de intérpretes. Uma atribuição difusa poderia provocar um verdadeiro caos, tendente a desconstituir o sistema de freios e contrapesos e a harmonia entre os poderes.

Uma revisão desta teoria, proposta por Neal Devins e Louis Fisher²²¹, procura contornar essas preocupações e advogar em favor de um modelo interativo entre os poderes, cujas decisões podem ser revistas reciprocamente, sem que esse processo acarrete na produção de uma anarquia. A corte utiliza-se da *judicial review* como forma de frear os outros poderes, enquanto estes, por sua vez, também podem colocar freios na corte quando dela discordarem. Assim, as decisões judiciais estão abertas ao escrutínio dos outros atores públicos e, portanto, não são definitivas.

Há várias ferramentas que o Poder Legislativo pode utilizar para desafiar a decisão da corte, quando dela discorda total ou parcialmente: de um simples discurso de um parlamentar, passando pela aturdida indiferença que provoca o descumprimento da decisão, até a aprovação de leis ou emendas que venham a superar completamente a decisão que considerou aquele conteúdo, ali renovado, como inconstitucional. Em seguida, a corte pode, da mesma forma, pronunciar sua visão e fazer “movimentos exploratórios” (*exploratory movements*) com o objetivo de procrastinar o debate e deixar o seu encerramento para ainda mais adiante²²².

Bateup enumera alguns pontos positivos destas teorias. Em primeiro lugar a construção coordenada forneceria exemplos de que os juízes não possuem um monopólio na interpretação constitucional e comprovaria que a prática interpretativa, historicamente nos Estados Unidos, revela-se de várias formas, e não apenas em razão do exercício do controle judicial de constitucionalidade pelos juízes da Suprema Corte²²³.

²²⁰ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1137.

²²¹ Ver 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 19 nov. 2017.

²²² BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1139.

²²³ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1140.

A segunda virtude, e “talvez a mais importante” no dizer de Bateup, é a desmistificação da incapacidade dos poderes políticos em realizarem a interpretação constitucional e/ou de se debruçarem sobre aspectos de princípios²²⁴.

Além disso, a construção coordenada faz um melhor trabalho em refutar a legitimidade democrática da *judicial review* do que as teorias dialógicas que se concentram no método judicial, uma vez que as decisões da corte estarão sempre sujeitas a processos políticos e freios continuados e a revisões políticas²²⁵.

A professora, no entanto, aponta dois problemas que fundamentalmente compõem essa teoria. O primeiro estaria em subestimar o papel do Judiciário no diálogo. Nessa perspectiva, determinadas decisões que eventualmente foram cumpridas pelos poderes políticos ocorrem não por deferência a uma decisão especial ou pelo entendimento de que ao Poder Judiciário importa um papel especial, mas simplesmente pela preferência de se absterem de qualquer posição²²⁶.

Já o segundo ponto de crítica residiria na visão competitiva de diálogo dada pela teoria da construção coordenada, como se o poder mais forte institucionalmente impusesse sua voz sobre os outros que, por sua vez, acatariam sem muitos questionamentos. Para Bateup, “alcançar respostas estáveis e mais amplamente aceitas parece mais factível se os diferentes participantes do diálogo debatam ativamente sobre suas visões e aprendam com as perspectivas do outro”²²⁷.

4.2.2.2 Teorias dos princípios jurídicos

Essas teorias partem da premissa de que o Poder Judiciário resguarda uma condição especial para interpretar questões de princípios, de modo a lhe conferir um papel bastante peculiar e, em alguma medida, privativo na prática dialógica. Quando, porém, os juízes erram nas suas decisões, abre-se espaço para uma resposta legislativa²²⁸.

²²⁴ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1140-1141.

²²⁵ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1141.

²²⁶ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1141-1143.

²²⁷ Tradução livre de “reaching stable and more widely accepted answers seems more feasible if the diferente parties to dialogue actively discuss their views and learn from one another’s perspective” em BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1143.

²²⁸ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1143-1144.

Essa reação pode ocorrer de duas maneiras: quando da impugnação dos erros cometidos pelos juízes ou na confecção por parte dos atores políticos de políticas públicas tomando por base a decisão judicial prolatada. Bateup, então, subdivide as teorias dos princípios jurídicos de acordo com essas possibilidades de tomadas de decisão por parte dos atores políticos em princípios e freios políticos à corte e princípios e articulação legislativa de políticas, sobre as quais passamos a resenhar.

a) Princípios e freios políticos à corte

Sob a leitura de Alexander Bickel e Michael Perry, Bateup compreende que estas teorias teriam como cerne o entendimento de que o Judiciário possuiria mais habilidade para lidar com questões de princípio. Bickel²²⁹, especificamente, afirmava que essa evidência justificava-se, de modo especial, em face do insulamento político dos juízes. Perry²³⁰ considera que a função dos juízes é profética, pois, ao passo em que avalia retrospectivamente a aplicação dos princípios no caso concreto, também o faz de maneira prospectiva, a apontar os caminhos a serem trilhados a partir de então.

No entanto, tanto Bickel como Perry entendem que os juízes, no exercício desse ofício nada obstante sua reconhecida *expertise* para tal, podem eventualmente incorrer em erros, sendo necessária a interferência do Congresso que, como pontua Bickel, está mais próximo do povo e pode, em algumas situações, estar mais bem situado para determinar valores fundamentais da sociedade²³¹.

Para os teóricos que sustentam os princípios e freios políticos à corte como teoria dialógica mais adequada, as etapas que consistem nas decisões tomadas pelos poderes políticos após a apreciação judicial que as considera inconstitucionais e a resposta das instituições políticas que convergem para a contestação ou mesmo superação da decisão judicial, produzem um resultado dialético capaz de conceder a melhor resposta e entregá-la à sociedade²³².

Esta teoria mitiga a “dificuldade contramajoritária” ao possibilitar respostas legislativas às decisões judiciais e avança em comparação com a teoria da construção

²²⁹ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court ath the bar of politics**, 2. ed. London: Yale University Press, 1986, p. 188.

²³⁰ PERRY, Michael *apud* BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1145.

²³¹ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court ath the bar of politics**, 2. ed. London: Yale University Press, 1986, p. 239.

²³² BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1147.

coordenada, pois oferece um papel relevante ao Poder Judiciário, permitindo que este participe do diálogo de forma destacada²³³.

No entanto, essas teorias falhariam por um pecado que se encontra nas premissas em que se baseiam, como já fora apontado por Waldron, conforme se depreende da leitura do terceiro capítulo: não necessariamente os juízes possuem mais condições para apreciar questões relativas a princípios. Ao contrário, parlamentos e legisladores poderiam se arvorar do cumprimento deste desiderato tão bem ou quiçá em melhores condições do que juízes e cortes²³⁴.

Além disso, há uma profunda contradição na racionalização desta teoria, haja vista ser, no mínimo, incongruente ou contraditório afirmar que o Judiciário possui mais capacidade para avaliar questões relacionadas a princípios e, em paralelo, ofertar a possibilidade de resposta aos poderes políticos²³⁵.

b) Princípios e articulação legislativa de políticas

Em contraste com a teoria dos princípios como freios políticos às cortes que evidencia a maior capacidade dos juízes em abordar questões relacionadas a princípios, a teoria a que se refere este tópico tem como premissa a capacidade única legislativa de manejar discussões que envolvam a formulação de políticas públicas. O diálogo adviria exatamente dessa conformação que consagra os juízes e as cortes como fórum propício ao debate sobre princípios e os legisladores e os parlamentos à discussão sobre políticas²³⁶.

Peter Hogg, Allan Bushell e Kent Roach são os expoentes da teoria dos princípios e articulação legislativa de políticas. A remissão de Bateup a esses autores ocorre tendo em vista a prodigiosidade deles na redação de artigos que abordam a formalização dialógica disposta na Carta de Direitos canadense de 1982.

Especialmente, a partir da Seção 01 deste documento é possível ilustrar a correlação entre o sistema canadense e as bases desta teoria, pois nele está prevista a possibilidade de limitações de direitos fundamentais pelo parlamento, desde que com a finalidade de atingir objetivos ligados às políticas públicas. Caso a corte pense ser inconstitucional a lei limitadora

²³³ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1147-1148.

²³⁴ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1150.

²³⁵ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1150-1151.

²³⁶ Esta construção aproxima-se daquela proposta por Dworkin, como vimos no segundo capítulo.

de direitos, deverá ela apresentar de maneira clara onde se encontram as irrazoabilidades que impedem o exercício de direitos.

Nada obstante essa forte vinculação com o modelo empreendido no Canadá, Bateup acredita ser possível a aplicação da presente teoria também no modelo norte-americano, uma vez que, embora não exista previsão expressa sobre isso, a limitação de direitos fundamentais já é um assunto por demais presente na doutrina do direito constitucional, inclusive, com a finalidade de prevenir o cometimento de arbitrariedades sob a justificativa de que se estaria defendendo o exercício de um direito fundamental²³⁷. Nesse sentido, nenhum direito é absoluto e pode sofrer limitações sob o fio condutor do princípio da proporcionalidade²³⁸.

No Brasil, por exemplo, muitas políticas públicas são baseadas em direitos previstos constitucionalmente (exemplos: saúde, educação, assistência social, etc.), que, em algumas situações, podem colidir com outros direitos. Então, quando da confecção de políticas públicas pelos poderes políticos, é possível que se suscite que a legislação esteja, em alguma medida, restringindo justificadamente algum direito²³⁹. Tal situação pode ser levada ao Judiciário, por meio do controle judicial de constitucionalidade, possibilitando a invalidação da norma e, doravante, alguma reação legislativa, de sorte a propiciar um diálogo sobre a razoabilidade ou não da limitação.

Os problemas encontrados nessa tese são semelhantes àqueles esmiuçados pela pesquisadora por ocasião das críticas feitas à teoria dos princípios e freios políticos às cortes. Ao magistrado, continuaria sendo dada uma competência especial, qual seja: a de interpretar questões de princípios com maior destreza, como se detivesse habilidades superiores.

Enquanto essa visão de diálogos constitucionais é uma melhoria nas teorias de diálogo consideradas até agora, devido tanto à descrição de formas mais substantivas de engajamento entre os ramos do governo quanto à justificação substancial que prevê a participação judicial no diálogo, ela permanece normativamente deficiente como uma teoria do diálogo devido ao seu contínuo papel judicial²⁴⁰.

Além disso, a falta de equivalência entre as partes colocaria em cheque a própria essência do diálogo. Por essa teoria, o que se enxerga é um Judiciário falando de forma

²³⁷ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006, p. 1153-1154.

²³⁸ Sobre o tema, sugere-se a leitura de FARIAS, Edilson. Restrição de direitos fundamentais. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 67-82, jan. 2000. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15416/13989>>. Acesso em: 28 set. 2017.

²³⁹ Exemplo disso são as espécies de informações sigilosas criadas na Lei de Acesso à Informação brasileira. Embora o objetivo geral do diploma tenha sido resguardar o direito constitucional de acesso à informação, ele próprio fez restrições a esse direito em favor de outros valores, igualmente inscritos na Constituição, como a privacidade e a segurança nacional.

²⁴⁰ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006, p. 1158. Tradução livre.

proeminente, e um Legislativo que escuta, para tão somente depois elaborar uma resposta meramente reativa. Esse panorama faz das teorias dos princípios jurídicos – tanto a primeira como a segunda – ainda sobremodo propensas a entronizar o papel judicial no arquétipo dialógico²⁴¹.

4.2.2.3 Teorias do equilíbrio

As teorias do equilíbrio fornecem um caminho alternativo de conceber um papel especial do Judiciário no diálogo constitucional, sem, contudo, privilegiá-lo em detrimento dos outros interlocutores. Desenvolvidas por Barry Friedman²⁴² e por Robert Post e Reva Siegel²⁴³, essas teorias, ao atribuírem um papel relevante ao Poder Judiciário, fomentariam a formatação de uma visão equilibrada entre os poderes sobre o significado da constituição.

As pesquisas empíricas de Friedman demonstram que, embora o Judiciário possua um papel especial e nada obstante a “margem de manobra” (*leeway*) da corte quando decide sobre direitos seja ampla, ela não é ilimitada. Havendo nítida discrepância com o pensamento dos demais poderes e com a opinião pública, podem surgir reações que coloquem a corte de volta à linha²⁴⁴. Assim, mesmo que o Poder Judiciário não se proponha deliberadamente a utilizar qualquer método de decisão que venha a provocar um diálogo, o Poder Legislativo pode reagir independente de qualquer postura da Corte.

Apesar dos constrangimentos a que está submetida a corte, o papel das decisões judiciais na prática dialógica, segundo Friedman²⁴⁵, possui ainda uma função importante. A ela, seria atribuído o condão de provocar ou continuar uma discussão nacional mais ampla sobre o sentido constitucional, agindo como facilitadora de uma discussão em toda sociedade a respeito de valores constitucionais.

Além disso, no processo de diálogo, a corte atua também como mediadora das visões dos diferentes participantes no debate e focaliza os termos em que a futura discussão pode

²⁴¹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1155-1157.

²⁴² Ver FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, fev. 1993, p. 577-683. Disponível em <http://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representativeFiles/friedman%20-dialogue&judicialreview_5A356410-1B21-6206-609FF8AFB8B38595.pdf>. Acesso em 19 nov. 2017.

²⁴³ Ver POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy. **California Law Review**, v. 92, 2004.

²⁴⁴ Essas dinâmicas são facilmente verificáveis no diálogo constitucional brasileiro, a exemplo do que aconteceu no caso da vaquejada e do número de vereadores, como será visto no capítulo seguinte.

²⁴⁵ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, fev. 1993, p. 654. Disponível em <http://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representativeFiles/friedman%20-dialogue&judicialreview_5A356410-1B21-6206-609FF8AFB8B38595.pdf>. Acesso em 19 nov. 2017

prossequir. Segundo Bateup, as teorias do equilíbrio entendem que “as decisões da corte facilitam o debate, seja agindo como um catalisador para a discussão em casos particulares ou estimulando outras instituições dentro da ação deliberativa”²⁴⁶.

Quando a corte toma uma decisão e a sociedade e/ou alguns de seus segmentos discordam dela, reagindo através de seus representantes, à corte oferta-se uma nova oportunidade para que venha a reconsiderar os temas a partir dos quais decidiu, exercendo um papel especial de distinguir questões constitucionais de meras preferências políticas imediatas. Nessa via de mão dupla, cada um dos atores – corte e poderes políticos em conjunto com a sociedade – influenciar-se-iam reciprocamente até alcançarem respostas equilibradas e amplamente defendidas por todos.

Ao contrário das teorias das supremacias que despendem seus esforços para realçar ora a imagem do legislador comprometido com interesses corporativos e desidioso para com os direitos das minorias – no caso da supremacia judicial –, ora para desfazer a imagem do juiz totalmente imparcial e contramajoritário – no caso da supremacia parlamentar –, os diálogos institucionais e a teoria do equilíbrio, em especial, procuram demonstrar que “nem a lei representa necessariamente a vontade majoritária, nem decisões de inconstitucionalidade são necessariamente contramajoritárias”²⁴⁷.

Nesse sentido, Friedman²⁴⁸ compreende que a verificação empírica de diálogos, inclusive no modelo constitucional norte-americano, minimiza os receios em face da “dificuldade contramajoritária”. Post²⁴⁹ discorda desse ponto em específico e acredita que a atuação do Poder Judiciário ainda poderia representar um óbice democrático, de sorte que seria necessária uma postura de autocontenção.

A conclusão de Bateup quanto a esta divergência entre os autores é mais favorável à visão de Friedman. Apesar de considerar relevante a preocupação de Post e Siegel, a autora avalia que, a despeito de a corte, em algum momento, considerar-se como melhor intérprete da constituição, essa atitude não impedirá que, no longo prazo, suas decisões sejam afetadas

²⁴⁶ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006, p. 1160. Tradução livre.

²⁴⁷ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 255.

²⁴⁸ FRIEDMAN, Barry. The Importance of Being Positive: the nature and function of judicial review. *University of Cincinnati Law Review*, v. 72, 2004. p. 1272-1282. Disponível em <https://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representativeFiles/friedman%20-importanceofbeingpos_5864EF30-1B21-6206-60427AA10E09B80F.pdf>. Acesso em 30 out. 2017.

²⁴⁹ POST, Robert. Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law. *Yale Law School Faculty Scholarship*. Paper 179, 2003. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1178&context=fss_papers>. Acesso em 20 out. 2017 p. 37.

pelas influências não judiciais. Ao contrário, ela acredita que a literatura baseada nos experimentos sociais de Friedman demonstra que os casos de importância vital para a nação em debate na corte são susceptíveis a induzir o diálogo nacional sobre o significado constitucional²⁵⁰.

Muito embora não consiga solucionar completamente o problema da “dificuldade contramajoritária”, tão presente em todas as teorias consignadas até aqui, a teoria do equilíbrio promove um adendo positivo especial que as demais não conseguiram: encontrar um papel dialógico substantivo para o Poder Judiciário que justifique seu envolvimento na *judicial review*²⁵¹.

A preocupação principal de Bateup, no entanto, reside na ausência de participação popular nos diálogos, haja vista a comprovada apatia popular²⁵² em ascendência nos Estados Unidos, como demonstram algumas pesquisas mencionadas pela autora²⁵³. Para as teorias do equilíbrio, a opinião pública aparece como ponto central da dinâmica dialógica e sua influência seria decisiva na modificação das decisões tomadas pela corte. Portanto, sob essa perspectiva, seus argumentos se enfraqueceriam exponencialmente.

Como as teorias do equilíbrio tencionam em favor de um diálogo de longo prazo, suas disposições poderiam não se aplicar a modelos para além dos Estados Unidos, já que não há mecanismos institucionalizados que forcem o diálogo entre as instituições. Ao revés, no Canadá, por exemplo, existem ferramentas dispostas na Carta de Direitos que impelem uma reação mais rápida à decisão judicial. Bateup obtempera, contudo, que também não há

²⁵⁰ Bateup alerta que a improbabilidade de diálogo seria maior nos casos de baixa saliência política, já que a opinião pública e os poderes políticos não teriam tanto interesse em discuti-los. BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1164.

²⁵¹ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1163-1164.

²⁵² Esse quadro parece ser ainda mais dramático e notável se transpusermos ao contexto da histórica política brasileira. Um biólogo francês chamado Louis Couty, quando veio ao Brasil para lecionar aulas nos idos de 1881, cunhou a seguinte frase que ilustra bem esse cenário de paralisia política: “o Brasil não tem povo”. Para José Murilo de Carvalho, essa assertiva consolida-se como verdadeira até certo ponto, tendo em vista que o povo brasileiro, ao longo da sua história, manifesta-se apenas em tom reativo contra determinadas ações do governo que por ventura venham a prejudica-lo em situações bastante específicas. Não existe, porém, movimentos essencialmente propositivos. (CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 64).

²⁵³ Uma dessas pesquisas foi realizada por Doni Gewirtzman, que aponta para o pouco interesse popular em reforçar a responsabilidade cívica e na prestação de contas dos políticos (GEWIRTZMAN, Doni. *Glory Days: Popular Constitutionalism, Nostalgia, and the True Nature of Constitutional Culture*. **Georgetown Law Journal**, v. 93, 2005, p. 913. Disponível em < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=785947> . Acesso em 25 out. 2017).

restrições no modelo canadense ou em outros de semelhante natureza a uma conversa cujos interstícios entre uma interlocução e outra sejam mais espaçados no tempo²⁵⁴.

Apesar dos ganhos obtidos por esta teoria, a exemplo da diminuição das preocupações em torno da “dificuldade contramajoritária” e da identificação de um papel especial para o Poder Judiciário, há desafios ainda a serem encarados para equacionar uma teoria ideal a melhor das práticas dialógicas. O principal deles é o de encontrar uma forma que possibilite a ocorrência diálogos nos casos de menor importância política que, por sua vez, seduzem em menor potencial, a participação da sociedade nesta deliberação.

4.2.2.4 Teorias da parceria

Abordando a última das teorias, Bateup apresenta o modelo de parceria dos diálogos, centrado no reconhecimento de que os poderes do governo podem produzir distintas contribuições ao diálogo constitucional, de maneira a não privilegiar um papel do Judiciário. Cada poder aprende com as considerações específicas dos outros poderes em uma ordem constitucional institucionalmente diversificada.

A principal expoente destas teorias é Jane Hiebert. Para ela, tanto as cortes como os parlamentos compartilham a responsabilidade de produzir avaliações sobre os valores constitucionais e de apreciar a razoabilidade de suas próprias ações à luz desses valores. Cada um deles traz uma distinta e valiosa perspectiva para o julgamento constitucional em razão de suas diferentes características e responsabilidades institucionais.

Hiebert refuta o argumento com base no qual se consagra uma maior proeminência das cortes na interpretação da constituição e na resolução de desacordos a respeito do significado dos direitos. No entanto, ela admite que o relativo insulamento dos juízes às pressões políticas e sociais confere a eles maior autonomia para julgar, caso o parlamento esteja a se arvorar de suas prerrogativas com a finalidade de restringir desnecessariamente direitos fundamentais. Além disso, considera que interpretar e definir direitos são atividades que estão na essência do processo decisório judicial, porque esta é uma tarefa que os juízes regularmente exercem²⁵⁵.

Por outro lado, há de se considerar igualmente as características que fazem do Legislativo um importante ator nesse processo, uma vez que, quando da necessidade de limitar direitos para avançar em determinados objetivos de políticas públicas, o legislador

²⁵⁴ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006, p. 1166-1168.

²⁵⁵ HIEBERT, Janet. *Chapter Conflicts: What is Parliament's Role?* Montreal: McGill-Queen's Press, 2002, p. 54.

teria mais habilidade para tal. Para tomar decisões sobre políticas, é necessário que se observe “especializada expertise, informações e dados relevantes, tentativas e erros prévios, experiência comparada e as melhores estimativas”²⁵⁶, e os legisladores possuiriam mais condições para desempenhar este ofício.

A essa aptidão de juízes e legisladores em dialogarem em conjunto sobre o sentido da constituição, devem ser adidos, como ingredientes desta relação, a deferência e a audiência mútuas por parte de ambos, para que esta troca convole-se em um aprendizado que leve em consideração a perspectiva do outro, modificando, inclusive, as próprias visões de cada um. O contexto canadense oferece uma pletora de caminhos que favorecem a teia de diálogos institucionais. Hiebert, contudo, propõe a seguinte sequência padrão: o Legislativo inicia o diálogo, propondo leis e avaliando a constitucionalidade delas; a corte passaria a analisar os casos concretos; e, por fim, o Legislativo teria direito a uma réplica, através da qual responderia à decisão da corte²⁵⁷. Esse esquema aproximar-se-ia daquele disposto na Seção 33 da carta canadense, em que se aprofundará o tópico seguinte, contudo Bateup não enxerga razões que obstaculizem a aplicação dessa proposta em outras nações, inclusive nos Estados Unidos²⁵⁸.

Essas teorias desmistificam qualquer impossibilidade de interpretar a constituição que se abata sobre o Legislativo. Ao contrário, considera seu papel relevante na discussão de questões relacionadas às políticas públicas, embora não dispense o monopólio das questões de princípios aos juízes. O Judiciário terá essencialmente, na visão de Hiebert, um papel bastante especial e valioso, sem que isso o torne prevalente na dinâmica dialógica.

Bateup observa que as teorias da parceria são de natureza claramente prescritiva, circunstância que pode colocar em risco a prática daquilo que prescrevem. Nada obstante, não é difícil que o conteúdo que propugnam esteja facilmente verificável nas realidades constitucionais²⁵⁹.

Entretanto, haveria uma incompletude nessas teorias, tendo em vista que a visão de diálogo estaria adstrita apenas à participação dos poderes do governo, olvidando a presença da sociedade como um todo no processo dialógico. A proposta promissora defendida por Bateup seria, então, jungir as vantagens das teorias das parcerias e das teorias do equilíbrio, além de

²⁵⁶ HIEBERT *apud* BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1171. Tradução livre.

²⁵⁷ HIEBERT, Janet. **Chapter Conflicts: What is Parliament's Role?** Montreal: McGill-Queen's Press, 2002, p. 50-51.

²⁵⁸ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1172.

²⁵⁹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1173.

extirpar os defeitos identificados em ambas, para formatar uma teoria dialógica que destinasse papéis importantes às instituições sem estabelecer qualquer privilégio a nenhuma delas e que incluísse a população na “conversa”.

4.2.3 Fusão dialógica

Ponderando defeitos e virtudes destas duas últimas teorias, Bateup parte para concluir sua sistematização, advogando residir nesta simbiose a mais promissora visão sobre o diálogo constitucional e, conseqüentemente, a explicação normativa mais forte do papel da *judicial review* no constitucionalismo moderno.

Das teorias do equilíbrio, absorver-se-ia a concepção fundada no papel conferido ao Judiciário como facilitador e fomentador do debate constitucional com toda a sociedade, bem como a inclusão do povo, na condição de parte do diálogo. Contudo, elas ainda pecam por não superarem de uma vez a “dificuldade contramajoritária”, haja vista que, nos casos de menor saliência política não se despertaria, na sociedade e até mesmo no parlamento, o desejo de (re) discutir a matéria, restando, na prática, nas mãos da corte, o monopólio da interpretação constitucional²⁶⁰.

Já quanto às teorias da parceria, caberia resguardar a necessidade de Judiciário e Legislativo aprenderem e se escutarem de parte a parte, para que cada um traga ao debate sua perspectiva de acordo com suas capacidades individuais de interpretação constitucional. A ausência da sociedade como participante dos processos dialógicos seria superada pela incorporação das teorias do equilíbrio²⁶¹.

A par da união entre essas teorias que consiste em uma visão dialógica de mão dupla entre corte e legislaturas, Bateup considera que existem dois aspectos distintos sobre os quais deve se observar o papel do controle judicial de constitucionalidade na sociedade moderna. Em primeiro lugar, a *judicial review* auxilia na produção de respostas mais duráveis e amplamente aceitas sobre aspectos constitucionais que engajam a sociedade como um todo. Por outro lado, ela também ajuda na melhoria da resolução institucional de casos constitucionais concretos²⁶².

²⁶⁰ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1174-1175.

²⁶¹ BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1175-1176.

²⁶² BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006, p. 1176-1178.

Em suma, a autora compreende que, em um contexto de desacordo razoável sobre o significado dos direitos constitucionais, a combinação desses entendimentos oferece a melhor oportunidade de produzir respostas para as questões constitucionais que não satisfazem apenas o conjunto de resoluções individuais de conflitos, mas também a cidadania como um todo.

Em sua conclusão, Bateup reitera a necessidade de fundir as teorias do equilíbrio e as teorias da parceria pelos seus predicados já expostos, porém, como essa combinação fornece uma visão normativa mais forte do papel da *judicial review* no constitucionalismo moderno, ela provoca um desafio prospectivo, qual seja o de propor o (re) desenho de sistemas constitucionais aprimorados que podem verdadeiramente incorporar um diálogo promissor baseado nessa fusão teórica.

4.3 Experiências dialógicas formais

É inegável o triunfo do controle judicial de constitucionalidade quando se faz uma radiografia entre os modelos constitucionais mundo afora. Seja sob a influência do sistema difuso norte-americano ou do concentrado austríaco, a verdade é que a possibilidade do Poder Judiciário ou de um Tribunal Constitucional revisar a legislação sob a justificativa de garantir a supremacia da constituição tornou-se uma tônica bastante alastrada nas principais democracias do mundo.

Embora não se possa confundir conceitualmente a *judicial review* com a supremacia judicial, o desenvolvimento acentuado daquela, culminando com o que se convencionou denominar de “modelo forte” de controle judicial de constitucionalidade (*strong form of judicial review*), especialmente nos Estados Unidos, redundou certamente no fortalecimento da segunda. A falta de confiança da sociedade na política somada à necessidade de se defender direitos das minorias foram ingredientes propícios à conformação desse cenário.

A carência de legitimidade democrática desse modelo, traduzida na expressão emblemática de Bickel (a “dificuldade contramajoritária”), proporciona, no entanto, um arsenal de críticas da doutrina constitucional moderna. Não poderiam pessoas, privadas da chancela da soberania popular, decidir sobre o alcance e o significado dos termos do documento maior que expressa a vontade do povo - apontariam os críticos.

Como forma de temperar a consolidação do modelo centrado na *judicial review* com as suspeições democráticas feitas em face dele, muitos países, notadamente aqueles carregados por uma histórica cultura baseada em uma reverência ao parlamento, passam a

incorporar ferramentas em seus ordenamentos jurídicos que procuram encontrar uma saída intermediária, gestada por um modelo fraco de controle judicial de constitucionalidade (*weak-form of judicial review*)²⁶³, a partir do qual é possível conferir um papel relevante ao Poder Judiciário na revisão constitucional das leis, dispondo, porém, aos poderes políticos mecanismos de contestação²⁶⁴.

O advento de sistemas constitucionais com essas características, a exemplo do Canadá, Israel, Reino Unido e Nova Zelândia, representa a tentativa de conciliar o “melhor dos dois mundos”²⁶⁵, como já sobejamente discutido quando do percurso feito para esquadrihar as teorias dialógicas. Os diálogos entre as instituições nesses países não se dariam, pois, em virtude da “cultura política que o anima”, mas essencialmente pelo “desenho institucional que o disciplina formalmente”²⁶⁶.

4.3.1 O modelo canadense: seções 01 e 33 e suas consequências jurisprudenciais e teóricas

A Carta de Direitos de 1982 surgiu da necessidade de transpor as disposições sobre direitos e liberdades fundamentais da legislação ordinária canadense a um nível hierárquico constitucional, para que a sua aplicação não ficasse ao alvedrio dos governos provinciais, que comumente a negligenciava²⁶⁷. O documento prevê um arrolamento de direitos e liberdades em benefício de todos os cidadãos e alguns destinados à proteção de minorias, notadamente aqueles relativos aos aborígenes a partir da seção 25.

Para tanto, a jurisdição constitucional passa a desempenhar uma finalidade tripla: i) romper com o positivismo de raiz austiniana, ii) assegurar a aplicação de direitos fundamentais e iii) resguardar o espaço próprio de decisão do parlamento²⁶⁸.

Convém à presente pesquisa focar o último dos três significados, observando como a carta canadense alcança-o. Peter Hogg e Allison Bushell, em artigo bastante representativo

²⁶³ TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights** – judicial review and social welfare rights on comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 23.

²⁶⁴ Importante ressaltar que não se pode confundir os dois institutos – modelo fraco de controle de constitucionalidade e diálogos institucionais –, uma vez que, no primeiro, nada garante que o parlamento não possa ter a última palavra, enquanto que, no segundo, não haverá última palavra. No máximo, apenas uma última palavra provisória a cada rodada procedimental.

²⁶⁵ Expressão utilizada por WALDRON, Jeremy. On Judicial Review. **Dissent Magazine**, n. 3, v. 51, 2005, p. 81-86.

²⁶⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 173.

²⁶⁷ LOPES, Ana Maria D’Ávila. A carta canadense de direitos e liberdades. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, Edição Especial, abr. 2007, p. 8. Disponível em <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/833>>. Acesso em 04 Out. 2017.

²⁶⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 61.

sobre o tema, encontram ao menos três partes do documento, por meio das quais é possível identificar características que facilitam o diálogo entre Judiciário e Legislativo. Elas repousariam na seção 33, que consigna a chamada cláusula “não obstante” (notwithstanding clause); na seção 01, que prevê a permissão para impor limites razoáveis a direitos dispostos na carta; nas seções 7, 8, 9 e 12, que permitem satisfazer padrões de equidade e razoabilidade; e na seção 15 (1), que pode ser satisfeita por uma variedade de medidas corretivas. Segundo eles, “cada uma dessas características oferecem usualmente a competência ao corpo legislativo para desenvolver os seus objetivos, enquanto que, ao mesmo tempo, respeita as exigências da Carta conforme articuladas pelas cortes”²⁶⁹.

No entanto, merecem mais destaque as duas primeiras por representarem formas mais diretas de comunicação entre os poderes. A seção 33²⁷⁰ permite que, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada lei pela corte, o parlamento ou alguma casa legislativa provinciana podem superar a decisão judicial, reeditando o ato que vise a limitar algum direito contido na seção 2 (liberdades de consciência, expressão, associação e reunião) e nas seções de 7 a 15 (direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa, liberdade de não vir a ser irrazoavelmente investigado, confiscado, preso ou detido, além do direito à igualdade dentre outros).

A subseção 03 estipula um prazo de validade da cláusula “não obstante” de 05 (cinco) anos, podendo ser prorrogado de forma ilimitada após novas votações. O período de validade coincide exatamente com o tempo de mandato dos parlamentares, de modo que a votação que decidir pela prorrogação da aplicabilidade da cláusula ocorrerá na oportunidade em que a composição do parlamento já houver sido alterada em razão das eleições. Essa medida possibilita ao povo incluir, como um de seus critérios a nortear a escolha dos novos representantes, a manutenção ou a derrubada daquela determinada cláusula, legando a ele, o povo, ainda que indiretamente, a interpretação sobre o alcance dos direitos constitucionais.

²⁶⁹ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). *Osgoode Hall Law Journal*. Vol. 35, n. 1, 1997, p. 82. Tradução livre.

²⁷⁰ Abaixo, segue o texto completo da seção 33, traduzido em http://brazilians.ca/faq_direitos.htm:

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 do parágrafo (4).

Apesar de, nitidamente a seção 33 corresponder ao principal elemento fomentador de diálogos da Carta de Direitos do Canadá, sua aplicação na prática é bastante remota. Há registro de apenas um caso (*Ford v. Quebec*), ocorrido em 1988, em que se observou a utilização da *notwithstanding clause* por um parlamento. Uma lei da província de Quebec, que vedara a divulgação de comerciais em outro idioma que não o francês, foi declarada inconstitucional pela Suprema Corte, em decisão que procurou proteger o direito à liberdade de expressão. Inconformado, o parlamento de Quebec derrubou a decisão da corte, ao decretar novamente a constitucionalidade da lei, fazendo uso, portanto, do mecanismo previsto na seção 33²⁷¹.

A seção 1²⁷², por sua vez, oportuniza ao legislador a imposição de limites razoáveis aos direitos fundamentais. Porém, a corte pode avaliar se os limites estabelecidos obedecem aos padrões de razoabilidade, conforme descritos no caso *R. v. Oakes*²⁷³ que, conforme salienta José Guilherme Berman Correa Pinto²⁷⁴, correspondem quase que à equivalência dos elementos que preenchem o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). A partir daí, o parlamento pode seguir as orientações da corte ou se posicionar novamente em sentido contrário.

Hogg e Bushell descrevem uma série de casos em que as instituições se utilizaram da seção 1 para dialogarem sobre o limiar de determinados direitos fundamentais. No próprio caso *Ford*, embora tenha se utilizado tecnicamente da cláusula “não obstante”, a situação

²⁷¹ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). *Osgoode Hall Law Journal*. Vol. 35, n. 1, , 1997, p. 83-84.

²⁷² 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.** (destaque nosso). Tradução em http://brazilians.ca/faq_direitos.htm.

²⁷³ Tradução de José Guilherme Berman Correa Pinto: “Dois critérios centrais devem ser satisfeitos a fim de demonstrar que determinado limite é razoável e demonstravelmente justificado no âmbito de uma sociedade livre e democrática. Primeiro, o objetivo buscado pela medida restritiva de um direito previsto na Carta deve ser suficientemente importante, a ponto de autorizar a superação da liberdade constitucionalmente protegida. O padrão deve ser rigoroso, para assegurar que objetivos triviais ou discordantes dos princípios de uma sociedade livre e democrática não recebam proteção. No mínimo, o objetivo deve se relacionar com preocupações sociais que sejam urgentes e relevantes em uma sociedade livre e democrática para que possa ser caracterizado como suficientemente importante. Segundo, a parte que invoca o artigo 1o deve demonstrar que os meios são razoáveis e demonstravelmente justificados. Isso envolve uma espécie de teste de proporcionalidade que abrange três importantes componentes. Para começar, as medidas devem ser justas e não arbitrarias, cuidadosamente destinadas a atingir o objetivo em questão e racionalmente conectadas a esse objetivo. Além disso, o meio deve restringir o direito em questão o mínimo possível. Finalmente, deve haver proporcionalidade entre os efeitos da medida restritiva e o objetivo – quanto mais deletérios os efeitos da medida, mais importante deve ser objetivo” (PINTO, José Guilherme Berman Correa. **Direito constitucional comparado e controle fraco de constitucionalidade**. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 134.

²⁷⁴ PINTO, José Guilherme Berman Correa. **Direito constitucional comparado e controle fraco de constitucionalidade**. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 134.

previa clara limitação da liberdade de expressão em favor do monopólio da língua francesa. Em *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, a Suprema Corte derrubou uma lei que tendia a restringir a liberdade profissional para dentistas. No caso *RJR-MacDonald Inc. v. Canada*, novamente a seção 1 foi invocada para discutir questões relacionadas à proibição de propagandas de empresas tabagistas²⁷⁵. Como se percebe, os autores comprovam que a utilização da seção 1 é quantitativamente muito maior do que da seção 33.

Apesar da reduzida utilidade prática da seção 33 desde 1982, os autores canadenses chegam à conclusão de que o diálogo entre as cortes e os parlamentos tem sido bastante intenso. Dos casos por eles pesquisados na época, em 80% (oitenta por cento) das decisões, houve respostas legislativas, que, por sua vez, aconteceram em menos de 02 (dois) anos, contados a partir da data em que foi proferida a decisão²⁷⁶. Os artifícios de fomento ao diálogo das seções 1 e 33 funcionam, no mínimo, como instrumentos de encorajamento de sequências legislativas.

Como o Canadá tradicionalmente ancorou-se na supremacia do parlamento, muitas críticas foram lançadas às inovações da Carta de 1982, especialmente no que tange à possibilidade de revisão judicial das leis, prevista na seção 24²⁷⁷. Embora a *judicial review* já fosse um instrumento previsto desde a década de 1870, não era possível haver um juízo de constitucionalidade em relação ao aspecto material das normas²⁷⁸.

Entretanto, Hogg e Bushell discordam dessas críticas que questionam a legitimidade democrática das decisões da Corte, porque, segundo eles, o Poder Legislativo quase sempre apresenta respostas a essas decisões, influenciado pelo espírito dialógico inserto nas seções 1 e 33 da Carta de Direitos de 1982, de sorte que a *judicial review* não representa um veto a derrubar políticas da nação, mas tão somente o início de um diálogo sobre como conciliar valores individuais dispostos na carta com a realização de políticas sociais e econômicas em benefício da comunidade como um todo²⁷⁹.

²⁷⁵ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**. Vol. 35, n. 1, , 1997, p. 85-87.

²⁷⁶ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**. Vol. 35, n. 1, , 1997, p. 97-99.

²⁷⁷ 24. Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

²⁷⁸ BAKAN, Joel et. al. **Canadian Constitutional Law**, 3 ed. Toronto: Emond Montgomery, 2003, p. 29-30.

²⁷⁹ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**. Vol. 35, n. 1, , 1997, p. 105.

Muitas foram as críticas empreendidas em face da pesquisa produzida pelos professores canadenses, especialmente no que toca ao termo “diálogo”, seja pela alegação de que sua utilização seria uma justificativa para suavizar a previsão do controle judicial de constitucionalidade na nova carta²⁸⁰, ou mesmo para contestar propriamente o conceito escolhido por Hogg e Bushell. Para Christopher Manfredi e Kelly James, a mera aceitação da decisão da corte pelo parlamento em forma de uma lei não configuraria diálogo verdadeiro, tendo em vista que geraria impactos na política pública inicialmente pensada²⁸¹.

Por outro lado, outros críticos acreditam que a manutenção da supremacia do parlamento em favor da legitimidade democrática das decisões deveria ter sido resguardada e divergem da visão otimista de Hogg e Bushell. Para Andrew Petter, a carta canadense já põe em disparidade as competências de cada instituição: enquanto à corte restaria a simpática missão de proteger direitos fundamentais, ao legislador sobraria o encargo de limitá-los²⁸². Já Waldron desmistifica a cláusula “não obstante” como mitigadora da ilegitimidade democrática da *judicial review*, uma vez que esse mecanismo não redundaria no exercício da última palavra nas mãos soberana do parlamento, mas tão somente em uma sobrevida à lei. Segundo ele, isso se torna ainda mais claro quando se observa ser bastante rara a aplicação da cláusula na prática. Por isso, o jurista neozelandês classifica como forte o modelo de controle judicial de constitucionalidade canadense (*strong-form of judicial review*)²⁸³.

Em 2007, Hogg e Bushell, em coautoria com Wade Wright, produziram novo artigo, a partir do qual puderam responder a essas críticas e comentar de forma mais ampla sobre o tema. Por meio de novas pesquisas empíricas, reiteraram a continuidade da ocorrência de sequências legislativas, circunstância que mostra o encorajamento das instituições a adotarem essa prática a partir das noções de diálogo disposta no ordenamento jurídico, contudo identificaram um elemento adicional: em alguns casos, a corte desenvolvia uma tréplica, por eles denominada de *second look*²⁸⁴²⁸⁵. Nestas situações, os juízes da Suprema Corte do

²⁸⁰ MATHEN, Carissima. Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on "Charter Dialogue Revisited". **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 45, n. 1, 2007, p. 130-131.

²⁸¹ MANFREDI, Christopher; JAMES, Kelly. Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell. **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 37, n. 3, 1999, p. 522.

²⁸² PETTER, Andrew. Twenty Years of Charter Justification: From Liberal Legalism to Dubious Dialogue. **U. N. B. L. J.**, Vol. 52, 2003, p. 196-198.

²⁸³ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, 2006, p. 1356-1357.

²⁸⁴ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A.; WRIGHT, Wade K. Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors". **Osgoode Hall Law Journal**. Vol. 45, n. 1, 2007, p. 19-25.

²⁸⁵ Importante ressaltar que o termo *second look* utilizado nesse artigo não se confunde com a doutrina do segundo olhar, que mencionam as teorias dialógicas centradas no processo (ver tópico 4.2.1.2). Embora tenham um sentido bastante parecido – de resposta a alguma determinada ação –, enquanto esta última se refere ao

Canadá divergiram, caso a caso, na posição adotada: enquanto alguns foram deferentes ao Poder Legislativo, outros decidiram novamente pela invalidação a lei, sob a premissa de que a noção de diálogos não pode funcionar como justificativa à manutenção de atos inválidos.

Por fim, apresentam novos dados desde 1997 a 2007, que comprovam a manutenção da prática dialógica. Apesar da diminuição de casos em que o diálogo se desvela – aproximadamente em 61% (sessenta e um por cento) do total de casos em que a constitucionalidade da lei foi questionada – e da persistência na baixa utilização das seções 1 e 33, a relação entre Suprema Corte e parlamentos ainda é majoritariamente caracterizada pelo diálogo²⁸⁶.

Muito embora a Carta de Direitos canadense tenha funcionado para mitigar a tradição de supremacia do parlamento através da inauguração de um modelo de *judicial review* (ainda que fraco), as possibilidades ofertadas ao Poder Legislativo, nas seções 1 e 33 de superação das decisões arbitradas no seio do Judiciário, cria inegavelmente um ambiente propício a uma discussão menos monopolista sobre a interpretação constitucional e mais dialógica e deliberativa.

4.3.2 Israel e a sua peculiar cláusula não obstante

O constitucionalismo israelense historicamente também se norteou pela noção de supremacia parlamentar, até mesmo em razão de seu sistema de governo parlamentarista. Ao presidente, cabe a chefia do Estado, enquanto que o primeiro ministro incumbe-se do exercício da chefia de governo. O *Knesset* é o parlamento israelense, composto por 120 (cento e vinte) membros eleitos diretamente pelo povo²⁸⁷.

Embora até hoje não exista uma constituição escrita, a partir do final dos anos 1950, o *Knesset* passou a aprovar uma série de diplomas, cuja materialidade visava a regulamentar aspectos organizacionais do Estado, sem ainda tratar sobre direitos fundamentais. Em 1992, no entanto, foram aprovadas duas *basic laws* que passaram a versar sobre alguns direitos. O parlamento aprovou a *Basic Law: Human Dignity and Liberty* e a *Basic Law: Freedom of Occupation*, com a finalidade de tratar sobre os direitos à vida, à integridade pessoal, à

momento de “réplica” do legislador, aquela direciona-se ao segundo olhar da corte especificamente, depois da reação legislativa, ou seja, uma “tréplica”.

²⁸⁶ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A.; WRIGHT, Wade K. Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors." *Osgoode Hall Law Journal*. Vol. 45, n. 1, 2007, p. 51-52.

²⁸⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 71

propriedade, às liberdades pessoal, de sair e entrar livremente do país, à privacidade e à liberdade de ocupação²⁸⁸.

Desde a edição das primeiras *basic laws*, a interpretação que se dava sobre sua natureza jurídica era sempre a de que elas eram normas hierarquicamente equivalentes às leis ordinárias. No entanto, a Suprema Corte israelense, em 1995, altera esse entendimento, para conceder nível hierárquico superior às *basic laws*, no caso *United Bank Mizrahi v. Migdal Cooperative Village*²⁸⁹.

No entanto, um ano antes, o Tribunal invalida um ato do governo que proibiu a importação de qualquer tipo de carne diferente da *kosher*²⁹⁰. Na visão da corte, essa ordem violava o direito de liberdade de ocupação.

A decisão provocou uma tremenda insatisfação dos partidos que defendiam posições religiosas mais conservadoras, apoiados também por membros do partido trabalhista. Com o objetivo precipuamente circunstancial de barrar aquela recente decisão, o *Knesset* aprovou uma alteração na *Basic Law: Freedom of Occupation*, prevendo a inclusão de uma cláusula “não obstante” nos artigos 4 e 8²⁹¹, para oferecer ao parlamento a possibilidade de editar uma lei que, embora contrária à liberdade de ocupação, pudesse ser considerada válida, desde que aprovada pela maioria de seus membros. O prazo de validade da lei que eventualmente possua essa cláusula será sempre de quatro anos.

Em linhas gerais, essa disposição é similar ao *override* canadense da seção 33, pois faculta ao parlamento a confecção de uma lei que viola norma garantidora de direitos humanos, conforme for nesse sentido o entendimento da corte constitucional. Apesar disso, é possível considerar algumas diferenças entre os dois casos. Em primeiro lugar, enquanto o rol de direitos sobre o qual pode dispor a cláusula canadense é bem mais amplo (direitos contidos na seção 2 e nas seções de 7 a 15), em Israel, essa medida somente é possível quando se tratar

²⁸⁸ Importa ressaltar as sentidas ausências de alguns direitos de primeira geração a exemplo da liberdade de expressão e da igualdade formal e de direitos sociais. LIÑARES, Sebastián. **La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 218.

²⁸⁹ LIÑARES, Sebastián. **La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 218.

²⁹⁰ DOR, Gal. *Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective*. **Indiana International & Comparative Law Review**, Vol. 11, Issue 1, pp. 1-36, 2000, p. 28.

²⁹¹ *Basic Law: Freedom of Occupation (1994)*

4. Não haverá violação da liberdade de ocupação, exceto por uma lei que corresponda aos valores do Estado de Israel, promulgada para um propósito adequado e, em certa medida, não maior do que é exigido, ou por regulamento promulgado em virtude da autorização expressa em tal lei.

8. Uma disposição de uma lei que viole a liberdade de ocupação será efetiva, ainda que não esteja em conformidade com a seção 4, se ela tiver sido incluída em uma lei aprovada por maioria dos membros do Knesset, que expressamente declara que ela terá efeito, não obstante as disposições da presente Lei Básica; Essa lei expira em quatro anos desde o início, a menos que tenha sido estabelecido um prazo mais curto.

Disponível em <https://www.knesset.gov.il/laws/special/eng/basic4_eng.htm>. Acesso em 07 Out. 2017. Tradução livre.

de uma possível violação à liberdade de ocupação. A segunda diferença reside na qualificação do quórum: enquanto no Canadá, basta que a aprovação se dê por maioria simples, ou seja, somente a maior parte dos presentes, a *override* israelense precisa ser a aprovada mediante o voto da maioria absoluta dos membros²⁹². Por fim, a terceira distinção está no prazo de validade da cláusula: no Canadá, 5 anos; em Israel, apenas 4.

Há, entretanto, uma semelhança interessante no que pertine à utilização prática do mecanismo na realidade constitucional de cada país. Assim como no Canadá com o caso *Ford*, a cláusula “não obstante” israelense foi utilizada apenas no caso da carne *kosher*. Como bem elucida Nicholas Stephanopoulos, “ironicamente, o dia em que o *Knesset* incorporou a cláusula ‘não obstante’ à Lei Fundamental de Liberdade de Ocupação, foi também a única oportunidade em que a cláusula ‘não obstante’ foi utilizada”²⁹³. E, apesar de várias atuações da Suprema Corte consideradas ativistas no controle de constitucionalidade israelense²⁹⁴, é possível, em razão da existência do *override*, classificar o modelo de *judicial review* israelense como fraco (*weak-form of judicial review*).

4.3.3 O Reino Unido a partir da Carta de 1998

Assim como o Canadá e Israel, o Reino Unido possui uma tradição largamente pautada na supremacia parlamentar e sob a égide de uma constituição não escrita, circunstâncias que desconvidariam à utilização de qualquer método de *judicial review*. Em 1998, entretanto, o parlamento britânico aprova o *British Human Rights Act* (HRA), cuja intenção é incorporar os princípios da Convenção Europeia de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico doméstico. Em 2005, como forma de completar esse “processo de reconfiguração de modelo”, a partir da aprovação do *Constitution Reform Act*, cria-se a Suprema Corte que só viria, porém, a se instalar quatro anos mais tarde²⁹⁵.

No que tange ao potencial dialógico, o HRA previu dois instrumentos de participação da corte na discussão entre ela e o parlamento sobre a constitucionalidade das leis. A seção

²⁹² LIÑARES, Sebastián. **La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 219. Enquanto o quórum de votação da cláusula “não obstante” no Canadá é mais flexível do que em Israel, quando o parlamento intentar propor uma emenda à Carta de Direitos canadense, o processo é bem mais rígido do que uma proposta de emenda à *basic law* israelense (VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 76).

²⁹³ STEPHANOPOULOS, Nicholas. The Case for the Legislative Override. **University of Chicago Law School Chicago Unbound – Journal Articles**, 2005, p. 260. Tradução livre

²⁹⁴ Cite-se como exemplos os casos *United Bank Mizrachi v. Migdal Cooperative Village Bergman v. Minister of Finance* e *Agudat Derekh Eretz v. Broadcasting Authority*

²⁹⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 81-82.

3²⁹⁶ cria o mandato interpretativo que impende aos juízes a realização de uma leitura das normas infraconstitucionais, na medida do possível, de forma compatível com os direitos previstos na convenção europeia. Esse mecanismo assemelha-se à técnica da “interpretação conforme a constituição”, já bastante utilizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Quando essa possibilidade se torna impossível e, portanto, não se encontra nenhum espaço para interpretar a lei consonante com o HRA, o juiz pode, de acordo com aquilo que permite a seção 4²⁹⁷, declarar a incompatibilidade da lei, instituto que não se confunde com a declaração de inconstitucionalidade, típica dos modelos fortes de controle judicial de constitucionalidade. Naquela, o juiz apenas atesta a impossibilidade de se estabelecer uma interpretação compatível com o HRA, enquanto que, na segunda, a lei é considerada e inválida e, portanto, torna-se não aplicável.

Nessa esteira, elucida Vanice Regina Lírio do Valle et. al.:

²⁹⁶ 3 Interpretação da legislação.

(1) Na medida em que é possível, a legislação primária e a legislação subordinada devem ser lidas e aplicadas de forma compatível com os direitos da Convenção.

(2) Esta seção -

(a) aplica-se à legislação primária e à legislação subordinada sempre que for promulgada;

(b) não afeta a validade, a continuação da operação ou a execução de qualquer legislação primária incompatível;

(c) não afeta a validade, a continuação da operação ou o cumprimento de qualquer legislação subordinada incompatível, se (desconsiderando qualquer possibilidade de revogação) a legislação primária impede a remoção da incompatibilidade.

Tradução livre.

²⁹⁷ 4 Declaração de incompatibilidade.

(1) A subseção (2) aplica-se a qualquer processo em que um tribunal determine se uma disposição de legislação primária é compatível com um direito da Convenção.

(2) Se o tribunal considerar que a disposição é incompatível com um direito da Convenção, pode fazer uma declaração dessa incompatibilidade.

(3) A subseção (4) aplica-se a qualquer processo em que um tribunal determine se uma disposição de legislação subordinada, feita no exercício de uma força conferida pela legislação primária, é compatível com um direito da Convenção.

(4) Se o tribunal estiver satisfeito -

(a) que a provisão é incompatível com um direito da Convenção, e

(b) que (desconsiderando qualquer possibilidade de revogação) a legislação primária em causa impede a remoção da incompatibilidade,

pode fazer uma declaração dessa incompatibilidade.

(5) Nesta seção, "tribunal" significa

(a) o Supremo Tribunal;]

(b) o Comitê Judicial do Conselho Privado;

(c) Tribunal de Justiça da Marcial;

(d) na Escócia, o Supremo Tribunal de Justiça não seja um tribunal de primeira instância ou o Tribunal de sessão;

(e) na Inglaterra e no País de Gales ou na Irlanda do Norte, no Tribunal Superior ou no Tribunal de Recurso.

(f) o Tribunal de Proteção, em qualquer assunto tratado pelo Presidente da Divisão da Família, o Chanceler do Tribunal Superior] ou um juiz do prazo superior do Tribunal Superior.]

(6) Uma declaração sob esta seção ("uma declaração de incompatibilidade") -

(a) não afeta a validade, a continuação da operação ou a execução da disposição em relação à qual é dada; e

(b) não vincula as partes no processo em que é feita.

Tradução livre.

A declaração de incompatibilidade é um ato discricionário e exclusivo das cortes especificadas [na subseção 5], e não possui efeitos obrigatórios em relação ao Legislativo. Afinal, seu próprio fundamento normativo – o HRA – em verdade, põe-se, do ponto de vista, de hierarquia das fontes, no mesmo plano que a própria lei objeto de censura. Seus efeitos, na prática, dão-se muito mais no plano político que no plano da validade das leis: o Parlamento vê-se em situação desconfortável a partir da afirmação de que a norma por ele aprovada se revela incompatível com o HRA. Embora a declaração de incompatibilidade pressione o governo – social, política e juridicamente a alterar a legislação –, não existe uma obrigação nesse sentido, pelo menos do ponto de vista do direito interno²⁹⁸.

Daí Stephen Gardbaum²⁹⁹ afirmar que esse instrumento habilita a produção de um diálogo deliberativo entre cortes e parlamentos – ou até mesmo incluindo a Coroa britânica de acordo com a seção 5. A declaração de incompatibilidade, apesar de não vinculá-los, constrangeria os poderes políticos e os levaria a revisitar os termos da norma declarada incompatível. Liñares³⁰⁰ detalha, adindo que o modelo constitucional do Reino Unido permite um diálogo compreendido em três fases: a opinião (sanção da lei), a resposta judicial (declaração de incompatibilidade) e a réplica do parlamento (reexame parlamentar da lei). A segunda fase, apesar de não possuir efeito cogente e vinculante, coloca o Poder Legislativo em uma situação de constrangimento frente à população, de modo a ensejar alguma reação que pode ser bastante influenciada pela reação popular. O parlamento será compelido moralmente a analisar os custos políticos de uma possível resposta de altivez que contrarie a declaração de incompatibilidade exarada pela corte.

Em tom elogioso, Waldron afirma que um ministro da corte deve usar a referida declaração como uma autorização para iniciar um procedimento legislativo visando à correção da incompatibilidade. A ausência de efeitos vinculantes do instituto estaria em consonância com os princípios básicos de uma democracia e resolveria a “dificuldade contramajoritária”³⁰¹.

Por outro lado, o modelo britânico não está isento de críticas. A impotência da declaração de incompatibilidade para encetar um processo de revisão legislativa da lei pode torná-la ineficiente na prática, uma vez que, não havendo nada que obrigue o legislador a

²⁹⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 85.

²⁹⁹ GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. 49 *American Journal of Comparative Law* 707 (2001). Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=302401>>. Acesso em 07 Out. 2017.

³⁰⁰ LIÑARES, Sebastián. **La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 215.

³⁰¹ WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, 406, 2006, p. 1355-1356.

apreciar a decisão judicial, ao contrário do que ocorre com o *override* canadense, um retumbante e indiferente silêncio pode frustrar qualquer possibilidade de diálogo³⁰².

Apesar disso, o modelo dialógico britânico foi capaz de influenciar a criação de um mecanismo muito semelhante no ordenamento jurídico neozelandês. Ocorre que lá, foi necessária a intervenção jurisprudencial para completar o arranjo.

4.3.4 A Declaração de Direitos neozelandesa com a inclusão do mandado interpretativo

Em experiência sobremodo parecida com a do Reino Unido, tanto pelo substrato histórico como pela própria forma com que foi concertada, a Declaração de Direitos da Nova Zelândia instituiu, em sua seção 6³⁰³, o mandato interpretativo para que as cortes predilecionem uma interpretação da legislação de forma compatível com a carta, já que a seção 4³⁰⁴ proibiu qualquer ato das cortes que significasse a revogação ou outra forma de invalidar e tornar inefetivo algum dispositivo legal.

Apesar disso, uma construção jurisprudencial encetada a partir do caso *Moonen v. Film and Literature Board of Review* passou a entender que o mandato de interpretação conforme da seção 6 implicava necessariamente na possibilidade dos juízes indicarem a existência de inconsistências entre as disposições legais e o conteúdo da Declaração de Direitos. Esse movimento assemelha-se nitidamente ao instituto da declaração de incompatibilidade britânica, com uma única diferença: no Reino Unido, sua previsão partiu da própria carta de direitos e não de uma aplicação jurisprudencial com base no mandato interpretativo, enquanto que, na Nova Zelândia, foi obra da jurisprudência³⁰⁵.

³⁰² DIAS JÚNIOR, Etécles Brito Mendonça. **Soberania Parlamentar, Judicial Review e Diálogos Institucionais**: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012, p. 92.

³⁰³ Interpretação conforme a Declaração de Direitos a ser preferida
Onde quer que uma promulgação possa ter um significado que seja consistente com os direitos e liberdades contidos nesta Declaração de Direitos, esse significado deve ser preferido para qualquer outro significado.
Tradução livre.

³⁰⁴ Outras disposições não afetadas
Nenhum tribunal deve, em relação a qualquer decreto (passado ou feito antes ou depois do início da presente Declaração de Direitos), -
(a) manter qualquer disposição da promulgação a ser implicitamente revogada ou revogada, ou seja de forma alguma inválida ou ineficaz; ou
(b) recusar-se a aplicar qualquer disposição da promulgação-
pelo fato de que a provisão é inconsistente com qualquer disposição desta Declaração de Direitos.

Tradução livre.
³⁰⁵ LINARES, Sebastián. **La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 216.

Além disso, a Declaração de Direitos neozelandesa traz outros dois elementos que potencializam o diálogo interinstitucional³⁰⁶. A seção 5³⁰⁷ imita a previsão canadense acerca da limitação de direitos fundamentais com base em critérios de razoabilidade. Já a seção 7³⁰⁸ corresponde a uma inovação, uma vez que concede ao *General Attorney* – espécie de Procurador Geral da República no Brasil – a responsabilidade de atentar os poderes para uma eventual contradição entre um dispositivo legal e a Declaração de Direitos, de sorte a provocar uma possível correção pela via política. Segundo Petra Butler³⁰⁹, “em 15 anos, 36 informes com base na seção 7 foram feitos ao parlamento a respeito de projetos de leis ditos inconsistentes com a Declaração de Direitos da Nova Zelândia”.

Em alguma medida, essas ferramentas dialógicas cumpriram uma função híbrida prevista quando dos movimentos a partir dos quais se eclodiu a confecção da Declaração de Direitos de 1990, qual seja: assegurar a disposição sobre direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico doméstico, contudo sem monopolizar a interpretação constitucional em favor das cortes.

A existência de sistemas constitucionais que adotam regras estimulantes ao diálogo entre as instituições sobre a interpretação constitucional representa uma tentativa de conciliar a inegável consolidação da *judicial review* com a legitimidade popular que possuem os parlamentos e a falta dela – ou, no mínimo, a existência remota – no Judiciário.

Apesar do efetivo reconhecimento de modelos dialógicos formais e de teorias que se confundem em razão do potencial dialógico que resguardam, é preciso procurar cingir um conceito de diálogo institucional minimamente verdadeiro e factível, que sirva para embasar as pretensões finais desta pesquisa. A partir dele, investigar-se-á como é possível a ocorrência de diálogos em países, a exemplo do Brasil, que não possuem, a princípio, ferramentas formais para tal.

³⁰⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 78-79.

³⁰⁷ Limitações justificadas

Sujeitos à seção 4, os direitos e liberdades contidos nesta Declaração de Direitos podem estar sujeitos apenas aos limites razoáveis previstos na lei, que podem ser demonstrativamente justificados em uma sociedade livre e democrática.

Tradução livre.

³⁰⁸ O Procurador-Geral para apresentar um relatório ao Parlamento onde projeto parece ser incompatível com a Declaração de Direitos

Quando algum projeto de lei for inscrito na Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral deve,

(a) no caso de um projeto de lei do governo, sobre a introdução desse projeto de lei; ou

(b) em qualquer outro caso, o mais breve possível após a introdução do projeto de lei, -

trazer à atenção da Câmara dos Deputados qualquer disposição do projeto de lei que pareça ser incompatível com qualquer dos direitos e liberdades contidos nesta Declaração de Direitos.

³⁰⁹ BUTLER, Petra. 15 Years of the New Zealand Bill of Rights. **Human Rights Research Journal**, v. 4, 2006, p. 5. Disponível em < <https://www.victoria.ac.nz/law/centres/nzcpl/publications/human-rights-research-journal/previous-issues/volume-four,-2006/Butler.pdf>>. Acesso em 08 Out. 2017. Tradução livre.

4.4 A tarefa de buscar um conceito

De frente a um caso a propósito do qual se impende decidir sobre a constitucionalidade ou não de uma lei, uma corte constitucional pode, ao final, tomar duas decisões: declarar a norma como constitucional ou inconstitucional. Além disso, pode também utilizar técnicas mais modernas para preservar a manutenção da norma no ordenamento jurídico, a exemplo da interpretação conforme a constituição, da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Não se sabe, porém, se quaisquer das opções escolhidas em si ou se a profundidade e a extensão da argumentação empreendida influenciará na possibilidade de diálogo.

Para Alexander Bickel, por exemplo, o juiz deve ter tirocínio político para se resguardar e “decidir não decidir”³¹⁰, exercendo virtudes passivas vinculadas a uma noção de prudência para não provocar efeitos negativos à credibilidade da corte, até porque esta já é acometida da chamada “dificuldade contra-majoritária” quando derruba uma legislação aprovada por um corpo legislativo legitimamente escolhido pelo povo.

Ao agir dessa maneira, ela fomenta, na sociedade e nos outros poderes, o exercício do que o autor chama de “colóquio socrático”³¹¹ oportunizado pelo “maravilhoso mistério do tempo”, para amadurecer o tema em questão. Essa maneira seria uma posição intermediária entre um judicialismo autoritário e um procedimento democrático³¹².

Katyal, por sua vez, acredita que, para além das três possibilidades decisórias (declarar a constitucionalidade, invalidar ou não decidir), existiria um “quarto poder”: a corte utilizar de argumentos visando ao aconselhamento das medidas a serem tomadas pelos outros poderes. Segundo ele, nesse caso, a corte não determina, apenas exorta, técnica que já é utilizada, consciente ou inconscientemente, ao invalidarem ou não uma determinada norma³¹³. Esse seria um caminho que romperia com o modelo adversarial, criando um espaço de diálogo entre os poderes e uma postura intermediária a evitar que a relação interinstitucional se resume a duas alternativas: a hostilidade ou a deferência³¹⁴.

³¹⁰ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court ath the bar of politics**, 2. ed. London: Yale University Press, 1986, p. 69.

³¹¹ Esse é o termo utilizado por Bickel que claramente se aproxima da noção de diálogo institucional. BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court ath the bar of politics**, 2. ed. London: Yale University Press, 1986, p. 70.

³¹² BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court ath the bar of politics**, 2. ed. London: Yale University Press, 1986, p. 244.

³¹³ KATYAL, Neal K. Jusitces as Advicegivers. **Stanford Law Review**, v. 50, jul. 1998, p. 1710.

³¹⁴ KATYAL, Neal K. Jusitces as Advicegivers. **Stanford Law Review**, v. 50, jul. 1998, p. 1824.

A breve recapitulação das teorias que simbolizam esses dois autores (Bickel e Katyal), abordadas no tópico anterior, faz-se necessária apenas para compreender que a natureza de uma decisão (maximalista ou minimalista, deferente, aconselhadora ou ativista) não representará o fator decisivo à ocorrência de diálogos. Como infere Glauco Salomão Leite, “se, por um lado, a autocontenção pode ser um comportamento judicial apto à construção de diálogos com outras instituições, o mesmo se pode afirmar com o ativismo judicial”³¹⁵.

A tarefa deste momento, pois, independente da maneira como o juiz decida ou se ela será profícua ao diálogo ou não, é formular – ou, ao menos escolher -, um conceito com base em discussões já sedimentadas sobre o tema, para que ele sirva de norte à análise do caso brasileiro mais à frente.

Inicialmente, para que o diálogo aconteça, é necessário que exista uma decisão judicial que aprecie a constitucionalidade de uma lei e que, em caso de invalidação, o parlamento teria o direito de reagir de alguma maneira ao ato judiciário. Caso não exista a possibilidade de resposta legislativa, o diálogo, a princípio, não se estabelecerá, e a palavra final será do Judiciário em definitivo. Apesar disso, é possível dizer que o silêncio do legislador também pode evidenciar alguma mensagem, como se verá mais detidamente no último capítulo. No mais das vezes, ao se quedar inerte, o parlamento pode estar exprimindo deferência legislativa, indiferença ao assunto ou transferência deliberada da competência para decidir sobre temas polêmicos. Evidente que nem se suscita a prática dialógica, quando da vigência de um sistema jurídico em que prevaleça a supremacia parlamentar sem revisão judicial das leis.

É possível conceber a existência, então, de dois tipos de modelos dialógicos: um que localize a última palavra do diálogo no Judiciário e outro em que ela esteja nas mãos do parlamento. Nesse caso, tomando por empréstimo a classificação de Ramaís de Castro Silveira, “são aspectos independentes a alocação institucional da palavra final e a existência ou não de diálogo”³¹⁶.

Apesar disso, é possível pensar em algo menos estanque. Conrado Hübner Mendes propõe que a ideia de última palavra deve ser mitigada em favor do que ele denominou de “última palavra provisória”, abrindo-se sempre a possibilidade para modificações em novas e repetidas “rodadas procedimentais”. Mesmo após possíveis decisões que, a princípio, ultimem

³¹⁵ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 229.

³¹⁶ SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo**. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 416.

a questão, sempre será possível a abertura de novas arenas interlocutórias, precedidas de um hiato de curta ou longa duração³¹⁷.

O Poder Legislativo, deparando-se com uma decisão da corte constitucional que tenha invalidado uma lei por ele produzida, pode reagir de forma proativa - ou seja, sem falar na possibilidade de inércia - basicamente de duas maneiras: i) agindo com deferência, o que pode ser exercido através da propositura de nova legislação que se adequa as exigências da decisão judicial; ou ii) tentando superar o entendimento jurisprudencial³¹⁸.

O diálogo existirá quando se registra uma discordância entre as partes, ainda que inicialmente, tendo em vista que pode ser superada eventual e posteriormente pela deferência de algum dos atores. O imperativo do diálogo, no entanto, dar-se-á pelo “desenho institucional que o disciplina formalmente” ou pela “cultura política que o anima”³¹⁹. Daí um mote para comentar a diferença entre diálogo em sentido formal e diálogo em sentido substancial.

O segundo levaria mais a sério a literalidade do termo, ao invés de tomá-lo apenas como uma metáfora genérica ou uma simples palavra de efeito. Não que se imagine, como já dito ao encetar o capítulo, que os membros das instituições se encontrarão, sentarão à mesa e decidirão sobre o destino da interpretação a que se dará da constituição. Aquilo que o diálogo em sentido material pretende expressar é que, em suas razões de decidir, as instituições levarão verdadeiramente em consideração os argumentos apresentados reciprocamente de umas pelas outras, ou seja, não haverá indiferença por parte do Judiciário quanto às razões expostas pelo parlamento e vice-versa³²⁰. O diálogo, sob esta compreensão, só pode ser comprovado através de pesquisas empíricas que analisem os documentos por meio dos quais se pronunciam os poderes para veicularem suas discordâncias.

³¹⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 174.

³¹⁸ A doutrina conforma denominar esta última modalidade de manifestação de “efeito *backlash*”; toda ação que provocaria uma reação diametralmente contrária (VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Backlash* à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática. Texto decorrente da palestra proferida no II Seminário Internacional de Teoria das Instituições. 2013. Disponível em <https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica>. Acesso em 25 Set 2017.

³¹⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 173.

³²⁰ DOR, Gal. Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective. **Indiana International & Comparative Law Review**, Vol. 11, Issue 1, pp. 1-36, 2000, p. 17-18.

Já o primeiro conceitua “diálogo institucional” como um evento possível que, de alguma forma, encontra-se previsto no ordenamento jurídico³²¹, mas não necessariamente os poderes considerarão mutuamente suas razões de decidir. No diálogo em sentido formal, a prevalência de uma decisão do parlamento sobre uma da corte constitucional é uma mera potencialidade fática³²².

Este é basicamente o conceito estipulado por Hogg e Bushell: “Quando uma decisão judicial está aberta à reversão, modificação ou evasão legislativa, é significativo considerar a relação entre a corte e o órgão legislativo competente *como um diálogo*” (destaque nosso)³²³.

Apesar das críticas que são feitas a esta concepção estabelecida pelos autores canadenses³²⁴, para os fins que buscam esta pesquisa, especialmente em seu quinto capítulo, tomaremos o conceito em sentido formal como ponto de partida para a análise dos casos ocorridos no Brasil. A dimensão material, no entanto, não será menosprezada. Ao contrário, será utilizada para verificar em que medida o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal consideram as razões um do outro.

Desse modo, o sentido formal de diálogo será o ponto de partida para a escolha dos casos e o sentido material um dos elementos a serem avaliados em cada um deles, até porque, como a Constituição brasileira não compele ao Legislativo a apreciar as decisões judiciais que declarem a inconstitucionalidade de uma lei como acontece com a cláusula “não obstante” do modelo canadense, por exemplo, não há obrigatoriedade legal para abordar as razões do Judiciário. Assim, toda e qualquer reação do Poder Legislativo será avaliada como segunda etapa do diálogo, e o fato de as razões dos interlocutores terem sido levadas em consideração

³²¹ DOR, Gal. *Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective*. **Indiana International & Comparative Law Review**, Vol. 11, Issue 1, pp. 1-36, 2000, p. 19.

³²² SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo**. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 217. O professor Ramaís compreende que o conceito de diálogo em sentido formal serviria apenas para vender uma ilusão que legitima a supremacia judicial (p. 205).

³²³ Tradução livre de “Where a judicial decision is open to legislative reversal, modification, or avoidance, then it is meaningful to regard the relationship between the Court and the competent legislative body as a dialogue”. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*. **Osgoode Hall Law Journal**. Vol. 35, n. 1, p. 75-124, 1997, p. 79.

³²⁴ No conceito formalista de Hogg e Bushell, a essência do conceito de diálogo estaria perdida, pois se negligenciaria a ideia de deliberação como condicionante à busca de uma decisão em conjunto (SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo**. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 200-201. Essa crítica também se aproxima daquela feita por Tremblay, quando afirma que o diálogo em sua concepção formal não passaria de um diálogo como conversação sem um propósito prático específico, ao contrário da visão do diálogo enquanto deliberação (TREMBLAY, Luc. *The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures*. **International Constitutional Law Journal**, n. 4, v. 3, p. 617-648, 2005, p. 630-634).

ou não será, ao invés de um pré-requisito para conceituar, uma das características a ser identificada em cada caso a ser analisado como objeto central desta pesquisa.

Ocorre que, se o sistema constitucional brasileiro é, em tese, refratário ao diálogo por adotar um modelo forte de *judicial review*, como já adiantado no primeiro capítulo, que espaços constitucionais existiriam para permitir a prática dialógica de forma relativamente usual? A esse questionamento, o capítulo seguinte terá o encargo de responder.

CAPÍTULO 5: O MODELO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO: É POSSÍVEL ESTABELEECER DIÁLOGOS?

O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é bastante amplo, podendo dele se valer diversas instituições e personagens, por diferentes maneiras. Os atores políticos, via de regra, exercem esse mister de maneira preventiva. O Presidente da República pode se utilizar do veto jurídico para barrar alguma inconstitucionalidade presente em um projeto de lei, e a Comissão de Constituição e Justiça de quaisquer das casas do Congresso Nacional pode aprovar parecer contrário a alguma proposta legislativa que por ventura viole dispositivo constitucional.

A construção jurisprudencial já consolidada no STF possibilita também o controle preventivo judicial em sede de mandado de segurança de legitimidade ativa exclusiva de parlamentar contra projeto de lei dotado de vício de inconstitucionalidade formal ou proposta de emenda à constituição violadora de cláusula pétreas³²⁵. Contudo, essa é uma exceção à regra.

Lega-se ao Judiciário, sobretudo, o controle repressivo de constitucionalidade na forma difusa, quando pode atuar qualquer juiz ou tribunal, ou na via concentrada, por meio da qual apenas o STF é competente para exercê-lo, tendo como parâmetro a Constituição Federal. Ela confere à Suprema Corte brasileira a guarda de seus dispositivos.

Essas condições institucionais sedimentam um papel proeminente do Poder Judiciário na interpretação constitucional. Aos seus olhos, diante da facilidade com a qual se pode discutir a constitucionalidade de uma norma e, eventualmente, anulá-la, não se vislumbra escapar um só dispositivo que possua qualquer mácula ao texto constitucional, de sorte que é inevitável considerar o modelo de controle judicial de constitucionalidade brasileiro como forte (*strong-form of judicial review*).

Há, contudo, bastante crítica e desconfiança em torno dessa maximização de poderes em favor dos juizes. Políticos, academia e sociedade não deixam passá-la ao largo de seus questionamentos que, no final das contas, aduzem acerca da relutante questão em torno da “dificuldade contramajoritária”.

³²⁵ Precedentes do STF: MS 20.257/DF, min. Moreira Alves (*leading case*) (RTJ 99/1031); MS 20.452/DF, min. Aldir Passarinho (RTJ 116/47); MS 21.642/DF, Min. Celso de Mello (RDA 191/200); MS 24.645/DF, min. Celso de Mello, DJ de 15-9-2003; MS 24.593/DF, min. Maurício Corrêa, DJ de 8-8-2003; MS 24.576/DF, min. Ellen Gracie, DJ de 12-9-2003; MS 24.356/DF, min. Carlos Velloso, DJ de 12-9-2003. [MS 24.667 AgR, rel. min. Carlos Velloso, j. 4-12-2003, P, DJ de 23-4-2004.] = MS 32.033, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, j. 20-6-2013, P, DJE de 18-2-2014.

Por outro lado, a Constituição brasileira, a despeito de seu arquétipo favorável a essa conjuntura e dos fatores históricos que a precedem, possui fragmentos que permitem aos poderes, especialmente ao Legislativo, a possibilidade de superar – ou ao menos questionar – as decisões judiciais. Evidente que esses fragmentos guardam uma distância colossal das experiências dialógicas formais delineadas no capítulo anterior, porém não se pode negar a existência de um mínimo potencial dialógico no experimento constitucional pátrio. Basta saber onde encontrá-lo e como explorá-lo.

5.1 Razões históricas da formação do modelo de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

A constituinte de 1988 formou-se após um longo período de atrocidades e violações aos princípios democráticos e aos direitos fundamentais por ocasião do regime militar, entre os anos de 1964 e 1985. Além disso, as nossas institucionalidades, desde a primeira Constituição em 1824, apresentaram um comportamento crônico de indiferença para com o documento constitucional³²⁶.

Isto se deve ao fato de que, desde o início da nossa experiência constitucional, paralelamente ao texto em que se colocam direitos fundamentais, houve apenas lapsos ou meras tentativas de convívio democrático. O Brasil sempre foi historicamente um país tomado pelo autoritarismo político despudorado que, por conseguinte, nunca levou a sério o cumprimento da constituição³²⁷. Pode-se dizer que as 06 (seis) constituições escritas, além da Emenda nº 01/69, que precederam a Carta de 1988, não passaram de “meras folhas de papel”, para utilizar a célebre expressão de Ferdinand Lassale³²⁸, uma vez que, embora dispusessem sobre assuntos como liberdade de expressão e de reunião, não havia nenhum esforço por parte do Estado em respeitar esses princípios.

Além disso, as instituições jurídicas eram comumente castradas e ameaçadas pelo Poder Executivo. Na República Velha, a despeito de existir previsão expressa acerca do controle de constitucionalidade na Constituição de 1891, os juízes que o exerceram sofreram processos criminais, seguindo funesta influência de precedentes ocorridos na dinâmica

³²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Curitiba, n. 8, v. 1, 2008, p. 184-190. Disponível em <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/699>>. Acesso em 16 Mar. 2017.

³²⁷ Sobre isso, sugere-se a leitura de FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.

³²⁸ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

institucional norte-americana³²⁹. No Governo Vargas, o número de membros do STF foi reduzido de 15 para 11, foram estabelecidas regras para abreviar os julgamentos e seis ministros, além do Procurador Geral da República, foram aposentados compulsoriamente³³⁰. No regime militar de 1964, o Ato Institucional nº 01 (AI-1) restringiu a estabilidade e a vitaliciedade dos magistrados e o Ato Institucional nº 02 (AI-2) aumentou o número de membros do STF para acrescentar à sua composição membros alinhados ideologicamente ao governo, além de suspender as garantias de estabilidade e vitaliciedade por seis meses. Contudo, foi o AI-5 que definitivamente acabou qualquer esperança de cumprimento do princípio da separação dos poderes:

De fato, o AI-5 excluiu da apreciação do Poder Judiciário as condutas praticadas com base nos atos institucionais, autorizou o Presidente a decretar o “recesso” dos órgãos legislativos, a suspender direitos políticos, a cassar mandatos eletivos, suspendeu as garantias da vitaliciedade e da estabilidade, e o *habeas corpus* em crimes contra a segurança nacional etc. Como era de se esperar, vieram os “anos de chumbo”: mais de 80 deputados foram cassados, vários servidores públicos foram demitidos ou aposentados compulsoriamente, restabeleceu-se a censura, foi realizada uma série de prisões arbitrárias, torturas, homicídios, etc. **No âmbito do STF, foram cassados os Ministros Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva. Daí em diante não mais teria o STF condições de resistir ao regime, transformando-se, antes, em seu instrumento, sobretudo com vistas a controlar a atuação dos juízes e tribunais brasileiros (destaque nosso)**³³¹.

A partir de 1988, surge um sentimento constitucional capaz de estipular um elenco vasto de direitos fundamentais, reconhecendo a eles força normativa, além de expandir as atribuições e prerrogativas do Poder Judiciário, mormente da jurisdição constitucional, e também do Ministério Público. O ceticismo para com soluções advindas das instituições políticas favoreceu a ampliação das prerrogativas e das competências consignadas em favor dessas instituições

Em segundo plano, ainda que de forma limitada, Flávia Santiago Lima³³² aponta que, como componente histórico sequencial, já havia previsão de revisão judicial em cartas anteriores. Como o texto das Constituições previam determinadas disposições que, no mais das vezes, nada obstante significarem verdadeiros corolários de um Estado Democrático de

³²⁹ Segundo Leda Boechat Rodrigues, Thomas Jefferson, para impedir o avanço de juízes federalistas, já utilizava desse expediente. RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**, Tomo I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 85-89.

³³⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 128-129.

³³¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 144-145.

³³² LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 220.

Direito, na prática, eram desatendidas, muitas delas foram repetidas pela Constituição Federal de 1988. Ademais, se já havia uma tendência histórica de previsão do controle judicial de constitucionalidade, a partir do processo de redemocratização, esse fenômeno não somente devia ser repisado, mas, sobretudo, ampliado, como efetivamente aconteceu.

A única Constituição brasileira que não previu qualquer forma de controle judicial de constitucionalidade foi a de 1824. A partir da Constituição de 1891, todas dispuseram sobre o tema, ampliando *pari passu* algumas questões essenciais. Inicialmente, por exemplo, o controle ocorria apenas na via difusa. Somente a partir da Emenda Constitucional nº 16/1965, criou-se a Representação de Inconstitucionalidade, cuja legitimidade para apresentar era exclusiva do Procurador Geral da República. Atualmente, a Constituição prevê nove legitimados ativos e cinco tipos de ação do controle concentrado que podem ser manejadas perante o STF.

Esses fatores históricos reportados acima influíram diretamente na construção do texto constitucional, principalmente no que se refere a alguns aspectos que necessitam ser considerados, dentre os quais cabe jogar luzes na redação analítica acompanhada de uma plêiade de direitos fundamentais, no fortalecimento do Poder Judiciário e no modelo forte de controle de constitucionalidade.

5.2 Características da Constituição de 1988

5.2.1 Catálogo de direitos e hiperconstitucionalização

Na intenção de colocar muitos anseios da sociedade, após a passagem de vinte e um anos turvos para política nacional, o constituinte redigiu um texto por demais analítico que pode congrega um catálogo imenso de direitos fundamentais e uma série de princípios – agora, normatizados – até regras bastante minuciosas a exemplo daquelas que regulamentam os sistemas tributário e previdenciário.

Há direitos fundamentais espalhados em boa parte da Constituição Federal de primeira, segunda ou terceira gerações, de sorte que eles não se esgotam no Título II, tampouco no próprio texto constitucional. Ao contrário, a redação do art. 5º, § 2º não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil fizer parte. A todos os direitos fundamentais, foi concedida eficácia imediata, na forma do art. 5, §1º, bem como a condição de cláusulas pétreas (art. 60,

§ 4º, IV)³³³. Além disso, os tratados sobre direitos humanos são incorporados ao ordenamento jurídico sob a forma de normas constitucionais, seguindo o procedimento do poder constituinte derivado reformador, conforme a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2003 ao art. 5º, § 3º³³⁴.

A linguagem maleável inerente aos direitos permite interpretações plúrimas quanto ao alcance e ao sentido de determinado direito. Diante do extenso rol de competências dado à jurisdição constitucional, mormente ao STF, a depuração dessa textura aberta pode recair constantemente nas mãos do Judiciário.

Além disso, o vasto leque de direitos arrolados e a forte carga principiológica inserta no texto constitucional redundam frequentemente na ocorrência de colisão entre determinados direitos e princípios de hierarquia equivalente, em razão do princípio da unidade das normas constitucionais. Caberá aos juízes, deparando-se com casos concretos refletores desse tipo de colisão, decidir, com base em um juízo de ponderação³³⁵, sobre que direito prevalecerá sobre o outro.

Ingo Sarlet, ao chamar atenção para a redação analítica da Constituição brasileira, em razão de seus 246 artigos e de suas 74 disposições transitórias, compreende que esse fenômeno “revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos”³³⁶.

Importa ressaltar que, em face do princípio da unidade das normas constitucionais, coroadas como princípio instrumental da interpretação constitucional³³⁷, todas essas regras –

³³³ Há, no entanto, quem divirja desse entendimento e defenda uma interpretação um tanto mais retritiva do art. 60, § 4º, IV da Constituição Federal para extrair apenas a literalidade do texto e compreender que apenas os direitos individuais seriam cláusulas pétreas, excluindo-se, pois, os direitos sociais. Para tanto, ver SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 479-510.

³³⁴ É relevante obter-se que essa hierarquia constitucional conferida aos tratados internacionais sobre direitos humanos, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 466.343/SP, só vale para aqueles que foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro seguindo o mesmo rito de aprovação das emendas constitucionais (quórum de três quintos, em dois turnos, nas duas casas do Congresso Nacional). Os demais tratados internacionais sobre direitos humanos possuem hierarquia supralegal, enquanto que tratados internacionais sobre outros assuntos, via de regra, têm natureza de lei ordinária.

³³⁵ Há que se deixar claro que o exercício de ponderação realizado em decisões judiciais no Brasil é bastante criticado por muitos juristas. Lênio Streck – talvez o mais incisivo nesta crítica – revela que há uma importação equivocada de teorias alienígenas como a de Robert Alexy como subterfúgio para a produção desviada de decisionismos e imposições baseadas no próprio arbítrio do juiz. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 285-287.

³³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75.

³³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 167.

desde o direito à vida, disposto no art. 5º, *caput*, até a regra que dispõe que a competência administrativa do Colégio Pedro II no Rio de Janeiro será da União no art. 242, § 2º – possuem força normativa e nível hierárquico equivalente.

Apesar dessa força normativa da constituição, muitas de suas normas não possuem aplicabilidade imediata, dependendo da atuação do legislador infraconstitucional ou mesmo de atos executivos, que materializem a formulação de políticas públicas, para a sua efetiva concretização.

A esse respeito trata José Afonso da Silva³³⁸ na sua célebre classificação das normas constitucionais quanto à aplicabilidade, sobre as quais a doutrina norte-americana já versava dividindo-as em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*.

A despeito da força cogente das normas constitucionais, algumas delas carecem do que ele chama de eficácia jurídica, isto é, não produzem efeitos jurídicos desde logo, cabendo a outro ato posterior torná-la exigível. O autor as divide em três categorias de normas constitucionais: de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida.

As normas de eficácia limitada de legislação são aquelas que o constituinte delegou ao legislador ordinário a sua exectoriedade, ou seja, caberá a uma lei infraconstitucional tornar a norma constitucional factível para que possa ser atendida. Exemplos claros desse tipo de norma são o art. 18, § 4º, que trata da necessidade de Lei Complementar para regulamentar a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Município, e o art. 37, VII, que trata dos termos e limites a serem dispostos em lei específica sobre a greve no serviço público³³⁹.

Para retirar o legislador da inércia, ante a inexistência de regulamentação de uma norma de eficácia limitada de legislação, o constituinte criou duas ações judiciais com a finalidade de compelir o legislador a criar a lei faltante: na via incidental, o mandado de injunção (MI) e, no controle concentrado, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

Sob a influência de José Joaquim Gomes Canotilho³⁴⁰, produziu-se uma constituição dirigente e compromissária, preche de normas programáticas. Com isso, não apenas impeliu-se respeito às liberdades individuais nas relações privadas, mas também o Estado foi compelido à formatação de políticas que materializassem determinados direitos de cunho

³³⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 73-87.

³³⁹ Ambas as situações já chegaram ao STF, através da ADO nº 3.682, no caso do art. 18, § 4º, e dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, no caso do art. 37, VII.

³⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas programáticas da constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

prestacional³⁴¹. Ao legislador infraconstitucional pouco restou e, ainda em seus espaços de liberdade, as disposições devem atendimento à ampla redação constitucional.

A existência de direitos fundamentais de eficácia imediata e a hiperconstitucionalização reforçam a ideia de que o constituinte, desconfiado com os arbítrios de um passado recente, procurou abranger o máximo de temas possíveis, deixando pouca margem de escolha ao legislador³⁴². Quando a este for conferida uma atribuição e houver paralisia, o Poder Judiciário atuará por provocação nas ações acima referidas (MI e ADO), para implementar as condições necessárias à fruição do direito em questão.

A síntese desse cenário nos dá pistas da proeminência adquirida pelo Poder Judiciário brasileiro e, especialmente, pela jurisdição constitucional a partir de 1988, expressada por uma série de disposições constitucionais, a exemplo das garantias oferecidas à magistratura, da competência por demais extensa do STF e do modelo forte de controle judicial de constitucionalidade.

5.2.2 Expansão do Poder Judiciário

A expansão do Poder Judiciário pode ser vista através das várias opções tomadas pelo constituinte, inclusive como consequência da crise de representatividade do Poder Legislativo; do histórico autoritário, que redundou nas mais diversas retaliações ao Poder Judiciário; e da desconfiança da sociedade em relação aos arbítrios cometidos, em tempo não muito distante, pelo Poder Executivo.

À magistratura, com o propósito de protegê-la contra novas investidas, foram concedidas algumas relevantes prerrogativas, a exemplo da vitaliciedade, da irredutibilidade de subsídios e da inamovibilidade – esta última, anos mais tarde por meio da Emenda Constitucional nº19/1998³⁴³.

Ao STF foi destinado um largo rol de competências, conferindo a ele uma natureza tríade de tribunal constitucional detentor da guarda da Constituição; de foro especializado para, por exemplo, julgar criminalmente altas autoridades e apreciar atos secundários do

³⁴¹ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 120-121.

³⁴² Essa situação lembra a metáfora de Jon Elster envolvendo Ulisses e as sereias, a partir da qual confecciona a ideia de pré-compromisso. Ver tópico 3.2.

³⁴³ Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

parlamento ou do Poder Executivo; e de corte recursal de última instância, através do processamento e julgamento de recursos extraordinários³⁴⁴.

Apenas como forma de comprovar que a presente situação resultou em um exponencial aumento prático dos encargos do STF, registre-se que, até 1987, um ano antes da promulgação da atual Constituição, uma pesquisa produzida por Marcos Paulo Veríssimo constatou um número de 20.122 casos resolvidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal em doze meses. Em 2007, por exemplo, no mesmo período de tempo, registraram-se 159.522 casos julgados³⁴⁵.

Além disso, como quase toda situação possui relevância constitucional diante da constitucionalização abrangente, o número de casos que chega ao Supremo, sob a justificativa de haver reflexos no texto constitucional, é bastante elevado, já que ele cumpre esse papel de guardião da Constituição, conforme disposto no art. 102, *caput*³⁴⁶. Políticas públicas, que, em tese, são do jogo ordinário da política, para além de terem de passar por um processo mais rígido de reforma constitucional do que se estivessem contidas em leis ordinárias em caso de necessidade de mudança, prejudicando a governabilidade, terminam sendo, esporadicamente, objeto de discussão no STF em virtude de sua forte presença no texto constitucional³⁴⁷.

Acrescentando mais um ingrediente a esse amplo cardápio de competências do STF, a Emenda Constitucional nº 45/2004 criou, a partir do art. 103-A da Constituição Federal, o instituto da súmula vinculante. Havendo reiteradas decisões no mesmo sentido e a possibilidade de controvérsia que possa acarretar grave insegurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal pode, mediante proposta de qualquer dos legitimados ativos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e de Tribunais Superiores, Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Militares (art. 3º da Lei 11.417/2006), aprovar, através do voto de dois terços de seus membros, súmula que vincule todos os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta ou indireta de qualquer dos entes federados. Em caso de descumprimento do teor da súmula vinculante por parte de qualquer dos destinatários, cabe o ajuizamento de reclamação constitucional endereçada ao STF,

³⁴⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito da GV SP**, 4 (2), jul-dez 2008, p. 447-450.

³⁴⁵ VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, Dez. 2008, p. 410. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 12 Out. 2017.

³⁴⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito da GV SP**, 4 (2), jul-dez 2008, p. 446-447.

³⁴⁷ COUTO, Claudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, jun. 2006, p. 43-44.

objetivando anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial confrontante com a súmula. Até os dias atuais, o STF já produziu cinquenta e seis súmulas vinculantes³⁴⁸.

Ocorre que, apesar de todo esse arsenal de condições políticas e institucionais que propendem em favor de uma atuação mais protagonista da jurisdição constitucional, alguma preocupação em torno da legitimidade democrática poderia ser dissipada caso os juízes decidissem agir de maneira mais contida. Ao revés, em um movimento que pode ser considerado global, os temas da política cada vez mais transpassam das arenas, tradicionalmente próprias ao seu desenrolar, ao seio das cortes³⁴⁹. É que não se pode condenar os juízes por simplesmente se debruçarem sobre situações que, em tese, seriam da alçada dos poderes políticas, em virtude dos arranjos gestados pela Constituição de 1988 que facilitam essa dinâmica. Contudo, o que invariavelmente se critica é a forma como os magistrados decidem, que terminam por invadir em demasia o espaço de atuação dos outros poderes.

Aflorou-se, a partir de 1988, um movimento chamado “constitucionalismo brasileiro da efetividade”, com base no qual a Constituição deve ser aplicada diretamente pelos juízes³⁵⁰. É a partir dessas constatações que Rodrigo Brandão afirma que “neste *positivismo de combate*³⁵¹, o Direito Constitucional se divorcia da ciência política e se aproxima do direito processual”³⁵².

Na visão do autor, como fruto desse processo de agigantamento judicial é possível verificar um distanciamento do papel cumprido pelo STF do perfil de “legislador negativo”. A utilização de uma série de técnicas que buscam esgotar ao máximo o poder decisório e a adoção de uma postura mais proativa evidencia esse cenário. Essa atuação passa pela aplicação direta de princípios constitucionais, a partir do afastamento significativo literal do dispositivo interpretado (interpretação conforme a constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto), da criação de norma infraconstitucional na

³⁴⁸ Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, sugere-se: LEITE, Glauco Salomão. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. O instituto não passa ao largo de críticas. Lenio Luiz Steck e Georges Abboud criticam a utilização das súmulas vinculantes como tentativa de resolver o problema da fragmentação do direito. Ao revés, pugnam pela criação de uma teoria da decisão judicial, a partir do esgotamento de uma linha argumentativa e motivadora da decisão. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 141-148.

³⁴⁹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995, p. 28.

³⁵⁰ Juristas como Luis Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève são considerados expoentes na defesa do constitucionalismo da efetividade. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009, p. 7. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/29044>>. Acesso em 28 Fev. 2017.

³⁵¹ O termo é de Daniel Sarmento utilizado no artigo descrito na nota de rodapé supra.

³⁵² BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 168.

hipótese de inconstitucionalidade por omissão, da invalidação de norma legal ou administrativa, da criação de norma constitucional (vide: caso da infidelidade partidária³⁵³) e da imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativo e Executivo; por um modelo de decisão casuístico, que reverencia cada vez menos os seus próprios precedentes; pela tendência à fundamentação “maximalista”; e pelo viés juriscêntrico, de modo a valorizar a interpretação constitucional provinda quase que única e exclusivamente do Poder Judiciário³⁵⁴.

O fortalecimento do Judiciário na Constituição de 1988 representa uma das causas que favorecem um sistema jurídico tendente à judicialização da política³⁵⁵. A transferência de questões inerentes – via de regra - ao julgamento político da sociedade para uma arena judicial de decisão tem sido prática bastante comum desde a ereção dessa conjuntura construída sob o esteio da Constituição Federal de 1988. O STF, desde então, já decidiu sobre temas absolutamente complexos e inequivocamente vinculados ao campo da política, da religião e da moral, a exemplo dos casos da anencefalia na ADPF nº 54, do nepotismo na ADC nº 12, de pesquisa com células-tronco embrionárias na ADI nº 3.510/DF, de uniões homoafetivas na ADPF nº 132 e do requerimento de extradição de Cesare Battisti³⁵⁶, além de uma legião de outros casos.

Todo esse panorama judicializante, no entanto, não seria certamente possível, caso não existisse um modelo de controle jurisdicional de constitucionalidade forte e amplo, capaz de levar o analítico conteúdo constitucional a juízes e cortes em todo o país e, principalmente, ao Supremo Tribunal Federal.

5.2.3 Modelo forte de controle jurisdicional de constitucionalidade

O controle judicial de constitucionalidade brasileiro absorveu tanto a tradição norte-americana, por meio do controle difuso, quanto a tradição europeia, na modalidade

³⁵³ STF – MS 26.602/DF, rel. Min. Eros Grau, *DJ*, de 17/10/2008.

³⁵⁴ Para maiores detalhes sobre os casos que ilustram essas posturas tomadas pelo STF: BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 177 e ss.

³⁵⁵ Além dela, Luis Roberto Barroso menciona, como causas paralelas da judicialização da política, “certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral” e a preferência dos atores políticos de que, muitas vezes, “o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade” (BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 242-243).

³⁵⁶ Todos esses casos são mais deparadamente tratados na coletânea de artigos do professor e ministro do STF Luís Roberto Barroso, reunidos na obra *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*, quando ele atuou na condição de advogado em todos eles.

concentrada, de sorte que, no Brasil, qualquer juiz ou tribunal, na via incidental, pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma ou apenas o Supremo Tribunal Federal, na via direta, por meio de um processo objetivo³⁵⁷.

Por esta última via, chamada de controle abstrato ou concentrado, a Constituição Federal, em seu art. 103³⁵⁸, discriminou um número bastante extenso de legitimados aptos a proporem as ações. Aliás, em cujo bojo incluiu entidades de classe, associações nacionais e confederações sindicais, abrindo a possibilidade para que um maior número de instituições representativas dos segmentos da sociedade questionasse a legislação vigente frente aos dispositivos constitucionais, de acordo com seus interesses. Esse largo rol é inédito na história constitucional brasileira, uma vez que, quando da única experiência de controle concentrado anterior à Constituição de 1988, através da Emenda Constitucional n. 16/65, a representação de inconstitucionalidade poderia ser encaminhada exclusivamente pelo Procurador Geral da República.

A Lei nº 9.868/1999 também previu, em seu art. 7º, § 2º, a possibilidade de manifestação de outros órgãos e entidades da sociedade civil na condição de *amicus curiae* (amigo da corte), bem como, em seus artigos 9º e 20, §§ 1º, a realização de audiências públicas, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos.

A presença desses institutos torna a presença da sociedade, nas ações processadas perante o Supremo Tribunal Federal, bastante frequente, ratificando a tendência do ordenamento jurídico em incluir, na pauta do Judiciário, assuntos tradicionalmente tratados pela sociedade e seus representantes. Da mesma forma, essas iniciativas revelam uma tentativa de mitigar a ilegitimidade democrática que, em alguma medida, caracterizam as decisões da Suprema Corte.

³⁵⁷ Há também outra forma de manifestação do controle de constitucionalidade direto nos Estados, por meio da Representação de Inconstitucionalidade ou ADI Estadual, que pode ser ajuizada perante os Tribunais de Justiça em face de lei estadual ou municipal que viole dispositivo da Constituição Estadual.

³⁵⁸ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ademais, o constituinte concedeu aos legitimados ativos um número igualmente abundante de ações passíveis de propositura na via direta: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) – esta incluída pela Emenda n. 03/1992 -, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Esta última, em específico, goza do princípio da subsidiariedade, ou seja, caso determinada situação não comporte a possibilidade de apresentação de nenhuma das outras ações³⁵⁹, caberá a propositura da ADPF, nos termos da Lei nº 9.882/1999. A sua regulamentação consolidou ainda mais o sistema de controle judicial de constitucionalidade, uma vez que, a partir de então, todo e qualquer ato normativo – e não apenas lei ou ato normativo federal ou estadual - pode ser objeto do controle abstrato, desde que viole preceito fundamental.

É verdade que seu parâmetro é mais restrito, tendo em vista que as outras ações podem arguir a inconstitucionalidade de uma disposição que viole qualquer trecho da Constituição e não apenas preceito fundamental. Contudo, consubstanciando com a própria amplitude semântica que carrega a locução³⁶⁰, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 33, estabeleceu que não se pode negar a condição de preceitos fundamentais aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros), às cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) e aos princípios sensíveis (art. 34, VII).

No entanto, em seu voto de relatoria, o ministro Gilmar Mendes apregoa que não se pode caracterizar essa enumeração como taxativa, de sorte a ser possível abarcar também determinadas regras que são decorrentes dos preceitos fundamentais:

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a disposições que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio.

Tendo em vista as interconexões e interdependências dos princípios e regras, talvez não seja recomendável proceder-se a uma distinção entre essas duas categorias,

³⁵⁹ Por meio da ADI, é possível arguir a inconstitucionalidade de lei federal ou estadual, ao passo que, na ADC, somente é possível ajuizá-la em face de lei federal. O objeto da ADO é a omissão de qualquer dos Poderes ou de órgão administrativo. A ADI Interventiva tem como objeto lei ou ato normativo, omissão ou ato governamental estaduais que desrespeitem os princípios sensíveis da Constituição (art. 34, VII).

³⁶⁰ Para José Afonso da Silva, “‘Preceitos fundamentais’ não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’”. É mais ampla, abrange este e todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia do Estados, do Distrito Federal, e especialmente as designativas de *direitos e garantias fundamentais* (Tit. II)” (grifo do autor). SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 562.

fixando-se um conceito extensivo de preceito fundamental, abrangente das normas básicas contidas no texto constitucional³⁶¹.

A par disto, é possível dizer que, como boa parte das normas da constituição possuem conexões com preceitos fundamentais, o impacto da redução do parâmetro para a propositura de ADPF é ínfimo. A partir do caráter residual desta ação, outros atos normativos não compreendidos pela ADI, a exemplo de leis municipais, poderão ser objeto de apreciação pelo STF em sede de controle concentrado, tornando ainda mais exponencial as suas atribuições enquanto tribunal constitucional.

Todas as decisões do STF decorrentes de ações do controle concentrado possuem efeitos *erga omnes* e vinculante, ou seja, incidem não apenas sobre as “partes” do processo, mas sobre todos, e vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, conforme a redação do art. 102, § 2º da Constituição Federal³⁶².

Como guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal pode, nas vias difusa ou concentrada, invalidar leis que, por ventura, sejam incompatíveis com o texto constitucional. Esta prerrogativa faria dela, em tese, a detentora da última palavra sobre o sentido da Constituição. Contudo, existem espaços criados pelo constituinte que nos levam a deixar de acreditar piamente nesta última assertiva e que potencializam, em alguma medida, a produção de diálogos institucionais.

5.3 Onde reside o potencial dialógico?

Conferir ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição redundou na compreensão maciça de que, em razão disso, teria ele a última palavra em se tratando da interpretação constitucional. Possuindo a Constituição supremacia hierárquica em relação às outras normas e sendo a Corte Constitucional a sua guardiã, não haveria dúvidas sobre a questão da última palavra³⁶³.

Os membros da Suprema Corte e até mesmo boa parte da doutrina constitucional e da classe política reverberam essa convicção quase que como mantra. Samira Macêdo Pinheiro

³⁶¹ STF – ADPF n. 33/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 27/10/2006, p. 15.

³⁶² A ausência do Poder Legislativo no rol de destinatários que se vinculam às decisões do STF será mais bem elucidada a partir do próximo item, como um dos principais rastros de potencial dialógico no texto constitucional.

³⁶³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 8 (versão e-book).

de Amorim discrimina pelo menos 05 (cinco) acórdãos em que “a expressão [última palavra] foi utilizada no sentido de órgão que põe fim à interpretação constitucional”³⁶⁴.

O ministro Celso de Mello, em seu voto sobre a perda de mandato dos deputados envolvidos no escândalo do mensalão, foi taxativo ao afirmar que o Supremo Tribunal Federal detém o monopólio da última palavra em tema de interpretação constitucional³⁶⁵. No mesmo sentido, manifestou-se o então presidente da Corte, o ministro Carlos Ayres Britto, afirmando que é o Poder Judiciário quem dá a última palavra diante dos impasses mais graves³⁶⁶.

Em recente episódio envolvendo o afastamento do senador Aécio Neves do mandato, o ministro Alexandre de Moraes novamente expressou o sentimento de que a última palavra sobre a interpretação constitucional é do Supremo Tribunal Federal e que qualquer desrespeito a uma decisão da Corte pelo Parlamento pode resultar em crise institucional³⁶⁷. Sobre este caso em que o STF decidiu pelo afastamento do parlamentar do mandato, o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, embora pertencendo ao mesmo partido do senador investigado, também se manifestou no sentido de confirmar que, como o STF é o guardião da constituição, terá ele também a decisão final³⁶⁸.

Tais manifestações criam um ambiente de crença no STF como detentor da última palavra sobre a Constituição por ser ele o seu guardião, porém há quem discorde dessa correlação imediata. Para além dos predicados que usualmente recaem sobre ele – guardião da

³⁶⁴ “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”. AMORIM, Samira Macêdo Pinheiro de. **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 (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Sociais, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015, p. 112.

³⁶⁵ *Celso de Mello: STF tem 'monopólio da última palavra'*. Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,celso-de-mello-stf-tem-monopolio-da-ultima-palavra,974786>>. Acesso em 16 Out. 2017.

³⁶⁶ *STF dá a última palavra na solução de conflitos, diz Ayres Britto*. Disponível em <<http://www.valor.com.br/politica/2773188/stf-da-ultima-palavra-na-solucao-de-conflitos-diz-ayres-britto>>. Acesso em 16 Out. 2017.

³⁶⁷ “*A última palavra é do Supremo*”, diz ministro Alexandre de Moraes sobre afastamento de Aécio. Disponível em <<http://jovempan.uol.com.br/programas/jornal-da-manha/a-ultima-palavra-e-do-supremo-diz-ministro-alexandre-de-moraes-sobre-afastamento-de-aecio.html>>. Acesso em 16 Out. 2017.

³⁶⁸ “*FHC ignora coleguismo e diz que STF tem última palavra em caso Aécio*”. Disponível em <<https://www.wscom.com.br/noticias/brasil/fhc+ignora+coleguismo+e+diz+que+stf+tem+ultima+palavra+em+caso+aecio-223096>>. Acesso em 16 de Out. 2017.

constituição e defensor das minorias -, é preciso, consoante Juliano Zaiden Benvindo, “comprovação fática” destas qualidades³⁶⁹.

Com a finalidade de desmistificar a condição de detentor da última palavra concedida retoricamente ao STF, o autor, tomando por base algumas pesquisas empíricas já desenvolvidas, conclui no seguinte sentido:

A legitimação pelo discurso, a representação argumentativa, ganha relevo por essa associação de “racionalidade” com defesa da Constituição, mas ela se mostra altamente criticável quando se constata que: 1) empiricamente, não se verifica bem essa tão alardeada defesa da Constituição pela corte constitucional; 2) a racionalidade defendida nesse procedimento é decorrente de uma crença cartesiana de que método produz racionalidade e é coincidente, em grande medida, com a lógica discursiva do próprio parlamento, pois se torna fortemente política. Nesse último caso, tem-se um problema estrutural: se, especialmente após o giro hermenêutico, não é mais possível acreditar que um método traga racionalidade, qual é o outro argumento que o Supremo Tribunal Federal pode utilizar em benefício de sua legitimidade para esse tipo de decisão, em comparação ao parlamento? O que o torna tão especial e distinto para se afirmar como detentor da “última palavra”?³⁷⁰

Além disso, ainda que se considere a relevante expansão do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional pós-88, a Constituição Federal abriu espaços para não esgotar a discussão sobre a última palavra em uma visão estanque, devotando-a exclusivamente ao STF. A par disto, cabe interpretação no sentido de considerar o teor da Constituição brasileira muito mais afinado com a proposta de Louis Fisher³⁷¹. Na visão dos autores, haveria, no máximo, finais provisórios para resolver questões de forma momentânea, porquanto, ainda que as decisões da corte sejam vistas como definitivas, os atores políticos poderiam sublimar seu “dever de obedecer à lei [ou as decisões judiciais]” (*duty to obey the law*), para substituí-lo por suas preferências políticas³⁷².

Apesar da inexistência de qualquer ferramenta dialógica formalmente constituída no Brasil, a exemplo do que já acontece nos países elencados no capítulo anterior, Jorge Munhós

³⁶⁹ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, jan/mar. 2014, p. 85.

³⁷⁰ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, jan/mar. 2014, p. 90-91.

³⁷¹ FISHER, Louis. **Constitutional dialogues – Interpretation as a political process**. Oxford: Princeton University Press, 1988, p. 273.

³⁷² 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 17 out. 2017, p. 91.

de Souza considera que possuímos um modelo moderadamente dialógico³⁷³. É evidente que essa assertiva pode parecer por demais controvertida, quando enxergada à luz das condições institucionais criadas pela Constituição de 1988 que propiciaram o alargamento das competências do Supremo, a expansão do Poder Judiciário e, por conseguinte, um arranjo favorável à judicialização da política. Some-se a isso a crescente postura ativista do STF frente a esses casos tradicionalmente decididos – ou que deveriam ser decididos - nas esferas políticas, especialmente na sua dimensão antidialógica para utilizar a classificação proposta por Carlos Alexandre de Azevedo Campos³⁷⁴.

No entanto, é possível certamente verificar a existência de espaços dialógicos no texto constitucional, em virtude da possibilidade de superação (ou de rediscussão) das decisões do STF, dada a ausência de vinculação do Poder Legislativo às decisões em sede de controle concentrado e às súmulas vinculantes, bem como da participação do Senado Federal nas decisões do STF em sede de controle difuso.

Além disso, o legislador infraconstitucional também previu alguns mecanismos dialógicos no interior dos processos do controle concentrado e no procedimento de revisão ou cancelamento de súmula vinculante.

Já se apresentaram também algumas tentativas de construir um modelo dialógico formal mais robusto no Brasil. Já foram apresentadas, no Congresso Nacional, algumas Propostas de Emenda à Constituição, a exemplo das PECs 03/2011, 33/2011 e 171/2012, com a finalidade de reduzir o poder superdimensionado do STF na interpretação constitucional. Em paralelo, por essas proposituras, aquilatar-se-iam as atribuições do Poder Legislativo na exegese constitucional.

5.3.1 O fomento constitucional

A pista inicial presente na Constituição, de que há um permissivo para uma interação natural entre os poderes, sem predominância de um sobre o outro, reside em seus princípios básicos. O art. 1º da Constituição afirma que a República Federativa do Brasil “constitui-se em um Estado Democrático de Direito” e o art. 2º inscreve que os poderes devem ser “independentes e harmônicos entre si”.

³⁷³ SOUZA, Jorge Munhós. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLET, André Luiz Fernades; PAULA, Daniel Giotti de.; NOVELINO, Marcelo (orgs). **As novas faces do ativismo judicial**, Salvador: Jus Podium, 2013, p. 342.

³⁷⁴ O autor afirma existirem cinco dimensões de ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, quais sejam: a metodológica, a processual, a estrutural ou horizontal, a de direitos e a antidialógica. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. São Paulo: Forense, 2014, p. 275 e ss.

Falar em independência dos poderes automaticamente nos leva à abordagem a respeito das funções que cada um possui. Diante disso, um poder não pode interferir nas atividades do outro, a ponto de tomar para si função primordial alheia. Apesar do exercício do controle de constitucionalidade, o Judiciário não poderia, com base nisso, vedar, de *per si*, a prerrogativa típica de legislar conferida ao Parlamento³⁷⁵.

Da interpretação a respeito da expressão “Estado Democrático de Direito”, impõe-se as seguintes conclusões: as decisões do Estado, em alguma medida, serão plurais e regidas pela lei, e não por um ente absoluto³⁷⁶. A prevalência constante de uma das partes ou mesmo a ideia de última palavra pode nos levar àquilo que aventaram Dworkin e Waldron, quando temiam a tirania das maiorias ou o governo de juízes, respectivamente, conceitos que definitivamente não se coadunam com o Estado Democrático de Direito.

É certo que os efeitos das decisões do STF em sede de controle concentrado são vinculantes³⁷⁷, contudo não abarcam o Poder Legislativo. Sendo assim, de acordo com a redação do art. 102, § 2º da Constituição Federal³⁷⁸, não há qualquer impedimento do Congresso Nacional aprovar lei ou emenda à Constituição que divirja da decisão exarada pela Suprema Corte ou, ao menos, encabece posturas e fundamentos distintos daqueles propostos na decisão.

Na mesma perspectiva, o constituinte reformador, ao criar o instituto da súmula vinculante, incluindo o art. 103-A no texto constitucional, também excluiu o Poder Legislativo do rol de destinatários que se vinculam ao teor de determinada súmula, apenas no que se refere à função legislativa³⁷⁹.

³⁷⁵ Sobre funções típicas, ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 29.

³⁷⁶ Bobbio traz esses os conceitos de liberalismo, como instrumento de limitação do governante, através da lei, e de democracia, como uma forma de governo baseada na escolha da maioria, em BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

³⁷⁷ Em recente julgamento das ADIs 3406 e 3470, o STF também deu efeito vinculante a uma decisão que declarou a inconstitucionalidade de uma lei, em sede de controle difuso.

³⁷⁸ Art. 102. (...).

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

No mesmo sentido é o disposto no art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99: “Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

³⁷⁹ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

A história constitucional brasileira já coleciona vários exemplos de reação legislativa, através da aprovação de Projeto de Lei ou de Proposta de Emenda à Constituição, às decisões do Supremo Tribunal Federal, seja para fins de superação corretiva ou tão somente para mera adequação da lei à decisão. Em ambos os casos, todavia, não se pode negar a disposição em dialogar. Alguns desses casos serão avaliados no próximo tópico deste capítulo.

Embora não exista nada que impeça o Parlamento de propor legislação idêntica ou bastante parecida com aquela impugnada pelo Supremo, com o fito, inclusive, de provocar o diálogo incrementando novos argumentos, é evidente que a reação por meio de emenda à Constituição possui mais força, uma vez que, em uma possível tréplica dialógica, tirante possíveis inconstitucionalidades formais, a partir da propositura de nova ação direta perante o STF, a Corte poderia apenas declarar a inconstitucionalidade, com base na violação de cláusula pétrea.

Além dos casos que serão analisados ao final deste capítulo, várias foram as emendas constitucionais que funcionaram como fator reativo a decisões do Supremo: a Emenda Constitucional n. 29/2000³⁸⁰, com o objetivo de permitir a progressividade do IPTU para finalidades eminentemente fiscais, quando o STF havia decidido, no RE 153.771³⁸¹, que as alíquotas progressivas só seriam possíveis se guardassem propósitos extrafiscais; a Emenda Constitucional n. 33/2001³⁸², que superou o entendimento do STF favorável, até então, à não incidência do ICMS sobre importação de bens por pessoas físicas, conforme decisão proferida no RE 302.075³⁸³; a Emenda Constitucional n. 20/1998³⁸⁴, visando a contrariar a compreensão

³⁸⁰ Art. 3º O § 1º do art. 156 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 156....."

"§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:" (NR)

"I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e" (AC)*

"II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel." (AC)

³⁸¹ STF – RE n. 153.771/MG, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, de 05/09/1997.

³⁸² Art. 2º O art. 155 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 155.

.....

§ 2º.....

.....

IX -

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;

³⁸³ STF – RE n. 302.075/MG, rel. Min. Néri da Silveira, *DJ*, de 08/08/2001.

³⁸⁴ Art. 1º - A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações: (...);

"Art. 195 -

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (...).

do STF exposta por ocasião do julgamento do RE 166.772³⁸⁵, alterou a redação do art. 195, I, a, da Constituição para possibilitar a incidência da contribuição previdenciária do empregador, não apenas sobre os valores pagos àqueles que tivessem vínculos empregatícios com a empresa, mas também sobre “demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”; a Emenda Constitucional n. 19/1998³⁸⁶ incluiu as vantagens pessoais no cômputo do teto remuneratório, contrariando o entendimento firmado pelo STF na ADI 14³⁸⁷.

O julgamento da Reclamação 2.617/MG³⁸⁸, de relatoria do ministro César Peluso, confirma a presente compreensão. Nela, o reclamante informa que houve descumprimento de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, decorrente da aprovação de lei idêntica àquela declarada inconstitucional em sede de ADI. O Supremo, no entanto, não conheceu da reclamação, tendo em vista a redação do art. 102, § 2^a da Constituição, a partir da qual o legislador não está vinculado às decisões da Corte, sob pena de reduzi-lo a um papel subalterno e de fossilizar o texto constitucional, em descompasso com as modificações naturais da sociedade.

Luís Roberto Barroso ratifica o entendimento exarado na referida reclamação constitucional:

(...), não caberá reclamação perante o Supremo Tribunal Federal na hipótese de edição de norma de conteúdo idêntico ou similar, por não estar o legislador vinculado à motivação do julgamento sobre a validade do diploma legal precedente. O caso será de ajuizamento de nova ação direta³⁸⁹.

Apesar disso, já houve posturas mais hostis do STF a respeito do tema em questão. Na ADI 2.797/DF³⁹⁰, a maioria da Corte entendeu que o legislador não poderia editar lei que

³⁸⁵ STF – RE n. 166.772/RS, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 16/12/1994.

³⁸⁶ Art. 3º O caput, os incisos I, II, V, VII, X, XI, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XIX e o § 3º do art. 37 da Constituição Federal passam a vigorar com a seguinte redação, acrescentando-se ao artigo os §§ 7º a 9º:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; (...).

³⁸⁷ STF – ADI n. 14/DF, rel. Min. Célio Borja, *DJ*, de 01/12/1989.

³⁸⁸ STF – Recl. n. 2.617/MG, rel. Min. César Peluso, *DJ*, de 23/02/2005.

³⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233.

³⁹⁰ STF – ADI n. 2.797/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, de 19/12/2006.

contrariasse decisão anterior do STF e declarou a inconstitucionalidade formal da nova lei³⁹¹. Registrem-se as taxativas palavras proferidas pelo relator do processo, o ministro Sepúlveda Pertence: “De tudo resulta que a lei ordinária que se limite a pretender impor determinada inteligência da Constituição é, **só por isso**, formalmente inconstitucional” (grifo nosso). A concepção destilada pelo relator retira do Poder Legislativo, em boa medida, a possibilidade de interpretar a constituição, legando esta tarefa quase que exclusivamente ao STF. Como bem salienta Carlos Alexandre de Azevedo Campos³⁹², “o papel institucional do Supremo Tribunal Federal, como descrito por Sepúlveda Pertence, não seria o de ‘guarda da Constituição, mas o de *senhor da Constituição*” (itálico no original).

O dissenso foi manifesto pelos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes. Este último, ao apresentar seu voto contrário, afirmou que:

Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a “última palavra” conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que, se o legislador federal (re) incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o “diálogo”, o debate institucional deve continuar.

Já na ADI 3.772³⁹³, que tinha como objeto lei cujo conteúdo era idêntico ao de outra norma já declarada inconstitucional em outras ADIs, o Supremo aceitou a superação promovida pelo legislador, via lei ordinária, de modo a declarar a sua constitucionalidade e a permitir, por conseguinte, que outros atores também participassem da discussão constitucional³⁹⁴.

Outro mecanismo de produção dialógica reside no papel exercido pelo Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade. O art. 52, X da Constituição Federal prevê que

³⁹¹ O caso, em comento, girou em torno da prerrogativa de foro especial. O Supremo Tribunal Federal, por meio do Inquérito 687, consolidou entendimento no sentido de proibir o reconhecimento do foro privilegiado para pessoas que já não mais despenhavam funções que admitissem tal prerrogativa. Em réplica a esse entendimento, a Lei 10.628/2002 acrescentou o § 1º ao art. 84 do Código de Processo Penal, com o seguinte teor: “a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda quando o inquérito ou a ação judicial fossem iniciados após o exercício da função pública”.

³⁹² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. São Paulo: Forense, 2014, p. 334.

³⁹³ STF – ADI n. 3.772/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ, de 29/10/2008.

³⁹⁴ Neste caso, o Supremo já havia pacificado entendimento segundo o qual os professores somente poderiam, para fins de contagem de tempo de aposentadoria, apresentar estritamente a comprovação das atividades realizadas em sala de aula, excluindo-se, pois, outras funções que, ainda que relacionadas ao magistério, não significassem a prática da docência em sentido estrito. A Lei nº 11.301/2006 alterou este entendimento e passou a dispor que a concessão de aposentadoria especial para professores seria compreendida, a partir de então, por todas aquelas “exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas”, dentre as quais estão, “além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico”.

compete privativamente ao Senado “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Desde a Constituição de 1934³⁹⁵, a participação do Senado Federal é prevista para essa finalidade e, salvo na Constituição de 1937, repetiu-se em todos os textos constitucionais subsequentes. Como o controle difuso no Brasil é bastante influenciado pelo modelo norte-americano, esses dispositivos procuram também, por outro meio, conceder eficácia *erga omnes* às decisões que declarem a inconstitucionalidade de uma lei na via incidental, uma vez que, nos Estados Unidos, qualquer decisão da Suprema Corte, em sede de controle de constitucionalidade, produz efeitos gerais. Como, no Brasil, para demarcar a diferença entre os efeitos nos controles difuso e concentrado, não houve essa possibilidade, a inclusão do papel do Senado é um ponto intermédio para atender a influência do modelo norte-americano³⁹⁶.

Ao Senado é dado o poder de suspender ou não a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo em processos cuja arguição de inconstitucionalidade tenha sido feita prejudicialmente. Invariavelmente, o STF delibera sobre esse tipo de questão por meio de recursos extraordinários ou ações de sua competência originárias, a exemplo daquelas que se relacionam a alguma autoridade com foro privilegiado. Essa comunicação entre a Suprema Corte e uma das casas do Congresso Nacional demonstra consubstancialmente o calibre dialógico desse dispositivo.

Entretanto, o Supremo procurou relativizar essa relevante participação do Senado, quando do julgamento da Reclamação 4.335³⁹⁷. Os ministros Eros Grau e Gilmar Mendes levantaram a tese segundo a qual o art. 52, X da Constituição havia passado por um processo de mutação constitucional, em virtude da solidificação do controle abstrato de constitucionalidade especialmente no que diz respeito à sua ampla legitimação, de sorte a tornar a participação do Senado pouco relevante.

Como o acesso ao controle concentrado, a partir da Constituição de 1988, tornou-se bem mais fácil, especialmente com a assunção de entidades da sociedade civil à condição de legitimados ativos, seria, para a tese da mutação constitucional, despicienda qualquer

³⁹⁵ Há, pelo menos, dois artigos daquela Constituição que remetem a essa atribuição do Senado: “Art. 91 - Compete ao Senado Federal: (...) IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”.

“Art 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato”.

³⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 155.

³⁹⁷ STF – Recl. n. 4.335-5/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 21/10/2014.

intervenção política no controle difuso que tentasse representar o pensamento popular. Segundo o ministro Gilmar Mendes, que atuou na condição de relator da referida reclamação,

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes - hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

(...)

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade³⁹⁸.

Defendida pelo relator do caso, a mutação constitucional, que se deu em razão da superação da noção de separação dos poderes que se tinha em 1934 e das mudanças no sistema de controle de constitucionalidade a partir de 1988, haveria de modificar a função afeta ao Senado Federal pelo art. 52, X. Enquanto antes cumpria o papel de efetivamente deliberar sobre a suspensão da lei declarada inconstitucional, neste momento sua atribuição se resumiria a apenas dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal. Assim, o Senado não teria margem de liberdade para decidir e, portanto, a sua atitude transformar-se-ia em ato vinculado.

Vale anotar o entendimento de Luis Roberto Barroso, antes mesmo de sua assunção à condição de ministro. Para ele, ante a acentuação do controle concentrado a partir de 1988, a competência atribuída ao Senado revelaria-se um verdadeiro anacronismo³⁹⁹.

Nada obstante a reclamação ter sido provida, não se pode afirmar categoricamente que a tentativa dos ministros Eros Grau e Gilmar Mendes de abstratizar o controle concreto no sistema brasileiro prosperou. Em primeiro lugar, porque os ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio entenderam pela não ocorrência de mutação constitucional do art. 52, X. Segundo eles, caso o Supremo queira conceder efeitos *erga omnes* às suas decisões em controle difuso, faculta-se a ele a edição de súmula vinculante, na forma do art. 103-A da Constituição. Se assim não proceder o STF, permanece

³⁹⁸ STF – Recl. n. 4.335-5/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 21/10/2014, p. 27 e 35.

³⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 157.

respeitada a atribuição do Senado Federal, como forma de atendimento ao princípio da supremacia da constituição⁴⁰⁰.

Além disso, como a reclamação foi ajuizada em 2006 e seu julgamento consumou-se apenas em 2014, houve um fato novo muito relevante em 2009: a edição de súmula vinculante⁴⁰¹ que uniformizou as sucessivas decisões sobre o tema e tornou os seus efeitos *erga omnes*, ou seja, o cabimento da reclamação se daria não necessariamente pelo descumprimento de decisão do STF no controle difuso, mas por desrespeito a uma súmula vinculante. Esse foi o posicionamento adotado pelos ministros Teori Zavascki, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello.

Aquilo que antes era uma tendência em favor da abstratização do controle difuso consolidou-se como um posicionamento firmado da Corte, diante do recente julgamento das ADIs 3406 e 3470, que trataram sobre a proibição da extração do amianto. Embora o acórdão ainda não tenha sido publicado, ata da sessão⁴⁰² informa que o art. 2º da Lei 9.055/95 foi declarado inconstitucional, na via incidental, com efeito vinculante e *erga omnes*.

O art. 52, X da Constituição Federal passou, segundo o Tribunal, por um processo de mutação constitucional, sendo desnecessária a participação do Senado Federal quando da declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo STF, ainda que no controle difuso. A partir de então, a função da Casa Alta do Congresso Nacional passa a ser apenas a de dar publicidade ao conteúdo da decisão judicial.

No entanto, resta ainda saber qual será o posicionamento do Senado ante essa subtração de uma de suas funções do país, uma vez que, nada obstante a interpretação dada pelo Tribunal, o dispositivo que o confere a prerrogativa de suspender a lei continua intacto na Constituição Federal. Nada impede que o Senado desconsidere o teor da decisão e continue a emitir seu juízo sobre a (in) constitucionalidade da norma por meio de resolução, até porque há registro histórico, inclusive, de utilização desse instrumento para discordar da decisão do STF⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Nessa esteira, também é a crítica do professor Lenio Luiz Streck: “a) se o Supremo Tribunal Federal pretende – agora ou em futuros julgamentos – dar efeito vinculante em controle difuso, deve editar uma súmula (ou seguir os passos do sistema, remetendo a decisão ao Senado); b) ou isso, ou as súmulas perderam sua razão de ser, porque valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco (sempre com o alerta de que não se pode confundir súmulas com declarações de inconstitucionalidade)” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 557).

⁴⁰¹ Tratou-se da Súmula Vinculante nº 26, que possibilitou a progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, atentando para a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072 de 25 de Julho de 1990.

⁴⁰² STF – ADI n. 3406/RJ, rel. Min. Rosa Weber, *DJE*, de 01/12/2017.

⁴⁰³ Em 1993, após a comunicação do STF, o Senado deliberou em favor da manutenção do art. 9º da Lei nº 7.689/1988, antes declarado inconstitucionalidade na via incidental pela corte.

A possibilidade que o Poder Legislativo possui de superar decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle concentrado, em razão da ausência e vinculação descrita no art. 102, § 2º da Constituição, e a apreciação do Senado Federal da declaração de inconstitucionalidade pelo STF em sede de controle difuso, na forma do art. 52, X, representam indubitavelmente formas estipuladas pelo constituinte que fomentam alguma prática dialógica entre as instituições.

Além destes mecanismos constitucionais, há também algumas estimulações criadas pelo legislador infraconstitucional com a finalidade de propiciar a interação entre o Judiciário e o Legislativo, especialmente no interior dos processos do controle abstrato e quando da modificação ou revogação da lei em que se fundou a edição de súmula vinculante.

5.3.2 O fomento do legislador ordinário: do diálogo intraprocessual ao diálogo a partir das súmulas vinculantes

O art. 6º da Lei 9.868/1999 prevê que, quando do processamento de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade, “o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado”. O referido dispositivo é praticamente replicado no art. 6º da Lei 9.882/1999⁴⁰⁴ para os casos em que o STF estiver julgando uma arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Ramaís Castro Silveira desenvolveu pesquisa sobre o diálogo entre STF e Congresso Nacional com base nos ofícios manejados entre ambos dentro dos processos objetivos. A partir desses documentos, o autor procurou identificar se o Supremo levava em consideração, quando da sua decisão, os argumentos trazidos pelo parlamento, em decorrência dos dispositivos mencionados acima.

Com arrimo na concepção de diálogo em sentido material⁴⁰⁵, a que se filiou para produção de sua pesquisa empírica, o autor toma, como conceito de diálogo institucional, apenas aqueles casos em que efetivamente as instituições reciprocamente levam em consideração os argumentos explicitados nos ofícios de comunicação.

Apesar do estímulo concedido pelo legislador infraconstitucional à prática dialógica, em apenas 23 (vinte e três) dos 140 (cento e quarenta) acórdãos estudados por Ramaís, o

⁴⁰⁴ Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

⁴⁰⁵ Ver páginas 105 e 106.

Supremo levou em consideração aquilo que foi reproduzido pelo Congresso Nacional nos ofícios remetidos, chegando a concluir que a Corte possui uma postura refratária ao diálogo, ao menos por esse mecanismo em específico e consoante o seu conceito de diálogo em sentido material⁴⁰⁶.

A ausência de efeitos vinculantes perante o parlamento das súmulas do art. 103-A da Constituição, editadas pelo Supremo Tribunal Federal, também pode provocar um momento de interação entre as instituições. Nesse sentido é a redação do art. 5º da Lei 11.417/2006: “revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”.

Caso o Congresso Nacional, através da edição de uma nova lei, manifeste-se sobre determinada súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal terá o dever de analisar as razões a partir das quais houve a manifestação legislativa e procederá a revisão ou o cancelamento da súmula.

O dispositivo fala em “*revogação ou modificação* da lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante”, mas evidentemente, já que o Parlamento não fica vinculado aos efeitos da súmula vinculante, pode ele também apresentar nova legislação sobre o tema, superando o entendimento jurisprudencial, circunstância que ensejaria possivelmente o início de uma nova rodada dialógica.

Apesar dessas ferramentas estabelecidas pelo constituinte e complementadas pelo legislador ordinário, não há no Brasil nada equiparado aos países em que existe um modelo dialógico mais forte. Contudo já houve tentativas no sentido de alterar a Constituição com o objetivo de propor ferramentas bastante parecidas com aquelas existentes nos sistemas do Canadá, Israel, Reino Unido e Nova Zelândia. Apesar disso, paradoxalmente, há também quem sustente que tais tentativas representariam, ao contrário, muito mais um caminho em favor da supremacia parlamentar do que propriamente a confecção de um modelo dialógico.

5.3.3 *As tentativas de “ampliação do potencial dialógico”: um quase override à brasileira*

Alguns parlamentares, alegando a ampla proeminência do Poder Judiciário em nosso arquétipo constitucional, já tentaram - sem sucesso - modificar a Constituição para

⁴⁰⁶ SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo.** Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 420.

incorporarem alguns mecanismos que se assemelham bastante com a cláusula “não obstante” canadense e, portanto, teriam a finalidade de ampliar o potencial dialógico do nosso modelo de controle de constitucionalidade.

Há três propostas dessa natureza que se destacam, quais sejam: as PECs 03/2011 e 33/2011 de autoria do deputado Nazareno Fonteles do Partido dos Trabalhadores (PT) do Piauí e a PEC 171/2012 do deputado Mendonça Filho do Democratas (DEM) de Pernambuco. Preliminarmente, percebe-se que essas propostas advindas do Legislativo não guardam paternidade ideológica ou partidária, visto que os autores das propostas são de agremiações tradicionalmente adversárias e cujas linhas ideológicas são reconhecidamente antagônicas.

As PECs 03/2011 e 171/2012 praticamente possuíam a mesma redação e, inclusive por essa razão, a segunda foi apensada à primeira. O conteúdo da proposta visava a modificar a redação do art. 49, V, da Constituição Federal que prevê competência exclusiva do Congresso Nacional para “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. As PECs buscavam alterar esse dispositivo, para que o Congresso Nacional pudesse sustar os atos normativos de “todos os poderes”.

As justificativas de ambas as propostas ancoram seus fundamentos na separação dos poderes e na efetivação do sistema de freios e contrapesos. Citam também o art. 49, XI, da Constituição Federal, cujo teor afirma ser de competência exclusiva do Congresso Nacional “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”. Segundo o deputado Nazareno, haveria uma incompletude do texto constitucional que termina por provocar uma desigualdade na atuação do Legislativo, porquanto não se poderia zelar pela preservação da competência legislativa, se a ele seria atribuída a competência para sustar apenas os atos do Poder Executivo.

Já a PEC 33/2011 possui redação e justificativa mais amplas, quando comparadas àquelas que viabilizaram a propositura das outras duas PECs. Seu texto procurava modificar três dispositivos constitucionais: o art. 97, ao estabelecer que as declarações de inconstitucionalidade somente poderiam acontecer mediante a aprovação nos tribunais com o voto de quatro quintos de seus membros; o art. 103-A, estabelecendo o mesmo *quórum* para a aprovação de súmulas vinculantes e condicionando sua validade à deliberação pelo Congresso Nacional; e, por fim, um acréscimo de parágrafos no art. 102, com o objetivo de colocar a eficácia das decisões que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição sob novo julgamento do Congresso Nacional e, em caso, de divergência entre os

entendimentos das instituições (Congresso e Supremo), a matéria deve ser submetida à consulta popular.

A justificativa da proposta centra sua crítica no ativismo judicial refletido invariavelmente no Supremo Tribunal Federal em diversas questões e, de outra banda, defende o fortalecimento do Poder Legislativo como forma de mitigar o risco para a legitimidade democrática das decisões sobre o sentido da constituição. Segundo o parlamentar, o STF vem se tornando um “superlegislativo”. Para ele, é preciso desmistificar a ideia de última palavra nas mãos do Supremo e colocá-la nas mãos do povo, resgatando o valor da representação política.

Como forma de subsidiar intelectualmente o texto, há menções a defensores do constitucionalismo popular, a exemplo de Jeremy Waldron e Mark Tushnet, e a Peter Häberle, que pugna pela pluralidade dos intérpretes da constituição, bem como ao modelo dialógico inaugurado no Canadá a partir da Carta de Direitos de 1982, tentando buscar semelhanças entre a proposta e o modelo canadense.

Por fim, a PEC pretende “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”.

Apesar disso, são muitas as críticas a esse suposto caminho dialógico por que pretendem embarcar os autores das propostas. Para Glauco Salomão Leite, por exemplo, ao comentar sobre a PEC 33 em especial, a infirmação do Poder Judiciário não culminaria necessariamente com a produção de melhores decisões por parte do Poder Legislativo. Ao revés, isso poderia reduzir a *accountability* em face do parlamento. Outrossim, as referências ao modelo canadense, na visão do autor, são feitas de maneira descontextualizada, haja vista que os mecanismos inovadores criados na Carta de Direitos de 1982 serviram para mitigar a inauguração de um modelo de controle judicial de constitucionalidade dentro de um contexto histórico caracterizado pela supremacia parlamentar⁴⁰⁷.

O autor paraibano arremata fazendo duras críticas à apresentação da proposta:

(...) numa perspectiva dialógica, é preciso que os interlocutores possam agir livremente, sem pretensões hegemônicas. A PEC, ao almejar calar o STF, rompe com a ideia de diálogo e introduz o monólogo legislativo.

(...)

Portanto, sem necessidade de reformas estruturais, entende-se que posturas ativistas do STF, ao contrário de eliminar relações interorgânicas com o Poder Legislativo, pode construir, inclusive, uma estratégia para a Corte inaugurar o enfrentamento de

⁴⁰⁷ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 260.

uma determinada controvérsia politicamente custosa para o sistema político majoritário⁴⁰⁸.

Samira Macêdo Pinheiro sustenta que o ativismo judicial no STF, constantemente criticado, inclusive na própria justificativa da PEC 33/2011, pela utilização do panprincipiologismo⁴⁰⁹, não pode ser combatido com o enfraquecimento do Judiciário. É necessário, de outro modo, que este tipo de fundamentação de que se vale o ativismo seja substituído por decisões racionais. Assim, para a autora, os problemas do ativismo podem ser resolvidos no âmbito judicial⁴¹⁰.

Em semelhante tom de crítica à proposta, Monia Clarissa Hennig Leal e Felipe Dalenogare Alves⁴¹¹, revisitando o debate entre Kelsen e Schmitt, apontam que “a propositura da PEC 33/2011 nada mais representa senão uma reação antidemocrática de luta pelo poder, remontando à discussão travada outrora acerca de quem é competente pela guarda da Constituição”.

Por outro lado, há juristas que se alinham ao teor das aludidas propostas e que advogam em favor da afinidade de tais com a perspectiva dialógica. É o caso de Gilberto Bercovici e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. Em artigo sobre o tema, os autores compreendem que a PEC 33/2011 não fere a “separação dos poderes”, conquanto defendem que “o que se opõe a toda tradição constitucionalista de ‘separação dos poderes’ é justamente a falta de controle do Judiciário”. Sendo assim, não haveria nenhuma inconstitucionalidade que por ventura viesse a macular a proposta⁴¹².

Em discurso intermediário, Thomas da Rosa de Bustamante e André Almeida Villani reconhece que o procedimento adotado na Proposta de Emenda à Constituição não favorece a uma solução para o embate existente entre os poderes, porém consigna que a discussão em

⁴⁰⁸ LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 260-261.

⁴⁰⁹ Lenio Streck utiliza o termo para reproduzir a criação desmedida de princípios despidos de normatividade. Para mais detalhes, ver STRECK, Lênio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Direito UNIFACS – Debate virtual**, n. 144, 2012. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2145>>. Acesso em 20 dez. 2017.

⁴¹⁰ AMORIM, Samira Macêdo Pinheiro de. **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 (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Ciências Sociais, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015, p. 146.

⁴¹¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare. O guardião da Constituição por Hans Kelsen e Carl Schmitt: uma análise dos fundamentos de propositura da PEC nº 33/2011. In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare; MEOTTI, Francieli Freitas (orgs.). **A jurisdição constitucional brasileira: perspectivas e desafios**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015, p. 24.

⁴¹² BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’alverne Barreto. Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC Nº 33/2011. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, set./dez., 2013, p. 798. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v18n3_artigo5.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

torno dela “traz pontos significativos para o debate constitucional” e seu conteúdo incentiva um diálogo entre os poderes⁴¹³.

Para além das críticas e elogios que circundam as propostas, cumpre constatar que a discussão sobre diálogos institucionais e o incômodo com a supremacia judicial brasileira chegou com relativa musculatura ao Parlamento, de sorte que cabe investigar de que maneira o assunto tem sido abordado perante aquele que foi nomeado pela Constituição como o seu guardião: o Supremo Tribunal Federal.

5.3.4 O debate chega ao STF: uma análise das ADIs 4.650 e 5.105

O mérito ou mesmo a reação legislativa em si do processo em questão não são propriamente o objeto sobre o qual pretendemos nos debruçar neste ponto em específico. Essa análise será o propósito do próximo capítulo. Por ora, é preciso compreender como o Supremo Tribunal Federal tem abordado, nos fundamentos de suas decisões, a discussão em torno dos diálogos institucionais.

Ao colocarmos no campo de busca da “Pesquisa de Jurisprudência” do site do STF (www.stf.jus.br) os termos “diálogos institucionais” e “diálogos constitucionais”, encontramos, pelo menos, duas ações que fazem clara referência ao tema desta pesquisa e fundamentam as suas decisões com esteio nele. São as ADIs 4.650⁴¹⁴ e 5.105⁴¹⁵, ambas sob a relatoria do ministro Luiz Fux.

As duas ações diretas de inconstitucionalidade foram julgadas procedentes e consistiram em tréplicas do Judiciário a respeito de normas bastante semelhantes a outras já declaradas inconstitucionais anteriormente. A primeira dizia respeito ao modelo de financiamento das campanhas eleitorais, enquanto que a segunda abordou a distribuição do direito à antena e o acesso ao fundo partidário.

O ministro Luiz Fux, em seu voto na ADI 4.650, considerou o parlamento como *locus* natural das decisões políticas, contudo, invocando John Hart Ely, ponderou para a permissão dada ao Judiciário de fazer algumas interdições, especialmente para corrigir patologias do sistema representativo e proteger direitos e interesses de grupos políticos minoritários.

⁴¹³ BUSTAMANTE, Thomas; VILLANI, André Almeida. Diálogos institucionais: a PEC/33 e o discurso jurídico no Legislativo e no Judiciário. In: VITA, Jonathan Barros; LEISTER, Margareth Anne (Orgs.). **Direitos fundamentais e democracia II** - Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI / UNINOVE (São Paulo). Florianópolis: FUNJAB, 2014, p. 179-202.

⁴¹⁴ STF – ADI n. 4.650/DF, rel. Min. Luiz Fux, *DJ*, de 24/02/2016.

⁴¹⁵ STF – ADI n. 5.105/DF, rel. Min. Luiz Fux, *DJ*, de 16/03/2016.

Apesar de não pretender advogar em favor da juristocracia – para utilizar a expressão cunhada por Ran Hirschl⁴¹⁶ - e de reconhecer o vasto conhecimento de que dotam alguns membros da classe política, ressaltou que o controle jurisdicional notabiliza-se pelo maior insulamento dos juízes e, por conseguinte, revela-se precípua ao sistema constitucional.

Entretanto, a existência do controle jurisdicional de constitucionalidade não confere à corte o desiderato de produzir soluções definitivas. Para ele, “a Corte Constitucional deve promover, na espécie, de forma prudente e intencional, um ‘colóquio contínuo’ (*continuing colloquy*) com os demais poderes políticos e as entidades da sociedade civil em geral”⁴¹⁷. A solução, portanto, deve vir através do diálogo em rodadas procedimentais, e o STF tem de atuar na condição de “catalisador deliberativo”⁴¹⁸.

Já na ADI 5.105, cuja fundamentação foi bem mais prolixa do que na ADI 4.650, o ministro Luiz Fux frisou a “dificuldade contramajoritária” que detêm os juízes. Nada obstante, a jurisdição constitucional seria responsável por estabelecer um ponto de equilíbrio entre as balizas do Estado Democrático de Direito: o constitucionalismo e a democracia. Os tribunais, então, precisariam estar atentos para não tolherem a autonomia pública, mas, ao mesmo tempo, procurarem não chancelar o despotismo da maioria.

Apesar de concluir que a guarda da Constituição conferida ao STF dá a ele a última palavra no âmbito do Estado Democrático de Direito, o Brasil não possui um sistema constitucional em que se erige um modelo de supremacia judicial em sentido material ou forte. Essa assertiva, segundo o eminente relator, pode ser comprovada descritiva e prescritivamente.

Antes de analisar esses pontos de vista propostos pelo ministro Luiz Fux, cabe jogar luzes no conceito elaborado por Rodrigo Brandão. Segundo o autor, existiria supremacia judicial em sentido material quando não há, na prática, chances reais e viáveis de reversão das decisões da Suprema Corte. Um exemplo disso ocorre, quando a única possibilidade factível de superação de determinado entendimento jurisprudencial consolidado é a mudança da composição do Tribunal ou do seu posicionamento, inadmitindo, portanto, a visão de outros atores⁴¹⁹.

⁴¹⁶ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004, p. 1.

⁴¹⁷ STF – ADI n. 4.650/DF, rel. Min. Luiz Fux, *DJ*, de 24/02/2016, p. 44.

⁴¹⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 214.

⁴¹⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 22.

Com a finalidade de comprovar descritivamente a ausência de supremacia judicial em sentido material, o ministro sumariza uma série de reações legislativas, especialmente, através da aprovação de emendas constitucionais que não foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo⁴²⁰. No mesmo sentido, em relação a reações por meio de leis ordinárias, critica posições antidialógicas e de autoritarismo judicial da Corte, esposadas, por exemplo, na ADI 2.797, em confronto com um comportamento deveras dialógico em outras oportunidades, como na ADI 3.772. A antítese ilustrada por meio destes dois casos já foi observada no tópico 5.3.1.

Com base nisso, arremata na seguinte perspectiva: i) a correção legislativa não pode ser vedada *ex ante*, como ocorrera no voto do ministro Sepúlveda Pertence quando atuou na condição de relator no julgamento da ADI 2.797; ii) é possível a reversão da decisão judicial por meio da aprovação de emenda à Constituição, circunstância em que o parâmetro material de futuro controle jurisdicional se reduz apenas às limitações do art. 60 e seus parágrafos; iii) é cabível também a reversão da decisão judicial por meio da aprovação de lei ordinária, oportunidade em que a Corte somente a invalidará em caso de ofensa chapada à Constituição Federal.

Do ponto de vista prescritivo, não haveria igualmente supremacia judicial em sentido forte. Primeiramente, por reverência ao princípio democrático que não pode comprometer decisivamente as prerrogativas do parlamento. Em segundo lugar, por expresso desejo do constituinte em não estender os efeitos vinculantes ínsitos às decisões do STF no controle concentrado e às edições de súmulas vinculantes (arts. 102, § 2º e 103-A, respectivamente), bem como no dever do Judiciário de fundamentar as suas decisões (art. 93, IX), o que inviabilizaria meras remissões à primeira decisão proferida, em caso de correção legislativa que viabilizou tréplica a ser pronunciada pela Corte. Ao contrário, os tribunais devem enfrentar cada caso com as suas peculiaridades e argumentos.

Além disso, uma visão de supremacia judicial em sentido forte não seria compatível com a Constituição de 1988, uma vez que incentivaria posturas irresponsáveis do legislador, oportunizando-lhe a chance de propor matérias sobejamente inconstitucionais como estratégia política, e iria de encontro à ideia de limitação do poder, materializada também pela pluralidade de intérpretes da constituição.

Destarte, o pronunciamento do Tribunal encerra uma rodada procedimental, ou seja, não sacramenta em definitivo a solução. O resultado de sua decisão enseja a possibilidade do início de novas rodadas, logo a Corte possui apenas a última palavra provisória. Pode haver,

⁴²⁰ Ver páginas 133 e 134.

então, reações legislativas das quais não cabe declaração de inconstitucionalidade formal sob a justificativa de contrariarem a jurisprudência da corte.

Nessa lógica, o Poder Legislativo pode tentar superar o entendimento jurisprudencial por meio de emendas constitucionais, reduzindo o parâmetro apreciativo do Judiciário, porquanto só poderá analisar materialmente se a proposta violar cláusula pétrea. A outra forma de superação seria a aprovação de lei ordinária que, segundo o ministro Luiz Fux, gozaria de presunção de inconstitucionalidade. Por meio dela, o legislador pode apresentar uma lei idêntica ou semelhante (lei “*in your face*”) ou alterar as razões e/ou os objetivos sob os quais se assentavam aquela declarada inconstitucional. Na primeira hipótese, haveria um escrutínio judicial mais rigoroso.

Em seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso segue a mesma linha do relator: “Nunca existe uma decisão final e definitiva. A matéria está sempre aberta ao debate público e a novas propostas de interpretação constitucional”⁴²¹. Contudo posicionamento um tanto mais refratário aos diálogos foi o do ministro Ricardo Lewandowski: “o Supremo Tribunal Federal tem a última palavra. Não cabe ao Poder Legislativo reagir a decisões relativas à interpretação constitucional, sobretudo, tomadas em controle abstrato de constitucionalidade, mediante alterações da legislação ordinária”⁴²².

Tendo em vista esses dois recentes precedentes em que, apesar de, ao final, terem declarado a inconstitucionalidade das legislações reativas, o Supremo parece apontar para uma tendência bastante generosa em relação à cultura dialógica. Houve uma profunda discussão sobre o tema, principalmente nos extensos votos do ministro Fux. Além disso, em nenhum momento, foi suscitada uma possível inconstitucionalidade formal pela reação legislativa ofender precedente da Suprema Corte em decisão com efeitos *erga omnes* e vinculantes, como fora feito em precedente mais antigo de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence.

É possível perceber também alguma boa vontade por parte do Poder Legislativo em abrir canais de diálogo. As frequentes reações com as quais teremos contatos ao final desta pesquisa vaticinam para essa compreensão. Do mesmo modo, as tentativas de ampliação do potencial dialógico, propostas por meio das PECs 03/2011, 33/2011 e 171/2012, embora transpareçam, por um lado, uma espécie de retaliação ao agigantamento do Judiciário, assemelham-se, em alguma medida, com os experimentos dialógicos formais de outros países.

⁴²¹ STF – ADI n. 5.105/DF, rel. Min. Luiz Fux, *DJ*, de 16/03/2016, p. 89.

⁴²² STF – ADI n. 5.105/DF, rel. Min. Luiz Fux, *DJ*, de 16/03/2016, p. 194.

Constata-se, pois, os espaços dialógicos no ordenamento constitucional, bastando que os poderes demonstrem intenção em cooperar e fazer da interpretação constitucional uma tarefa solidária. Já se percebe, ao menos no STF, que teria *a priori* o domínio da última palavra, uma postura propícia à conversa interinstitucional. Assim, pode-se projetar que os diálogos institucionais no Brasil têm se tornado produto do “desenho institucional que o disciplina formalmente” – ainda que timidamente - e da própria “cultura política que o anima”⁴²³.

O Brasil não possui uma supremacia judicial em sentido material, mas o Supremo possui, com bastante frequência, a última palavra provisória, suscetível a novas rodadas procedimentais. Cabe saber como podem se dar as reações do Legislativo às decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando do exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

⁴²³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 173.

CAPÍTULO 6: DECISÕES E REAÇÕES: COMO DIALOGAM STF E CONGRESSO NACIONAL?

A teoria dos diálogos institucionais, a despeito de seus mais diversos braços e olhares, tem o propósito de, por um lado, afastar a supremacia do Parlamento como intérprete único da Constituição, e, de outra banda, desmistificar a ideia – tão propagada nos tribunais e em recantos da sociedade brasileira - de que a última palavra sobre o sentido do texto constitucional residiria no Poder Judiciário.

Embora ao STF seja dada a função de guardar o texto constitucional, os espaços dialógicos concebidos pelo constituinte de 1988 superam a noção de supremacia judicial em sentido forte e oportunizam ao Congresso Nacional reagir a determinadas decisões do Tribunal. No mais das vezes, entretanto – é fato -, a proposta de uma conversa honesta acaba descambiando para uma verdadeira arena de embates institucionais.

É possível, desde já, afirmar de modo categórico que nem toda reação legislativa será necessariamente contrária à decisão judicial. Na verdade, aquilo que propriamente justifica a existência de diálogos converge para o encontro de uma decisão compartilhada e que, idealmente, possa ser, ao cabo de muitas discussões, a descoberta de um consenso. Por outro lado, o que poderia e deveria ser um debate profícuo, pode se transformar em um verdadeiro embate institucional.

Outro questionamento que surge é saber se a inércia do legislador constitui uma modalidade reativa. E, se realmente a resposta for positiva para este questionamento, o conceito de inércia compreenderia a não aprovação de uma propositura legislativa ou simplesmente a ausência de qualquer proposição?

Some-se a essas considerações o fato de que uma reação pode provocar novas manifestações, capazes de constituir novas rodadas dialógicas. Este fato, inclusive, pode ocasionar o inconveniente de a discussão sobre a interpretação constitucional regredir ao infinito, mas sempre, ainda que de cada término de rodada, possa extrair-se uma última palavra provisória⁴²⁴.

Poderíamos sintetizar estas indagações em uma proposta feita por Juliano Zaiden Benvindo:

⁴²⁴ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 174.

Como imaginar o arranjo institucional entre os diferentes Poderes – seja ele interpretado como uma contínua competição e um forte desacordo, seja como um diálogo (embora aqui se trate de um diálogo ciente das disputas por poder) –, diante dos desafios que se lançam em um contexto de consolidação de uma democracia constitucional como a brasileira?⁴²⁵

A avaliação de oito casos paradigmáticos a seguir pode – e efetivamente pretende – responder a estas indagações, com o intuito de compreender, ao final, como podem acontecer as reações eminentemente legislativas do Congresso Nacional às decisões do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando este se manifesta por meio do controle de constitucionalidade.

6.1 Análise de casos paradigmáticos

Analisar os seguintes casos corresponde a uma tarefa que tem a pretensão de cumprir dois propósitos: i) evidenciar empiricamente o potencial dialógico presente na Constituição brasileira identificado no capítulo anterior; e ii) auxiliar na elaboração de uma resposta sobre como o Congresso Nacional pode reagir legislativamente a decisões do Supremo Tribunal Federal.

Antes de tudo, é preciso esclarecer que o objeto desta pesquisa refere-se apenas às reações legislativas do Parlamento brasileiro às decisões do STF, uma vez que é possível que os poderes dialoguem todos entre si sobre o sentido da Constituição das mais variadas formas. A Constituição criou mecanismos que facilitam a ocorrência de diálogos entre os poderes. O Legislativo reage a determinadas posições do Executivo, quando, por exemplo, utiliza-se do disposto no art. 49, V da Constituição Federal para sustar atos normativos do Poder Executivo que eventualmente exorbitem o poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Do mesmo modo, decisões do Supremo que declarem a inconstitucionalidade de medidas provisórias podem significar certamente o início de um diálogo com o Executivo.

Além disso, tais diálogos não se dão apenas no âmbito da função legislativa. Ao contrário, reações a decisões judiciais podem ser simplesmente de naturezas política ou administrativa como quando os poderes políticos promovem ataques institucionais à Corte⁴²⁶,

⁴²⁵ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014, p. 74.

⁴²⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 281.

alterando o número de seus membros, manipulando as suas competências⁴²⁷ ou até mesmo propondo o *impeachment* de juízes.

Outra forma de reagir politicamente às decisões da Suprema Corte é manejando os mecanismos próprios, a exemplo de emendas orçamentárias, para reduzir o orçamento dos tribunais e vantagens remuneratórias dos juízes⁴²⁸. Por fim, a utilização do processo de nomeação e investidura dos membros da Suprema Corte⁴²⁹ e a não implementação de decisões judiciais⁴³⁰ podem servir como “recados” a determinados comportamentos do Judiciário.

Um novo mecanismo que enceta o diálogo entre os poderes, com tratamento recente pelo STF, é o chamado Estado de Coisas Inconstitucional. Instituto desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia, o ECI consiste em uma

técnica decisória, voltada ao enfrentamento de violações graves e sistemáticas da Constituição, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas que envolvam um grande número de pessoas, e cuja superação demande providências variadas de diversas autoridades e poderes estatais⁴³¹.

Nesse caso, a decisão do tribunal impõe uma série de medidas a serem cumpridas pelas autoridades competentes. No Brasil, o STF declarou o sistema carcerário brasileiro como um estado de coisas inconstitucional na ADPF 347⁴³², tendendo, a partir daí, a estabelecer um diálogo entre os poderes, com a finalidade de modificar esse estado de coisas.

⁴²⁷ Exemplos de expedientes dessa estirpe – alterar número de membros e manipular competências -, no Brasil, são bastante característicos de regimes ditatoriais, quando o Judiciário age de modo contrário às arbitrariedades promovidas, na tentativa de proteger as liberdades. No tópico 5.1, é possível observar várias medidas nesse sentido, especialmente na ditadura de Vargas e no regime militar de 1964.

⁴²⁸ Esse tipo de reação pode acontecer por meio de ações contra as quais se coloque a magistratura. Como ilustração disso, vale mencionar os casos em que o presidente do Senado Renan Calheiros havia colocado em pauta de votação o projeto de lei que visava a ampliar os casos de abuso de autoridade e também quando instalou uma comissão do Senado para apurar o pagamento de salários acima do teto constitucional. Como o senador é alvo de uma série de acusações na Operação Lava Jato, a atitude foi vista como uma forma de retaliação. Da mesma forma enxergou o senador, quando foi afastado do cargo em decisão liminar proferida pelo ministro Marco Aurélio (ver tópico 6.1.5). Coincidentemente, depois da decisão do pleno do STF que revogou a medida liminar e manteve Renan Calheiros no cargo, o parlamentar desistiu de colocar em votação o projeto de lei relativo ao abuso de autoridade. Para tanto, ver *Associação de juízes acusa Renan de retaliar e tentar intimidar magistratura* (Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/associacao-de-juizes-acusa-renan-de-retaliar-e-tentar-intimidar-magistratura/>>); *Para Renan, decisão é ‘retaliação’ do Judiciário* (Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,para-renan-decisao-e-retaliacao-do-judiciario,10000092772>>); *Mantido no cargo pelo STF, Renan suspende projeto que amplia casos de abuso de autoridade do Judiciário* (Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/mantido-no-cargo-pelo-stf-renan-suspende-projeto-que-amplia-casos-de-abuso-de-autoridade-do-judiciario/>>). Acesso em 27 dez. 2017.

⁴²⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 287.

⁴³⁰ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 292.

⁴³¹ Conceito extraído da petição inicial apresentada pelo PSOL na ADPF 347 e redigida pelo advogado Daniel Sarmiento.

⁴³² STF – ADPF n. 347/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJE*, de 19/02/2016.

A par disto, cumpre cerrar o nosso objeto de pesquisa apenas nas possibilidades de reações eminentemente legislativas às decisões do Supremo, oferecidas apenas pelo Congresso Nacional. Respondida a primeira questão a que se propõe este trabalho no sentido de afirmar a potencialidade dialógica constitucional aberta pela Constituição de 1988 como já vimos no capítulo anterior, importa saber *como* o Congresso Nacional pode apresentar respostas legislativas a decisões da Suprema Corte em sede de controle de constitucionalidade.

Como o Brasil não apresenta qualquer mecanismo especial de superação normativa, a exemplo do que acontece em países como o Canadá, Isarael, Inglaterra e Nova Zelândia e tendo em vista a inexistência de supremacia judicial em sentido forte, a sequência legislativa apresenta-se como o único mecanismo a ser utilizado pelo Congresso Nacional, na oportunidade em que deseja “dialogar” com o STF.

Se tomarmos as espécies normativas dispostas no artigo 59 da Constituição Federal⁴³³, apenas as medidas provisórias e as leis delegadas não poderiam ser propostas por uma das Casas do Parlamento. Ainda assim, seria possível incluir, como reação legislativa, a aprovação de uma destas duas proposituras em qualquer fase do processo legislativo ou a delegação feita pelo Congresso, nos termos do art. 68 da Constituição.

Nesse diapasão, o Congresso Nacional pode se manifestar ante uma decisão do Supremo Tribunal Federal por meio da apresentação ou da aprovação em qualquer fase do processo legislativo de proposta de emenda à Constituição (PEC) ou de projeto de lei (PL), de decreto legislativo e de resolução. Em relação a esses três últimos, como apresentam quóruns de aprovação próprios de maiorias ordinárias⁴³⁴, considera-los-emos, para facilitar a abordagem a que a pesquisa se propõe, “lei em sentido lato sensu” e, por conseguinte, resumiremos, terminologicamente, as possibilidades de reações legislativas em PECs e PLs.

A segunda pergunta feita na introdução desta pesquisa já resta parcialmente respondida, qual seja: o Congresso Nacional pode apresentar PEC ou PL, bem como aprovar

⁴³³ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

⁴³⁴ Cumpre tão somente distinguir o quórum de aprovação de uma lei complementar em relação aos demais, uma vez que para aquelas é necessária a maioria absoluta dos membros, enquanto que para o restante, basta a maioria dos presentes ou maioria simples.

em qualquer fase do processo legislativo propositura em tramitação, inclusive aquelas de iniciativa reservada do Poder Executivo. Este é o aspecto formal da reação dialógica.

A análise dos casos a seguir, cumulada com a leitura de alguns autores que já abordaram o tema, pretenderá evidenciar a primeira parte da resposta já pontuada e responder a questão “Como o Congresso Nacional pode responder às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade?”, em seu aspecto substancial ou material. De que maneiras pode o Parlamento se comportar frente a uma decisão da Suprema Corte quanto ao seu conteúdo?

Para tanto, os casos escolhidos, que correspondem basicamente a uma decisão do STF sobre determinado assunto e as eventuais respostas advindas do Parlamento, representam bem o fenômeno da judicialização da política, pois correspondem a assuntos tradicionalmente tratados apenas pelos poderes políticos e agora sob o crivo também do Judiciário, especialmente, no exercício da jurisdição constitucional.

São matérias de relevante interesse social, cujas decisões foram tomadas em períodos espaçados desde a promulgação da Constituição de 1988, logo há casos encetados na década de 1990, a exemplo da cláusula de barreira e da tributação do serviço de iluminação pública, e outros extremamente recentes, como a vaquejada e a situação de réus que ocupam cargos na linha sucessória da presidência da república.

Todos eles não são apenas paradigmáticos pelas consequências que provocaram para alguns segmentos ou para a sociedade como um todo, mas também sob a perspectiva dialógica com que vêm sendo examinados e observados por autores constitucionalistas brasileiros⁴³⁵.

O questionamento colocado como subtítulo deste capítulo, “Como dialogam STF e Congresso Nacional?”, é, pois, simples força de retórica para instigar a melhor leitura, uma vez que há uma série de situações possíveis, sob a ótica dos diálogos institucionais, que não serão avaliadas por completo nesta pesquisa, mas que poderiam certa e perfeitamente se

⁴³⁵ Ver, por exemplo, VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 116-121; LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 246-254; BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 357-363; OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **A jurisdição constitucional em perspectiva: Judicialização, ativismo e diálogo no Supremo Tribunal Federal**. 2014. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2014, p. 116-123 e p. 150-164; ARABI, Abhner Youssif Mota. **O caso da vaquejada e a última palavra sobre a Constituição**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/abhner-arabi-vaquejada-ultima-palavra-constituicao>>. Acesso em: 27 dez. 2017; CAMARGO, Margarida Lacombe; VIEIRA, José Ribas; SILVA, Diogo Bacha e. **A vaquejada e o incipiente diálogo institucional**. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/artigos/avaquejada-e-o-incipiente-dialogo-institucional-23062017>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

encaixar na questão epigrafada, a saber: os outros tipos de reações que não as de jaez eminentemente legislativo, a quantidade de vezes em que cada interlocutor levou em consideração os argumentos do outro (verificação do diálogo em sentido material), as réplicas que eventualmente ocorreram, as teorias dialógicas utilizadas pelos interlocutores, dentre outros aspectos que merecem ser tratados, de maneira mais pormenorizada, por outras pesquisas científicas⁴³⁶.

6.1.1 A vaquejada

No julgamento do acórdão da ADI 4.983/CE⁴³⁷, concluído no dia 06 de outubro de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria em favor da declaração de inconstitucionalidade da Lei do Estado do Ceará nº 15.299/2013, que visava a regulamentar a prática da vaquejada. Dos 11 (onze) ministros, 06 (seis) votaram pela procedência do pedido feito pela Procuradoria Geral da República.

Em seu voto, o relator do caso, o ministro Marco Aurélio, conformou tratar-se de uma situação que envolve conflito de normas constitucionais – a proibição de práticas cruéis contra os animais (art. 225, § 2º, VII) e a garantia do pleno exercício dos direitos culturais e do acesso às fontes da cultura nacional (art. 215) -, de sorte que cabia um juízo de ponderação para identificar qual dos dois haveria de possuir mais peso no caso concreto.

Em respeito a outros precedentes que tratavam sobre questões similares, a exemplo da farra do boi no Recurso Extraordinário 153.531/SC e das rinhas de galo na ADI 1.856/RJ e na ADI 2.514/SC, o ministro posicionou-se mais favorável à proteção dos animais. Para ele, “o dever geral de favorecer o meio ambiente é indispensável”⁴³⁸.

Na verificação de laudos técnicos que comprovariam os maus tratos aos animais, não haveria possibilidade de redução ou mitigação do tratamento cruel dispensado ao boi e ao cavalo na prática da vaquejada. Mediante esse entendimento, o ministro Marco Aurélio votou pela procedência da ação e, por conseguinte, para declarar a inconstitucionalidade da lei estadual.

Em voto bem mais longo comparado ao do próprio relator, o ministro Luís Roberto Barroso fez uma extensa digressão a respeito das origens e da prática da vaquejada, além de dissertar sobre a evolução da ética animal. Antigamente, a relação entre os homens e os

⁴³⁶ Ainda que estes outros aspectos não sejam o objeto central desta pesquisa, muitos deles serão ventilados por ocasião da análise dos casos, a exemplo da verificação do diálogo em sentido material e das teorias dialógicas utilizadas, especialmente aquelas relativas ao método judicial.

⁴³⁷ STF – ADI n. 4.983/CE, rel. Min. Marco Aurélio, *DJE*, de 26/04/2017.

⁴³⁸ STF – ADI n. 4.983/CE, rel. Min. Marco Aurélio, *DJE*, de 26/04/2017, p. 10

animais, era somente de dominação. Ao longo da história, no entanto, duas correntes modificaram esse tipo de relação: a corrente do bem estar, que permite a utilização de animais por humanos para fins científicos, econômicos e de entretenimento, desde que seja realizada sem tratamento cruel; e a corrente dos direitos dos animais, que sustenta a inexistência de justificativa para a utilização de animais para quaisquer desses propósitos. O ministro pugna pela conciliação entre essas teorias, para decidir o caso.

Segundo ele, embora as normas constitucionais que se relacionam com o art. 225 devem ter como objetivo o equilíbrio ecológico do meio ambiente, a vedação de práticas cruéis, inserta no § 1º, VII do referido dispositivo, em atenção às correntes do bem-estar animal e dos direitos dos animais, representa norma autônoma, ou seja, não será apenas aplicada quando a proteção do animal for um meio para atingir o equilíbrio do meio ambiente. Ela é bastante em si mesma: veda-se a crueldade no trato para com os animais, porque essa atitude seria de *per se* incompatível com a evolução do processo civilizatório.

Barroso, ao comentar os casos das rinhas de galo e da farra do boi, compreende que, em tais situações, a crueldade é inequívoca, alegação que, ao revés, não pode ser replicada à vaquejada. O argumento utilizado pela Procuradoria Geral da República para caracterizar a atividade típica nordestina como prejudicial aos animais envolveria três aspectos: o enclausuramento cumulado com a instigação dos animais, o esforço dos cavalos e a puxada da cauda do boi cumulada com o seu tombamento no chão.

Em relação ao primeiro aspecto, não se verifica clara a inerência de maus tratos à prática, uma vez que determinadas organizações de vaquejadas poderiam utilizar mecanismos de enclausuramento e instigação, enquanto outras não. Nesse caso, caberia fiscalização, e não proibição da atividade. No que tange ao segundo aspecto, haveria somente a potencialidade de lesões. Porém o terceiro tornaria, por si só, cruel a vaquejada, uma vez que a puxada da cauda do boi e a queda do animal são atos inerentes à prática, e, além de não haver possibilidade de mitigação, se ela fosse removida, não se poderia mais chamar a atividade de vaquejada.

Diante disso, uma regulamentação que previsse a proibição da puxada da cauda do boi e o seu tombamento descaracterizaria a própria prática e, portanto, seria insuficiente e impossível.

O ministro, então, acompanhou o relator e votou pela procedência da ação, compreendendo que, no juízo de ponderação, o direito dos animais prevaleceria em detrimento do direito à cultura. Acompanharam esse entendimento as ministras Rosa Weber e Carmen Lúcia e os ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

Além de optarem pela declaração de inconstitucionalidade da lei estadual, o entendimento dos ministros aponta para a impossibilidade de qualquer tipo de diálogo institucional, uma vez que não caberia uma nova legislação que regulamentasse de maneira mais aprimorada a questão, já que a crueldade aos animais seria inerente à prática da vaquejada, não sendo possível qualquer mitigação do sofrimento.

Inaugurando a divergência, o ministro Edson Fachin compreendeu que a prática da vaquejada não poderia ser colocada em pé de igualdade em relação à farra do boi e às rinhas de galo, uma vez que, nestas, restou comprovada a crueldade para com os animais, enquanto que naquela, não parece existir.

Além disso, o ministro ressaltou que era preciso reconhecer a vaquejada como manifestação cultural importante da zona rural, como salientado na própria petição inicial, devendo a corte despir-se de uma visão unilateral eminentemente urbana. A atividade representaria um modo de criar, fazer e viver, aludindo ao art. 216, II da Constituição Federal.

Concordaram com os argumentos da divergência os ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki, Luiz Fux e Dias Toffoli. Em especial, realçaram a necessidade de se fazer o *distinguish* entre o caso da vaquejada e os precedentes relacionados às rinhas de galo e à farra do boi.

Outros argumentos foram também acrescidos ao voto do ministro Fachin. O ministro Fux buscou fazer alusão ao procedimento de abate do gado, para demonstrar que seria bem mais cruel do que a prática da vaquejada e, caso proibido, estaria a causar sérios prejuízos ao direito à alimentação. Gilmar Mendes defendeu a possibilidade de medidas intermediárias que promovam a melhor proteção aos animais, para que a vaquejada não se torne uma prática clandestina sem a devida fiscalização.

O ministro Teori Zavascki, por sua vez, esclareceu que o objeto da ADI não era a atividade da vaquejada, mas tão somente a lei e que, portanto, esta ação não seria o meio correto para invalidar. Ele compreendeu também que a lei estadual seria um caminho para a erradicação da prática, tal qual a “lei do ventre livre” foi para a abolição da escravatura no Brasil, levando em consideração o processo gradual de evolução civilizatória.

Essas duas últimas manifestações – dos ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki – apontam para a possibilidade de reações legislativas visando ao aprimoramento da lei cearense. A ideia seria uma regulamentação que contemplasse de forma ainda mais generosa mecanismos de proteção dos animais. Tais considerações alinham-se com a técnica do aconselhamento judicial, consoante tratado no item 4.2.1.1.

Mesmo declarada a inconstitucionalidade da lei, uma intensa reação popular contra a decisão do STF⁴³⁹ provocou uma série de respostas legislativas à decisão. A primeira delas foi a aprovação do PLC (Projeto de Lei da Câmara) nº 24/2016 de autoria do deputado Capitão Augusto, que elevou o rodeio e a vaquejada à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial.

Por meio de um requerimento do senador Otto Alencar, o projeto foi colocado em regime de urgência e aprovado no dia 1º de novembro de 2016, menos de um mês depois do julgamento da ADI 4983, transformando-se, após a sanção presidencial, na Lei nº 13.364/2016. Em leitura das notas taquigráficas da sessão, é possível perceber que os parlamentares utilizam os mesmos argumentos daqueles ministros que abriram a divergência no STF, quais sejam: a importância da vaquejada como manifestação cultural e geração de emprego e renda. Também fizeram a comparação entre a vaquejada e o abate do gado, bem como diferenciaram a prática nordestina de outras atividades efetivamente tomadas como cruéis, a exemplo das touradas espanholas.

Além disso, foram feitas menções expressas à decisão do Supremo. A senadora Lídice da Mata propôs o estabelecimento de um Termo de Ajustamento de Condutas (TAC) com o Ministério Público em prol de reduzir os danos causados aos animais envolvidos na vaquejada; o senador José Agripino Maia enfatizou que uma decisão com placar de 06 a 05 cujos efeitos valem para apenas um estado não podem sobrepujar a vontade popular; e o senador Fernando Bezerra Coelho adjetivou a decisão do STF de “injusta”.

Já a senadora Gleisi Hoffmann defendeu o posicionamento da maioria da corte, em um discurso que se aproxima do argumento em favor da última palavra nas mãos do Judiciário. Em consonância com o voto do relator e do ministro Barroso, considera que o fim da vaquejada significa um processo de evolução civilizatória, comparando-o com a abolição da escravatura, contudo foi voto vencido na sessão, que terminou por aprovar o projeto.

Outras proposições também foram apresentadas poucos dias depois do julgamento da ADI 4983. No dia 11 de outubro, o deputado João Daniel apresentou o PL 6298/2016, que propõe a regulamentação da vaquejada, contudo, na justificativa, não houve menção expressa à decisão do STF. No Senado Federal, no dia 19 do mesmo mês, foram apresentados os projetos de lei 377/2016 e 378/2016, além da Proposta de Emenda à Constituição (PEC)

⁴³⁹ *Suspensão da vaquejada no CE provoca manifestação em Brasília.* Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/agronegocios/globo-rural/noticia/2016/10/suspensao-da-vaquejada-no-ce-provoca-manifestacao-em-brasilia.html>>. Acesso em 30 out. 2017; *Vaqueiros ocupam Esplanada em ato contra proibição de vaquejadas.* Disponível em <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2016/10/vaqueiros-ocupam-esplanada-em-ato-contra-proibicao-de-vaquejadas.html>>. Acesso em 30 out. 2017.

50/2016, de autoria dos senadores Raimundo Lira, Eunício Oliveira e Otto Alencar, respectivamente.

O primeiro projeto de lei possui a mesma finalidade da Lei 13.364/2016, ou seja, somente reconhece a vaquejada como manifestação da cultura nacional, enquanto que o segundo dispõe sobre a regulamentação da prática da vaquejada. Ambos não trouxeram menções expressas à decisão do Supremo em suas justificativas, contudo as disposições presentes no próprio texto do projeto assinado pelo senador Eunício claramente procuram insistir na tese, segundo a qual a presença de medidas de cuidado com o animal durante as vaquejadas são capazes de legitimar a legalidade da prática.

Já a PEC 50/2016, aprovada e convertida na Emenda Constitucional nº 96/2017, desvela-se como a principal resposta à ADI 4983. O texto, que acrescentou o § 7º ao artigo 225 da Constituição, tem a seguinte redação:

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos." (itálico nosso)

Em sua justificativa, o constituinte reformador afirmou que a decisão do Supremo, apesar de declarar a inconstitucionalidade de lei que regulamentava a vaquejada no âmbito do Estado do Ceará, não proibiu “a regulamentação de manifestações culturais que envolvam animais, desde que ela seja capaz de evitar a crueldade sem a descaracterização da própria prática”. Ainda que o texto da proposta não tratasse única e exclusivamente da vaquejada, a intenção de reagir à decisão judicial era clara. O texto de justificação apontou que a vaquejada é patrimônio cultural brasileiro, conforme descrito no Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, constante do Decreto 3.551/2000.

Há outros projetos, em tramitação no Congresso Nacional, que também podem ser considerados como reativos à decisão da Corte. Os PLs 6372 de 24 de Outubro de 2016 e 6505 de 17 de Novembro de 2016, de autoria dos deputados Vítor Valim e Maia Filho respectivamente, regulamentam a prática da vaquejada, como forma de materializar a Emenda Constitucional nº 96/2017. Ambos realçam a ideia de proteção do animal, exigindo uma série de condições para o acontecimento da vaquejada, a exemplo da presença de médico veterinário, da aplicação da cauda artificial no boi e da punição aos participantes que maltrataram os animais. Na justificativa do segundo projeto, o deputado acredita que uma lei

federal com essas disposições satisfaz as preocupações do Supremo quanto à possibilidade de tratamento cruel para com os animais, uma vez que a lei cearense deixou de estabelecer mecanismos suficientes de proteção.

No Estado do Ceará, duas leis foram aprovadas após a decisão do Supremo Tribunal Federal, à sanção da Lei nº 13.364/2016 e à promulgação da Emenda Constitucional 96/2017: as Leis nº 16.268/2017 e 16.321/2017, visando à declaração da vaquejada como patrimônio cultural e à regulamentação da prática, respectivamente. Nas justificativas do projeto, o deputado estadual Daniel Oliveira, autor das proposições, não fez menções expressas à decisão do STF, mas os textos legais representam claramente uma reação àquilo que decidiu a Suprema Corte.

Não parece que a quebra de braço entre Legislativo e Judiciário se encerrou. A Procuradoria Geral da República já apresentou a ADI 5.772/DF, atacando a Lei 13.364/2016 e a Emenda Constitucional 96/2017, além de outras ADIs que arguem a inconstitucionalidade de leis estaduais da Paraíba, da Bahia, do Amapá e de Roraima, que ora declaram a vaquejada como patrimônio cultural, ora regulamentam a prática. Com a finalidade de também vergastar a presumida constitucionalidade da Emenda Constitucional 96/2017, o Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal apresentou a ADI 5.728/DF.

Apesar de, na rodada dialógica encerrada com a promulgação da aludida emenda constitucional, a última palavra ter ficado provisoriamente com o Parlamento, comprovando o sentimento das teorias dialógicas, novas rodadas procedimentais possivelmente ocorrerão, a partir dos julgamentos das referidas ADIs, para amadurecer o tema em questão e encontrar uma solução viável ante o profundo desacordo moral que caracteriza a discussão entre a proteção dos animais e a legitimidade das manifestações culturais, especialmente no que toca à vaquejada.

6.1.2 A criação de municípios

O procedimento a ser obedecido para a criação de municípios, com base na redação original do art. 18, § 4º da Constituição Federal, exigia atenção a uma série de requisitos que deveriam estar previstos em Lei Complementar estadual. A Emenda Constitucional nº 15/1996 tratou de modificar essa questão, de modo a estabelecer que Lei Complementar federal seria o instrumento adequado para dispor sobre os requisitos que devem ser obedecidos quando da criação de municípios. Trata-se, portanto, de norma constitucional de eficácia limitada.

Apesar do aludido mandamento constitucional, o Congresso Nacional não aprovou diploma legal bastante para suprir tal lacuna, ainda que diversos municípios em todo o Brasil estivessem sendo criados e, em razão da inércia legislativa, obedecendo apenas aos outros pressupostos inscritos no próprio texto constitucional: criação por lei estadual, consulta prévia mediante plebiscito e a divulgação de Estudos de Viabilidade Municipal.

Um dos municípios criados foi o de Luís Eduardo Magalhães na Bahia em 2000. Em face da lei estadual que fizera surgir o referido município, o Partido dos Trabalhadores (PT) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade, a ADI 2240⁴⁴⁰, argumentando que, até que houvesse a aprovação de lei complementar federal visando a regulamentar o procedimento de criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios, os Estados não poderiam editar lei com essa finalidade.

No julgamento ocorrido em 09 de maio de 2007, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela procedência do pedido e, por conseguinte, declarou a inconstitucionalidade da lei estadual criadora do município baiano. Contudo, com a finalidade de evitar a ocorrência de uma situação caótica, o plenário do Supremo, acompanhando o voto do ministro Gilmar Mendes, restringiu os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.886/1999,⁴⁴¹ para deixar de pronunciar a nulidade da lei.

Segundo o ministro, a Corte estaria diante de um conflito de princípios constitucionais: a *segurança jurídica*, para manter intactas as relações jurídicas, sociais e políticas decorrentes da criação do município, que ocorreu há mais de seis anos, e a *nulidade da lei inconstitucional*. No exercício do juízo de ponderação, restou prevalente o primeiro, porém estabeleceu-se que a vigência da norma estadual, que fez surgir o município, estaria condicionada à confecção de lei complementar federal no prazo de 24 (vinte e quatro) meses.

A divergência quanto ao segundo aspecto do dispositivo da decisão coube ao ministro Marco Aurélio. Em postura que pode ser qualificada como antidualógica, o voto divergente afirmou que a Constituição deve ser aquilo que o Supremo declara ser e que ninguém ocupa cadeira no STF voltada a relações públicas. Assim, ainda que vencido, julgou pela procedência do pedido, declarando a inconstitucionalidade, bem como a nulidade da lei.

A reação mais lógica à decisão do Supremo seria a confecção definitiva de lei que regulamentasse o art. 18, § 4º da Constituição Federal. Contudo, para responder com maior

⁴⁴⁰ STF – ADI n. 2.240/BA, rel. Min. Eros Grau, DJ, de 03/08/2007.

⁴⁴¹ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

celeridade, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional nº 57/2008⁴⁴², com a finalidade única e exclusiva de convalidar os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramentos de municípios, cujas leis tenham sido publicadas até 31 de dezembro de 2006, desde que tenham sido atendidos os requisitos previstos nas leis dos respectivos Estados à data do ato.

A PEC 495/2006 (numeração na Câmara dos Deputados) ou 12/2004 (numeração no Senado Federal), de autoria do senador Luiz Otávio, que se converteria na emenda constitucional supracitada, nada obstante proposta antes da decisão do STF, foi aprovada apenas no dia 03 de dezembro de 2008, já com a redação sobremodo modificada, especialmente pela Emenda de Plenário Substitutiva Aglutinativa Global, encaminhada no dia da votação pelo deputado Maurício Rands.

Em parecer aprovado pela comissão especial, o relator da proposta, deputado Manoel Júnior, faz exaustiva menção à decisão do STF e argumenta em sentido bastante parecido com o voto do ministro Gilmar Mendes, pugnando pela segurança jurídica e pela valorização do princípio federativo. Além disso, a peça narra a troca de ofícios existentes entre o Supremo e o Congresso Nacional. Nestas comunicações, o presidente da Câmara dos Deputados, ao responder sobre o prazo estabelecido pela Corte para confeccionar lei complementar capaz de cumprir o mandamento do art. 18, § 4º, deixa claro a discordância a respeito dessa estipulação de prazo, para que não se desrespeite a separação dos poderes. Em resposta, o presidente do Supremo Tribunal Federal esclareceu que o lapso temporal proposto não significava uma imposição, mas tão somente um parâmetro razoável de vigência de leis estaduais declaradas inconstitucionais pelo tribunal, dentre as quais se inseria a lei criadora do município de Luís Eduardo Magalhães-BA, até que o Congresso Nacional regulamentasse a questão.

Apesar da persistente ausência de lei complementar federal para regulamentar a criação de municípios, as tentativas de cumprir a referida tarefa foram muitas até então. Em duas oportunidades, inclusive, o Congresso Nacional aprovou, em 04 de Junho de 2013 e 04 de Junho de 2014, dois projetos de lei do senador Mozarildo Cavalcanti (os PLSs 98/2002 e 104/2014, respectivamente), todavia ambos foram vetados pela Presidente da República. Embora, nas justificativas das propostas não se aborde qualquer decisão judicial, o parecer da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania a respeito do primeiro projeto faz menção expressa à decisão do STF na ADI 2.240/BA.

⁴⁴² Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 96: "Art. 96. Ficam 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."

Além deles, outros projetos de lei complementar tramitam em ambas as Casas do Parlamento brasileiro, a exemplo do PL 437/2014 de autoria do deputado Domingos Neto, que foi apensado ao PL 199/2015 de autoria do senador Flexa Ribeiro. Em ambas as justificativas, também não houve nenhuma referência à decisão do Supremo Tribunal Federal.

O Congresso, no caso em comento, tomou medida distinta daquela aconselhada pelo Supremo Tribunal Federal e aprovou uma emenda constitucional, visando apenas a convalidar os municípios já criados, sem resolver o mandamento constitucional e, por conseguinte, mantendo a omissão.

Parece que, apesar de aparentemente encerrado o diálogo sobre o assunto com a promulgação da Emenda Constitucional nº 57/2008, a edição de uma lei complementar que por ventura possibilite a criação de municípios por meio de critérios desarrazoados pode incitar nova provocação à Suprema Corte e, por conseguinte, abrir nova rodada dialógica sobre o assunto.

6.1.3 A tributação do serviço de iluminação pública

Boa parte dos municípios brasileiros, para custear o serviço de iluminação pública, tributava os seus munícipes por meio de taxa. Diante disso, vários contribuintes questionaram judicialmente a cobrança, alegando a inconstitucionalidade da medida, uma vez que a espécie tributária “taxa” somente poderia incidir sobre o exercício do poder de polícia e a utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, na forma do art. 145, II da Constituição Federal.

O assunto chegou ao Supremo Tribunal Federal, através de vários recursos extraordinários (RE 231.764/RJ⁴⁴³, RE 233.332/RJ⁴⁴⁴, RE 234.605/RJ⁴⁴⁵, RE 228.029/RJ⁴⁴⁶). Ao julgá-los, a Corte decidiu que as leis municipais que criaram as respectivas taxas de iluminação pública são inconstitucionais, uma vez que o referido serviço não pode ser qualificado como específico e divisível.

Para tanto, utilizou os conceitos previstos no art. 79, II e III, do Código Tributário Nacional (CTN), segundo o que serviços públicos específicos são aqueles que podem “ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade, ou de necessidades públicos”

⁴⁴³ STF – RE n. 231.764-6/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, de 21/05/1999.

⁴⁴⁴ STF – RE n. 233.332-6/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, de 14/05/1999.

⁴⁴⁵ STF – RE n. 234.695-6/RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ*, de 01/12/2000.

⁴⁴⁶ STF – RE n. 228.029-7/RJ, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, de 21/05/1999.

e serviços públicos divisíveis são aqueles que são “susceptíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários”.

O Supremo chegou, portanto, à conclusão de que o serviço de iluminação pública, por não ser específico nem divisível, nos termos da definição proposta pelo CTN, não poderia ser tributado mediante a cobrança de taxa.

Ante os poucos recursos de que dispõem os municípios e, por conseguinte, pela necessidade arrecadatória que acometia as prefeituras, vários parlamentares, recebendo os reclames dos prefeitos de seus respectivos estados, promoveram uma série de reações legislativas, com a finalidade de possibilitar legalmente essa fonte de receita tributária aos municípios.

A primeira delas foi a PEC 222/2000, proposta no dia 30 de março de 2000, cujo subscritor principal foi o deputado Juquinha. O seu texto, em dissonância com as decisões do Supremo, criava uma nova hipótese para a tributação mediante taxa, para além do exercício do poder de política e da utilização de serviço público específico e divisível, qual seja: a utilização do serviço de iluminação pública. A justificativa mencionava expressamente o entendimento já pacificado do STF sobre o assunto, sem, no entanto, referir-se a uma decisão em específico. A proposta foi rejeitada no Senado Federal por não ter alcançado o quórum de três quintos.

Em 27 de fevereiro de 2002, o senador Álvaro Dias, na condição de signatário principal, apresentou a PEC 03/2002. Diferente da PEC citada no parágrafo anterior, a nova proposta tinha o objetivo de adir o art. 149-A ao texto constitucional e criar um novo tributo: a contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública. A justificativa do texto, apesar de não remeter a uma decisão em especial, fazia menção expressa à jurisprudência do STF, como forma de revelar a necessidade de adequar-se às suas premissas. Aprovada pelo Congresso Nacional, a proposta se converteu na Emenda Constitucional nº 39/2002.

Com a mesma redação da PEC 03/2002, foram apresentadas outras três propostas: as PECs 490/2002 e 504/2002, de autoria do deputado Juquinha, e a PEC 06/2002 do senador Romero Jucá. A primeira foi arquivada por carência do número necessário de assinaturas de parlamentares, enquanto que as duas últimas foram apensadas à PEC 03/2002. Todas, em suas justificativas, faziam menções expressas ao entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria.

Após as reações legislativas e aprovação da Emenda Constitucional nº 39/2002, o STF, na fase de tréplica do diálogo, editou a Súmula nº 670, no dia 13 de outubro de 2003, com a seguinte redação: “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante

taxa”. Em 20 de março de 2015, converteu o enunciado na Súmula Vinculante 41, cujo precedente representativo já se referia ao art. 149-A da Constituição Federal⁴⁴⁷.

O diálogo existente em torno deste caso revelou que a adequação do Parlamento à decisão da Corte pôs fim às dúvidas em torno da interpretação constitucional e dirimiu um problema que afetava as contas dos municípios brasileiros, sem violar qualquer preceito constitucional.

6.1.4 Uniões homoafetivas

Em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou duas ações que visavam a tornar aplicável o regime jurídico da união estável às relações homoafetivas: a ADI 4.277/DF, proposta pelo Procurador Geral da República, e a ADPF 132/RJ, apresentada pelo Governador do Rio de Janeiro⁴⁴⁸.

A ADI foi distribuída por prevenção junto com a ADPF, já que esta havia sido protocolizada anteriormente. Nela, o requerente afirma que o descumprimento a preceito fundamental ocorria quando da interpretação que se conferia aos incisos II e V do art. 19 e aos incisos I a X do art. 33 do Decreto-Lei 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro), bem como nas decisões judiciais que negavam direito às uniões estáveis homoafetivas. Já, na ADI, requeria-se a realização de interpretação conforme à Constituição do art. 1.723 do Código Civil, para possibilitar a união estável de pessoas do mesmo sexo.

Assim, depois do parecer do Ministério Público e das manifestações da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro e da Advocacia Geral da União em favor da procedência das ações, foi deferido o pedido subsidiário de recebimento da ADPF como ADI, com o propósito de submeter o art. 1.723 do Código Civil à interpretação conforme à Constituição.

O relator do caso, o ministro Carlos Ayres Britto, aduziu que o art. 3º, IV da Constituição Federal arrola, como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, a vedação do preconceito de qualquer estirpe, de modo que o desempenho das funções sexuais estaria ao livre arbítrio do ser humano.

Partindo da premissa de que a homossexualidade não é uma anomalia, mas uma identidade psíquica, o ser humano só estaria restrito a exercer sua liberdade sexual, caso intentasse negar a sexualidade de outrem ou praticasse ato abominável moral e legalmente.

⁴⁴⁷ STF – RE n. 573.675-0/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJE*, de 21/05/2009.

⁴⁴⁸ STF – ADPF n. 132/RJ, rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJE*, de 16/05/2011.

Exemplos disso seriam o estupro, a pedofilia, o incesto e o concubinato. Salvo essas situações, não há limitações às preferências sexuais das pessoas, e ela deve ser sempre uma emanção da dignidade da pessoa humana.

No art. 5º, X, da Constituição Federal, consoante o voto de relatoria, a liberdade sexual apresenta-se de duas maneiras: por meio do direito à intimidade, quando o indivíduo abstém-se sexualmente ou pratica onanismo, ou através do direito à privacidade, que se revela nas relações sexuais intersubjetivas. Ao contrário, não há nenhuma enunciação constitucional que restrinja a liberdade sexual. Desse modo, conforme a dicção do princípio da legalidade inscrito no art. 5º, II da Constituição, aquilo que a lei não proíbe, nas relações privadas, é, pois, permitido.

Outrossim, o ministro Carlos Ayres Britto interpreta a norma constitucional, de sorte a retirar dela própria os fundamentos necessários para não haver discriminação de qualquer natureza entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos, entre aquela formada por pessoas heteroafetivas e outra formada por pessoas homoafetivas.

O preconceito, em razão do sexo, vedado pelo art. 3º, IV, não pode ser destilado em nenhuma perspectiva. Não se pode, portanto, admitir qualquer discriminação em função do sexo com o qual nasceram, pelo que decidirem fazer com sua sexualidade ou mesmo pelo potencial que essa sexualidade possui.

A Constituição não empreendeu nenhum significado ortodoxo ao termo “família”. Ao revés, o que existe, nos dispositivos em que o verbete é mencionado, é um “sentido coloquial praticamente aberto”⁴⁴⁹. O constituinte não reduziu o termo à qualquer forma. Por isso, o Estado definitivamente não pode obstaculizar a liberdade homoafetiva.

Àqueles que utilizam a redação do art. 226, § 3º⁴⁵⁰ para afirmar a intenção constitucional de restringir o conceito de “entidade familiar” à união entre pessoas de sexos diferentes, o relator argumenta de modo distinto. Na sua visão, o dispositivo visa a incentivar o casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental e oportunizar relações horizontais e sem hierarquia entre homem e mulher em face do machismo histórico, além de não estipular qualquer proibição expressa contra as uniões homoafetivas. Aliás, adiciona o ministro: quando a Constituição abordou o instituto da adoção, por exemplo, não abriu nenhuma distinção entre adotantes homoafetivos ou heteroafetivos.

⁴⁴⁹ STF – ADPF n. 132/RJ, rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJE*, de 16/05/2011, p. 648.

⁴⁵⁰ Art. 226. (...)

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Nesse sentido, votou pela procedência do pedido com a finalidade de dar interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil, “para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’”⁴⁵¹.

O voto do relator foi acompanhado pela unanimidade da corte em seu resultado. Houve, no entanto, divergência quanto à fundamentação. Enquanto o ministro Carlos Ayres Britto compreendeu que existiam elementos interpretativos dispostos na Constituição suficientes para fazer a interpretação conforme, parte da Corte, em que se incluem os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, entendeu que havia lacuna normativa constitucional, necessitando, pois, que a Corte fizesse uma integração por analogia para exercer o seu papel contramajoritário na defesa de direitos das minorias.

Consoante o voto do ministro Lewandowski, que inaugurou o referido dissenso, haveria três tipos de famílias, de acordo com a leitura da Constituição: aquela constituída por meio de casamento, a união estável entre homem e mulher e a chamada família monoparental. Assim sendo, não se conseguiria enquadrar as uniões homoafetivas em qualquer dessas espécies.

Portanto, a atuação do Tribunal teria de ser no sentido de alocá-las como um quarto tipo de entidade familiar não disposto no rol do art. 226 da Constituição. Essa inferência pode ser deduzida da leitura sistemática do texto constitucional, para preservar uma série de preceitos nele espalhados, a exemplo da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da intimidade e da não discriminação, que garantiriam tal possibilidade.

Por esse entendimento, a finalidade da decisão seria preencher o vácuo constitucional, aplicando provisoriamente as regras do instituto que é mais próximo à união homoafetiva – a união estável de pessoas de sexos distintos –, “até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo”⁴⁵².

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, adverte que essa proteção já deveria ter sido implementada pelo Congresso Nacional, mas as dificuldades diante da falta de consenso na sociedade sobre o tema atrapalham o deslinde de determinadas proposições já apresentadas por diversos parlamentares. Dentre as Propostas de Emenda à Constituição, o ministro cita as PECs 139/1995, 66/2003 e 70/2003. Já, no que tange aos projetos de lei, menciona os seguintes PLs: 1.151/1995, 2.383/2003, 6.297/2005, 2.285/2007, 4.508/2008 e 4.914/2009.

⁴⁵¹ STF – ADPF n. 132/RJ, rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJE*, de 16/05/2011, p. 656.

⁴⁵² STF – ADPF n. 132/RJ, rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJE*, de 16/05/2011, p. 718.

Essa postura de inércia do Parlamento brasileiro é alvo da crítica por Gilmar Mendes. Para ele, “é inegável que a ausência de uma regulamentação legislativa minimamente estruturada durante todo esse período implica uma proteção insuficiente aos cidadãos que pretendem resguardar seus direitos fundamentais e aqueles decorrentes de uma união homoafetiva”⁴⁵³.

Portanto, segundo ele, não se pode eventualmente censurar uma postura ativista do STF que procure assegurar direitos, quando o Poder Legislativo exime-se voluntariamente de tomar decisões sobre determinadas matérias, ante o temor da pressão popular. Dessa forma, a decisão do Tribunal representaria também um estímulo ao diálogo institucional entre os poderes, significando apenas uma solução provisória dada pela Corte.

No mesmo sentido, o ministro Cézar Peluso compreende que o rol de conceitos de família dispostos no art. 226 da Constituição não é taxativo, de modo a existir uma lacuna a ser preenchida. Mesmo que o Tribunal cumpra essa tarefa, a sua decisão também corresponde a uma convocação ao Poder Legislativo para que regulamente a matéria.

Nada obstante a perspectiva dialógica ter tido maiores referências por parte da corrente que pugnou pela existência de lacuna normativa, os ministros que se filiaram à primeira corrente no que diz respeito ao modo de fundamentar a decisão não se furtaram a também criticar a omissão legislativa e exortar que o Parlamento cumpra o seu papel.

O ministro Luiz Fux afirma que “o silêncio normativo catalisa a clandestinidade das relações homoafetivas” e que “o acolhimento do direito positivo relativamente às uniões homoafetivas gera inaceitável insegurança jurídica para os indivíduos”⁴⁵⁴. O ministro Marco Aurélio apontou a inércia do legislador como fruto da falta de vontade coletiva.

Por outro lado, o ministro Celso de Mello defendeu a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal para atender direitos das minorias em virtude do comportamento inerte do Poder Legislativo frente à influência dos valores prevalentes da sociedade. Tal situação ensejaria necessariamente uma postura ativista da Corte que redundasse na última palavra a respeito do tema como sucedâneo da expansão do Poder Judiciário, trazida pela Constituição de 1988.

Além das proposituras mencionadas no voto do ministro Gilmar Mendes e de outras como a PEC 159/2003 do deputado Inaldo Leitão, depois do julgamento da ADPF 132, a decisão reacendeu a discussão a respeito do assunto no Congresso Nacional, provocando a apresentação de uma série de outras propostas.

⁴⁵³ STF – ADPF n. 132/RJ, rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJE*, de 16/05/2011, p. 774.

⁴⁵⁴ STF – ADPF n. 132/RJ, rel. Min. Carlos Ayres Britto, *DJE*, de 16/05/2011, p. 676-677.

O PL 612/2011, proposto pela senadora Marta Suplicy no dia 29 de setembro de 2011, objetiva alterar as redações dos artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil para reconhecer a união estável entre “duas pessoas” como entidade familiar. Perceba que, ao contrário da redação original especialmente do primeiro dispositivo que trata de “homem e mulher”, a nova proposta não faz distinção em relação aos sexos dos companheiros (as).

A justificativa do projeto tangencia bastante com os fundamentos traçados na decisão da Suprema Corte. A senadora invoca princípios constitucionais como a dignidade das pessoas humana, a não discriminação, a igualdade, bem como as transformações no pensamento social recentes, e critica a inércia do Congresso Nacional. Nesse sentido, apesar de louvar a decisão do STF, consigna que a insegurança jurídica, ante a lacuna legal, ainda é grande. Atualmente, a matéria encontra-se pronta para deliberação no plenário do Senado Federal.

Outro projeto de lei que converge com o julgamento da ADPF 132 é o PL 5120/2013⁴⁵⁵. Proposto em conjunto pelo deputado Jean Wyllys e pela deputada Érika Kokay em 12 de março de 2013, busca alterar vários dispositivos do Código Civil, dentre eles o art. 1.723, substituindo expressões como “homem e mulher” e “marido e mulher” por “cônjuges”, “pessoas” e “pessoas de sexos distintos ou do mesmo sexo”. Além disso, valida todos os dispositivos do diploma civilista, relativos ao casamento e à união estável para alcançar as relações entre pessoas do mesmo sexo.

No texto de justificação, os parlamentares fazem amplo escorço histórico a propósito da luta das mulheres em favor de direitos e da perseguição contra minorias sexuais. Afirmam também que o projeto atende a decisões já amplamente proferidas no direito comparado, a tratados e declarações internacionais de direitos humanos e à imposição feita pelo STF ao Congresso Nacional por ocasião do julgamento da ADPF 132. A adequação do Poder Legislativo a tudo isso faz-se necessária para dar mais segurança jurídica, ante as divergências ainda existentes entre cartórios do país inteiro.

Com o fito de alterar o art. 226, § 3º da Constituição Federal, o deputado Bacelar, na condição de signatário principal, propôs a PEC 158/2015. Pela nova redação proposta, o conceito de entidade familiar passaria a ser o “núcleo social formado por duas ou mais pessoas unidas por laços sanguíneos ou afetivos”, desfazendo, assim, qualquer reducionismo que pudesse ser aventado em razão da redação original.

Referindo-se expressamente à decisão do STF, o deputado pugna pela vedação de qualquer tipo de postura impositiva por parte do Estado e ainda repele as tentativas ainda

⁴⁵⁵ Apensado ao PL 580/2007 de autoria do deputado Clodovil Hernandes.

presentes no Congresso Nacional de restringir o conceito de entidade familiar à união entre homem e mulher. A proposta atualmente tramita normalmente na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

Em sentido contrário, contudo, é o PL 6583/2013 de autoria do deputado Anderson Ferreira. O projeto dispõe sobre o Estatuto da Família de maneira bastante ampla. Ocorre que, no art. 2º, destaca que entidade familiar corresponde ao “núcleo social formado a partir da união entre um **homem e uma mulher**, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (negrito do autor). Apesar de claramente ir de encontro àquilo que foi firmado pelo entendimento do STF, não faz, na justificativa, qualquer menção à decisão.

A matéria encontra-se em tramitação em comissão especial na Câmara dos Deputados. Enquanto que os pareceres dos deputados Ronaldo Fonseca (primeiro relator) em 17 de novembro de 2014 e Diogo Garcia (segundo relator) em 1º de setembro de 2015 criticam duramente a decisão do STF, afirmando que o Tribunal estaria usurpando a função do Legislativo, as deputadas Érika Kokay e Manuela D’Ávila, em votos apresentados em separado, elogiam o posicionamento da Corte e impendem pela necessidade de adequação legislativa àquilo que propôs o Supremo.

Importa registrar que o tema também está sendo discutido na ADI 4966, apresentada pelo Partido Social Cristão (PSC), com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça. O ato do CNJ tratou de, após a decisão do STF, regulamentar a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Ainda que já passados mais de seis anos do convite ao diálogo feito no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277, a inércia do legislador em aprovar lei que regulamente as uniões estáveis para casais homoafetivos permanece. Apesar disso, o tema continua sendo debatido no Congresso Nacional, de modo que pode ensejar brevemente nova pauta para os intérpretes constitucionais.

6.1.5 Casos Renan e Cunha: a situação de réus que ocupam cargos na linha sucessória da Presidência da República

Na Ação Cautelar 4.070/DF, a Procuradoria Geral da República requereu o afastamento de Eduardo Cunha do mandato de deputado federal e, por conseguinte, da função de presidente da Câmara dos Deputados, sob o fundamento de que o requerido estaria utilizando-se do cargo para obstaculizar as investigações que recaíam sobre si, na forma do

art. 319, VI do Código de Processo Penal⁴⁵⁶. Para tanto, arrolou uma série de fatos que comprovavam os ilícitos e as tentativas de obstrução.

Em decisão monocrática⁴⁵⁷, o relator do caso, o ministro Teori Zavascki, reconheceu a competência do Congresso Nacional para cassar o mandato de um de seus membros (art. 55, § 1º e § 2º), bem como para dar a última palavra sobre a prisão em flagrante por crime inafiançável ou o andamento de ação contra um de seus pares (art. 53, § 2º e § 3º). Apesar disso, afirmou que a Constituição Federal não veda a possibilidade de controle jurisdicional sobre o mandato parlamentar em outros casos, não havendo, pois, qualquer óbice ao cabimento da ação cautelar.

Zavascki ressaltou que o deputado Eduardo Cunha respondia a cinco inquéritos e também já figurava na condição de réu em ação penal perante o Supremo Tribunal Federal. Além disso, as provas acostadas pelo Ministério Público apontavam para fortes indícios de desvio de finalidade na função exercida para o alcance de fins ilícitos e para riscos potencialmente elevados de reiteração de condutas ilícitas, de tentativas de ocultar possíveis crimes e de interferir nas investigações. Segundo ele, o presidente da Câmara dos Deputados poderia obstruir as investigações e a colheita de provas, intimidar testemunhas e impedir o regular trâmite da ação penal em curso, havendo, pois, a necessidade da concessão de medida cautelar, consoante o art. 282, I e II, do Código de Processo Penal⁴⁵⁸.

A urgência justificadora da medida cautelar residia no fato de o requerido ter autorizado a abertura de processo de *impeachment* contra a presidente da República. Como o processo de destituição da presidente já estava em estágio relativamente avançado, tal circunstância aproximá-lo-ia ainda mais de uma possível ascensão ao cargo de Chefe do Poder Executivo. Ocorre que, na forma do art. 86, § 1º, I, da Constituição Federal⁴⁵⁹, o presidente da República não pode figurar como réu em ação penal.

⁴⁵⁶ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

(...)

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

⁴⁵⁷ Embora o processo esteja em segredo de justiça, o acesso ao inteiro teor da decisão foi disponibilizado pelo site Uol, no seguinte endereço: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/05/05/leia-a-integrada-decisao-que-afasta-cunha-da-camara.htm>>. Acesso em 04 nov. 2017.

⁴⁵⁸ Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

⁴⁵⁹ Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:

Com efeito, fazia-se necessário retirá-lo da função de presidente da Câmara dos Deputados, uma vez que, embora o disposto no art. 86, § 1º, I, não se repetisse igualmente para os demais ocupantes de cargos na linha sucessória presidencial, seria bastante possível que ocasionalmente ele viesse a assumir a presidência da República. É que, confirmando a destituição da presidente – como, de fato, aconteceu –, o primeiro da linha sucessória presidencial, depois da posse do vice-presidente eleito, seria o presidente da Câmara dos Deputados.

O relator, inclusive, lamentava o fato de o texto constitucional não ter universalizado a regra de suspensão funcional imediata nos casos de instauração de processo penal contra os ocupantes de cargos de liderança máxima em outros poderes. A assertiva representa claramente uma forma de aconselhamento implícito ao constituinte reformador.

Apesar disso, segundo ele, a Constituição “acena vividamente” nesse sentido e, portanto, era preciso aplicar o contexto constitucional sistêmico, invocando os princípios da probidade e da moralidade. Aquela decisão dizia respeito a uma situação extraordinária, excepcional, pontual e individualizada.

Devido ao perigo de obstrução das investigações e da possibilidade de reiteração de ilícitos e como Eduardo Cunha já figurava na condição de réu em ação penal estando como segundo na linha sucessória presidencial, o ministro Teori Zavascki, em 05 de maio de 2016, deferiu a medida cautelar para afastá-lo do mandato e, por conseguinte, da presidência da Câmara dos Deputados.

No dia 18 de maio de 2016 – portanto, 13 (treze) dias depois da decisão –, o senador Álvaro Dias apresenta a PEC 26/2016, com a finalidade de acrescentar um parágrafo único ao art. 80 da Constituição Federal. A redação do novo dispositivo disciplinava que, em caso de vacância do cargo de presidente, quando convocado parlamentar que figure como réu em ação penal, será convocada obrigatoriamente a autoridade subsequente na linha sucessória.

Na justificativa, o proponente faz menção expressa à decisão monocrática proferida na Ação Cautelar 4070, remetendo direta⁴⁶⁰ ou indiretamente⁴⁶¹ a frases do relator, especialmente àquelas por meio das quais se verificou a produção de aconselhamentos implícitos ao

I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal; (...).

⁴⁶⁰ “A norma suspensiva não teria qualquer sentido se a condução do Estado brasileiro fosse transferida a outra autoridade que também estivesse sujeita às mesmas objeções de credibilidade por responder a processo penal perante a mesma instância” (página 67 da decisão monocrática na Ação Cautelar 4070).

⁴⁶¹ “Na mesma ocasião, o Ministro Teori Zavascki lamentou que o texto constitucional não tenha universalizado expressamente a regra de suspensão funcional imediata para os casos de instauração de processo penal contra os ocupantes de cargos de liderança máxima em outros Poderes, nomeadamente aqueles cujo processamento e julgamento cabe ao Plenário do Supremo Tribunal Federal” (página 02 da Proposta de Emenda à Constituição nº 26/2016).

Parlamento para emendar a Constituição. Dessa forma, o Poder Legislativo estaria a suprir a lacuna percebida pelo Poder Judiciário.

É possível constatar, contudo, que a decisão foi ainda mais rígida comparada à proposta de emenda. Enquanto aquela consignou em afastar o réu em ação penal ocupante de cargo na linha sucessória presidencial do respectivo cargo em exercício, esta apenas previne que a assunção do réu à presidência da República será proibida.

Paralelamente a este caso, havia também em tramitação no Supremo Tribunal Federal a ADPF 402/DF, ajuizada pela Rede Sustentabilidade no dia 03 de maio de 2016 (dois dias antes da decisão na AC 4070), em face da interpretação constitucional e da prática institucional, prevalentes na Câmara dos Deputados, pela qual se tem admitido que o presidente daquela Casa permaneça no exercício de suas funções, ainda que passe a figurar na condição de réu em ação penal instaurada perante o STF.

A requerente pedia, então, que a Corte declarasse a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual é possível o exercício por réus em processos criminais de cargos, em cujas atribuições constitucionais figure a substituição do Presidente da República, e que, por conseguinte, determinasse o afastamento definitivo das funções de Presidente da Câmara dos Deputados do Sr. Eduardo Consentino da Cunha.

No dia 03 de novembro de 2016, iniciou-se o julgamento da referida ação. Os ministros Marco Aurélio (relator), Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Celso de Mello votaram pela procedência do pedido, conformando, portanto, a maioria absoluta dos membros da Corte. Em razão do pedido de vista pelo ministro Dias Toffoli, o julgamento foi interrompido⁴⁶².

Diante disso, a requerente protocolizou petição no dia 05 de dezembro de 2016, por meio da qual requeria o afastamento cautelar imediato do Sr. Renan Calheiros do cargo de presidente do Senado Federal. É que o pedido inicial de afastamento de Eduardo Cunha já havia sido satisfeito pela decisão na AC 4070 e, na época do ajuizamento da ADPF 402, Renan Calheiros ainda não figurava como réu. Esse fato somente ocorreu com o recebimento da denúncia constante do Inquérito Policial 2593 em 1º de dezembro de 2016.

O ministro Marco Aurélio, em decisão monocrática⁴⁶³, com base na maioria já consolidada em virtude dos seis votos proferidos em favor da procedência do pedido inicial, determinou o imediato afastamento do senador Renan Calheiros do cargo de presidente do Senado Federal.

⁴⁶² STF – ADPF n. 402/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJE*, de 11/11/2016.

⁴⁶³ STF – ADPF n. 402/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJE*, de 06/12/2016.

Reagindo contrariamente à medida liminar, a Mesa Diretora do Senado decidiu aguardar a decisão final do plenário do STF, manter o presidente Renan Calheiros no cargo até lá e lhe conceder prazo para apresentação de defesa. A justificativa desta reação residia na temeridade que o caso provocava em virtude dos efeitos impactantes ao funcionamento do Senado, na ausência de publicação do Inquérito Policial 2593, na competência exclusiva do Congresso Nacional para decidir sobre a perda ou não do mandato de parlamentar e na inexistência de previsão de sucessão presidencial iminente.

Em petição encaminhada ao STF, os advogados do Senado alegaram que a decisão monocrática violava o princípio do contraditório e da ampla defesa, uma vez que, como o pedido inicial referia-se apenas ao presidente da Câmara dos Deputados, a instituição não foi intimada em nenhum momento do processo. Ao final, pedia a nulidade de todos os atos processuais, que fosse determinada emenda à inicial para a inclusão do Senado Federal como interessado e a concessão de prazo para manifestação.

No dia 07 de Dezembro de 2016, o plenário do Supremo, instado a se manifestar sobre o “atrito institucional entre os poderes”⁴⁶⁴, referendou parcialmente a liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio. Por unanimidade, decidiu-se que substitutos eventuais na linha de sucessão, caso sejam réus criminais, ficam impedidos de assumir a presidência da República em caso de vacância de seu titular. Já a propósito do afastamento do réu criminal do cargo que efetivamente ocupa, os ministros Marco Aurélio, Edson Fachin e Rosa Weber foram vencidos pelos ministros Celso de Mello, Teori Zavascki, Dias Toffoli, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia, de modo a favorecer a manutenção do senador Renan Calheiros do cargo de presidente do Senado Federal⁴⁶⁵.

No mínimo curioso foi o posicionamento do ministro Teori Zavascki, já que, na Ação Cautelar 4070, ele havia expressamente tencionado em sentido favorável ao afastamento do então presidente da Câmara dos Deputados. Apesar de serem casos um tanto distintos, conquanto, como evidenciou o ministro Ricardo Lewandowski, naquela oportunidade, Eduardo Cunha foi afastado por utilizar-se da função para obstaculizar as investigações, Zavascki também utilizara o argumento de que o ocupante de cargo na linha sucessória presidencial, que figurasse como réu em ação penal, teria de ser afastado de imediato. O ministro, inclusive, lamentara a ausência de previsão expressa na Constituição Federal, tendo, portanto de se valer de uma interpretação ampliativa do art. 86, § 1º, I cumulado com a leitura do art. 80.

⁴⁶⁴ Expressão utilizada na sustentação oral do advogado do Senado Federal Alberto Cascais.

⁴⁶⁵ STF – ADPF n. 402/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJE*, de 09/12/2016.

Rapidamente, o Parlamento reagiu à decisão do Supremo Tribunal Federal. Em 15 de fevereiro de 2017, o senador Romero Jucá, na condição de subscritor principal, apresentou a PEC 03/2017 para modificar a redação do art. 86, § 4º da Constituição Federal. De acordo com a proposta, ficariam imunes à responsabilização por atos estranhos ao exercício de suas funções durante a vigência do respectivo mandato ou enquanto ocupar o cargo não apenas o presidente da República, como disposto na redação atual, mas todos aqueles que puderem sucedê-lo ou substituí-lo.

Apesar de não se fazer referência expressa aos precedentes do STF, a PEC, inserindo-a no contexto em que os fatos aconteceram, pode ser categorizada como uma forma de superar a decisão do Tribunal, uma vez que os atos sobre as denúncias admitidas contra Renan Calheiros e Eduardo Cunha diziam respeito a período pretérito à constância dos mandatos em que ocupavam funções sobre as quais incidiam as decisões de afastamento.

O fundamento utilizado pelos parlamentares signatários residia na necessidade de conceder estabilidade àqueles que possam eventualmente substituir ou suceder o presidente da República e de ofertar tratamento isonômico. A PEC, no entanto, foi retirada doravante pelos autores.

Desta feita, no dia 22 de fevereiro de 2017, com o propósito de superar o entendimento posto pelo não referendo à parte da decisão monocrática do ministro Marco Aurélio que havia afastado o senador Renan Calheiros, o senador Ricardo Ferraço juntamente com outros parlamentares apresentaram a PEC 05/2017. A proposta acrescenta dois parágrafos ao art. 2º da Constituição Federal. No primeiro deles, localiza-se a essência da modificação:

É incompatível com o modelo republicano nacional que as funções de chefia de Poder, em todos os níveis federativos, sejam exercidas por quem esteja na condição de réu em processo penal, situação que, se prévia à investidura, importa a proibição absoluta de acesso ao cargo respectivo, e, se posterior, impõe o afastamento no prazo máximo de quarenta e oito horas, sob pena de nulidade de todos os atos praticados.

A propositura foi ainda mais expansiva do que aquilo que se discutia no Supremo, já que ampliou a proibição de acesso à função de chefia de Poder em todos os níveis da federação, ou seja, pela proposta, réus criminais não podem ocupar a presidência de tribunais e de casas legislativas federais, estaduais ou municipais.

Na justificativa, os autores qualificam a jurisprudência do STF como “vacilante”, em clara referência ao julgamento do referendo da liminar na ADPF 402. Ademais, afirmam que já é tempo de “dar outra dimensão ao princípio da moralidade administrativa, alargando o seu

escopo para incluir, além do aparelho administrativo público em todos os níveis federativos, também o funcionamento institucional dos Poderes no âmbito da República”.

Diante das reações legislativas às decisões da Suprema Corte brasileira, cumpre asseverar que o diálogo não se encerrou com a última palavra do tribunal. Ao contrário, as propostas advindas do Legislativo possivelmente, caso devidamente aprovadas, podem iniciar novas rodadas dialógicas ou até mesmo colocar ponto final na conversa entre os poderes, ainda que de maneira provisória.

6.1.6 O número de Vereadores por Município

A redação original do art. 29, IV da Constituição Federal estabeleceu o número de vereadores em cada município. Para tanto, criou três faixas que limitavam a quantidade de parlamentares de maneira proporcional à quantidade de habitantes. Os limites eram os seguintes: i) os municípios com até 1.000.000 (um milhão) de habitantes, poderiam ter de 09 (nove) a 21 (vinte e um) vereadores; ii) os municípios de mais de 1.000.000 (um milhão) e menos de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes, poderiam ter de 33 (trinta e três) a 41 (quarenta e um) vereadores; e iii) os municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes, poderiam ter entre 42 (quarenta e dois) e 55 (cinquenta e cinco) vereadores.

Essa previsão, em razão do reduzido número de faixas de limite, provocava graves distorções quando observada a realidade das composições das Câmaras de Vereadores. Cabia a cada lei orgânica municipal definir a quantidade exata de parlamentares dentro de uma faixa bastante ampla. Assim, um município com 800 (oitocentos) habitantes, por exemplo, poderia ter o mesmo número de vereadores de um município com 1.000.000 (um milhão) de habitantes.

Um desses casos de desproporcionalidade aviltante foi verificado pelo Ministério Público de São Paulo no município de Mira Estrela-SP, que possuía 11 (onze) vereadores para uma população de apenas 2.636 (dois mil seiscentos e trinta e seis) habitantes. Enquanto isso, outros municípios do mesmo Estado com população extremamente superior tinham o mesmo número de parlamentares. Era a situação de Hortolândia-SP, município com mais de 115.000 (cento e quinze mil) habitantes que possuía os mesmos 11 (onze) vereadores do município de Mira Estrela-SP.

Alegando violação ao princípio da proporcionalidade, o *Parquet* ajuizou ação civil pública, arguindo, incidentalmente, a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela que abordava a quantidade de vereadores e requerendo, por

consequente, a redução de 11 (onze) para 09 (nove) vereadores. Embora a pretensão tenha sido deferida pelo juízo de primeiro grau, a sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Contra este acórdão, o Ministério Público interpôs o Recurso Extraordinário 197.917⁴⁶⁶ perante o Supremo Tribunal Federal.

No dia 24 de março de 2004 – portanto, sete meses antes das eleições municipais daquele ano -, o STF deu provimento parcial ao referido recurso por maioria de 08 (oito) votos a 03 (três). Em seu voto de relatoria, o ministro Maurício Corrêa ponderou que havia duas correntes sobre a interpretação do art. 29, IV da Constituição. A primeira, adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral, pugnava por seguir à risca os limites previstos no dispositivo, respeitando a autonomia das leis orgânicas municipais, ou seja, se o município possuir, por exemplo, 5.000 (cinco mil) habitantes, pode ter entre 09 (nove) e 21 (vinte e um) vereadores. Em confronto com esse entendimento, havia outra corrente que defendia uma obediência a valores aritméticos mais restritos que legitimassem a proporcionalidade constitucional.

Nesse diapasão, o relator optou pela segunda linha de compreensão, pois, segundo ele, o dispositivo em discussão iniciava o seu enunciado da seguinte forma:

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:
(...)
IV - número de Vereadores *proporcional à população* do Município, observados os seguintes limites: (itálico nosso).

Na visão do ministro, a expressão “proporcional à população” não teria sido posta pelo constituinte sem que quisesse exprimir algum sentido. Por isso, não se pode deixar ao alvedrio do legislador municipal, sob o risco de provocar distorções gritantes. Efetivamente é o que se vê na prática, conforme demonstra o quadro confeccionado pelo Ministério Público Federal em seu parecer:

Município/População/ Vereadores	=>	Município/População/ Vereadores
Bertioga 17.002 09	=>	Balbinos 1.388 11
Adamantina 32.766 09	=>	Jardinópolis 24.615 17
Pilar do Sul 23.165 09	=>	Cafelândia 15.331 15
Santa Branca 20.097 09	=>	Mira Estrela 2.636 11
Hortolândia 115.720 11	=>	Iapeva 77.767 19
São Miguel Arcanjo 27.508 11	=>	Taquarituba 19.997 15
Ubatuba 55.033 13	=>	Carça 40.481 17
Jacareí 167.751 13	=>	Cubatão 97.257 20
Sumaré 168.058 13	=>	São Manuel 38.271 21
Ribeirão Pires 97.550 15	=>	Pereira Barreto 25.359 17
Itaquaquecetuba 228.344 19	=>	São Caetano Sul 139.825 21
Guarulhos 972.197 21	=>	São Manuel 38.271 21

⁴⁶⁶ STF – RE n. 197.917-8/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, de 07/05/2004.

Nesses casos, em que o constituinte não foi tão completo quanto poderia, segundo ele, o aplicador do direito não pode se furtar e deve efetivamente dizer o que a Constituição é. A posição do TSE até o momento era de total deferência, ante a inexistência de um critério para fazer legítima a proporcionalidade de que fala o texto constitucional. Em seu voto, impende, inclusive, pela necessidade da criação deste critério por meio de uma alteração da Constituição Federal. Uma delas foi a PEC 82/1991, pela qual se propunha a adoção da regra de três para se chegar ao número correspondente de um vereador para cada uma das faixas previstas.

Na ausência dessa disposição mais pormenorizada, passa a confeccionar então um método aritmético, alicerçado nas alíneas do art. 29, IV, capaz de atender à moralidade, à impessoalidade e à economicidade. Nele, estão previstas 36 (trinte e seis) faixas que compreendem intervalos por número de habitante. Para cada intervalo, há apenas uma quantidade de vereadores possíveis a ser estabelecida por cada município.

Ao decidir de maneira bastante extensa, pode-se dizer que o Supremo invadiu a esfera de competência do legislador, contraditória, inclusive, com o elogio feito ao juiz de primeiro grau. É que este, ao proferir a sentença, nada obstante declarar a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Orgânica de Mira Estrela, restringiu-se apenas a oficiar a Câmara Municipal para que ela tomasse as providências cabíveis a fim de se adequar à decisão.

Desse modo, o relator deu provimento parcial ao recurso para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Orgânica municipal, que tratava sobre o número de vereadores, e oficiar a Câmara de Vereadores para que tome as medidas necessárias conforme os critérios estabelecidos na decisão.

O ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto de relatoria, contudo chamando a atenção para restringir os efeitos da decisão, com base no art. 27 da Lei 9.868/1999. É que, se fossem dados efeitos retroativos, os vereadores que se beneficiaram da inconstitucionalidade teriam de ser destituídos, de modo que, para não comprometer a segurança jurídica e a soberania popular, fazia-se necessário que a decisão só passasse a valer para as eleições subsequentes. Acompanharam este entendimento os ministros Nelson Jobim, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, César Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso.

⁴⁶⁷ STF – RE n. 197.917-8/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ*, de 07/05/2004, p. 383.

A divergência quanto ao mérito coube aos ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Celso de Mello. Em seus votos, defenderam basicamente uma postura de autocontenção da Corte, com a finalidade de preservar a autonomia municipal.

O ministro Marco Aurélio aduziu que o desejo do constituinte foi efetivamente conceder maior liberdade aos municípios, uma vez que, até o momento, nenhuma emenda constitucional havia sido proposta para modificar o art. 29, IV. Diante disso, uma decisão do STF não poderia fazer as vezes de lei complementar. Ademais, o ministro ainda utilizou-se do art. 45, que prevê a forma de se estipular o número de deputados federais por Estado, para demonstrar que o constituinte deu ainda mais liberdade ao legislador federal, uma vez que não estipulou nenhuma faixa como no art. 29, IV, prevendo tão somente o número mínimo de 08 (oito) parlamentares por Estado.

Por sugestão do ministro Nelson Jobim, ante a proximidade das eleições municipais de 2004, o plenário do Supremo decidiu remeter a decisão ao Tribunal Superior Eleitoral, para que este se incumbisse de fazer a regulamentação necessária. O ministro Gilmar Mendes, inclusive, aproveitou para externar o seu posicionamento em favor da desnecessidade da intervenção do Senado Federal, na forma do art. 52, X da Constituição Federal, cuja função seria apenas de dar publicidade ao teor da decisão em sede de controle difuso⁴⁶⁸.

No dia 02 de abril de 2004, o TSE, consoante as balizas ofertadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 197.917, editou a Resolução nº 21.02/2004⁴⁶⁹, com o propósito de fixar o número de vereadores a serem eleitos nas eleições municipais daquele ano. No entanto, o art. 3º da aludida resolução fez questão de admitir a potencialidade dialógica inerente às circunstâncias do caso: “sobrevindo emenda constitucional que altere o art. 29, IV, da Constituição, de modo a modificar os critérios referidos no art. 1º, o Tribunal Superior Eleitoral proverá a observância das novas regras”.

De fato, não demorou muito para que o Congresso Nacional reagisse à decisão do Poder Judiciário. Na sessão 105 de 26 de maio de 2004, o plenário da Câmara dos Deputados colocou em votação a Proposta de Emenda à Constituição nº 574/2002⁴⁷⁰, que criava mais faixas de quantidades de vereadores a serem estabelecidas pelos municípios, de acordo com o número de habitantes, de modo a atender com mais cuidado a questão da proporcionalidade.

⁴⁶⁸ Como visto no tópico 5.1.3.1, este posicionamento seria fundamento para externar voto favorável à mutação constitucional do art. 52, X da Constituição Federal, por ocasião do julgamento da Reclamação nº 4.335/AC.

⁴⁶⁹ Disponível em <<http://www.tre-sc.jus.br/site/legislacao/resolucoes/tse/2004/resolucao-tse-n-217022004/>>. Acesso em 10 nov. 2017.

⁴⁷⁰ A ela, estavam apensadas as PECs 89/1995, 353/2001, 452/2001 e 71/2003.

Em sentido contrário à proposta, foi a manifestação praticamente solitária do deputado Antônio Carlos Biscaia, argumentando que cabia ao Parlamento deferência à decisão do Supremo, pois ele não havia usurpado as funções do legislador. Já os pronunciamentos favoráveis à aprovação da matéria foram dos deputados Ribamar Alves, que criticou a decisão do STF, pois teria gerado “verdadeiro caos” e criado ainda mais distorções; Murilo Zauith, que alertou para a necessidade de votar com rapidez para que a nova regra já valesse para as eleições de 2004, conforme o teor do art. 3º da Resolução editada pelo TSE, de modo a impedir que o Supremo legisle; Pompeo de Mattos, que chamou de esdrúxula a regra criada na decisão judicial, porquanto criou distorções ainda maiores, reduzindo exageradamente a representatividade nos parlamentos municipais, de modo que o principal objetivo da PEC é exatamente trazer uma regra intermediária entre a redação original do art. 29, IV e a Resolução do TSE.

Apesar de aprovada na Câmara dos Deputados, a PEC 574/2002 foi rejeitada no Senado Federal em 29 de junho de 2004, com manifestações contrárias e favoráveis de vários parlamentares, referindo-se à decisão do STF.

Diante disso, o Congresso não se quedou inerte. Em 16 de novembro de 2004, o deputado Pompeo de Mattos, na condição de subscritor principal, apresentou a PEC 333/2004, com o propósito de estabelecer faixas com números de vereadores mais proporcionais ao número de habitantes, considerando as distorções geradas em virtude da ampla autonomia conferida às leis orgânicas municipais pelo constituinte originário.

Além disso, a proposta alterava o art. 29-A da Constituição para reduzir os limites de despesas estipulados para as casas legislativas municipais. Com isso, pretendia-se dar uma resposta à sociedade, pois, como a decisão do STF havia reduzido substancialmente o número de vereadores e essa medida tinha sido bem recebida pela opinião pública, ao ampliar novamente esse número, o Parlamento nacional demonstrava que, em paralelo, teve também a preocupação de frear os gastos dos legislativos locais.

Na justificativa, os autores fazem referências expressas à decisão do STF e à resolução do TSE, especialmente, ao seu art. 3º, que suscita a observância de possível emenda constitucional que sobrevenha a modificar os critérios do art. 29, IV. Para homenagear o princípio da isonomia, segundo eles, foram criadas 25 (vinte e cinco) faixas sempre com o número de vereadores limitado por um número ímpar para facilitar as deliberações.

No dia 03 de junho de 2008, a PEC foi aprovada na Câmara dos Deputados e remetida ao Senado Federal. Na casa revisora, houve a separação da matéria da seguinte maneira: aprovou-se a parte que disciplinava os limites de número de vereadores por município sem

qualquer ressalva, que foi reencaminhada à casa iniciadora para a devida promulgação sob a numeração de PEC 20/2008, e, como houve vários destaques na parte que abordava a questão das despesas legislativas, criou-se a PEC 47/2008 que foi enviada à Câmara para nova deliberação.

Ocorre que o presidente da Câmara dos Deputados negou-se a promulgar a PEC 20/2008, justificando que ambas as partes dependiam de si reciprocamente para tramitarem. Assim, a PEC 47/2008 (sob a denominação de PEC 379/2009 na Câmara) foi arquivada, já que houve nova fusão das matérias pela Câmara dos Deputados, dando origem à PEC 336/2009, cuja redação final converteu-se na Emenda Constitucional nº 58, promulgada em 24 de setembro de 2009.

Outas propostas, que foram apensadas à PEC do deputado Pompeo de Mattos também consistiram em reações legislativas à decisão do Supremo. A PEC 396, apresentada no dia 05 de maio de 2005 pelo deputado Dilceu Sperafico como principal signatário, criava 22 (vinte e duas) faixas para estabelecer o número de vereadores de acordo com a população dos municípios. Na justificativa, os autores criticam a decisão no RE 197.917 e a Resolução nº 21.702 do TSE, argumentando que a primeira faixa estipulada feriria a proporcionalidade e geraria mais distorções, importando, pois, a necessidade de criar um maior número de faixas para corrigi-las.

Já a PEC 275/2005, de autoria do deputado Antonio Carlos Mendes Thame, apresentada no dia 15 de março de 2005, visava a reduzir o total de despesa do Poder Legislativo municipal e também criar novos limites de acordo com o número de habitantes. A ideia, segundo a justificativa, era de complementar a finalidade da decisão do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, embora a redução de vereadores tenha tido boa repercussão perante a sociedade, a esperada diminuição de gastos não era necessariamente uma consequência. Para tanto, a peça traz como exemplos os casos das Câmaras Municipais de Piracicaba e Adamantina no Estado de São Paulo que, mesmo reduzindo o número de parlamentares, ampliaram os seus salários e a quantidade de assessores.

O diálogo, no entanto, não findou com a réplica do Congresso Nacional. É que, como a Emenda Constitucional nº 58/2009 fora promulgada depois de transcorridas as eleições municipais de 2008, o seu art. 3º, I, para contemplar os milhares de suplentes de vereadores daquele pleito, previu que os efeitos do art. 1º⁴⁷¹ retroagiriam até o processo eleitoral de 2008.

⁴⁷¹ O art. 1º da EC 58/2009 incumbiu-se de modificar a redação do art. 29, IV da Constituição para alterar a forma de composição das casas legislativas municipais, enquanto que ao art. 2º coube modificar a redação do art. 29-A, de que trata os limites das despesas das Câmaras Municipais.

A Procuradoria Geral da República em 29 de setembro de 2009, entendendo pela inconstitucionalidade deste dispositivo em específico, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4307 e, em sede de medida cautelar, requereu a sustação dos seus efeitos.

No dia 02 de outubro de 2009, a ministra Carmen Lúcia deferiu a liminar⁴⁷², admitindo os argumentos expostos pelo Ministério Público. Segundo ela, o dispositivo questionado violava o princípio da anualidade (art. 16), o devido processo legal (art. 5º, LIV) e a soberania popular (art. 14), além da própria segurança jurídica. Em 11 de novembro de 2009, o plenário referendou a liminar⁴⁷³ e, por conseguinte, julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º, I, impedindo, pois, qualquer possibilidade de serem empossados os suplentes que por ventura se encaixariam na nova regra.

Este caso desvelou um misto de adequação e superação na postura do Congresso Nacional. Embora tenha admitido a necessidade de criar mais faixas de intervalos por número de vereadores em função da quantidade de habitantes por município para homenagear a proporcionalidade, não houve repetição idêntica dos padrões estabelecidos na decisão do RE 197.917.

Ademais, a tentativa de retroagir os efeitos da EC nº 58/2009, por meio do art. 3º, I, foi de encontro ao voto do ministro Gilmar Mendes, que ponderou para a necessidade de modular os efeitos da decisão, de forma a não atingir os vereadores já eleitos para a legislatura entre 2001 e 2004.

É possível concluir também que houve diálogo em sentido material, uma vez que o Parlamento levou em consideração os argumentos da Corte e esta, do mesmo modo, suscitou a possibilidade de superação legislativa, em várias palavras proferidas pelos ministros em seus votos. A própria Resolução nº 21.702/2004 do Tribunal Superior Eleitoral, em seu art. 3º, que regulamentou a decisão do Tribunal, já deixara espaço à ocorrência de diálogo.

6.1.7 A possibilidade de aborto de fetos anencefálicos

O Código Penal brasileiro tipifica o crime de aborto por meio dos artigos 124, 125 e 126. O primeiro se refere ao crime cometido pela própria gestante ou quando ela consente nesse sentido. Os dois últimos preveem o aborto quando cometido por terceiro com (art. 126) ou sem (art. 125) o consentimento da gestante.

⁴⁷² STF – ADI n. 4.307/DF, rel. Min. Carmen Lúcia, *DJE*, de 07/10/2009.

⁴⁷³ STF – ADI n. 4.307/DF, rel. Min. Carmen Lúcia, *DJE*, de 26/11/2009.

Entretanto, o art. 128 apresenta duas hipóteses de excludente da punição do crime de aborto. O inciso I, chamado de aborto necessário, imuniza o autor do fato, caso não exista outro meio de salvar a vida gestante, enquanto que o inciso II, denominado pela doutrina de aborto sentimental, não penaliza o aborto ocorrido quando a gravidez decorre de estupro e há o consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal, para a realização do aborto.

Com efeito, a lei penal não abarcou o caso de descriminalização do aborto quando o feto for portador de anencefalia. O feto anencéfalo caracteriza-se por um defeito no fecho do tubo neural, materializada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana. O prognóstico para os recém-nascidos com anencefalia é bastante pessimista: se a criança já não nascer morta, falecerá em poucas horas ou dias depois do nascimento⁴⁷⁴.

No Brasil, diante da ausência dessa previsão, muitas mulheres tinham de passar por toda gestação para, ao final, já cientes, por meio dos exames de ultrassonografia, da condição de anencefalia a que estava acometido o bebê, ter de passar pelo sofrimento de assistir à morte de seu filho. Por isso, muitas mulheres solicitavam autorização judicial para realizarem a antecipação terapêutica do parto, porém os órgãos judiciais em várias oportunidades, aplicando o disposto nos artigos 124, 126, *caput* e 128, I e II do Código Penal, proibiam a prática.

Com base nisso e nos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, do princípio da legalidade, do direito à saúde, da liberdade e da autonomia da mulher, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ajuizou a ADPF 54 em 17 de junho de 2004. No pedido principal, requereu que o Supremo Tribunal Federal fizesse interpretação conforme a Constituição dos artigos mencionados para permitir a antecipação terapêutica do parto nos casos em que for comprovada a anencefalia do feto.

No dia 1º de julho de 2004, o relator do caso, o ministro Marco Aurélio, deferiu a liminar, com a finalidade de não apenas sobrestar os processos e as decisões judiciais não transitadas em julgado, como também de reconhecer o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos⁴⁷⁵. Nada obstante, o plenário do Tribunal, no dia 20 de outubro de 2004, referendou a decisão monocrática do

⁴⁷⁴ Conceito dado pelo Instituto Nacional de Doenças e Derrames Neurológicos (NIH) dos Estados Unidos. Disponível em <<https://www.ninds.nih.gov/Disorders/All-Disorders/Anencephaly-Information-Page>>. Acesso em 27 nov. 2017.

⁴⁷⁵ STF – ADPF n. 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 02/08/2004.

relator apenas no que diz respeito à primeira parte, revogando, pois, o reconhecimento do direito constitucional da gestante de fazer o aborto do feto anencéfalo⁴⁷⁶.

Após a realização de audiências públicas, o parecer do Procurador Geral da República e a manifestação do Advogado Geral da União, ambos pela procedência do pedido, o processo veio a julgamento no dia 12 de abril de 2012⁴⁷⁷.

Em seu voto de relatoria, o ministro Marco Aurélio informou que, até 2005, mais de três mil autorizações judiciais para a interrupção da gravidez de feto anencéfalo foram concedidas em todo país. Para ele, a questão principal residia em saber se a tipificação penal do aborto de feto anencefálico coaduna-se com a Constituição Federal.

Inicialmente, afastou qualquer tipo possibilidade de vincular os fundamentos da decisão a aspectos religiosos. Segundo ele, a laicidade do Estado impele a ele um dever de não ser influenciado pelas religiões em seus atos, logo “a questão posta neste processo (...) não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas”⁴⁷⁸.

Para ele, o direito à vida não possui superioridade hierárquica perante os outros direitos, especialmente, nesse caso, haja vista que, “ante um diagnóstico de certeza de anencefalia, inexistente presunção de vida uterina”⁴⁷⁹. O próprio Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1.752, compreende que o feto anencefálico é um natimorto cerebral.

Além disso – prossegue o relator -, é necessário proteger a saúde da mulher que, afora os danos causados à saúde mental ante uma gravidez que será inexitosa, comprovadamente corre mais riscos de sofrer prejuízos físicos do que se estivesse grávida de um filho completamente são.

Por fim, conclui que, *in casu*, a dignidade da pessoa humana e os direitos à saúde, à liberdade, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral da mulher devem prevalecer, considerando que a vida do feto anencéfalo, se sobreviver, não durará mais de poucos dias ou até horas. Portanto, optou por julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade de qualquer interpretação que entenda a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal.

Em seguida, votou a ministra Rosa Weber, que enfrentou o temo sob três enfoques: i) a atipicidade da antecipação terapêutica do parto, em caso de feto anencefálico; ii) a vontade do legislador na retirada da anencefalia do rol de excludentes de ilicitude do crime de aborto; e iii) a ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto.

⁴⁷⁶ STF – ADPF n. 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 28/10/2004.

⁴⁷⁷ STF – ADPF n. 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 19/04/2012.

⁴⁷⁸ STF – ADPF n. 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 19/04/2012, p. 43.

⁴⁷⁹ STF – ADPF n. 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 19/04/2012, p. 45.

Perscrutando o primeiro dos enfoques, a ministra, antes de fazer qualquer conclusão a respeito do dele, entende que “o direito positivo reputa suficiente a declaração da morte encefálica para o indivíduo ser considerado morto”⁴⁸⁰, consoante, inclusive, a Resolução nº 1.480/1997 do Conselho Federal de Medicina, que qualifica a falência cerebral como irreversível.

Sendo assim, não caberia considerar criminoso alguém que cometesse aborto de feto anencéfalo, uma vez que o bem jurídico que o crime de aborto, deseja tutelar é a vida. Inexistindo-a no feto anencéfalo, a interrupção da gravidez, nesse caso, é conduta atípica. Esse mesmo argumento foi também repetido pelos ministros Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello e pela ministra Carmen Lúcia.

Na análise do segundo enfoque, Rosa Weber afirma, antes de tudo, que, caso o legislador tivesse colocado expressamente uma hipótese de afastamento do crime de aborto de feto anencéfalo, as discussões em torno do termo final da vida, que, apesar da compreensão da ministra ainda não são unânimes na ciência, seriam desnecessárias, em razão da clara opção feita pelo legislador.

Entretanto, ela presume que, tal qual o estupro e o risco de vida da mulher, o aborto de anencéfalo não foi incluído como excludente de ilicitude em virtude da deficiência tecnológica para realizar o diagnóstico, uma vez que o Código Penal brasileiro data de 1940, enquanto que a utilização da ultrassonografia é da década de 1990. Desse modo, seria impossível determinar concretamente a vontade do legislador.

Aliás, segundo a ministra, a legislação não deixou de considerar a perspectiva da mulher, quando incluiu o aborto sentimental e o aborto necessário no rol de excludentes de ilicitude do crime de aborto, permitindo imaginar que, se já houvesse condições tecnológicas suficientes na época, o legislador também teria se preocupado em colocar o aborto de feto anencéfalo nesse rol, haja vista o fio condutor fundamental ser o mesmo das duas outras hipóteses já positivadas, qual seja: a liberdade e a dignidade da mulher.

O ministro Luiz Fux, em seu voto, também fez uso dessa mesma compreensão. Pugnando por uma postura de contenção judicial em relação à criminalização da mulher, fez analogia com o aborto sentimental para concluir que a ausência de previsão da excludente de ilicitude no caso de feto anencéfalo na redação original deveu-se a falta de tecnologia suficiente na época para conformar um diagnóstico sólido. Tanto seria verdade que o ministro menciona a proposta legislativa constante do art. 127, III do anteprojeto do Novo Código

⁴⁸⁰ STF – ADPF n. 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 19/04/2012, p. 109.

Penal, que descriminaliza o aborto de feto anencefálico. Em seguida, de modo bastante semelhante, argumentou a ministra Carmen Lúcia.

Até aqui, importa destacar que os dois primeiros enfrentamentos levantados no voto da ministra Rosa Weber redundariam em possibilidades distintas de reação legislativa. Sob o primeiro enfoque, não haveria, a princípio, a necessidade de manifestação legislativa posterior, uma vez que a conduta seria atípica e, assim sendo, dessa forma deveria permanecer.

Por outro lado, ao enfrentar a segunda questão, a ministra faz um aconselhamento implícito ao legislador, para que, diante das inovações tecnológicas que ofertam a facilidade na constatação de um diagnóstico, pudesse adir expressamente às hipóteses de excludente de ilicitude do crime de aborto a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, com a finalidade de evitar qualquer suscitação de dúvidas.

No último enfoque, ao digredir sobre que valores prevaleceriam na ponderação entre a vida do feto e a dignidade, a integridade, a liberdade e a saúde da mãe, conclui que este último grupo de princípios se sobrepujaria em relação ao primeiro, ante a dificuldade de manutenção da vida do recém-nascido.

Sob essa perspectiva, afastando a atipicidade da conduta, em virtude da falta de consenso sobre a manutenção da vida do feto, e a interpretação evolutiva do Código Penal, em respeito à opção política do legislador, o ministro Gilmar Mendes entende que, ao se fazer um juízo de ponderação, a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde da mulher prevalece em detrimento da mera expectativa de vida do feto.

Consoante seu voto, a tese estaria subsidiada também por aquilo que o legislador pretendeu tutelar ao excluir o crime de aborto em caso de estupro e de risco de vida para a mulher. Para ele, esse caso ensejaria uma atuação do Tribunal mais arrojada, capaz de sair da sua postura comum de legislador negativo para atuar de maneira positiva, de sorte a criar uma causa extralegal de exclusão de ilicitude, uma vez que, em 1940, era inimaginável a existência de meios para identificar a anencefalia.

A partir daí, passa a fazer recomendações para uma possível positivação da hipótese a que fez referência, direcionadas tanto ao legislador como ao poder regulamentar administrativo. Portanto, recomendou ao Ministério da Saúde que editasse norma que viesse a disciplinar o assunto, assim como o órgão já teria feito nos casos de aborto legalmente previstos. O ministro sugere que tal normativa exija a realização de dois ou mais diagnósticos para evitar a utilização da justificativa da anencefalia ao cometimento indiscriminado de

abortos. Manifestaram concordância expressa com essas recomendações ao Ministério da Saúde, os ministros Luiz Fux e Marco Aurélio.

Em relação ao legislador, Gilmar Mendes deixa claro que a decisão judicial possui limites funcionais e que, portanto, o Legislativo teria certa liberdade de conformação. A decisão, nesse sentido, serviria apenas como estímulo à atuação do legislador. Esse posicionamento do ministro claramente admite uma reação dialógica à decisão, ainda que esta seja em postura bastante deferente às balizas estipuladas pela Corte.

Como sugestão à parte dispositiva do acórdão, o ministro vota pela procedência do pedido para realizar interpretação conforme com efeitos aditivos ao art. 128 do Código Penal, com a finalidade de estabelecer que “não se pune o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto padece de anencefalia comprovada por junta médica competente, conforme normas e procedimentos a serem estabelecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde”⁴⁸¹.

A ampla maioria em favor da procedência do pedido restou consignada pelos ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello. A divergência coube aos ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

O primeiro adota uma postura de autocontenção, mas que, em paralelo, instiga o diálogo. É que, segundo ele, o legislador poderia ter alterado a legislação vigente no período compreendido entre 1940 e a atualidade. Essa alteração ainda não veio em face das inúmeras divergências dentro do Parlamento em relação ao tema, daí a necessidade de uma conduta de deferência à opção a ser feita pelo legislador. E ainda registra que não houve falta de tentativas para modificar a legislação com a finalidade de descriminalizar o aborto de feto anencefálico, mencionando os PLs 4403/2004 (deputada Jandira Feghali), 183/2004 (senador Duciomar Costa), 50/2011 e 183/2004 (senador Mozarildo Cavalcanti)⁴⁸².

Já o segundo voto divergente manifesta-se de maneira substancialmente mais protetiva ao próprio feto anencefálico. Para César Peluso, é preciso considerar a dignidade plena da vida intrauterina e o valor inestimável da vida independente de sua qualidade ou duração. Além disso, as divergências quanto ao término da vida e as dificuldades de diagnóstico ensejariam um risco profundo de eugenia, em caso de legalização da modalidade de aborto intentada nos pedidos da ADPF. Ao fazer o exercício de ponderação, conclui que o

⁴⁸¹ STF – ADPF n. 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 19/04/2012, p. 307.

⁴⁸² A nossa pesquisa ainda encontrou outros dois projetos de lei que tramitavam antes da decisão na ADPF 54: o PL 4834/2005 de autoria da deputada Luciana Genro e o PL 660/2007 de autoria da deputada Cida Diogo.

sofrimento físico e mental da mulher é insuficiente para legitimar o aborto do suposto feto anencéfalo.

Apesar disso, o ministro também não se furta em defender uma postura zelosa frente às escolhas do Poder Legislativo. Na sua visão, “o legislador se eximiu de incluir o caso no rol das hipóteses autorizativas do art. 128 do Código Penal”⁴⁸³. Essa tarefa, portanto, seria própria de outra instância e não daquela Corte, devendo o debate a respeito do assunto travar-se no Congresso Nacional, já que o Supremo não pode atuar na condição de legislador positivo.

Embora seja inegável a sua compreensão mais conservadora em relação à substância da matéria propriamente dita, não se pode dizer que, a partir do seu voto, o ministro César Peluso descartou em absoluto o diálogo institucional.

No Congresso Nacional, como mencionado no voto do ministro Ricardo Lewandowski, a discussão não era novidade. Um dos projetos de lei em tramitação era o PL 50, apresentado em 17 de fevereiro de 2011 pelo senador Mozarildo Cavalcanti, que acrescenta o inciso III ao art. 128 do Código Penal, para categorizar a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como excludente de ilicitude do crime de aborto.

Na justificativa, malgrado a falta de julgamento do caso na época, o parlamentar mencionou expressamente a ADPF 54 e a decisão liminar proferida pelo ministro Marco Aurélio em 2004. No mérito da questão, considerou a morte do feto como certa em caso de anencefalia e alertou para o sofrimento da gestante em razão dos danos físicos e mentais.

Em reação ao julgamento definitivo da ADPF 54, houve, no dia 17 de maio de 2012, aprovação do parecer do projeto na Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, cuja relatoria ficou a cargo do senador Cyro Nogueira. Nele, foi proposta uma emenda em atendimento àquilo que foi consignado no voto do ministro Gilmar Mendes. Foram estabelecidos três requisitos que deveriam ser obrigatoriamente obedecidos antes da realização do aborto: i) diagnóstico feito por três médicos que não integrem a equipe responsável pelo aborto; ii) consentimento prévio e por escrito da gestante; e iii) atendimento do diagnóstico aos critérios técnicos definidos em resolução do Conselho Federal de Medicina.

Em 09 de julho de 2012, foi apresentado o projeto de lei responsável por fazer uma ampla reforma do Código Penal brasileiro, após uma série de discussões no âmbito do Parlamento com a participação de juristas e outros segmentos da sociedade civil.

⁴⁸³ STF – ADPF n. 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 19/04/2012, p. 411.

O PL 236/2012, dentre outras modificações, acrescenta o inciso III ao art. 128 do Código Penal para incluir a comprovação de anencefalia ou do padecimento de anomalias graves e incuráveis que inviabilizem a vida extrauterina do feto como hipóteses de exclusão de ilicitude do crime de aborto. O dispositivo, no mesmo inciso, ainda exige atestado de dois médicos e, no parágrafo único, o consentimento prévio da gestante como requisitos para a realização do aborto, tangenciando as recomendações proposta pelo ministro Gilmar Mendes.

Além disso, em relação ao mesmo artigo, o projeto de lei acrescentou o inciso IV cuja redação enuncia que também não haverá crime de aborto “se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade”.

A justificativa do projeto não traz qualquer menção ao julgamento da ADPF 54, contudo aborda a mudança de pensamento social de 1940 até os dias atuais, aduzindo que qualquer discriminação contra as mulheres tornou-se intolerável. Apesar disso, o presidente do Senado José Sarney, na condição de signatário, expressa sua discordância pessoal com as mudanças propostas no art. 128, III e IV do projeto.

Há, entretanto, ao menos um projeto de lei que reage em sentido contrário à decisão do STF. O PL 287 de autoria da senadora Maria do Carmo, proposto em 07 de agosto de 2012, visa exatamente a superar completamente aquilo que foi consignado por ocasião do julgamento do ADPF 54.

A redação do projeto de lei, ao adicionar os artigos 128-A, 128-B e 128-C ao texto do Código Penal, prevê a inclusão do aborto de feto anencéfalo em três tipos penais diferentes:

Art. 128-A. Interromper, em si mesma, gravidez em razão de diagnóstico de anencefalia do feto ou consentir que outrem interrompa:
Pena – detenção de um a três anos.

Art. 128-B. Interromper gravidez em razão de diagnóstico de anencefalia do feto, com o consentimento da gestante:
Pena – reclusão de um a quatro anos.

Art. 128-C. Interromper gravidez em razão de diagnóstico de anencefalia do feto, sem o consentimento da gestante:
Pena – reclusão de três a seis anos.

A senadora aduz, em sua justificação, que a decisão do Supremo Tribunal Federal “tem efeitos inconciliáveis com a inviolabilidade da vida humana”, pois esta estaria a salvo desde a concepção, e que a sua proposta está em “sintonia com a tradição cristã do povo brasileiro”. Para ela, o STF afrontou o art. 5º, *caput* da Constituição Federal, o art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica. Ademais,

pontuou que a descriminalização do aborto de feto anencéfalo é um passo para a eugenia, argumento que coincide com aquele trazido pelo ministro Cezar Peluso, até porque a ciência e a tecnologia podem eventualmente cometer falhas.

Percebe-se que as alegações da parlamentar são exatamente opostas às aquelas desenvolvidas pela maioria do Supremo. Por exemplo, enquanto a senadora fala em “tradição cristã”, o ministro Marco Aurélio promoveu extensas digressões sobre a importância da laicidade do Estado brasileiro. Ao passo que o Tribunal deu grande valor ao avanço tecnológico como instrumento essencial para tomar uma decisão que conformasse maior liberdade à mulher, a senadora colocou a ciência e a tecnologia à prova, quando disse que elas poderiam falhar.

Os três projetos de lei ora narrados (50/2011, 236/2012 e 287/2012) tramitam em conjunto e atualmente se encontram na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal.

Há também duas Propostas de Emenda à Constituição que, apesar de não tratarem de forma específica sobre a descriminalização do aborto de feto anencefálico, abordam a “inviolabilidade da vida desde a concepção” e, por isso, têm provocado uma repercussão bastante polêmica acerca do seu conteúdo. É que muitos interpretam esse termo como impeditivo, inclusive, em relação às outras hipóteses de excludente de ilicitude do crime de aborto, previstas na redação atual do Código Penal. Nas redes sociais, várias são as manifestações favoráveis e contrárias às matérias⁴⁸⁴.

A PEC 29/2015, idealizada pelo senador Magno Malta na condição de subscritor principal, foi apresentada em 18 de março de 2015 e visa a acrescentar, no art. 5º, que o direito à vida é inviolável desde a concepção.

Na justificativa, o parlamentar, embora não se refira à decisão do STF ou mesmo ao aborto, afirma que a proposta tem a intenção de demarcar a origem da vida e proteger o ser humano, aduzindo que os avanços científicos possibilitam a manutenção da vida em situações graves.

⁴⁸⁴ A título ilustrativo, seguem vídeos publicados no YouTube: “VAMOS LUTAR PELA VIDA E CONTRA O ABORTO! - PEC 181 | E eu com isso? #006” (Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=u2Z99YoJ6vQ>. Acesso em 29 nov. 2017); “Antonia Pellegrino - PEC 181, a PEC Cavalão de Tróia” (Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=-5QG2OiEyqs>>. Acesso em 29 nov. 2017); PEC 29/2015 Proibição do Aborto no Brasil (Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=ei6fNcfxg4>>. Acesso em 29 nov. 2017).

A outra Proposta de Emenda Constitucional foi a PEC 99/2015 de autoria do senador Aécio Neves. A princípio, o seu teor não tratava de nenhuma questão relacionada à inviolabilidade da vida humana sob qualquer aspecto. Na verdade, o texto inicial buscava alterar o art. 7º, XVIII, para apenas estender o período de licença maternidade, em caso de nascimento de bebê prematuro, à quantidade de dias de internação do recém-nascido, não podendo chegar a duzentos e quarenta dias.

Ocorre que, ao chegar na Câmara dos Deputados, onde passou a ser numerada como PEC 181/2015, o relator da comissão especial criada para apreciar a matéria, o deputado Jorge Tadeu Mudalen em seu parecer, apresentou um substitutivo, com o objetivo de tão somente acrescentar, no art. 5º, *caput* e no art. 1º, III da Constituição Federal, que o direito à vida é inviolável desde a concepção e que a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada desde a concepção, respectivamente. Justificou o proponente que o Congresso Nacional seria a sede própria para estabelecer essa discussão, e não o Supremo Tribunal Federal.

Além do julgamento da ADPF 54, a referência feita pelo deputado provavelmente também se direcionou a atacar outra decisão do STF ainda mais permissiva ao aborto. Em 29 de novembro de 2016, a 1ª Turma do Tribunal, ao julgar o Habeas Corpus 124.306, decidiu pela inconstitucionalidade do crime de aborto, quando a gestação estiver em sua décima segunda semana. No voto de divergência, que acabou convencendo a maioria do colegiado, o ministro Luís Roberto Barroso alegou que o crime de aborto nessas condições violaria direitos fundamentais da mulher (autonomia, integridade física e psíquica, direitos sexuais e reprodutivos, discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres) e o princípio da proporcionalidade.

Em entrevista à Rádio Senado, o senador Magno Malta, autor da PEC 29/2015, criticou duramente esta decisão da 1ª Turma do STF, chamando o aborto realizado na décima segunda semana de gestação de “assassinato”, uma vez que a vida se enceta na concepção. Para ele o Supremo não pode substituir Deus, que seria o único capaz de tirar a vida de alguém⁴⁸⁵.

Diante dessas reações legislativas e em meio a uma tendência de ainda maior abertura do posicionamento do Supremo, é bem provável que o diálogo não se encerre rapidamente. A aprovação de algum projeto em confronto com a jurisprudência da Corte pode suscitar novo julgamento a respeito da matéria.

⁴⁸⁵ *CCJ pode votar proposta que proíbe o aborto em qualquer situação*. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2017/11/ccj-pode-votar-proposta-que-proibe-o-aborto-em-qualquer-situacao>>. Acesso em 29 nov. 2017.

6.1.8 A cláusula de barreira partidária

A chamada cláusula de barreira, de desempenho ou de exclusão é um mecanismo normativo que impede ou restringe algumas condições de funcionamento do partido político, quando este não consegue atingir um determinado percentual de votos. No Brasil, com o advento da Lei 9.096/1995, foram inclusas algumas limitações aos partidos que tivessem um determinado desempenho eleitoral. A eles, vedou-se o funcionamento parlamentar (impedimento de direito à representação partidária e a indicar membros de comissões, por exemplo) e foi reduzido consideravelmente os recursos advindos do fundo partidário e o tempo de propaganda de rádio e TV.

A utilização deste instrumento teria como justificativa a criação de obstáculos à pulverização demasiada de partidos, circunstância que poderia inviabilizar a democracia e a governabilidade, especialmente em um sistema presidencialista. Por isso, muitos são os países democraticamente consolidados que dispõem sobre o instituto em seus ordenamentos jurídicos.

O Congresso Nacional brasileiro aprovou a sua cláusula de barreira por meio da Lei nº 9.096 de 19 de Setembro de 1995. O artigo 13 dispunha da seguinte maneira:

Art. 13. Tem direito a funcionamento parlamentar, em todas as Casas Legislativas para as quais tenha elegido representante, o partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, *cinco por cento* dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, *um terço dos Estados*, com um *mínimo de dois por cento* do total de cada um dele (itálico nosso).

O diploma também dispunha que os partidos que alcançassem esse percentual teriam direito a 99% (noventa e nove por cento) dos recursos provenientes do Fundo Partidário, na proporção dos votos obtidos na última eleição para a Câmara dos Deputados, ou seja, todos partidos teriam direito, em fatia iguais, a apenas 1% (um por cento) destes recursos, consoante a redação do art. 41.

Por último, os artigos 48 e 49 limitavam o acesso à propaganda partidária. As agremiações que não atendessem ao previsto no art. 13 teriam direito à realização de apenas um programa em cadeia nacional, em cada semestre, com duração de dois minutos. Enquanto isso, aqueles partidos que alcançassem a cláusula de desempenho prevista no art. 13, teriam direito à realização de dois programas por semestre em cadeias nacional e estadual com duração de vinte minutos cada, além de gozarem de um tempo de 40 (quarenta) minutos por

semestre para inserções de trinta segundos ou um minuto em rede nacional e nas emissoras estaduais.

Em face desses dispositivos, foram apresentadas as ADIs 1351-3/DF e 1354-8/DF, propostas, respectivamente, pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ao lado de outros partidos no dia 28 de setembro de 1995 e pelo Partido Social Cristão (PSC) no dia 06 de outubro de 1995. Como se tratavam do mesmo assunto, a segunda foi apensada à primeira e, por conseguinte, foram julgadas em conjunto.

De início, foi indeferido o pedido de medida cautelar, uma vez que, em relação aos dispositivos impugnados, a lei previa um *vacatio legis* bastante longo. Conforme a dicção do art. 57, a cláusula de barreira somente passaria a valer para legislatura que se iniciou em 2007. Contudo, em 07 de dezembro de 2006, o Supremo, por unanimidade, julgou, no mérito, procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade dos artigos⁴⁸⁶.

A fundamentação jurídica utilizada pelo relator, o ministro Marco Aurélio, teve como base o pluralismo político (art. 1º, V), o princípio democrático (art. 1º, parágrafo único), a livre criação partidária (art. 17, *caput*), a ênfase às minorias (art. 58, §§ 1º e 3º; art. 103, VIII) e ausência de razoabilidade da medida. Sobre esse último argumento em específico, o relator afirma que a dose aplicada pelo legislador é cavalgar e que, portanto, implica na “potencialização do objeto visado em detrimento de princípios constitucionais”⁴⁸⁷.

Segundo ele, partidos tradicionalmente expoentes, a exemplo do PCdoB (Partido Comunista do Brasil), que, na época, presidia a Câmara dos Deputados com o deputado Aldo Rebedelo e do PRB (Partido Republicano Brasileiro), que tinha, em seus quadros, o então vice-presidente da República José Alencar, não teriam direito ao funcionamento parlamentar, acesso bastante reduzido ao fundo partidário e à propaganda de rádio e TV.

Além disso, o ministro reage ao argumento por meio do qual se veicula a crítica aos partidos de aluguel. Para ele, há um preconceito marcado nisso, pois não se pode caracterizar dessa forma partidos como o PPS (Partido Popular Socialista), o PCdoB (Partido Comunista do Brasil), o PV (Partido Verde) e o PSOL (Partido Socialismo e Liberdade). Utilizar a cláusula de barreira nos moldes propostos para minar partidos de aluguel provocaria efeitos colaterais capazes de destruir agremiações com boa representatividade, programas sólidos e linhas ideológicas bem firmadas.

Aduzindo que a diversidade, em um Estado Democrático de Direito, deve ser tratada como uma vantagem à sociedade, o ministro Marco Aurélio votou pela procedência do

⁴⁸⁶ STF – ADI n. 1.351-3/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 29/06/2007.

⁴⁸⁷ STF – ADI n. 1.351-3/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 29/06/2007, p. 59.

pedido, declarando a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei nº 9.096/1995 e todas as expressões que remetiam a ele, presentes nos artigos 41, I e II; 48; 49 e 57, II. A unanimidade da Corte acompanhou o seu voto.

É interessante frisar que todos os ministros, em seguida, utilizaram-se basicamente dos mesmos fundamentos esposados no voto do relator e convergiram em um ponto: não discordam da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de desempenho, contudo desaprovam com veemência a forma como o legislador quis estipulá-la. Segundo eles, a medida era desproporcional e violadora da igualdade de oportunidades.

Gilmar Mendes afirma que o próprio quociente eleitoral já funciona como uma espécie de cláusula dessa mesma natureza e aponta dois equívocos principais cometidos pelo legislador: i) o comprometimento do funcionamento parlamentar *in totum*, ferindo o princípio da proporcionalidade; e ii) a violação à igualdade de oportunidades no acesso ao fundo partidário e no modelo de distribuição da propaganda de rádio e TV.

Em seu voto escrito, ao aludir ao sistema eleitoral alemão, demonstra que é possível a criação de uma cláusula de barreira, desde que haja atenção ao princípio da proporcionalidade. A suscitação de uma cabível reação dialógica em adequação ao posicionamento da Corte fica clara, quando afirma:

Estou certo de que se o legislador brasileiro tivesse conformado um modelo semelhante ao adotado no direito alemão, por exemplo, tal como explicado anteriormente, talvez não estaríamos aqui a discutir esse tema. É possível, sim, ao legislador pátrio, o estabelecimento de uma cláusula de barreira ou de desempenho que impeça a atribuição de mandatos à agremiação que não obtiver um dado percentual de votos⁴⁸⁸.

No final de seu voto, o ministro Gilmar Mendes novamente volta a possibilitar a adequação legislativa, quando se posiciona em favor da manutenção das normas de transição contidas no art. 57 da lei impugnada continuem em vigor “até que o legislador discipline novamente a matéria dentro dos limites esclarecidos pelo Tribunal neste julgamento”⁴⁸⁹. Embora creia na plausibilidade de uma reação legislativa, apenas a admite caso ela seja deferente aos argumentos desenvolvidos naquela decisão.

No mesmo sentido foram os posicionamentos dos ministros Carlos Ayres Britto, que chama a proposta brasileira de “cláusula de caveira”; César Peluso, que, ao criticar o multipartidarismo, pugna pela criação de regras que evitem essa pulverização demasiada; e

⁴⁸⁸ STF – ADI n. 1.351-3/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 29/06/2007, p. 128.

⁴⁸⁹ STF – ADI n. 1.351-3/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 29/06/2007, p. 161.

Ricardo Lewandovski, que defendeu a existência da cláusula de desempenho, desde que seja acompanhada de uma ampla reforma política.

A primeira reação legislativa à decisão do Supremo foi a PEC 02/2017, apresentada pelo senador Marco Maciel, na condição de subscritor principal, no dia 06 de fevereiro de 2007 (pouco mais de um mês após o julgamento da ADI). A via eleita escolhida já evidenciava, de alguma maneira, a tentativa de superar a decisão da Corte, uma vez que, por se tratar de reforma constitucional, teria mais força que uma lei ordinária.

A proposta visava a autorizar distinções entre os partidos políticos para fins de funcionamento parlamentar, com base no respectivo desempenho eleitoral e, para tanto, estabelecia os mesmos padrões do art. 13 da Lei 9.096/1995, declarado inconstitucional. Claramente, o seu texto representava uma tentativa de superar a decisão do STF, porém foi arquivada em 2014.

Houve também reações em forma de projetos de lei. O PL 267/2011 (PL 2394/2011 na Câmara dos Deputados), apresentado em 18 de maio de 2011 e assinado pelo senador José Sarney, além de outros senadores, foi resultado de uma ampla proposta de reforma política e trazia como requisito para o funcionamento parlamentar a eleição e a manutenção da filiação de 03 (três) deputados em Estado diferentes.

Além disso, quanto ao acesso à propaganda partidária de rádio e TV, criava três faixas com regras distintas: i) para os partidos que alcançassem o limite da cláusula de desempenho para obter o direito ao funcionamento parlamentar (03 deputados em Estados distintos), seria permitida veiculação de 01 (um) programa anual em cadeia nacional com duração de 10 minutos; ii) para aqueles que conseguissem eleger representantes em, no mínimo, 05 (cinco) Estados diferentes, tenham obtido 1% (um por cento) dos votos válidos no país e eleito representantes na eleição passada, 01 (um) programa por semestre em cadeia nacional com duração de 10 minutos e 20 minutos por semestre de inserções de 30 segundos e 01 minuto em redes nacional e estaduais; e iii) para os demais partidos, 01 (um) programa por semestre em cadeia nacional com duração de 05 minutos.

Na justificativa, os parlamentares argumentavam que a cláusula de barreira era necessária para dificultar a excessiva fragmentação do Poder Legislativo em benefício da governabilidade e mencionam expressamente a decisão do STF. Alegam que a declaração de inconstitucionalidade se deu em razão de violação aos princípios da proporcionalidade e do pluralismo político, presente no art. 13 da Lei nº 9.096/1995. A tentativa era, pois, de adequação, pois, como os termos do PL assemelhavam-se sobremodo com as regras de

transição contidas no art. 57, e este dispositivo não havia sido declarado inconstitucional, não haveria, a princípio, nenhuma divergência entre as posições do Legislativo e do Judiciário.

O PL 340/2014, de autoria da senadora Ângela Portela, proposto em 18 de novembro de 2014, criava novos padrões para a cláusula de desempenho contida no art. 13 da Lei dos Partidos Políticos. Por essa proposta, ao invés de 5% (cinco por cento) dos votos válidos, os partidos só teriam direito ao funcionamento parlamentar, caso obtivessem 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em um terço dos Estados, com um mínimo de 2% (dois por cento) em cada um deles.

Quanto ao fundo partidário, modificou o art. 41-A para determinar que 5% (cinco por cento) dos recursos vinculados ao fundo seriam destinados igualmente a todos os partidos registrados junto ao Tribunal Superior Eleitoral e o restante seria dividido para aqueles que atingissem os números da cláusula de barreira já mencionados.

Segundo a justificativa, a medida intentava impedir a proliferação de legendas que têm como objetivo exclusivo a participação em governos. Faz menção à decisão do STF, especialmente ao fundamento utilizado com base no princípio da proporcionalidade.

Nessa perspectiva, o projeto pode significar uma adequação ao julgamento da ADI, pois reduz sensivelmente os números inicialmente escolhidos pelo legislador para delimitar a cláusula de desempenho para o funcionamento parlamentar e para o acesso ao fundo partidário. A matéria continua tramitando, atualmente na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

Em 24 de março de 2015, foi a oportunidade de o senador Roberto Rocha apresentar o PL 152/2015, cujo texto visa a alterar o art. 41-A e a criar os artigos 13-A e 49-A da Lei nº 9.096/1995. No primeiro dos dispositivos criados, houve a alteração do número a ser atingido para que o partido tenha direito ao funcionamento parlamentar, qual seja: 3% (três por cento) dos votos válidos, distribuídos em um terço dos Estados, com um mínimo de 2% (dois por cento) em cada um deles, mesmos padrões exigidos no projeto idealizado pela senadora Ângela Portela.

Além disso, o senador adicionou um parágrafo único ao art. 13-A para resguardar o mandato do parlamentar, cujo partido não atingisse a cláusula de barreira. Para tanto, o congressista eleito poderia manter a sua filiação original, ficando na condição de “sem partido”, ou fazer outra filiação, no caso de extinção do partido.

Em relação à distribuição dos recursos do fundo partidário, o projeto é ainda mais generoso em comparação com o PL 340/2014, pois concede 10% (dez por cento) dos valores

igualmente a todos os partidos com registro no TSE e 90% (noventa por cento) para os que preencherem as condições do art. 13-A.

Quanto ao acesso à propaganda partidária de rádio e TV, não houve distinção qualquer. Toda e qualquer agremiação teria direito a 01 (um) programa semestral em rede nacional com duração de 03 minutos.

Apesar de considerar a necessidade da existência da cláusula para limitar a liberdade partidária e, com isso, constituir um quadro de partidos sólido e consolidado, consentiu com a decisão tomada pelo Supremo, compreendendo que o percentual de 5% (cinco por cento) para se ter direito ao funcionamento parlamentar era excessiva e a regras para restringir o acesso aos valores do fundo partidário e à propaganda de rádio e TV eram desproporcionais.

O PL, que atualmente aguarda designação de relator para ofertar parecer na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, representa uma clara tentativa de adequação aos termos consignados no julgamento da ADI 1351.

Outro projeto de lei foi o do senador Aluysio Nunes, protocolizado no dia 16 de junho de 2015. O PL 363/2015 também altera o art. 13 da Lei nº 9.095/1995, reduzindo a cláusula de barreira para fins de direito ao funcionamento parlamentar. Por essa proposta, o partido precisa obter 2% (dois por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, com um mínimo de 1% (um por cento) em cada um deles, nas eleições para a Câmara dos Deputados.

De acordo com a justificativa do autor, a proposta seria a solução para um sistema pluripartidário inchado e ineficaz. Também menciona as PECs 02/2007 e 322/2009 – esta última de autoria do Poder Executivo. Os percentuais mais brandos podem corresponder a uma tentativa de atender a proporcionalidade exigida pelo Supremo na decisão.

Em 2016, foram apresentadas duas PECs no Congresso Nacional. A primeira delas, a PEC 240/2016, proposta em 15 de junho, cuja autoria principal foi da deputada Shéridan, acrescenta os §§ 5º e 6º ao art. 17 da Constituição Federal. Neles, dispõe apenas sobre o rateio dos recursos do fundo partidário e sobre o acesso à propaganda de rádio e TV.

O parágrafo 5º reserva os recursos do fundo partidário exclusivamente aos partidos que tenham obtido o apoio na eleição geral para a Câmara dos Deputados de, no mínimo, 5% (cinco por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, com um mínimo de 2% (dois por cento) em cada um deles. Já o parágrafo 6º concede aos partidos que não tenham representantes na Câmara Baixa o mínimo de 5% (cinco por cento) do tempo reservado àqueles partidos que tenham eleito o menor número de representantes.

Em justificativa bastante longa, a deputada faz uma digressão histórica a respeito desses dois assuntos no direito brasileiro, mencionando a primeira tentativa de instituir uma cláusula de barreira na Lei nº 8.713/1993, declarada inconstitucional pela ADI 966. Cita também outros julgados do Supremo Tribunal Federal, a exemplo da ADI 5.105 que também abordaram a temática.

Segundo ela, o fundamento da proposta reside no pluripartidarismo exacerbado que traz efeitos negativos não somente à governabilidade, mas ao sistema partidário como um todo. Portanto, requer a revisão do posicionamento do STF e, por isso, considera que o intérprete autêntico da Constituição é o Poder Legislativo.

A tentativa de superar o precedente firmado na ADI 1351 é nítida, tanto em virtude da via eleita (Proposta de Emenda à Constituição), como também em razão do ainda mais reduzido nível de estabelecimento da cláusula de barreira em comparação com o art. 41 da Lei dos Partidos Políticos. A ideia de restringir o acesso aos recursos do fundo partidário a apenas um nicho de partidos políticos diverge diametralmente da igualdade de oportunidades tão festejada em praticamente todos os votos dos ministros do STF.

A segunda PEC, desta feita, adveio do Senado Federal, subscrita pelos senadores Ricardo Ferraço, Aécio Neves e outros. Proposta em 13 de junho de 2016, a PEC 36/2016 tinha na sua redação original as seguintes disposições: i) alterava o art. 17, § 1º para vedar a possibilidades de coligações para os cargos disputados por meio do sistema proporcional de voto, a partir das eleições de 2020; ii) modificava a redação do art. 17, § 2º para incluir os incisos o I e II e dispor sobre a cláusula de barreira que condicionava o funcionamento parlamentar da seguinte forma: a partir de 2018, somente os partidos que obtivessem 2% (dois por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos 14 (catorze) Estados, com um mínimo de 2% (dois por cento) em cada um deles, teria direito ao funcionamento parlamentar, e a partir de 2022, o percentual de votos válidos em todo país aumentaria para 3% (três por cento); iii) alterava também a redação do art. 17, § 3º para conceder direitos exclusivos aos partidos que atingissem a cláusula disposta no § 2º para atuar como legitimado ativo nas ações do controle concentrado, ter estrutura própria e funcional nas casas legislativas, participar da distribuição dos recursos do fundo partidário e possuir acesso gratuito à propaganda de rádio e televisão; iv) colocava a desfiliação partidária por parlamentar eleito de legenda que não tenha atingido a cláusula de desempenho como exceção às regras da fidelidade partidárias; e v) da mesma forma, concedia a esses parlamentares o direito ao exercício do mandato.

A justificativa buscou fundamento no direito comparado, ao aduzir que em 44 (quarenta e quatro) países, existia o instituto da cláusula de barreira, a exemplo de Alemanha,

Dinamarca, Argentina e México. Além disso, arrolou como efeitos negativos do multipartidarismo brasileiro o distanciamento entre a população e seus representantes e os problemas relativos à governabilidade.

Da perspectiva dialógica, fez menção expressa a fragmentos da decisão do Supremo que deixavam o tema em aberto para uma possível reação legislativa, bem como citou pronunciamentos recentes de ministros do Corte que opinaram em favor da instituição de uma cláusula de desempenho. Foram os casos de Dias Toffoli, inclusive quando presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso.

Ao chegar na Câmara, a proposta passou a ser numerada como PEC 282/2016 e recebeu uma série de modificações, dentre as quais se destacam: i) a redução das situações que a cláusula pretende abarcar, restringindo apenas ao acesso aos recursos do fundo partidário e à propaganda gratuita de rádio e TV; ii) o estabelecimento de novos requisitos mais generosos para o partido alcançar a cláusula de barreira, qual seja: alternativamente, obter 3% (três por cento) dos votos válidos na eleição para a Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, com um mínimo de 2% (dois por cento) em cada um deles ou eleger 15 (quinze) deputados federais em pelo menos um terço dos Estados; iii) e a criação de novas regras de transição, da seguinte forma: para as legislaturas subsequentes às eleições de 2018, 2022 e 2026 seriam exigidos, respectivamente, 1,5 % (um e meio por cento), 2% (dois por cento) e 2,5% (dois e meio por cento) dos votos válidos, distribuídos em pelo menos um terço dos Estados, com um mínimo de 1% (um por cento) dos votos em cada um deles *ou* 09 (nove), 11 (onze) e 13 (treze) deputados federais eleitos em pelo menos um terço dos Estados.

A proposta retorna ao Senado, sob o novo epíteto de PEC 33/2017, é aprovada sem modificações no dia 03 de outubro de 2017 e convertida na Emenda Constitucional nº 97/2017, publicada no dia 05 de outubro.

Apesar de referir-se às intenções dialógicas propostas pelo Supremo e seus ministros, a PEC não atende, em princípio, aos termos do julgamento da ADI 1351, uma vez que não dispõe de nenhum valor do fundo partidário e de nenhum minuto da propaganda de rádio e TV aos partidos que não obtiverem os 3% (três por cento) dos votos válidos nas eleições para a Câmara dos Deputados, violando o princípio da igualdade de oportunidades.

Destarte, é possível que, embora a reação tenha se consumado com a promulgação de uma Emenda à Constituição, o Supremo, caso seja provocado, venha a declarar novamente a inconstitucionalidade da matéria ali posta.

Em 2017, foram ainda apresentados dois projetos de lei abordando a cláusula de desempenho. O primeiro deles, o PL 7134/2017 de autoria do deputado Betinho Gomes, foi proposto no dia 15 de março e busca regulamentar também outras questões, a exemplo do fim das coligações.

Sobre a cláusula de barreira em específico, acrescenta o art. 13-A e altera a redação do art. 41-A da Lei dos Partidos Políticos. Neles, institui a cláusula para fins de funcionamento parlamentar e de acesso aos recursos do fundo partidário. Em relação ao primeiro, impõe que o partido político deve obter 3% (três por cento) dos votos válidos nas eleições para a Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos 09 (nove) Estados, com um mínimo de 2% (dois por cento) em cada um deles. Já no que diz respeito aos recursos do fundo partidário, 2% (dois por cento) deles devem ser repartidos igualmente entre todos os partidos, enquanto que 98% (noventa e oito por cento) para aqueles que atingirem os requisitos do art. 13-A.

Assim como a Emenda Constitucional nº 97/2017, o presente projeto de lei traz uma regra de transição a ser observada para as eleições de 2018: para ter direito ao funcionamento parlamentar, os partidos devem atingir pelo menos 2% (dois por cento) dos votos válidos nas eleições para deputado federal, distribuídos em 09 (nove) Estados, com um mínimo de 2% (dois por cento) em cada um deles, e, em relação aos recursos do fundo partidários, 3% (três por cento) dos valores devem ser repartidos igualmente entre todos e 97% (noventa e sete por cento) entre aqueles que atingirem os requisitos da regra de transição da cláusula de barreira para fins de funcionamento parlamentar.

O deputado justifica que a escolha pela lei ordinária para disciplinar o tema se deu com a finalidade de fazer adaptações à PEC 36/2016, a atual Emenda Constitucional nº 97/2017. Além disso, segundo ele, não havia necessidade de a matéria ter sido regulamentada na Constituição por ter natureza essencialmente infraconstitucional.

Ao contrário de muitas propostas que aduziram satisfazer as condições empreendidas pelo STF à materialização do instituto, o argumento em favor da mudança de perspectiva se dá pela mudança do contexto fático distinto daquele em que foi pronunciado o julgamento da ADI 1351. Naquela época – compreende o autor do projeto -, não havia ainda o hiperpartidarismo de agora que, com 35 (trinta e cinco) partidos registrados perante a justiça eleitoral, compromete a funcionalidade dos partidos e se mostra nocivo à governabilidade e à própria democracia. Dessa forma, a nova roupagem da conjuntura partidária brasileira exigiria do Supremo uma nova postura.

O outro projeto é o PL 8428/2017 de autoria do deputado João Gualberto, apresentado no dia 30 de agosto. Em postura mais radical, impõe o cancelamento do registro do estatuto

daquele partido que não obtiver nas eleições para deputado federal 0,5% (meio por cento) dos votos válidos nas cinco regiões geográficas e em um terço dos Estados, com um mínimo de 0,1% em cada um deles, sendo que, em 05 (cinco) Estados deve superar o quociente eleitoral verificado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. Ainda assim, partido pode requerer novo registro, vedado o aproveitamento dos apoios coletados por ocasião do primeiro registro.

O objetivo da medida, segundo o autor em sua justificativa, é “acabar com a pulverização partidária e suas deletérias consequências ao sistema político eleitoral e à governabilidade”. Nesse sentido, já faz simulação apontando que apenas 10 (dez) agremiações resistiriam à cláusula de barreira instituída pelo projeto.

Ademais, o deputado menciona expressamente a decisão do STF e acrescenta que não haveria necessidade de regulamentar o instituto por meio de reforma constitucional. Para tanto, bastaria a edição de lei ordinária.

Embora existam outras ações do controle de constitucionalidade que discutiram aspectos da cláusula de barreira, a ADI 1351 foi a única que abordou três questões principais ao mesmo tempo em torno do assunto: o funcionamento parlamentar, a forma de distribuição dos recursos do fundo partidário e o acesso ao tempo de propaganda de rádio e televisão. Desse modo, buscou-se, por meio desse tópico, pesquisar as reações legislativas, que tiveram a intenção de abarcar estes três temas e que foram posteriores a essa decisão do Supremo em específico.

Apesar disso, outras ADIs trataram de um dos três aspectos isoladamente ou sob outras perspectivas. A ADI 966⁴⁹⁰, por exemplo, declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 1º da Lei nº 8.713/1993 que instituiu cláusula de barreira para impedir o registro de candidatura a presidente, vice-presidente, senador, governador e vice-governador de candidato cujo partido não atingisse um determinado percentual de votos nas eleições para a Câmara dos Deputados⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ STF – ADI n. 966/DF, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 25/08/1995.

⁴⁹¹ Art. 5º Poderá participar das eleições previstas nesta lei o partido que, até 3 de outubro de 1993, tenha obtido, junto ao Tribunal Superior Eleitoral, registro definitivo ou provisório, desde que, neste último caso, conte com, pelo menos, um representante titular na Câmara dos Deputados, na data da publicação desta lei.

§ 1º Só poderá registrar candidato próprio à eleição para Presidente e Vice-Presidente da República:

I - O partido que tenha obtido, pelo menos, cinco por cento dos votos apurados na eleição de 1990 para a Câmara dos Deputados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados; ou

II - o partido que conte, na data da publicação desta lei, com representantes titulares na Câmara dos Deputados em número equivalente a, no mínimo, três por cento da composição da Casa, desprezada a fração resultante desse percentual; ou

III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha condição prevista em um dos incisos anteriores, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.

§ 2º Só poderá registrar candidatos a Senador, Governador e Vice-Governador:

Embora a Lei nº 9.096/1995 tenha instituído a cláusula de desempenho com outras finalidades (funcionamento parlamentar, distribuição dos recursos do fundo partidário e acesso à propaganda de rádio e TV), não se pode negar a conexão existente entre ela e a ADI 966.

As ADIs 4.430⁴⁹² e 4.795, julgadas em conjunto, declararam a inconstitucionalidade da expressão “e representação na Câmara dos Deputados”, contida no § 2º do artigo 47, da Lei nº 9.504/1997, e deram interpretação conforme à Constituição Federal ao inciso II do § 2º do artigo 47 da mesma lei, para assegurar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral no rádio e na televisão, considerada a representação dos deputados federais que migrarem diretamente dos partidos pelos quais foram eleitos para a nova legenda na sua criação.

É que a chamada Lei das Eleições restringia a participação no horário eleitoral gratuito apenas a candidatos cujos partidos tivessem representação na Câmara dos Deputados e também não incluía expressamente a possibilidade de partidos novos participarem do horário eleitoral.

Em seguida, a Lei nº 12.875/2013 deu nova redação ao § 2º do art. 47, disciplinando da seguinte forma:

§ 2º Os horários reservados à propaganda de cada eleição, nos termos do § 1º, serão distribuídos entre todos os partidos e coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios:

I - 2/3 (dois terços) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram;

II - do restante, 1/3 (um terço) distribuído igualmente e 2/3 (dois terços) proporcionalmente ao número de representantes eleitos no pleito imediatamente anterior para a Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos que a integram.

Entretanto, a constitucionalidade do dispositivo foi novamente objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 5.105, cujo acórdão ficou bastante reconhecido por abordar de maneira ampla a prática dos diálogos institucionais, como se pode

I - o partido que tenha atendido a uma das condições indicadas nos incisos I e II do parágrafo anterior; ou
II - o partido que, organizado na circunscrição, tenha obtido na eleição de 1990 para a respectiva Assembléia ou Câmara Legislativa três por cento dos votos apurados, excluídos os brancos e nulos; ou
III - coligação integrada por, pelo menos, um partido que preencha uma das condições previstas nos incisos I e II deste parágrafo, ou por partidos que, somados, atendam às mesmas condições.

⁴⁹² STF – ADI n. 4.430/DF, rel. Min. Dias Toffoli, *DJE*, de 19/09/2013.

verificar no tópico 5.3.4. Para os ministros, a nova redação feria o pluralismo político disposto na Constituição Federal.

Além desse dispositivo, a Lei nº 12.875/2013 tentou regulamentar novamente a distribuição dos recursos do fundo partidário, modificando a redação do art. 41-A, para destinar 5% (cinco por cento) dos valores igualmente a todos os partidos com registro no TSE e 95% (noventa e cinco por cento) a todos os partidos com base na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados. Contudo, a ADI 5.105 também declarou a inconstitucionalidade desse dispositivo.

A postura da Suprema Corte brasileira, apesar de reconhecer a possibilidade da existência de uma cláusula de barreira com base, inclusive, nos experimentos de legislações alienígenas, tem sido bastante criteriosa no momento de auferir a proporcionalidade dos padrões estipulados pelo legislador.

Com efeito, é possível que nova rodada dialógica ocorra diante da excessiva restrição criada pela Emenda Constitucional nº 97/2017 que não destinou qualquer recurso do fundo partidário e nem um só minuto da propaganda de rádio e TV a partidos que não atingirem a cláusula.

Se, em relação a leis anteriores que destinavam um percentual ainda que pequeno do fundo partidário e da propaganda de rádio e TV a partidos que não atingissem o desempenho estipulado, o Supremo posicionou-se de maneira dura no que tange aos critérios de proporcionalidade do uso da cláusula, é bem possível que ele também se manifeste de forma contrária à Emenda Constitucional nº 97/2017, sob os mesmos fundamentos já invocados: pluralismo político e proporcionalidade, especialmente.

Perceba que o percentual estabelecido pela redação original da Lei nº 9.096/1995 de 99% (noventa e nove por cento) do fundo partidário para repartir entre os partidos que atingissem a cláusula de barreira, ainda que exagerado, não impede que os outros partidos recebam uma parte dos valores, já que havia a previsão de que 1% (um por cento) seria destinado a todos igualmente. Enquanto isso, a nova redação do art. 17, § 3º da Constituição Federal, empreendida pelo constituinte reformador, não cede nenhum centavo do fundo aos partidos que não atingirem a cláusula de barreira.

Por outro lado, é verdade que a EC nº 97/2017 reduziu o percentual de votos válidos a ser conquistado pelos partidos políticos para alcançarem o desempenho necessário e terem direito ao fundo partidário e à propaganda de rádio e TV (de 5% para 3%) e ainda adicionou um requisito alternativo: a eleição de pelo menos quinze deputados federais. Além disso, não fez qualquer restrição para fins de funcionamento parlamentar, com base nesses critérios, para

o partido que caso não os atenda, mas eleja ao menos um deputado federal. Sob esses aspectos, a emenda teria adotado patamares de exclusão mais proporcionais.

6.2 Uma proposta inicial de categorização

Diante de uma determinada decisão da Suprema Corte que declare a inconstitucionalidade de uma norma, o legislador pode concordar com os seus termos (reações do tipo A), manifestando-se comissivamente nesse sentido ou mantendo-se inerte⁴⁹³, bem como, de outro modo, pode reagir contrariamente àquilo que restou disposto na decisão (reações do tipo B).

Tal inferência pode ser bem constatada quando da análise dos casos. Para tanto, esquematizamos a tabela abaixo para melhor demonstrá-la:

CASOS	REAÇÕES DO TIPO A	REAÇÕES DO TIPO B
Vaquejada		Todas
Criação de municípios	PLs que propõe regulamentar o procedimento de criação: PL 199/2005, PL 104/2014, PL 437/2014 (propostos após a decisão), PLS 98/2002 (aprovado, mas vetado pela Presidente da República).	Aprovação da PEC 495/2006 (convertida na EC 57/2008).
Tributação do serviço iluminação pública	PEC 222/2000 (cria uma nova hipótese para a tributação por taxa).	PEC 03/2002 (convertida na EC 39/2002), PEC 490/2002, PEC 06/2002, PEC 504/2002.
União homoafetivas	PL 612/2011, PL 5120/2013, PEC 158/2015.	PL 6583/2013 (Estatuto da Família).
A situação de réus que ocupam cargos na linha sucessória da Presidência da República	PEC 26/2016 (reação direta à Ação Cautelar 4070).	PEC 03/2017 (reação às decisões do STF de um modo geral), PEC 05/2017 (reação à parte do referendo da liminar que permitiu a permanência no cargo).

⁴⁹³ Sobre as nuances desta última postura, o item 6.4 se debruçará.

Número de vereadores	Todas as PECs	Art. 3º, I da EC 58/2009 (retroação dos efeitos para as eleições de 2008).
Aborto de fetos anencefálicos	PL 50/2011 e PL 236/2012 (projeto de reforma do Código Penal).	PL 287/2012, PEC 29/2015 e Substitutivo à PEC 181/2015.
Cláusula de barreira	PL 267/2011, PL 340/2014, PL 152/2015, PL 363/2015.	PEC 02/2007, PEC 240/2016, PEC 282/2016 ou 33/2017 (convertida na EC 97/2017), PL 8428/2017, PL 7134/2017.

Para formatar uma categorização, chamaremos as reações do tipo A de “adequação” e as reações do tipo B de “*backlash* legislativo”. Essa última expressão é utilizada pela doutrina para conformar as reações do Legislativo antagônicas ao pensamento firmado no Judiciário. Vanice Regine Lírio do Valle⁴⁹⁴, analisando o termo no seu plano coloquial, compreende que ele significa “um súbito e intenso movimento de reação em resposta a uma mudança brusca na trajetória do movimento”. A adequação seria, pois, uma reação positiva ou consentânea em relação àquilo que foi decidido, enquanto que o *backlash* corresponde a uma reação negativa ou discordante.

Como já foi visto, de acordo com a mais recente jurisprudência do STF, ainda que a reação à decisão do Tribunal represente conteúdo bastante semelhante àquele da norma impugnada ou a repetição literal dela - demonstrando insistência no mesmo argumento contrário às razões da decisão -, não é possível que sua inconstitucionalidade seja declarada *ex ante*, ou seja, é necessário que a Corte examine a nova lei levando em consideração a possibilidade real de diálogo.

Portanto, é possível que o *backlash* legislativo veicule a literalidade da norma impugnada ou conteúdo sobremodo parecido, por meio de uma lei ou emenda “*in your face*”. Em casos como esses, é sobremodo difícil que a Corte modifique o seu posicionamento, salvo na hipótese de ter ocorrido mudanças na sua composição, uma vez que, conforme

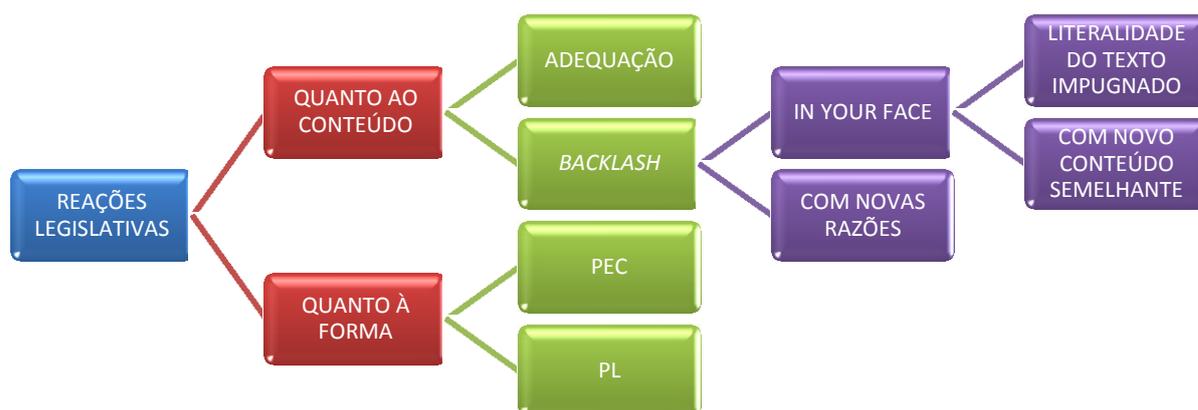
⁴⁹⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal**: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática. Texto decorrente da palestra proferida no II Seminário Internacional de Teoria das Instituições. 2013. Disponível em <https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tribunal_Federal_pe_la_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica>. Acesso em 25 Set 2017.

entendimento do STF exposto na ADI 5.105, a lei ordinária contrária à jurisprudência da Corte gozaria de presunção de inconstitucionalidade.

Exemplo desse tipo de reação é o PL 6583/2013, que regulamenta o Estatuto da Família e, em um de seus artigos, insistência no conceito de família como sendo a união entre um homem e uma mulher, em total discordância com o que julgou o STF no caso das uniões homoafetivas. No caso da vaquejada, todas as reações legislativas, embora não tenham repetido integralmente a lei estadual que tentava regulamentar a prática, contrapuseram-se diametralmente à *ratio decidendi* elaborada pela maioria dos ministros do Supremo no caso em questão.

No entanto, reações contrárias à decisão também podem se dar quando o legislador apresenta novas razões ainda não abordadas⁴⁹⁵, razão pela qual uma postura do Supremo Tribunal Federal em eventual tréplica tem mais chances de ser mais deferente à “correção legislativa”. Caso claro disso foram alguns projetos que criavam a cláusula de barreira, cujo argumento principal nas justificativas era o aumento exponencial do número de partidos da data da decisão do STF em 2006 até o momento em que se apresentava o PL.

Destarte, propõe-se a existência das seguintes categorias possíveis de reações legislativas:



A proposta de categorização ora exposta é inicial, porque, a partir de uma análise de um maior número de casos, seria possível encontrar outras subdivisões reativas que corresponderiam a novos elementos classificatórios dentro das categorias já estipuladas. Em

⁴⁹⁵ Importa lembrar sempre que, conforme a jurisprudência do STF, proposta legislativa contrária ao posicionamento da Corte nasce com uma presunção relativa de inconstitucionalidade. Caso o Supremo se convença dos argumentos trazidos pelo Legislativo, haverá “mutação constitucional por iniciativa do legislador”. BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 379.

paralelo, estabelecer outros critérios de classificação poderia aquilatar o quadro acima proposto.

No entanto, a ideia central de reação legislativa frente às decisões do Supremo Tribunal Federal encontra-se encartada nesse esquema. Nesse sentido é que nos apropriamos da célebre frase de Genaro Carrió: “as classificações não são verdadeiras nem falsas, são úteis ou inúteis, suas vantagens ou desvantagens dependem do interesse que guia quem as formula”⁴⁹⁶, ou seja, a classificação apresentada atende ao objetivo a que se propôs esta pesquisa, qual seja: de saber, em linhas gerais, de que maneiras o Congresso Nacional pode reagir às decisões do STF.

6.3 Por que há diálogo?

A reação é fator imprescindível à ocorrência do diálogo, de modo que não existe diálogo com apenas um interlocutor que converse solitariamente. Sendo assim, a pergunta pode ser alterada para “por que há reação?” ou, de maneira mais completa, “quais são os motivos que podem ensejar uma reação do Congresso Nacional a uma decisão do Supremo Tribunal Federal?”.

Segundo Rodrigo Brandão⁴⁹⁷, “há diversos fatores, além das preferências cruas dos atores políticos que influem no funcionamento deste diálogo institucional, dentre os quais convém destacar: a atuação de grupos de interesse bem articulados e a influência da opinião pública”.

O fator reativo pode ser, portanto, de natureza interna, quando o legislador age conforme os seus próprios interesses e convicções, ou de origem externa ao ambiente legislativo. A pressão de segmentos da sociedade, de corporações políticas e econômicas ou mesmo a opinião pública majoritária sobre determinado assunto fomenta a ação de deputados e senadores.

Nos casos analisados neste capítulo, é possível identificar estas espécies de motivações. O caso da vaquejada é emblemático para demonstrar a suscetibilidade dos parlamentares, especialmente aqueles do Nordeste, à movimentação intensa de vaqueiros, empresários e simpatizantes ligados à atividade. Depois da decisão do STF, muitas foram as

⁴⁹⁶ CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y Lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990, p. 98-99.

⁴⁹⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 315.

manifestações em Brasília protagonizadas por esses atores sociais como forma de pressionar o Congresso a reagir.

Em relação ao problema em torno da criação dos municípios, da tributação do serviço de iluminação pública e do número de vereadores, a atuação de grupos políticos específicos foi primordial. Nos três episódios, prefeitos e vereadores agiram em conjunto – em um caso ou outro, com mais protagonismo de uma das partes – para defender seus interesses.

As reações, em forma de *backlash*, às decisões do STF que abordaram a possibilidade de uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo e de aborto de feto anencefálico, os PLs 6583/2013 e 287/2012 respectivamente, constituem a defesa de bandeiras que se confundem com a própria vida dos parlamentares proponentes. O deputado Anderson Ferreira, atual prefeito de Jaboatão dos Guararapes (PE), é evangélico⁴⁹⁸, e a senadora Maria do Carmo, de formação católica, expressa toda sua religiosidade na justificativa de seu projeto, ao abordar a tradição cristã brasileira.

Da mesma forma, os PLs 612/2011 e 5120/2013, que procuraram se adequar à decisão sobre as uniões homoafetivas, expressam bem as preferências dos parlamentares que os apresentaram. A senadora Marta Suplicy é sexóloga de formação e, desde o início de sua carreira profissional, foi forte combatente do conservadorismo. Uma das frentes de trabalho da deputada Erika Kokay é a comunidade LGBT. Já Jean Wyllys é considerado o único parlamentar homossexual assumido da composição atual da Câmara dos Deputados⁴⁹⁹.

No caso a respeito da situação dos réus que ocupam cargos na linha sucessória da Presidência da República, a PEC 03/2017, de autoria do senador Romero Jucá, pode ser considerada resultado de um interesse político do próprio parlamentar que integra o mesmo partido do senador Renan Calheiros, então presidente do Senado e que fora afastado por uma decisão liminar do ministro Marco Aurélio. As outras duas reações do caso, as PECs 26/2016 e 05/2017, vinculam-se claramente à influência da opinião pública, uma vez que trazem propostas cujo bem jurídico maior a ser tutelado é a moralidade política.

Por fim, todas as reações à decisão que declarou inconstitucional a cláusula de barreira visam a reverberar os objetivos dos próprios parlamentares autores, cujos partidos, em tese, não seriam prejudicados.

⁴⁹⁸ *Família de evangélicos, os Ferreira já têm prefeito, deputado e vereador. E vão trazer patriarca de volta à política.* Disponível em <<http://jc.ne10.uol.com.br/blogs/pingafogo/2017/02/03/familia-de-evangelicos-os-ferreira-ja-tem-prefeito-deputado-e-vereador-e-va- trazer-patriarca-de-volta-politica/>>. Acesso em 02 jan. 2018.

⁴⁹⁹ Informações encontradas nos artigos com os respectivos nomes dos parlamentares, disponíveis em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:P%C3%A1gina_principal>. Acesso em 02 jan. 2018.

E quando o legislador de alguma maneira não se manifesta? Há algum propósito por trás dessa omissão ou simplesmente significa pura indiferença ao diálogo? Além disso, como essa inércia se manifestaria? As respostas a esses questionamentos serão objeto de desenvolvimento do próximo tópico.

6.4 A inércia do legislador: indiferença ao diálogo ou deferência à decisão?

Na dinâmica dos diálogos institucionais, não é possível afirmar que “para toda ação, haverá uma reação”. Ao tomar uma determinada decisão em sede de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal pode ou não ensejar uma reação do Legislativo, de modo que nem sempre a “força” da decisão judicial é capaz de tirar o Parlamento de seu “estado de repouso”.

Ocorre que, para conceituar a inércia do legislador, é necessário atentar para uma série de questões. Em primeiro lugar, a inércia representa a antítese do que seria uma reação, então é relevante discutir o que é uma reação legislativa. Esse debate gira em torno de duas opções: i) a reação seria qualquer proposta legislativa apresentada ou ii) a reação seria somente a efetiva criação de uma norma jurídica.

Se escolhermos a primeira das opções – aliás, o que fizemos no desenvolvimento do estudo dos casos -, é bem provável que a inércia legislativa, diante das decisões do Supremo, seja um evento bastante raro, porque, considerando a existência de 513 deputados e 81 senadores, representantes de uma plêiade de segmentos sociais e partidos políticos de ideologias várias, não é absurdo pensar que invariavelmente haverá alguma dessas cabeças que tenha a intenção de sugerir algo sobre determinada decisão da Suprema Corte, que geralmente toca em assuntos importantes da sociedade. Apesar de idealmente improvável, não se pode descartar em absoluto, sob essa acepção de “reação”, a ocorrência de inércia legislativa.

Já, quando a reação significar somente a transformação da propositura em norma jurídica, a inércia certamente terá maior incidência, visto que propor uma determinada matéria é um procedimento bastante fácil para um parlamentar. Basta redigir um texto legal em forma de projeto, apresentar uma justificativa e protocolizá-lo. Em contrapartida, os procedimentos para aprová-lo demandam muito mais tempo e dependem de um entendimento plural que envolve a aprovação em comissões, no plenário, na casa revisora e sanção presidencial, além

de estarem de um jogo político bastante complexo. Nesse caso, a inércia pode ocorrer com maior frequência.

Para aferir se o Congresso é mais inerte ou “ativista” frente às decisões do Supremo, somente uma pesquisa quantitativa poderia responder a essa questão. Sob as duas perspectivas apresentadas, não há dúvidas que significaria um trabalho por demais extenso que demandaria do pesquisador muito tempo e atenção. Teria de se tomar todas as decisões do STF, em que houve exercício do controle de constitucionalidade cumulado com o julgamento de mérito e investigar, por meio dos canais de busca oficiais, se houve reação ou inércia.

Por outro lado, há determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal que são mais exigentes quanto a uma reação do Congresso Nacional. Quando se depara com uma omissão legislativa provocada por meio de Mandado de Injunção ou Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, a Corte pode tomar medida mais injuntiva que force o Parlamento a suprir a lacuna observada pelo proponente da ação. Em casos como esse, a reação, que seria, para além de uma faculdade, um dever constitucional, inclusive, no mais das vezes, é ignorada e torna a inércia ainda mais preocupante, forçando o Tribunal a tomar posições mais incisivas⁵⁰⁰.

Nessas situações, quando a reação já corresponde a um dever corretivo do legislador inerte frente às normas constitucionais de eficácias contida e limitada, a insistência na atitude paralítica, mesmo com a instigação do Judiciário, pode demonstrar um pouco mais de indiferença ao diálogo do que propriamente uma mensagem de deferência por meio do silêncio.

Prova disso é que, nos casos julgados pelo Supremo em que a atitude terminou sendo mais proativa por parte do Tribunal, o Congresso até hoje não criou as leis para regulamentar as matérias cuja determinação desta finalidade encontra-se expressamente na Constituição Federal. É o caso do direito de greve dos servidores públicos que até hoje se baseiam na Lei

⁵⁰⁰ Para além da declaração da mora do legislador e da comunicação ao Congresso Nacional, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal avançou no sentido de estipular novo prazo (MI n. 232), aplicar analogicamente leis já existentes (precedentes paradigmas: direito à aposentadoria especial no MI n. 721 e direito de greve dos servidores públicos nos MIs ns. 670, 708 e 712) ou mesmo suspender o julgamento quando existisse projeto de lei em tramitação sobre o assunto (MI n. 1090) (LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 138-149; JABER MANEIRO, Renata Marins. **Mandado de injunção, diálogos constitucionais e o papel do STF**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 92-109, p. 129-139). A Lei 13. 300/2016, que regulamentou o instituto do Mandado de Injunção, em seu art. 8º, em consonância com a jurisprudência da Corte, estipulou essas possibilidades, se não vejamos:

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;
II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

nº 7.783/1989. E não se pode criticar o interesse de parlamentares e do próprio Poder Executivo, na sua função atípica de legislador, uma vez que há vários projetos anteriores à decisão do Supremo sobre o assunto que tentam regulamentá-lo⁵⁰¹.

Renata Marins Jaber Maneiro⁵⁰², apesar de reconhecer a potencialidade de diálogos silenciosos, aponta que ocorrência deles pode servir à deferência legislativa genuína, absorvendo um viés minimamente dialógico, mas também pode “revelar indícios de autoritarismos”. Na discussão sobre a greve dos servidores públicos, essa parece ter sido a intenção do legislador, visto que postergou uma situação patentemente inconstitucional. Distinto é quando há, de maneira efetiva, um desacordo moral de boa fé sobre o alcance ou o significado de um determinado direito, em que a inércia do legislador pode ser importante, para que o próprio tempo equalize essas divergências.

Portanto, a inércia legislativa frente às decisões em sede de controle de constitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade de uma lei ou mesmo que propiciem uma nova interpretação da norma, como na técnica de interpretação conforme, possui mais espaço para denotar uma atitude de pura deferência. Ao revés, quando o silêncio se dá diante de uma injunção do STF, via MI ou ADO, a atitude do legislador pode ser vista muito mais como um subterfúgio de estratégia política, já que não é de seu interesse regulamentar a matéria em questão, e, portanto, de total indiferença ao diálogo.

Paralelamente, a inexistência de propositura, como representa um simples ato de confecção e protocolo, abre maior possibilidade para a identificação de que a inércia, sob essa acepção, foi um ato de deferência à decisão judicial. O outro extremo seria a ausência, até o momento da decisão, de propositura de matéria cujo dever de regulamentar se impõe em uma norma constitucional não auto aplicável, após decisão em sede de MI ou ADO que concede prazo ao Congresso para, finalmente, aprovar a norma faltante.

Podemos resumir essa construção da seguinte maneira:

MAIOR PROBABILIDADE DE DEFERÊNCIA	PROBABILIDADE INTERMEDIÁRIA DE DEFERÊNCIA	PROBABILIDADE INTERMEDIÁRIA DE INDIFERENÇA AO DIÁLOGO	MAIOR PROBABILIDADE DE INDIFERENÇA AO DIÁLOGO
<ul style="list-style-type: none">• INÉRCIA PELA AUSÊNCIA DE PROPOSITURA• DEPOIS DE DECISÃO EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	<ul style="list-style-type: none">• INÉRCIA PELA AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO• DEPOIS DE DECISÃO EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	<ul style="list-style-type: none">• INÉRCIA PELA AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO• DEPOIS DE DECISÃO EM SEDE DE MI OU ADO	<ul style="list-style-type: none">• INÉRCIA PELA AUSÊNCIA DE PROPOSITURA, QUANDO INEXISTENTE ATÉ ENTÃO• DEPOIS DE DECISÃO EM SEDE DE MI OU ADO

⁵⁰¹ Como exemplos, mencionem-se os PLs 6032/2002, 6141/2002, 42/1994, 88/1989, dentre outros.

⁵⁰² JABER MANEIRO, Renata Marins. **Mandado de injunção, diálogos constitucionais e o papel do STF**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 99-101.

Diante destas considerações, a inércia pode ser simplesmente indiferença ao diálogo ou o silêncio do legislador poderia representar uma forma de comunicar a deferência legislativa e, portanto, a concordância de que, naquele caso, em específico, a última palavra foi a do Supremo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a origem do constitucionalismo moderno, as Constituições caracterizaram-se por estabelecerem, em seu conteúdo, um modelo de separação dos poderes como mecanismo a limitar as prerrogativas – antes, ilimitadas – de apenas um soberano e um leque de direitos fundamentais como forma de impedir a produção de arbítrios, conferindo ao Estado uma postura abstencionista no sentido de deixar o indivíduo mais livre, econômica e politicamente.

A dicção própria dos direitos, vestida sob uma textura aberta, permite multifacetadas interpretações sobre seu sentido e alcance. Cabe, pois, aos poderes constituídos atribuir valor semântico ao texto constitucional. Ocorre que nem sempre haverá unanimidade ao final desta tarefa, razão pela qual exsurge a necessidade de eleger alguém que tenha a última palavra sobre o significado da Constituição.

A Revolução Americana do final do século XVIII, provocada pela insatisfação colonial contra o Parlamento britânico, foi o marco histórico na construção de um modelo que concedesse ao Poder Judiciário a proeminência na interpretação constitucional. A partir do paradigma cravado em *Marbury v. Madison*, o controle judicial de constitucionalidade sobre as leis transformou-se em uma ferramenta frequentemente utilizada no direito norteamericano, legando à Suprema Corte um expressivo destaque em pontos nevrálgicos do interesse da sociedade.

Ao contrário do que aconteceu na América, tal protagonismo judicial somente fincou raízes na Europa e se desenvolveu no início da segunda metade do século XX. Nada obstante o controle de constitucionalidade no modelo europeu não ser propriamente exercido por um órgão judicial, dada a criação de instituições específicas para exercê-lo – os tribunais constitucionais -, esse movimento retirou das mãos dos poderes políticos esse ofício, ensejando os conflitos entre a democracia e os direitos fundamentais que persistem até as discussões do direito constitucional contemporâneo.

Até o martírio provocado pelos regimes totalitários no início do século XX, especialmente na Alemanha e na Itália, e as subsequentes atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, as constituições, a despeito da grandeza de seu conteúdo, funcionavam apenas como documentos capazes de legitimar a aplicação da lei. Os desatinos políticos que acarretaram os nefastos acontecimentos mencionados provocaram a necessidade de impor

limites às instituições majoritárias, atribuindo força normativa aos princípios já dispostos nos textos constitucionais.

Com efeito, a desconfiança nos poderes políticos resultou na criação dos tribunais constitucionais, com a finalidade de proteger a Constituição de eventuais desobediências da lei. Caía por terra o argumento de Carl Schmitt, que pugnava pela figura do Chefe do Executivo como guardião da Constituição. Não demoraria muito também para que a atuação contramajoritária exercida pela *judicial review* se distanciasse do ideal de “legislador negativo” confeccionado por Hans Kelsen.

O que prometia ser um encontro entre o ideário democrático e os direitos fundamentais, cujo local seria exatamente as constituições, terminou por significar, ao contrário, a produção de mais tensões entre esses dois valores tão caros à modernidade. Para salvaguardar o conteúdo constitucional das imprudências contingenciais causadas por majorias, seria necessária a intervenção de uma instituição neutra formada por um corpo técnico. Por outro lado, a sua legitimidade de atuação restaria abalada pela ausência da soberania popular para cancelá-la.

No entanto, para autores como Ronald Dworkin, que receberam a denominação de “neoconstitucionalistas”, os juízes teriam maior capacidade de decidir quando os casos controversos fossem sobre princípios, uma vez que estariam menos sujeitos a qualquer tipo de pressão por não terem de dar satisfação ao eleitorado e, portanto, teriam mais condições de proteger de direitos de minorias. Além disso, suas decisões estariam carregadas de maior aparato argumentativo.

Dworkin adota um conceito substantivo de democracia em que a premissa majoritária não é o único meio para embasá-la, logo a propalada ilegitimidade da jurisdição constitucional não mereceria amparo. A preocupação dele está mais nos resultados do que propriamente no procedimento.

Outros juristas, a exemplo do neozelandês Jeremy Waldron, defendem exatamente o contrário. As credenciais que aparentemente investem os juízes são objetáveis, na medida em que se reconhecem os direitos como alvos possíveis de desacordos morais razoáveis. Além disso, Waldron desmistifica a natureza contramajoritária das cortes constitucionais, haja vista que as decisões são tomadas pelo mesmo procedimento realizado nas instâncias majoritárias. Contam-se as cabeças e, ao final, a maioria decide.

Apesar de não asseverar taxativamente nesse sentido, os argumentos de Dworkin em favor da *judicial review* são simbólicos para aqueles que defendem a supremacia judicial. Para Waldron efetivamente, o parlamento deve ter a última palavra sobre a constituição e o controle judicial de constitucionalidade passa a ser um intuito essencialmente contrário aos padrões democráticos, descabendo uma saída com base nos resultados, dada a falibilidade das instituições e a existência dos desacordos sobre direitos.

No meio dessa dicotomia entre as teorias das supramacias, nasce uma perspectiva alternativa, uma espécie de terceira via: a ideia de diálogos institucionais. Nela, não haveria de se falar em última palavra, de modo que cada braço institucional, com as suas virtudes peculiares, contribuiria para encontrar um consenso – ainda que provisório - em torno das controvérsias constitucionais. É que cortes e parlamentos podem falhar na atividade de interpretar a constituição, por isso o amadurecimento da discussão por meio de uma deliberação compartilhada pode trazer resultados mais proveitosos.

A formatação de teorias dialógicas pela doutrina e a incorporação de arranjos formais, especialmente em ordenamentos jurídicos de países egressos de um sistema de tradicional supremacia parlamentar, que estimulam os poderes políticos a dialogarem, demonstram que esse veículo pode obtemperar a tal ilegitimidade das cortes e, ao mesmo tempo, conceder a elas um papel especial nesse processo.

Apesar do modelo forte de controle judicial de constitucionalidade presente no Brasil, em que se confere a guarda da Constituição ao Supremo Tribunal Federal, é possível encontrar espaços que possibilitem a prática dialógica, de maneira que não se pode falar em supremacia judicial em sentido forte.

As decisões e as súmulas vinculantes do STF não vinculam o Poder Legislativo, conforme a redação do art 102, § 2º; o art. 52, X, apesar das incursões jurisprudenciais na tentativa de reduzir a sua importância, ainda persiste, obrigando a Suprema Corte ouvir o Parlamento em caso de declaração de lei inconstitucional na via incidental; os mais recentes precedentes do Tribunal enobrecem a perspectiva dialógica e abrem canais, inclusive, para a rediscussão de nova lei idêntica à outra declarada anteriormente inconstitucional.

A análise dos casos no último capítulo evidencia que o potencial dialógico disposto no ordenamento jurídico e admitido pela jurisprudência pode ser (e é) utilizado, quando o Congresso Nacional reage a decisões do Supremo Tribunal Federal, seja adequando a

legislação aos termos colocados pelo Tribunal, seja contrapondo-se a eles, por meio de projeto de lei ou proposta de emenda à Constituição. Até mesmo a inércia do legislador pode revelar algum significado: de indiferença ao diálogo, especialmente quando instado a falar em razão de uma injunção, ou de simples deferência à decisão judicial.

A frequente participação direta ou indireta de segmentos da sociedade ou da opinião pública de modo mais difuso na reação legislativa é uma característica marcante da teoria do equilíbrio. Apesar do tempo mais duradouro para se definir a questão, a presença de determinados setores na discussão constitucional pode auxiliar na equalização de decisões judiciais que eventualmente apontaram para caminhos dissonantes daqueles em que rumam a sociedade.

As superlativas competências do Supremo Tribunal Federal e a expansão do Poder Judiciário no Brasil são assuntos corriqueiros no pensamento jurídico brasileiro e que sobre os quais, mesmo com o passar dos anos, ainda pairam muitas restrições. Verdade que decisionismos descriteriosos, a importação equivocadas de técnicas decisórias e o ativismo em exacerbo elevam o tom das críticas.

Ao contrário de medidas como a PEC 33/2011, que, a despeito de tentarem combater esses eventos malogrados que infestam o Judiciário brasileiro, pendem a balança para o caminho inverso – o da supremacia do parlamento -, é preciso que a reação legislativa às decisões do Supremo torne-se costume mais perene e seja vista com mais naturalidade na dinâmica constitucional brasileira, como forma de construir um debate mais maduro e plural em torno de controvérsias constitucionais sensíveis à sociedade. É preciso que, para além da confecção de qualquer instrumento formal, a própria cultura jurídica cubra os seus participantes de um sentimento deliberativo e impulsione o diálogo sempre que necessário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALSTYNE, William W. Van. A critical guide to Marbury v. Madison. **Duke Law Journal**, Durham, p. 1-48, n. 1, 1969.

AMORIM, Samira Macêdo Pinheiro de. **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 (Mestrado), 185 f. - Curso de Direito, Departamento de Ciências Sociais, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015.

ARABI, Abhner Youssif Mota. **O caso da vaquejada e a última palavra sobre a Constituição**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/abhner-arabi-vaquejada-ultima-palavra-constituicao>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

BAKAN, Joel et. al. **Canadian Constitutional Law**, 3 ed. Toronto: Emond Montgomery, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Curitiba, n. 8, v. 1, 2008, p. 184-190. Disponível em <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/699>>. Acesso em 16 Mar. 2017.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em <<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/44428/26015>>. Acesso em 02 Mar. 2017;

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, v. 71, 2006.

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

BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Separação de poderes e a constitucionalidade da PEC Nº 33/2011. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 785-801, set./dez., 2013. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v18n3_artigo5.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

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

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988.

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

BUSTAMANTE, Thomas; VILLANI, André Almeida. Diálogos institucionais: a PEC/33 e o discurso jurídico no Legislativo e no Judiciário. In: VITA, Jonathan Barros; LEISTER, Margareth Anne (Orgs.). **Direitos fundamentais e democracia II - Anais do XXII Congresso Nacional do CONPEDI / UNINOVE** (São Paulo). Florianópolis: FUNJAB, 2014.

BUTLER, Petra. 15 Years of the New Zealand Bill of Rights. **Human Rights Research Journal**, v. 4, p. 1-31, 2006. Disponível em <<https://www.victoria.ac.nz/law/centres/nzcpl/publications/human-rights-research-journal/previous-issues/volume-four,-2006/Butler.pdf>>. Acesso em 08 Out. 2017.

CAMARGO, Margarida Lacombe; VIEIRA, José Ribas; SILVA, Diogo Bacha e. **A vaquejada e o incipiente diálogo institucional**. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/artigos/a-vaquejada-e-o-incipiente-dialogo-institucional-23062017>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**. São Paulo: Forense, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas programáticas da constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1984.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y Lenguaje**. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 21 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

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

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COOLEY, Thomas. **General Principles of Constitutional Law in the United States of America**. 2. ed. Boston: Little, Brown, and Company, 1891.

COUTO, Claudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 41-62, jun. 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade: teoria e prática**. 9. ed. Salvador: Jus Podium, 2017.

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 19 nov. 2017.

DIAS JÚNIOR, Etéocles Brito Mendonça. **Soberania Parlamentar, Judicial Review e Diálogos Institucionais: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional**. Dissertação (Mestrado em Direito), 112 f. – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

DOR, Gal. Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective. **Indiana International & Comparative Law Review**, Vol. 11, Issue 1, pp. 1-36, 2000.

DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: we the people in court. **Alberta Law Review**, v. 28, n. 2, p. 324-345, 1990.

_____. Constitutionalism and Democracy, **European Journal of Philosophy**, v.3, p. 2-11, 1995.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELSTER, Jon. **Ulysses and the sirens: studies in rationality and irrationality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIAS, Edilsom. Restrição de direitos fundamentais. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 67-82, jan. 2000. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15416/13989>>. Acesso em: 28 set. 2017.

FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de.; NOVELINO, Marcelo (orgs). **As novas faces do ativismo judicial**, Salvador: Jus Podium, 2013.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FISHER, Louis. **Constitutional dialogues – Interpretation as a political process**. Oxford: Princeton University Press, 1988.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. **Michigan Law Review**, v. 91, n. 4, p. 557-682, fev. 1993. Disponível em <http://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representativeFiles/friedman%20-dialogue&judicialreview_5A356410-1B21-6206-609FF8AFB8B38595.pdf>. Acesso em 19 nov. 2017.

_____. The Importance of Being Positive: the nature and function of judicial review. **University of Cincinnati Law Review**, v. 72, 2004, p. 1257-1303. Disponível em <https://its.law.nyu.edu/faculty/profiles/representativeFiles/friedman%20-importanceofbeingpos_5864EF30-1B21-6206-60427AA10E09B80F.pdf>. Acesso em 30 out. 2017.

GADELHA, José Lafayette. **O Processo Legislativo e as Comissões Permanentes: uma análise crítica do funcionamento e da atuação da Câmara de Vereadores de Sousa-PB**. Monografia de Conclusão de Curso, 87 f., Sousa, Direito, Universidade Federal de Campina Grande, 2015.

GALLERANO, Greta Massa. Los sistemas constitucionales de Holanda y Luxemburgo. **Revista de derecho constitucional europeo**, n. 15, p. 185-222, 2011.

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **American Journal of Comparative Law**, p. 707-760, 2001. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=302401>>. Acesso em 07 Out. 2017.

GEWIRTZMAN, Doni. Glory Days: Popular Constitutionalism, Nostalgia, and the True Nature of Constitutional Culture. **Georgetown Law Journal**, v. 93, p. 897-938, 2005. Disponível em < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=785947> . Acesso em 25 out. 2017.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HAMBUGER, Philip. **Law and Judicial Duty**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HART, Herbert. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HELMHOLZ, R. H. Bonham's Case, Judicial Review, and Law of Nature. **Journal of Legal Analysis**, Oxford, p. 325-354, n. 1, v. 1, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991 (versão e-book).

HIEBERT, Janet. **Chapter Conflicts: What is Parliament's Role?** Montreal: McGill-Queen's Press, 2002.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**. Vol. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A.; WRIGHT, Wade K. Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors". **Osgoode Hall Law Journal**. Vol. 45, n. 1, p. 1-65, 2007.

JABER MANEIRO, Renata Marins. **Mandado de injunção, diálogos constitucionais e o papel do STF**. Curitiba: Juruá, 2016.

KATYAL, Neal K. Justices as Advicegivers. **Stanford Law Review**, v. 50, jul. 1998.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of 'judicial activism'. **California Law Review**, v. 92, n. 4, p. 1441-1478, 2004. Disponível em <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1324&context=californialawreview>>. Acesso em 09 Mar. 2017.

KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalismo and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; ALVES, Felipe Dalenogare; MEOTTI, Francieli Freitas (orgs.). **A jurisdição constitucional brasileira: perspectivas e desafios**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

LECLAIR, Jean. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. **Revue du Barreau du Québec**, número special, p. 377-420, avril 2003.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristrocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. **Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira**. Dissertação (Mestrado em Direito), 222 f. – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

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

LONGO FILHO, Fernando José. A última palavra e diálogo institucional: relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron. **Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 90-111, 2015.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A carta canadense de direitos e liberdades. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, Edição Especial, v. 12, n. 2, p. 7-16, abr. 2007. Disponível em <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/833>>. Acesso em 04 Out. 2017.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional III**, Belo Horizonte: Mandamento, 2008.

MANFREDI, Christopher; JAMES, Kelly. Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell. **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 37, n. 3, P. 513-527, 1999.

MATHEN, Carissima. Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Coment on "Charter Dialogue Revisted". **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 45, n. 1, p. 125-146, 2007.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos**, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. Disponível em <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>>. Acesso em 23 Set. 2017.

MAYHEW, David. R. **Congress: the electoral connection**. New Haven: Yale University Press, 1974.

MELO, João Ozorio. **EUA celebram escravo que busco liberdade na Justiça**. 2013. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-mai-23/americanos-celebram-escravo-buscou-liberdade-justica>>. Acesso em 10 jan. 2018.

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

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese (Doutorado em Ciência Política), 219 f. – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, Luma Neto do. Dworking versus Waldron: os prós e os contras da revisão judicial. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.11, n. 3, p. 1208-1230, 3º quadrimestre de 2016. Disponível em: <www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791>. Acesso em 07 set. 2017.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **A jurisdição constitucional em perspectiva: Judicialização, ativismo e diálogo no Supremo Tribunal Federal.** Tese (Doutorado) - Curso de Direito, 180 f., Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2014.

PETTER, Andrew. Twenty Years of Charter Justification: From Liberal Legalism to Dubious Dialogue. **U. N. B. L. J.**, Vol. 52, 2003.

PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation in Congress: the Impact of Judicial Review in a Separated System.** Duke University Press, 2004.

PIETRO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación. **Anuario de La Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid**, Madrid, n. 5, p. 201-228, 2001. Disponível em: <[https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(201-228).pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2017.

PINTO, José Guilherme Berman Correa. **Direito constitucional comparado e controle fraco de constitucionalidade.** Tese (Doutorado em Direito), 244 f. – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

PINTO, Roberto Bueno. Carl Schmitt X Hans Kelsen: defensor ou senhor da Constituição. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, v. 60, n. 3, p. 103-136, set./dez. 2015.

POLI, Vinicius José. **Controle de constitucionalidade: das teorias da última palavra às teorias do diálogo.** Dissertação (Mestrado), 143 f. - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy. **California Law Review**, v. 92, 2004.

POST, Robert. Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law. **Yale Law School Faculty Scholarship.** Paper 179, 2003. Disponível em <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1178&context=fss_papers>. Acesso em 20 out. 2017 p. 37.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução de Jussara Simões. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RAZ, Joseph The institutional nature of law. **The Modern Law Review**, v. 38, n. 5, p.489-503, set. 1975.

ROACH, Kent. Dialogic Judicial Review and its Critics. **Supreme Court Law Review** (2nd), v. 23, p. 49-104, 2004.

ROCHA, Carlos Odon Lopes da. As Relações entre Direito e Moral Crítica: o Direito como Integridade segundo Ronald Dworkin. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, Brasília, v. 39, n. 1, p. 205-218, 2014.

ROCHA, Everardo; FRID, Marina; CORBO, William. A corte, o chá e o voto: o consumo como arena política. **Intexto**, n. 34, p. 322-341, set/dez. 2015.

RODRIGUES, Amanda Carolina Buttendorff; BARBOSA, Claudia Maria. Cortes Constitucionais – um estudo comparado. **PublicaDireito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=27b587bbe83aectf9>>. Acesso em 27 out. 2017.

RODRIGUES, Leda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**, Tomo I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direitos fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-131, jan. 2009. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/29044>>. Acesso em 28 Fev. 2017.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. Jurisdição constitucional na Colômbia e o poder político do cidadão diante da Corte Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 203, p.185-204, jul./set. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/203/ril_v51_n203_p185.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-603, jan/jun. 2003.

SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo**. Tese (Doutorado), 486 f. – Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STEPHANOPOULOS, Nicholas. The Case for the Legislative Override. **University of Chicago Law School Chicago Unbound – Journal Articles**, p. 250-296, 2005. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=6094&context=journal_articles>. Acesso em 12 jan. 2018.

STRECK, Lênio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Direito UNIFACS – Debate virtual**, n. 144, 2012. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2145>>. Acesso em 20 dez. 2017.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. Lochner's legacy. **Columbia Law Review**, v.87, n. 5, p. 873-919, 1987.

_____. **On case at a time: judicial minimalismo on Supreme Court**. Cambridge: Havard University Press, 2001.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação de Mestrado, 139 f., São Leopoldo, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2012.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Eds.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES FILHO, Newton. **Tribunais constitucionais**. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema6/2009-76.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2017.

TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Constitutional Law Journal**, n. 4, v. 3, p. 617-648, 2005.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights – judicial review and social welfare rights on comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Backlash à decisão do Supremo Tribunal Federal: pela naturalização do dissenso como possibilidade democrática**. Texto decorrente da palestra proferida no II Seminário Internacional de Teoria das Instituições. 2013. Disponível em <https://www.academia.edu/5159210/Backlash_%C3%A0_decis%C3%A3o_do_Supremo_Tr>

ibunal_Federal_pela_naturaliza%C3%A7%C3%A3o_do_dissenso_como_possibilidade_democr%C3%A1tica>. Acesso em 25 Set 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do.; PULCINELLI, Eliana; JABER MANEIRO, Renata de Marins (coord.). **Contestação, persuasão e consenso no STF**: construindo um constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, Dez. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 16 Mar. 2017.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e Estado de Direito**: O debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. 204 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito da GV SP**, 4 (2), p. 441-464, jul-dez 2008.

XAVIER, Matheus Carletti. O legado da escravidão e os usos do passado sobre Abraham Lincoln. **Outras Fronteiras**, Cuiabá, v. 1, n. 2, p.144-161, jul-dez., 2014. Disponível em: <<http://ppghis.educacao.ws/outrasfronteiras/index.php/outrasfronteiras/article/view/117/36>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Derechos y desacuerdos**. Tradução de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. The core case against judicial review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1.346-1.406, 2006.

_____. On Judicial Review. **Dissent Magazine**, n. 3, v. 51, p. 81-86, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 10 ed. Madrid: Trotta, 2011.