



UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Ricardo Freire Tavares de Andrade Lima

**DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO PLANO SUBNACIONAL: o Tribunal de Justiça
do Estado de Pernambuco e a Assembleia Legislativa do Estado de
Pernambuco**

Recife
2021

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Ricardo Freire Tavares de Andrade Lima

**DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO PLANO SUBNACIONAL: o Tribunal de Justiça
do Estado de Pernambuco e a Assembleia Legislativa do Estado de
Pernambuco**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito, Processo e Cidadania

Linha de pesquisa: Jurisdição, Cidadania e Direitos Humanos

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

Recife

2021

FICHA CATALOGRÁFICA

L732d

Lima, Ricardo Freire Tavares de Andrade
Diálogos institucionais no Plano subnacional :
o Tribunal de Justiça do estado de Pernambuco e a
Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco
/ Ricardo Freire Tavares de Andrade Lima, 2021.
121 f.

Orientador: Marcelo Labanca Corrêa de Araújo
Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica
de Pernambuco. Programa de Pós-graduação em
Direito. Mestrado em Direito, 2021.

1. Federalismo. 2. Poder judiciário - Pernambuco.
3. Poder legislativo - Pernambuco. I. Título.

CDU 342.24

Luciana Vidal - CRB-4/1338

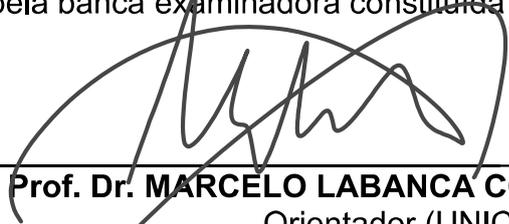
**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Folha de Aprovação

Ricardo Freire Tavares de Andrade Lima

**DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NO PLANO SUBNACIONAL: o Tribunal de
Justiça do Estado de Pernambuco e a Assembleia Legislativa do Estado
de Pernambuco**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Em reunião por videoconferência (Google Meet), ocorrida em 20 de Dezembro de 2021, presidida pelo Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo, a presente dissertação foi defendida e aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:



Prof. Dr. MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAÚJO
Orientador (UNICAP)

GLAUCO SALOMAO LEITE Assinado de forma digital por GLAUCO
SALOMAO LEITE
Dados: 2022.03.22 12:52:38 -03'00'

PROF. DR. GLAUCO SALOMÃO LEITE
Examinador Interno (UNICAP)



PROF. DR. LEONAM BAESSO LIZIERO
Examinador Externo (FRJ)

Recife - 2021

Dedico este trabalho à minha família: aos meus pais, Givaldo e Alba, à minha esposa Érika, aos meus filhos Francisco e Helena, aos meus irmãos, por todo apoio e carinho, bem como a todo o povo da minha terra querida, Chã de Alegria, por sonharem os mesmos sonhos que eu.

Agradecimentos

A Deus, que me deu força física e me capacitou para que esse trabalho fosse realizado, em especial, por ter me dado a chance de sobreviver à COVID-19 após hospitalizado por 30 dias, dos quais 17 dias foram na UTI, lutando desesperadamente pela vida.

Ao Professor Marcelo Labanca, pela orientação, apoio e grande comprometimento.

Aos meus pais, Givaldo e Alba, por sempre acreditarem em meus sonhos.

À família, especialmente à minha esposa Érika e aos meus filhos Francisco e Helena, pelo apoio, incentivo e compreensão em minha ausência.

Aos funcionários da secretária que tanto contribuíram para facilitar os nossos caminhos neste curso.

Aos demais professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, por todos os ensinamentos ao longo do curso de Mestrado em Direito.

“O que fazemos em vida, ecoa pela eternidade”.

(Gladiador, O filme)

Resumo

Esta pesquisa tem como objetivo central analisar os diálogos institucionais no plano subnacional, seus limites e possibilidades, tendo em vista a atuação do Judiciário e do Legislativo no horizonte democrático. O crescente protagonismo judicial tem levado o juiz ao papel de ator maximizado no (neo)constitucionalismo contemporâneo. Neste contexto, o Judiciário tem demonstrado um papel de destaque nas últimas décadas com o alargamento de suas funções além da interpretação e salvaguarda da Constituição na propagação de preceitos constitucionais. No quadro do atual protagonismo judicial, aumenta-se o ônus de legitimidade a ser buscado pelas decisões judiciais. Neste diapasão, os diálogos institucionais entre poderes, mais especificamente entre o Judiciário e o Legislativo, representam uma perspectiva de proteção aos preceitos constitucionais, considerando a evidente necessidade de transformação do papel do Judiciário e a revalorização do Legislativo. Para o desenvolvimento deste trabalho, elegeu-se como objeto de pesquisa específico o Tribunal de Justiça de Pernambuco e a Assembleia Legislativa de Pernambuco, em relação à última legislatura, correspondente ao período entre 2015 e 2018. Busca-se compreender a estrutura dos diálogos institucionais no plano subnacional a partir de estudos de casos, valendo-se das pesquisas bibliográfica e jurisprudencial como métodos de coleta de dados.

Palavras-chave: Diálogos institucionais. Federalismo. Plano subnacional. Judiciário. Legislativo.

Abstract

The main objective of this research is to analyze institutional dialogues at the subnational level, their limits and possibilities, considering the performance of the Judiciary and the Legislative in democratic horizon. The growing judicial protagonism has taken the judge to the role of maximized actor in contemporary (neo)constitutionalism. In this context, the Judiciary has shown a prominent role in recent decades with the extension of its functions beyond the interpretation and safeguard of the Constitution in the propagation of constitutional precepts. In the context of the current judicial protagonism, the burden of legitimacy to be sought by judicial decisions is increased. In this tuning fork, institutional dialogues between powers, more specifically between the Judiciary and the Legislative, represent a perspective of protection to constitutional precepts, considering the evident need to transform the role of the Judiciary and the revaluation of the Legislative. For the development of this work, the Court of Justice of Pernambuco and the Legislative Assembly of Pernambuco were chosen specific research object, in relation to the last legislature, corresponding to the period between 2015 and 2018. It seeks to understand the structure of institutional dialogues at the subnational level based on case studies, using bibliographical and jurisprudential research as methods of data collection.

Keywords: Institutional dialogues. Federalism. Subnational level. Judiciary. Legislative.

Sumário

Introdução	12
1. Federalismo e constitucionalismo contemporâneos	17
1.1. Federalismo, autonomia dos estados-membros e Estado Neoconstitucional.....	17
1.2. Expansão da jurisdição constitucional e judicialização da política: críticas ao neoconstitucionalismo.....	26
1.3. O protagonismo judicial e a separação dos poderes.....	33
2. Da supremacia judicial	44
2.1. O que é supremacia judicial?.....	44
2.2. Existe supremacia judicial definitiva?.....	49
2.3. A supremacia judicial no Brasil.....	52
2.4. A estrutura da promessa do diálogo.....	54
3. Dos diálogos institucionais	64
3.1. A institucionalização do diálogo entre o Judiciário e o Legislativo no Brasil.....	64
3.2. A revalorização do Poder Legislativo.....	70
3.3. Diálogos institucionais no Brasil: desafios.....	78
4. Diálogos institucionais em Pernambuco	85
4.1. Metodologia utilizada na pesquisa e justificativa da escolha dos casos.....	85
4.2. Tribunal de Justiça de Pernambuco e Assembleia Legislativa de Pernambuco: análise de pesquisas quantitativas.....	88
4.3. Estudo de caso 01: prazo de validade dos créditos do “Cartão Vem”.....	91
4.4. Estudo de caso 02: ajuste anual de vencimentos aos servidores estatais... ..	96
4.5. Estudo de caso 03: declaração de inconstitucionalidade de norma estadual.....	98
4.6. Estudo de caso 04: interferência do TJPE nas eleições da ALEPE.....	102
4.7. Estudo de caso 05: disputa dentro da ALEPE levada ao TJPE.....	103

4.8.	Inferências sobre os casos analisados.....	104
	Conclusões.....	1110
	Referências.....	115

Introdução

O Direito e, conseqüentemente, as formas de Estado passaram por grandes mudanças nos últimos séculos, ao movimentar-se de um Estado de Direito para um Estado Constitucional. Com o final da segunda guerra mundial, houve um ambiente favorável para consolidar a jurisdição constitucional, o que se deu através da criação das Cortes Constitucionais. O avanço das Cortes Constitucionais tem sido observado em várias partes do mundo e, no Brasil, não tem sido diferente. Tornou-se prática quase rotineira do Poder Judiciário, valendo-se de suas prerrogativas constitucionais e de instrumentos como o controle de constitucionalidade das leis, intervir significativamente na existência e no sentido jurídico de normas infraconstitucionais, inclusive no plano subnacional.

A possibilidade de o Poder Judiciário poder rever a existência e o sentido interpretativo das leis mediante controle de constitucionalidade, mesmo com a permissão constitucional, o faz ingressar na esfera de competência do Poder Legislativo, o que desencadeia reações diversas em ambos os poderes. Com efeito, para não haver um desequilíbrio na relação de repartição das competências de cada poder, faz-se necessário o emprego constante de diálogos institucionais, de modo que se possa encontrar a solução ou a interpretação mais adequada para os conflitos entre as normas gerais e a Constituição, inclusive no plano subnacional, no que concerne ao conflito entre as normas estaduais e a Constituição Estadual. Neste contexto, os diálogos institucionais surgem com o objetivo de promover certo cooperativismo institucional que possibilite encontrar soluções adequadas para os conflitos normativos.

Diante desta realidade contemporânea em que se encontra o constitucionalismo brasileiro, na qual a solução para os conflitos entre as normas gerais e a Constituição Federal exige o diálogo entre os poderes, revela-se pertinente um estudo aprofundado do tema. Por isso, esta dissertação tem como objetivo principal compreender como acontecem os diálogos institucionais no plano subnacional, no que tange aos conflitos entre as normas estaduais e a Constituição do Estado de Pernambuco. Para tanto, elegeu-se como objeto de pesquisa o Tribunal de Justiça de Pernambuco e a Assembleia Legislativa de Pernambuco,

especificamente em relação à última legislatura, correspondente ao período entre 2015 e 2018.

Em outros termos, a pergunta principal que orienta a discussão desta pesquisa pode ser assim resumida: como acontecem os diálogos institucional no âmbito do Estado de Pernambuco? Na tentativa de refletir sobre o tema proposto, esta dissertação tem como objetivos específicos realizar uma análise teórica dos diálogos institucionais no âmbito subnacional para, então, fazer um levantamento dos conflitos entre as normas estaduais e a Constituição do Estado de Pernambuco no período entre 2015 a 2018, a partir de pesquisa no acervo jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Inicialmente, a metodologia da pesquisa parte da revisão bibliográfica sobre diálogos institucionais com base na doutrina, incluindo Glauco Salomão Leite (2018), Peter W. Hogg e Allison A. Bushell (1997) e Sérgio Antônio Ferreira Victor (2015). Doravante, será utilizado o método de levantamento jurisprudencial a partir do Tribunal de Justiça de Pernambuco no período supramencionado. Contudo, como estudos quantitativos confirmam, o TJPE não dispõe de um banco de dados digitalizado de fácil acesso. Portanto, serão analisadas as ações encontradas, notadamente aquelas que possuíram impacto na mídia.

Neste contexto, será realizada uma análise do conteúdo de tais casos, suas decisões e desdobramentos jurídicos, para identificar de que maneira ocorreram os diálogos institucionais entre estes os poderes na esfera estadual. Com isso, pretende-se verificar se tais diálogos institucionais são pacíficos ou geram atritos entre os poderes, bem como entender se influenciaram na produção legislativa para suprir interpretações do Poder Judiciário, com base em buscas no acervo da Assembleia Legislativa de Pernambuco.

Para elucidar os sentidos dos diálogos institucionais e os seus significados no âmbito subnacional, as discussões desta dissertação são apresentadas em 4 (quatro) capítulos: o primeiro capítulo discute o federalismo e o constitucionalismo contemporâneo a partir de considerações sobre o Estado Neoconstitucional e a expansão da jurisdição constitucional; o segundo capítulo, por sua vez, refere-se ao estudo da supremacia do Poder Judiciário; o terceiro capítulo, por seu turno, dedica-se à teoria sobre os diálogos institucionais, tendo em vista os aspectos democráticos

e a revalorização do Poder Legislativo; o quarto e último capítulo, enfim, tem por finalidade a análise dos diálogos institucionais no Estado de Pernambuco, por meio de um levantamento quantitativo e qualitativo de casos concretos, a partir de pesquisa no acervo digital do sítio do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

O Poder Judiciário brasileiro, da maneira como está posto na Constituição Federal de 1988, vem assumindo crescente protagonismo no país, seja pelo fato de compor, processar e julgar litígios entre os cidadãos, seja pelo fato de buscar resolver conflitos entre as normas legais e a Constituição Federal de 1988 por meio dos mais variados institutos e mecanismos de controle de constitucionalidade. Neste contexto, pode-se afirmar que o Poder Judiciário tem assumido um importante papel político, antes exercido quase com exclusividade pelo Legislativo e Executivo:

A ascensão do Poder Judiciário se deve, em primeiro lugar, à reconstitucionalização do país: recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e Executivo (BARROSO, 2018, p. 524).

É inegável, pois, a ideia de que o Poder Judiciário adquiriu notável visibilidade nacional e internacional após o Supremo Tribunal Federal ter passado a atuar mais intensamente como Corte Constitucional, e não apenas como mera instância recursal. Dirimir conflitos entre as normas gerais e a Constituição Federal, de modo a promover harmonia ao ordenamento jurídico, é função primordial de uma Corte Constitucional. Todavia, durante muito tempo, acreditou-se que a resolução dos conflitos de inconstitucionalidade estaria sempre à espera de uma solução final incumbida ao Judiciário, por força do art. 102 da Constituição Federal de 1988 e com base na reprodução de um modelo de separação dos poderes obsoleto, produzido na França em 1748, à época do período absolutista.

Justamente da ideia de que o Judiciário nem sempre detém a última palavra nos inúmeros conflitos de inconstitucionalidade, surge a necessidade de uma perspectiva dialógica na solução pacífica e harmoniosa destes conflitos, sem, contudo, haver a interferência demasiada de um poder constituído na esfera de outro. Diálogos institucionais entre poderes, mais especificamente entre o Judiciário e o Legislativo, representam uma tendência moderna de proteção aos preceitos

constitucionais, inclusive considerando a evidente necessidade de transformação do papel do Poder Judiciário. Esta ideia estaria conectada ao fato de que, diante do conflito de constitucionalidade, uma interpretação plural, baseada no cooperativismo de instituições, levaria a uma decisão capaz de refletir, em maior grau, as necessidades e os anseios de uma nação, frente a prováveis ameaças de violações aos direitos e às garantias constitucionais mais importantes dos cidadãos.

Se, por um lado, o Poder Judiciário encontra-se em um processo de transformação que o leva a exercer certo protagonismo, por outro, o Poder Legislativo, embora historicamente já detenha certa condição de protagonista, encontra-se também em um processo de reinvenção à medida que a sua atuação não se exaure apenas com a produção de leis ou emendas constitucionais, tendo assumido relevante papel na convalidação de decisões do STF envolvendo conflitos entre as normas gerais e a Constituição Federal.

Resta, ainda, esclarecer que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, detêm funções típicas e atípicas previstas constitucionalmente, exercendo atribuições próprias e atribuições típicas de outros poderes. Exemplificadamente, o Executivo, além de implementar políticas públicas e programas de governos previstos no texto constitucional, exerce a função de legislador quando emite decretos, portarias e demais atos normativos, bem como exerce a função de julgador quando instaura, processa e julga processos administrativos. O Legislativo, por sua vez, além de legislar, criando leis e emendas constitucionais, exerce, de maneira extravagante, a função executiva à medida que é responsável por gerir seus próprios recursos financeiros e humanos, bem como a função de órgão julgador quando instaura e processa Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPIs).

Com o judiciário, não é diferente: além das funções típicas de compor, processar e julgar litígios diversos, também exerce, de maneira extravagante, a função executiva quando é responsável por gerir e aplicar corretamente os seus recursos financeiros, bem como exerce a função de legislador quando elabora o seu regimento interno, inclusive quando se vale do próprio controle de constitucionalidade para convalidar, ou não, uma norma:

Operou-se uma descentralização também em favor do judiciário. Alguns autores como Kelsen, identificam no controle de

constitucionalidade das leis manifestação da função legislativa. Trata-se de uma tarefa política e não, propriamente, jurisdicional. Sim, porque o ato de desfazer uma lei (função legislativa negativa) não é, substancialmente distinto do ato de elaborá-las (função legislativa positiva) (CLÉVE, 2011, p. 78).

Com base nestas ideias, fundamenta-se a importância dos diálogos institucionais entre os poderes constituídos, muito embora, no direito brasileiro, não exista um procedimento formal próprio e exclusivo, instituído por lei, que discipline tal prática. A cooperação institucional, com o escopo de buscar a mais adequada interpretação para os conflitos de constitucionalidade, tem assumido um papel de destaque no Brasil.

É evidente que os diálogos institucionais nem sempre ocorrem de maneira pacífica entre os poderes constituídos. Trata-se, ao que se percebe, de um equilíbrio tênue e delicado que, muitas vezes, desencadeia reações diversas entre os poderes, principalmente quando a interpretação dada pelo STF a um determinado conflito de constitucionalidade representa uma espécie de afronta à atividade própria do Poder Legislativo. Este, por sua vez, busca superar esta interpretação com a edição de emendas constitucionais, tendo em vista a certa facilidade de produzi-las no sistema constitucional brasileiro, diferentemente do que ocorre em outros países, como nos Estados Unidos:

Quando, nos Estados Unidos, alguém se refere à possibilidade de reversão de decisão judicial apenas por meio de aprovação de emenda constitucional, o assunto é praticamente deixado de lado. A dificuldade de aprovação de uma alteração constitucional é imensa, exigindo uma verdadeira mobilização nacional, de modo que, a depender apenas disso, o sistema garantiria a supremacia judicial estrita. No Brasil por outro lado, as emendas podem ser aprovadas com relativa facilidade. O diálogo institucional, portanto, pode ocorrer por intermédio delas (VICTOR, 2015, p. 222).

Diante deste contexto e a partir destes desafios, revela-se de suma importância o aprofundamento teórico dos diálogos institucionais entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário no Brasil, trazendo-os ao enfoque subnacional na presente pesquisa, a qual busca estudar estas mesmas relações no âmbito do Estado de Pernambuco a partir dos diálogos institucionais entre o Tribunal de Justiça e a Assembleia Legislativa.

1. Federalismo e constitucionalismo contemporâneos

O debate sobre o federalismo no âmbito do Judiciário traduz-se em um importante fator influenciador do diálogo institucional no plano subnacional. Por isso, este capítulo tem por objetivo específico compreender o federalismo no Estado Neoconstitucional, explorando a expansão da jurisdição constitucional, o protagonismo judicial e a chamada judicialização da política na contemporaneidade. Busca-se analisar o pacto federativo e sua promessa de diversidade das partes à luz da jurisdição constitucional ampliada, a qual tem demandado, cada vez mais, reflexão acerca do seu potencial e, sobretudo, dos seus limites.

1.1. Federalismo, autonomia dos estados-membros e Estado Neoconstitucional

Dentre os diversos meios – e sob os variados fundamentos – na tentativa de se definir “Estado”, é prudente considerar que, para existir, o Estado necessita de elementos constitutivos básicos reunidos harmonicamente e com objetivos comuns. Sob a ótica da definição clássica, o Estado seria o ente estruturado sobre três elementos indispensáveis: o povo, o território e a soberania:

Desde quando do problema do Estado passaram a tomar conta os juristas, o Estado tem sido definido através de três elementos constitutivos: o povo, o território e a soberania (conceito jurídico por excelência, elaborado por legistas e universalmente aceito por escritores de direito público) (BOBBIO, 2004, p. 94).

Por conseguinte, pode ser considerado um Estado Federal a reunião de estados, também chamados de estados-membros, organizados sociopoliticamente sob o império de um ente governamental central, subordinados a uma ordem constitucional de abrangência nacional, que estabeleça direitos, obrigações e princípios extensíveis a todos, bem como permita parcela autônoma de competência, garantindo o mínimo de autonomia e soberania internas:

No Estado Federal deparam-se vários Estados que se associam com vistas a uma integração harmônica de seus destinos. Não possuem esses Estados soberania externa e do ponto de vista da soberania interna se acham em parte sujeitos a um poder único, que é o poder federal, e em parte conservam sua independência, movendo-se livremente na esfera da competência constitucional que lhes for atribuída para efeito de auto-organização (BONAVIDES, 2011, p. 195).

Esta repartição de competências, característica marcante do federalismo, tem por objetivo assegurar a descentralização do poder aos estados-membros, também chamados de estados federados, de modo que, respeitando-se a pluralidade de interesses culturais e regionais, seja possível garantir o mínimo necessário de autogoverno (condição de eleger governadores e prefeitos), autoadministração (capacidade de gerir a sua própria máquina pública), e autolegislação (funcionamento dos órgãos legislativos subnacionais) – sempre, contudo, tendo como limite os preceitos já estabelecidos na ordem constitucional nacional:

Quando o governo nacional limita-se a dirigir os serviços gerais, deixando a direção dos demais serviços às respectivas localidades, ele realiza apenas uma descentralização administrativa. Muito além disso, no sistema federativo as funções regionais são efetivamente autônomas, estando o governo regional dotado de órgãos legislativos e judiciários independentes, que possibilitam uma maior participação política de todos os cidadãos (ZIMMERMANN, 2005, p. 45)

Dito isso, é oportuno considerar que o federalismo é tema central nas dimensões político-jurídicas e tem exigido grande esforço para a sua adequada compreensão. Sua concepção original remonta à Constituição Americana de 1787, enquanto forma de reunir as antigas colônias inglesas, unificando a identidade nacional. A verdade é que não havia um poder central forte, de modo que o modelo de Estado anterior à Constituição de 1787, no qual se tinha estados confederados, não ajudava o país a consolidar-se como uma nação.

O surgimento de uma União centralizadora de regras e princípios básicos abrangentes e comuns a todos os entes federativos, reunidos e consolidados em uma Constituição Federal, sem dúvidas, possibilitaria uma maior organização das

atividades do Estado, tendo em vista a repartição de competências e de funções administrativas de maneira igualitárias a todos os estados-membros.

Todavia, é preciso ponderar que, antes mesmo do surgimento da Constituição Americana de 1787, os estados já tinham as suas próprias Constituições e os seus próprios regramentos jurídicos, os quais foram, em tese, absorvidos pela Constituição Federal. Ainda receosos da maneira como seriam redistribuídas pela União, inicialmente, os estados buscaram não agregar a capacidade de autoorganização à Constituição Federal como forma de se resguardarem:

Assim, no texto constitucional federal, a competência dos estados-membros em se auto-organizarem não foi, propositalmente definida, eis que eram os estados-membros a conceder poderes à união, e não o inverso. Apenas com a décima emenda é que houve, no texto constitucional, previsão dos poderes reservados aos estados-membros (LABANCA, 2010, p. 20).

Neste modelo de Estado Federal Americano idealizado com a primeira Constituição Federal, estabeleceu-se a ideia de que não seria a União quem designaria a parcela de autonomia dos estados-membros, uma vez que estes, por concessão, estariam cedendo espaço jurídico para que fosse possível viabilizar uma Constituição Federal com a finalidade inicial de organizar e criar uma identidade de União Federal.

Por consequência, a União Federal no modelo norte-americano, embora se tratasse de um ente autônomo e se revestisse de um poder centralizador em sua estruturação básica de organização, não detinha competências alargadas para definir boa parte de competências e atribuições regionais. Na prática, existia uma União Federal forte, bem como unidades federativas regionais – e até mesmo locais – com competências autônomas preservadas.

Na experiência brasileira, a Federação foi instaurada pelo Governo Provisório, por força do Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, o qual também instituiu a forma republicana de governo. É importante observar que, antes mesmo da primeira Constituição Federal Brasileira, os estados – considerados antigas

províncias – já possuíam as suas próprias Constituições e os seus próprios regramentos jurídicos.

Porém, diferentemente do caso americano, o modelo de Estado Federal Brasileiro teve o surgimento com uma União de características mais centralizadora, detentora de competências alargadas, de modo a influenciar diretamente na autonomia dos entes federativos regionais e locais:

No Brasil percorreu-se um caminho inverso: desde uma forma unitária até uma forma fracionária, de modo que as competências próprias das entidade subnacionais sempre foram vistas como concessões do poder central, não como prerrogativas naturais daqueles entes (ARABI, 2019, p. 31).

Esta autonomia dos estado-membros pode ser compreendida sob quatro vertentes distintas: autogoverno, autoorganização, autolegislação e autoadministração seriam características fundamentais para que os estados possam desempenhar o seu papel institucional a partir de normas jurídicas previamente definidas que garantissem parcela de competências suficientes para permitir a preservação das particularidades regionais dos entes federativos.

Para efeito desta pesquisa, considerando que se trata de diálogos institucionais entre o Legislativo e o Judiciário de Pernambuco e tendo em vista a produção normativa da Assembleia Legislativa de Pernambuco, a capacidade de autolegislação – enquanto parte da autonomia estatal – será mais amplamente debatida sob a ótica da jurisdição constitucional, bem como dos próprios diálogos institucionais.

Assim, é preciso compreender que o Estado Federal possui uma pluralidade de fontes normativas de incidência territorial, perfazendo a ordem jurídica total. Esta ordem jurídica, contudo, tem desenhos históricos que informam importantes dimensões dos diálogos institucionais nos dias atuais. Se, por um lado, a jurisdição constitucional é importante para estabilizar a Federação, por outro, também pode gerar vários desequilíbrios no tocante às outras funções da República.

É importante ressaltar que, após séculos de experiências que tornariam insustentável o Estado monárquico da era medieval, o Estado moderno surge com

novas demandas no âmbito jurídico, trazendo um novo modelo estatal plasmado em um ordenamento jurídico que utilizava a lei escrita como parâmetro regulador da sociedade. Portanto, a origem da concepção positivista está relacionada à passagem para o Estado moderno, enquanto dissolução da era medieval, abrindo espaço para o processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.

Com a Constituição do Estado moderno, o Estado centraliza todos os poderes, principalmente o de criar o direito, assistindo-se à transição de um Direito não-estatal para um Direito estatal:

Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito e seu resultado último é representado pela codificação (BOBBIO, 1995, p. 119).

Nem todos os países desenvolveram a codificação, mas, na maioria dos países ocidentais, ocorreu a hegemonia da lei sobre as demais fontes do Direito. “Dar prevalência à lei” é um dos pontos fundamentais da doutrina juspositivista. O primeiro paradigma diz respeito ao modo de encarar o Direito, cuja resposta o considera como um fato, não como um valor. Deste comportamento deriva o formalismo jurídico, em virtude do qual a validade do Direito ampara-se na estrutura formal. O positivismo jurídico, então, ganha o seu ápice com a Escola da Exegese, ao se trazer uma nova maneira de abstração contrária ao idealismo do Direito Natural, pregando que o Código de Napoleão de 1804 seria a única fonte do direito civil e levando o intérprete a recorrer a um procedimento puramente lógico de subsunção do fato ao texto, sem a observância de valores.

Não obstante tais considerações, Lênio Streck (2017, 21) esclarece que o positivismo é bem mais complexo do que as análises que privilegiam as características exegético-legalistas. Segundo o referido autor, esta seria uma visão restrita e reducionista que particulariza apenas a separação entre Direito e moral. Por isso, talvez o tema mais controverso que atravessou o século XX tenha sido – e ainda continua sendo – a conceituação do positivismo e a elaboração de condições para a sua superação.

Neste processo de discussão dos paradigmas jurídicos e conseqüente revisão da teoria do Direito, sem dúvida, foi positivismo jurídico clássico que tradicionalmente postulou um conceito de Direito eminentemente formal e axiologicamente neutro, o qual sofre mais abalos. Neste contexto, a segunda guerra mundial foi um marco histórico que contribuiu para derrubar o mito da infalibilidade das leis. Ainda devastada, a Europa Ocidental sentia todas as atrocidades e barbáries legitimadas em maiorias políticas, almejando-se um novo modelo capaz de propiciar às novas Constituições a criação ou o fortalecimento de uma jurisdição constitucional, por meio de mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, inclusive em face do próprio legislador. Como resultado, os textos constitucionais posteriormente promulgados foram impregnados de valores relacionados, por exemplo, à dignidade humana.

É nesse estágio que se inicia a reconstitucionalização da Europa, ocorrida na metade do Século XX, elevando à Constituição a um patamar de destaque ao instituí-la como fonte que proporciona unidade ao ordenamento jurídico e impregnar o seu texto com uma gama de direitos e princípios fundamentais resgatados pelo ressurgimento da corrente do jusnaturalismo renascido no pós-guerra, após as inúmeras atrocidades provenientes de tiranias, especialmente do nazismo na Alemanha e do fascismo na Itália.

Neste cenário, a superação do positivismo começou a exigir uma teoria que agregasse os diversos posicionamentos que fornecessem vazão ao novo paradigma constitucional, emergindo o chamado neoconstitucionalismo, fruto de uma construção europeia, a partir de uma nova roupagem da tradição constitucional:

O surgimento de um novo discurso no direito constitucional é decorrente de um dado objetivo, que sintetiza um conjunto significativo de transformações jurídico-políticas. Trata-se da passagem do Estado de direito liberal para o Estado constitucional. A mudança no arranjo estatal é demonstrada principalmente pela ampla constitucionalização de direitos fundamentais e de conteúdos morais, situados agora no nível mais elevado da hierarquia jurídico-normativa (LEITE; TEIXEIRA, 2017, p. 54).

Assim, os signatários do neoconstitucionalismo buscam fundamentação no pensamento de juristas de linhas bastante diversificadas, incluindo Ronald Dworkin

(2002), Gustavo Zagrebelsky (2003), Luigi Ferrajoli (2020) e Carlos Santiago Nino (2010). No entanto, nenhum destes autores se define – ou já se definiu – como neoconstitucionalistas, havendo uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas, como também ferrenhos opositores do emprego desta metodologia na aplicação de Direito. Não é, pois, tarefa fácil definir o neoconstitucionalismo, inclusive porque não existe uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o tema.

Este neoconstitucionalismo europeu compreende a Constituição como uma ordem de valor e, sobretudo como uma norma efetivamente concretizável, influenciando diversos autores: Konrad Hesse (1991), Friedrich Müller (2000) e Peter Häberle (2002). Neste horizonte, as questões ético-morais assumem um outro patamar, orientando e conduzindo a compreensão do Direito enquanto uma ordem normativa especificamente voltada à realização do valor (LEITE; TEIXEIRA, 2017, p. 23).

No âmbito nacional, esta teoria obteve grande aceitação, baseando-se em pressupostos teóricos muito diferentes entre si. Dentre estes, apresenta particular relevância o trabalho de Barroso (2007). O autor levanta algumas características gerais do chamado neoconstitucionalismo, a exemplo do reconhecimento da força normativa da Constituição, da expansão da jurisdição constitucional, do desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional, bem como do reconhecimento da normatividade dos princípios e de um amplo catálogo de direitos fundamentais (BARROSO, 2007, p. 6).

Com efeito, o chamado neoconstitucionalismo foi uma tentativa de superação do legalismo positivista, uma vez que as Constituições atuais, além de imporem limites ao legislador, promovem um programa positivo de valores que transcendem ao seu texto, sendo os princípios reconhecidos como pilares axiológicos do sistema jurídico, possuindo força normativa imediata, os quais não exercem apenas a função secundária no caso de omissões ou lacunas, mas as fontes primárias do direito.

Por isso, é possível afirmar que o neoconstitucionalismo, enquanto teoria do Direito, concebe um sistema jurídico que almeja o afastamento das concepções do positivismo teórico e uma mudança do Estado de Direito para o Estado Constitucional, instituindo a positivação de direitos fundamentais e a presença de uma Constituição com princípios e regras. Como consequência, desenvolveu-se a

urgência dos princípios para outorgar-lhes força, ampliando a efetividade da Constituição.

Desta forma, uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas foi a atribuição do status de norma jurídica à norma constitucional. Superou-se, assim, o modelo que vigorava na Europa até meados do XIX, no qual a Constituição era concebida como um documento essencialmente político, ficando a sua concretização condicionada à conformação do legislador ou à discricionariedade do executivo. A partir do neoconstitucionalismo, tornou-se possível refletir sobre a atividade constitucional em termos estruturalmente mais amplos, com espaços de superação – ou, ao menos, mitigação – do formalismo jurídico, abrindo espaço para a expansão da jurisdição constitucional.

Como já mencionado, muitos autores refutam a teoria que se edifica sobre neoconstitucionalismo. Primeiro, porque incorpora em si autores e posturas teóricas muito distintas e difusas, abrindo margens para ambiguidades e equívocos, razão pelo qual a maioria dos estudiosos não propõe uma visão fechada, optando por utilizar descrições amplas. A ausência de uma definição clara e de um rigor analítico é observada por Lenio Luiz Streck (2017), o qual problematiza a pretensa superação do positivismo à medida que, em que pese o neoconstitucionalismo ter surgido como enfrentamento ao positivismo exegético, simultaneamente, deste se aproxima:

Mesmo que os neoconstitucionalistas sustentem que a decisão dos casos difíceis se dá pelo uso da ponderação, e que esta seria uma forma de racionalidade, penso que uma análise mais aprofundada apenas consegue apontar para um fato: o de que as vertentes neoconstitucionalistas apenas substituíram ‘o juiz boca da lei’ do positivismo clássico pelo ‘juiz dos princípios’ que decide via ponderação, de forma argumentativa. E sem abrir mão da discricionariedade judicial (STRECK, 2017, p. 17).

No mesmo sentido, Dimitri Dimoulis (2017, p. 179) afirma não ser concebível uma Constituição sem um projeto político que estabeleça, ainda que sinteticamente, os seus valores. Em outros termos, não existe Constituição sem conteúdo de caráter material, valorativo e político. Mesmo nas Constituições sintéticas, tais valores continuam presentes. Portanto, a questão seria mais profunda, tal como o papel da ciência jurídica, da teoria do Direito e da própria noção de democracia.

Parafraseando Georges Abboud e Rafael Tomaz (2017, p. 79), o neoconstitucionalismo só será entendido em sua plenitude se for entendido como o aperfeiçoamento do positivismo jurídico, havendo uma relação interna e imanente entre o positivismo e a democracia, de modo que os dispositivos guardadores de direitos fundamentais passaram a possibilitar uma submissão conteudística por parte dos poderes constituídos à Constituição – além do “quem” e do “como” exigidos pelo positivismo, exige-se também uma adequação do “que”, vale dizer, dos conteúdos veiculados pela legislação.

Neste contexto, revela-se fundamental a análise do constitucionalismo democrático na expansão jurisdicional. A compreensão dos limites e das possibilidades de atuação do Poder Judiciário no horizonte democrático tem mobilizado grande interesse social. A expansão dos poderes judiciais é um fenômeno mundial, com consequências específicas para os países da América Latina, introduzindo um forte apelo em torno da atuação positiva de juízes e tribunais em torno da realização da democracia.

No Brasil, após um longo período de regime autoritário e centralizado, observou-se uma caminhada paulatina à descentralização com anuência do Governo Militar na década de 1970. Nas palavras de Rezende e Afonso (2004, p. 10), “foi concedido um aumento de poder político às regiões mais pobres e aos grupos locais para contrabalançar o domínio do partido de oposição nas áreas industrializadas e aglomerações urbanas mais importantes”. Com o caminhar para a reabertura democrática, o governo militar preparou uma transição na qual fosse possível manter a influência nas instituições políticas.

Finalmente, em 1988, uma nova Constituição foi inaugurada no Brasil. A Constituição Democrática, além de trazer de volta o federalismo, também trouxe um arcabouço de direitos fundamentais e sociais, bem como um projeto político-democrático que sinalizava um novo momento brasileiro. Era inaugurada também a era neoconstitucionalista brasileira:

Apesar de seu ímpeto descentralizador, a Constituição de 1988 deixou as sementes para uma rápida reversão. Sancionada dois anos antes da queda do muro de Berlim e da subsequente predominância das ideias liberais sobre os antigos ideais de justiça social defendidos por governos fortes, ela aumentou a

responsabilidade do governo federal na garantia dos direitos sociais aos cidadãos brasileiros (REZENDE; AFONSO, 2004, p. 14).

Assim como no resto do mundo, este período também inaugurou o início da expansão dos poderes judiciais e da participação das Cortes Superiores na política nacional. O texto da nova Constituição, além de trazer um grande número de direitos sociais, também trouxe maiores liberdades e garantias ao Poder Judiciário. Após um período político em que não podia contar com tanta liberdade, foi preciso estabelecer no texto constitucional que não haveria mais limitações àquele poder inerte da democracia.

Com o aumento da responsabilidade do Executivo e do Legislativo de garantir direitos aos cidadãos, somado ao aumento do poder do Poder Judiciário, consolidou-se a base institucional (e constitucional) para a expansão da jurisdição constitucional e judicialização da política no Brasil.

1.2. Expansão da jurisdição constitucional e judicialização da política: críticas ao neoconstitucionalismo

A expansão da jurisdição constitucional está relacionada ao termo “judicialização da política”, cuja representação acadêmica foi realizada em 1995 com a obra *“The global expansion of judicial power”* desenvolvida por Neal Tate e Torbjorn Vallinder (1995), os quais almejam traçar o fenômeno ocidental de transferências de decisões políticas para a esfera judicial, formulando algumas linhas de análise comum do fenômeno por meio de pesquisas empíricas realizadas em diversos países. Para os referidos autores, a expansão do Poder Judiciário está ligada diretamente ao fim dos regimes totalitários a partir da queda dos regimes comunistas no Leste Europeu e a predominância dos EUA enquanto superpotência mundial.

A temática que Tate e Vallinder (1995, p. 32) enfocam é a ocorrência de uma expansão global do Poder Judiciário nos sistemas políticos e nas democracias, denominada “judicialização”. A judicialização transferiu algumas questões de larga repercussão política, social ou moral para serem decididas, em caráter final, por órgãos do Poder Judiciário em detrimento das instâncias políticas majoritárias como

o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Neste contexto, “judicialização da política” e “politização da justiça” seriam expressões correlatas que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas.

Do mesmo modo, segundo Tate e Vallinder (1995, p. 28), “judicializar” é valer-se dos métodos típicos de decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos: o primeiro, quando há uma expansão das Cortes ou dos juízes em detrimento dos políticos ou administradores, ou seja, a transferência das tomadas de decisão do legislador, o gabinete ou o serviço civil aos Tribunais, baseando-se na constitucionalização dos direitos e dos mecanismos de “*checks and balances*”; o segundo, mais difuso, diz respeito à difusão de métodos de decisões judiciais fora da província judicial – seria, portanto, a influência do “*staff judicial*” ou dos procedimentos judiciais nos procedimentos do Executivo (v.g., Tribunais ou juízes administrativos) e do Legislativo (v.g., Comissões Parlamentares de Inquérito).

O fenômeno da chamada judicialização tem causas múltiplas. Neste sentido, Tate e Vallinder (1995, p. 28) desenvolvem analiticamente as razões da expansão do Poder Judiciário, levando em consideração as questões políticas de determinados países e sintetizando algumas condições que possibilitam o desenvolvimento da judicialização da política e do ativismo judicial. Uma das causas da judicialização citada pelos referidos autores é a existência de uma política de direitos. A positivação de direitos fundamentais representa um limite aos órgãos majoritários e fortalece o papel das Cortes como atores políticos. Soma-se a isso a circunstância de se confiar nos órgãos judiciais na proteção de tais direitos, sobretudo quando houver ameaças ao direito de minorias.

Neste contexto, inclusive, é comum o uso dos Tribunais pela oposição. O principal ponto aqui é que, no exercício da revisão judicial (constitucional), uma Corte pode ser vista muito mais como um terceiro ramo do Poder Legislativo do que como uma Corte regular. Portanto, é provável que, em muitas nações, os políticos frequentemente venham a judicializar a política para obstruir os governos, independentemente da existência de instrumentos de revisão abstrata nos Tribunais (TATE; VALLINDER, 1995, p. 29). De fato, nesta dinâmica, a inefetividade das

instituições majoritárias em impedir o envolvimento das instituições judiciais em certas disputas políticas configura mais um fator que contribui para a judicialização.

Doravante, em 1996, a obra “*Le gardien des promesses*” é lançada pelo jurista e antropólogo francês Antoine Garapon (1999). O referido autor aponta a existência de uma crise valorativa e simbólica nas sociedades contemporâneas, nas quais é conferido ao juiz uma função de árbitro de bons costumes. Diante de tal crise, a ideia de Justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia, transformando o Judiciário em um ícone resistente no universo simbólico dos homens:

O sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para a salvação. Os juizes são os últimos a preencher uma função de autoridade – clerical, quase que parental – abandonada pelos antigos titulares (GARAPON, 1999, p. 27).

Ao ser levado ao Judiciário um volume cada vez maior de demandas, as jurisdições crescem e se multiplicam, diversificando suas reivindicações. Garapon (1999, p. 48) afirma que o Direito, antes de instrumento de manutenção social, surge como uma fonte de contestação em uma sociedade que busca a si mesma. Uma vez abalados os baluartes políticos, simbólicos, psíquicos e normativos, a Justiça é elevada à condição de instância simbólica central e de última instância da moral comum. O juiz, por sua vez, é chamado à função de “ministro de orientação”, não garantidor do *status quo*, mas agente contestador da ordem social e guardião das promessas ainda não cumpridas:

O Judiciário converte-se no último disciplinador de uma sociedade em vias de desintegração, a política eleitoral de sociedades decepcionadas com suas instituições tradicionais, o único centro possível de uma sociedade policêntrica, a última instância moral no momento em que a religião desaparece no horizonte democrático, o último palco de uma sociedade sem projetos e desorientada (GARAPON, 1999, p. 48).

Em tais sociedades, parece que o debate público torna-se mais acessível nos Tribunais do que no Parlamento, resultando na substituição da representação política clássica pela busca crescente por mecanismos judiciais. Assim, a invasão da proeminência do Judiciário só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo no qual é apenas uma das manifestações, principalmente se for levado em conta algum grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor das instituições judiciais.¹

Acontece que, contrariamente à percepção de uma sociedade que confere ao Judiciário a imagem de salvador de todas as suas mazelas, essa ideia de símbolo mostra-se cada vez mais defeituosa. Importante também trazer as preocupações de Marcelo Continentino (2008, p. 60) sobre os efeitos destrutivos do fenômeno da judicialização da política perante a democracia, na medida em que o Judiciário vai se tornando a “última instância de deliberação sobre todas as questões surgidas no seio da sociedade”, assumindo progressivamente o papel, não de guardião da Constituição, mas de instituição que tem por função a salvaguarda do procedimento legislativo democrático. Neste ponto, o referido autor adverte que “um Tribunal Constitucional, não se autoconscientizando dessa dimensão entre o político e o jurídico”, vulnera a autonomia dos cidadãos, especialmente quanto às leis mais polêmicas, cujo processo legislativo suscita maiores debates públicos, não sendo o âmbito judiciário o melhor local para tal debate.

Feita estas advertências, importa salientar que ativismo e judicialização não são sinônimos. A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos:

A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. A judicialização não decorre pela vontade do Judiciário, mas sim pelo alcance dado pelo constituinte (BARROSO, 2014, p. 8)

1 O pensamento descrito até aqui é compartilhado por muitos autores, a exemplo de Vianna Lopes (2006), a partir do seu conceito de “invasão do Direito”, e de Ingeborg Maus (2000), com o “Judiciário como superego da sociedade órfã”.

Em contrapartida, Barroso (2014, p. 12) associa o ativismo judicial a uma atitude e define o fenômeno como uma escolha do Judiciário de interpretar a Constituição de forma proativa, expandindo o seu alcance e a sua interferência na atuação dos outros dois Poderes, normalmente, em um contexto social de retração e insatisfação popular com os estes últimos. Para o citado autor, tal cenário faz com que o Judiciário seja chamado para participar de forma mais intensa para concretizar os valores constitucionais através de diversas posturas manifestadas de diferentes formas, dentre as quais:

(I) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (III) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2014, p. 6).

Um conjunto de fatores institucionais, sociopolíticos e jurídico-culturais explica o crescimento do ativismo judicial no Brasil. O primeiro conjunto de fatores é de ordem institucional e pode ser demonstrado a partir da promulgação da Constituição de 1988. No contexto brasileiro, o Judiciário assumiu um protagonismo após um período de ditadura militar. A Constituição de 1988 trouxe diversos direitos e garantias em seu bojo, bem como a independência dos poderes fizeram com que o Judiciário ganhasse força, exercendo o seu papel de guardião da Constituição e das leis. Ademais, o início desta nova era com anseios democráticos reascendeu na o interesse em buscar os seus direitos contemplados na Carta Magna.

Parafraseando Oscar Vilhena (2018, p. 22), a Constituição Brasileira é analítica e ambiciosa, abarcando um extenso rol de artigos e princípios que elevaram a nível constitucional diversas matérias em razão de uma desconfiança reservada ao Poder Legislativo, o que contribuiu imensamente para a crescente judicialização dos direitos e garantias elencados em seu corpo. Trata-se de uma Constituição abrangente e compromissória (SARMENTO, 2010, p. 103) que mudou não apenas o direito constitucional brasileiro, mas também as relações entre o Estado e os cidadãos, bem como o papel político-institucional da Suprema Corte.

Diante de tal desenho institucional, emerge a “tribunalização da vida”, no sentido de levar diversos temas para a solução de conflitos perante o Supremo Tribunal Federal, cujas soluções têm demandado decisões criativas e polêmicas que alcançam não apenas o controle de constitucionalidade em si, mas a própria dinâmica de interpretação constitucional. O fortalecimento da jurisdição e o poder decisório do STF levam autores a afirmar a existência de uma “supremocracia”, indicativa da autoridade e do agigantamento da Corte (VIEIRA, 2008, p. 23).

O segundo conjunto de fatores refere-se às variáveis de natureza sociológica e política. Diante da escolha política em motivar o protagonismo judicial do Supremo, o ativismo tem sido aplicado amplamente, muitas vezes a partir das omissões do Legislativo e Executivo no cumprimento de suas obrigações. Em razão de tais configurações específicas, o Judiciário, seguindo uma tendência cada vez mais difundida em diferentes partes do mundo, vem decidindo incisivamente em questões de relevante interesse social na vida institucional brasileira nos últimos anos, desempenhando um papel preponderante ativo na tomada de decisões sobre questões de grande repercussão nacional.

Em meio às mudanças levadas a cabo pela Constituição Federal de 1988, o Judiciário assumiu um papel ativo na interlocução entre as demais funções do Estado. Isso tem acarretado não somente uma expansão institucional da Corte, mas também uma expansão dos sistemas judicantes estaduais, enquanto protagonistas e centralizadores de importantes discussões, fruto de uma conjuntura formada, entre outros fatores, pela descrença nos poderes majoritários e nas suas constantes crises funcionais.

Cumprido salientar que fatores sociológicos também impulsionam esse crescimento da Corte, fenômenos os quais aparecem em virtude de uma grande descrença da sociedade nos poderes majoritários, acarretando uma transferência de uma parte dessa confiança ao Judiciário, principalmente tratando-se de direitos fundamentais. Como exemplos desses fatores sociológicos, pode-se mencionar as omissões legislativas quanto aos direitos das minorias que não obtém nos parlamentos apoio suficiente para a sua aprovação.

Neste contexto, vale destacar as considerações de Christian Edward Cyril Lynch (2017, p. 163) acerca da “revolução judicialista” que se iniciou na academia

na década de 1990, dirigindo-se à legitimação da judicialização da política e da atuação política do Judiciário. Segundo o mencionado autor, tal “revolução” foi levada a cabo por uma espécie de “tenentismo togado”, assim caracterizado:

Nos últimos 15 anos surgiu uma categoria nova, a do juiz e a do promotor de justiça que, encrustados no Estado, entendem dever agir no sentido de combater a impunidade política, respondendo apenas à própria consciência iluminada pela Constituição. Por seu perfil ideológico e motivações, os ‘novos tenentes’ são bacharéis ilustrados que, no passado, teriam sido atraídos pela carreira política propriamente dita. Diante das dificuldades opostas pela atual massificação da política, com seu “baixo nível”, porém, esses bacharéis julgaram mais cômodo e eficaz operarem de dentro do próprio Estado, através das instituições e instrumentos judiciais criados pela Constituição de 1988 e fortalecidos no curso das décadas seguintes (LYNCH; MENDONÇA, 2017, p. 163).

Para Lynch (2017, p. 163), o pensamento político desta “revolução judicialista” tem como expoente as teorizações de Luís Roberto Barroso, o qual “acredita em um processo histórico de avanço civilizacional e aposta no judicialismo, exercido por meio da hermenêutica neoconstitucional, como instrumento de superação do atraso nacional”. Dita hermenêutica, por sua vez, teve – e tem – como plano de fundo a chamada doutrina da efetividade da Constituição, a qual passou a tratar princípios como regras, cuja aplicação proporcionaria ao juiz ampla discricionariedade orientada por valores políticos, éticos e comunitários.

O Judiciário, compreendido como “vanguarda iluminista” que tem como tarefa “empurrar a história” (LYNCH, 2017, p. 163), tem sido alvo de inúmeras críticas. Em outro texto, Lynch e José Vicente Mendonça (2017, p. 976) problematizam a doutrina da efetividade a partir da defesa da compreensão da história constitucional brasileira. Para os citados autores, “em tempos neoconstitucionalistas, a história constitucional brasileira ainda é, em sua maior parte, ilustre desconhecida”.

O neoconstitucionalismo tem como referência os textos normativos europeus pós-segunda guerra mundial, de forma que Lynch e Mendonça (2017, p. 279-280) indagam se esta seria também a realidade da história constitucional no Brasil. Em suas palavras, “o que surpreende é que, ao renascimento do direito constitucional, nas últimas décadas, não tenha correspondido renascimento equivalente da história

constitucional”. Assim, os constitucionalistas nacionais, com destaque para a crítica a Barroso, comprometendo-se com o neoconstitucionalismo e a doutrina da efetividade, buscam conferir uma dimensão concretizadora das promessas da modernidade, de tal sorte que não existiria uma história constitucional propriamente dita antes de 1988, mas uma “pré-história constitucional”.

Esta tábua rasa com a história – isto é, a ruptura com o passado em nome da justiça e da razão – fez com que o direito constitucional fosse encarado, sobretudo, “como instrumento da modernização ausente, e destinado a introduzir em suas sociedades atrasadas os padrões de comportamento dos países desenvolvidos” (LYNCH; MENDONÇA, 2017, p. 999). Diante disso, a história constitucional brasileira permitiria ao jurista recuperar a história da própria democracia:

O papel científico de uma história constitucional brasileira, em especial, deve ser o de revelar como se desenvolve o constitucionalismo num país periférico, orientado obsessivamente pela modernização. A democracia constitucional de 1988 não nasceu *ex novo* da constituinte, como Minerva da cabeça de Júpiter. Se a democracia é processo sempre inacabado, a história é seu natural reflexo (LYNCH; MENDONÇA, 2017, p. 1002).

Contudo, é preciso ponderar que o nascimento da Constituição Brasileira de 1988, ainda que com mecanismos modernos de proteção à democracia e às suas instituições republicanas, não representa fielmente uma ruptura de modelo constitucional, mas parte de um processo lento de mudanças. Como visto anteriormente, a mudança política brasileira teve início ainda na década de 1970, passando pela concretização da abertura democrática em 1985 com eleições diretas e, por fim, pelo estabelecimento do novo texto constitucional.

1.3. O protagonismo judicial e a separação dos poderes

Ao lado do reconhecimento de direitos fundamentais, a gênese do constitucionalismo tem, em seu núcleo, a divisão dos poderes enquanto forma de limitação do poder do Estado e do governante. A justa tentativa de prevenir o uso arbitrário do poder pela divisão do seu exercício serviu como ponto de partida para a

elaboração de técnicas variadas que acabaram sendo, por vezes de maneira conjugada, incorporadas aos cenários constitucionais, inclusive no Brasil.

Este trabalho não tem como objetivo perscrutar as teorias da divisão dos poderes, mas evidenciar e contextualizar a sua flexibilização diante das realidades que apontam para um protagonismo judicial. Com efeito, dois são os critérios mais comumente empregados na separação dos poderes, os quais aparecem frequentemente como soluções adotadas nos Estados contemporâneos, não raras vezes utilizados em conjunto: o critério horizontal – dando azo à divisão funcional – e o critério vertical – estabelecendo a divisão territorial.

A mais conhecida forma de divisão do poder – a divisão funcional – leva em conta as funções incumbidas ao Estado, atribuindo os seus exercícios a órgãos distintos. Com base na proposta de divisão funcional, é possível classificar os sistemas de governo em: sistemas de concentração, nos quais tal divisão não existe de direito ou de fato; sistemas de colaboração ou separação parcial, caracterizados pelo elevado grau de interação, especialmente entre Executivo e Legislativo – e, por tal razão, não podem ser considerados reciprocamente independentes; e, por fim, sistemas de separação pura ou total, nos quais os poderes revelam-se bem delineados e independentes entre si, cujos exercícios se outorgam a grupos distintos de pessoas.

Costumeiramente associada às ideias de constitucionalismo, democracia e participação popular no governo, a divisão dos poderes logo se converteu em um importante vetor de atuação dos sistemas de governo. Exemplo disto encontra-se no art. 16 da Declaração de 1789, segundo o qual “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição”. Desta forma, como destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003, p. 141), “se, no sistema constitucional, a separação dos poderes é peça essencial, nos regimes efetivamente praticados, ela nem sempre foi, ou é, real”.

A Constituição de 1988 evidencia traços característicos que denotam a sua filiação à tendência contemporânea do constitucionalismo, marcada pela redefinição do papel e do âmbito material dos textos constitucionais, contemplando amplo conjunto normativo programático, de modo a impor objetivos, diretrizes e tarefas ao Estado. O fenômeno da assunção de um papel político crescente por parte do Poder

Judiciário é um dos traços indelévels do constitucionalismo contemporâneo. Neste sentido:

Testemunhamos o crescente papel dos Tribunais nas democracias constitucionais e uma transferência sem precedentes de poderes decisórios de instâncias representativas para os juizes, configurando o que Han Hirschl determinou *juristocracia*. Mais ainda, tais Cortes, ao reivindicarem para si o monopólio do 'verdadeiro sentido' da Constituição ou a prerrogativa de dizer a 'última palavra' sobre o significado das cláusulas constitucionais, têm sido os agentes responsáveis pela tomada de decisões políticas que se impõem não apenas aos outros poderes do Estado, mas também à sociedade de maneira geral (LEITE, 2018, p. 13).

A própria supremacia normativa e axiológica da Constituição, aliada a uma aproximação entre o Direito e a moral, bem como a postura do Judiciário em assumir um papel mais proativo de transformação social perante a sociedade, ocasionaram uma mudança de paradigmas em sua prática discursiva. Este poder, inclusive, tem, cada vez mais apresentado em sua jurisprudência uma visão mais ampla, criativa e abrangente de conceitos e princípios abertos, incluindo argumentos de caráter moral e pragmático como justificativas normativas de suas decisões (LEITE, 2018, p. 46).

Os temas do protagonismo judicial e da separação dos poderes são historicamente evidenciados nos estudos que se debruçam sobre o chamado ativismo judicial, os quais citam usualmente como marco inicial desta prática a emblemática decisão *Marbury vs. Madison*, de 1803, descrita como "a mais importante decisão do direito constitucional americano". Não obstante, este caso não pode ser considerado o marco inicial do *judicial review*, uma vez que a sua prática já vinha sendo difundida com larga aceitação antes da histórica decisão. Neste sentido, Marcelo Continentino (2016, p. 10) desenvolve uma verdadeira desconstrução do "mito *Marbury*", identificando decisões de indeferimento da aplicação de leis de diversas cortes estaduais que revelam elementos comuns, os quais ajudam a compreender o percurso institucional expansivo do Judiciário e a modificação conceitual da Constituição como marco inicial.

O termo ativismo judicial não surgiu logo nos primeiros anos do *judicial review*. No entanto, há muito tempo está presente em boa parte do debate acadêmico norte-americano envolvendo constitucionalista e cientistas políticos. Saul

Padover (1964, p. 89) elucida que, naquela situação, a Suprema Corte Estadunidense utilizou, pela primeira vez, a *judicial review*, sem que isto decorresse claramente do texto Constitucional de 1787, conferindo-se um inegável poder político à jurisdição. Desta forma, toma corpo a ideia de leis inconstitucionais e de um sistema de controle judicial da constitucionalidade das leis, estruturada sobre uma construção jurisprudencial da Corte Suprema dos Estados Unidos com base no princípio de que a Constituição é uma lei superior, imutável por meios comuns.

A expressão “ativismo judicial” propriamente dita surgiu mais tarde. Keenan Kmiec (2004, p. 1441) destaca que o primeiro registro desta denominação é datado de 1947, tendo surgido em uma reportagem da revista *Fortune*, intitulada “*The Supreme Court: 1947*”, redigido pelo historiador e político do partido democrata, Arthur Schlesinger Jr, cuja menção almejava traçar distinção entre juízes considerados “ativistas” e juízes considerados “campeões de autorestrição”.

Na visão de Arthur Schlesinger Jr (apud KMIEC, 2004, p. 33), existiam dois grupos de juristas na composição da Suprema Corte Estadunidense: no primeiro grupo, “Black-Douglas”, os juízes Hugo Black e William O. Douglas acreditavam que poderiam exercer a efetivação de políticas públicas visando o bem-estar social. Trata-se da inseparabilidade entre legislação e política, o que foi entendido pelo historiador como ativismo judicial, já que o caráter progressista da jurisdição poderia ameaçar a democracia; por sua vez, no segundo grupo, os “campeões da autorestrição”, os juízes Robert H. Jackson e Felix Frankfurter entendiam que caberia apenas aos representantes do povo as decisões políticas. Estes últimos acreditavam que as leis não deveriam ter nenhuma relação com a política, pois o Direito se manifestava por meio de uma linguagem com conteúdo objetivo, não devendo o magistrado afastar-se dessa atitude, sob risco de o conteúdo da decisão ser considerado inapropriado.

É bem verdade que a virtude normativa do ativismo judicial não é homogênea. Para a maioria dos que se debruçam sobre o tema, há divisão de opiniões. Para alguns, os juízes ativistas são sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes, de modo que o termo acaba servindo como substituto para excesso judicial. Para outros, os juízes e as Cortes devem agir de modo mais assertivo em nome dos direitos da liberdade e igualdade, bem como

diante da inércia ou do abuso de poder por parte de outros atores políticos e instituições.

Não há realmente consenso sobre o que é ativismo judicial, de tal sorte que este termo acaba significando coisas distintas para pessoas distintas. É possível haver tantas concepções de ativismo judicial quanto autores sobre o tema. Diante desta falta de rigor na definição, parece até que seu significado se torna mais obscuro à medida que o termo se torna mais comum (LEITE, 2018, p. 13).

Comum a todos os exemplos de Cortes ativistas e das diversas formas de manifestação de ativismo judicial, está sempre o exercício expansivo e vigoroso – estratégico ou não – de autoridade político-normativa no controle dos atos e das omissões dos demais poderes, seja impondo-lhes obrigações, anulando as decisões, seja atuando em espaços tradicionalmente ocupados por estes últimos. O núcleo comportamental do ativismo judicial é a expansão de poder decisório que juízes e as Cortes promovem sobre os demais atores relevantes de uma determinada organização sociopolítica e constitucionalmente estabelecida, além, por óbvio, da problematização da clássica separação dos poderes.

O estudo de Keenan Kmiec (2004), apesar de não aprofundar densamente o conceito de ativismo judicial, é considerado um trabalho inovador nesta seara, pois retrata a multidimensionalidade do referido termo e analisa os cinco diferentes sentidos no seu uso. O autor teve o mérito de descrever, sem maiores pretensões, as perspectivas jurídicas e políticas de alguns juízes. No entanto, acabou contribuindo bastante para o desenvolvimento do termo, demonstrando que alguns juízes poderiam desenvolver uma atividade expansiva de *judicial review* em razão de alguns aspectos inerentes à sua formação acadêmica ou em razão de algumas considerações particulares.

Keenan Kmiec (2004, 1441) também atribui 5 (cinco) significados centrais para o termo ativismo: a) a atitude do Poder Judiciário de anular as ações dos demais poderes do Estado; b) a prática de um Tribunal quando se afasta dos precedentes que deveria respeitar, ou seja, quando adota uma visão própria do que é Direito em detrimento da visão e da interpretação já consagrada no precedente; c) quando a Corte, em detrimento de julgar, passa a legislar; d) a prática de o julgador

afastar-se de uma metodologia interpretativa criativa; e) a prática de julgar no intuito de alcançar um resultado pré-determinado.

O primeiro conceito de ativismo empregado pelo autor concerne ao baixo grau de deferência a outro poder, tendo como ponto negativo a ameaça à separação dos poderes. Assim, diante de questões controversas, cabe ao Poder Judiciário duas posturas autolimitar-se (*self-restraint*), resguardando a decisão do Legislativo ou decidir sobre a questão política, declarando inconstitucional a deliberação parlamentar (ativismo).

O segundo conceito, por sua vez, visa preservar a *common law* alicerçada na doutrina do *stare decisis*. Não pode o julgador ignorar as decisões proferidas anteriormente pelos órgãos superiores em casos idênticos, nem deve o Tribunal ignorar suas próprias decisões pretéritas. Funda-se, pois, na verticalização e na horizontalização de precedentes, salvo em situações excepcionais, *v.g.*, o *overruling*, em que o precedente é desconstituído de modo fundamentado.

No terceiro sentido, o termo ativismo refere-se à a conduta que permite os juízes comportarem-se como verdadeiros legisladores. Em linhas gerais, um Tribunal ativista seria aquele que ultrapasse os limites existentes no texto normativo.

O quarto sentido está ligado ao terceiro, porém envolto pela hermenêutica do direito, especialmente no tocante aos métodos de interpretação, caindo-se num problema subjetivista de preferência do analista quanto ao método correto. Há uma absoluta falta de consenso em relação a essas teorias de interpretação da Constituição.

Finalmente, o ativismo nos moldes propostos pelo quinto conceito, referente à prática de julgar no intuito de alcançar um resultado pré-determinado, é abstruso de ser constatado, dependendo da verificação empírica e da conjugação de elementos que comprovem os motivos subjacentes à prolação da decisão judicial.

Tal expressão, embora não tenha surgido logo nos primeiros anos da criação da *judicial review*, está presente em muitos debates acadêmicos norte-americanos envolvendo constitucionalistas e cientistas políticos, sendo destacada por Keenan Kmiec (2004, p. 1441) que a sua menção, apenas na década de 90, apareceu mais de 3.815 vezes nos jornais estadunidenses. Já entre os anos de 2000 e 2004, o

termo apareceu mais de 1.817 vezes, o que indica uma proeminência do conceito neste período histórico, nem sempre empregado de forma uniforme.

O caráter polêmico do termo ativismo judicial não impediu o seu uso. Constantemente, há notícias de sua utilização, sendo incorporado ao debate brasileiro após a Constituição de 1988, inicialmente como parte da problemática da judicialização da política e, mais recentemente, nas discussões acirradas no STF. Suas acepções revestem-se de múltiplos e complexos sentidos e justificativas, sendo uma delas atribuídas, conforme esclarece Carlos Alexandre Campos, a própria constitucionalização abrangente:

Constitucionalização abrangente significa que muitas questões da vida política e social brasileira têm fundamento na ordem constitucional; devem ser solucionadas a partir da interpretação e aplicação da Constituição. De sua vez, constitucionalização compromissória quer dizer que a Carta não incorporou uma única ou uma filosofia política, moral ou social manifestamente superior que as demais, mas antes, que ela abriga direitos e interesses mesmo conflitantes, que precisam ser concretamente harmonizados. (CAMPOS, 2013, p. 19).

O Brasil conta, ainda, com a peculiaridade do presidencialismo de coalizão.² Com a reunião no mesmo modelo do regime proporcional de lista aberta para os cargos do legislativo, bem como o multipartidarismo e a escolha dos mandatários do poder executivo sem vinculação às eleições legislativas, cria-se um ambiente de barganha, o que significa trocas com diferentes frentes partidárias no intuito de obter apoio da maioria do Congresso Nacional para a concretização da sua governabilidade e das suas políticas públicas, estabelecendo, para tanto, diferentes permutas, a exemplo da prática recorrente da distribuição de pastas ministeriais ou a criação de outros ministérios:

O modelo não é imune a críticas. As principais são que ele favorece o clientelismo entre Executivo e parlamentares e que promove o aumento do custo orçamentário brasileiro. O presidencialismo de coalizão tem como contrapartidas a formação de uma oposição igualmente organizada e um relacionamento de relativa reciprocidade

² A origem do termo “presidencialismo de coalizão” coube a Sérgio Henrique H. Abranches (1988). Tal expressão aparece, por exemplo, em “O dilema institucional brasileiro”.

entre Executivo e Legislativo. Ou seja, na prática, esse regime tem proporcionado um padrão consistente de governo versus oposição, com razoável disciplina entre os diversos parceiros do governo e alta disciplina por parte da oposição. Operando assim – eis o ponto fundamental – esse modelo de governança tem tido o sucesso de impedir, ao menos até aqui, uma formação hegemônica de poder político. (SANTOS, 2013, p. 109).

Neste contexto contemporâneo de fragmentação e de incerteza política, os partidos políticos, com certa frequência, têm feito do Judiciário um refúgio para implementar as suas políticas de poder, ingressando com ações que tem por objetivo contestar, destituir, desconsiderar ou impor obstáculos a medidas governamentais. Da mesma forma, as Cortes também são chamadas a resolver conflitos quando existem medidas impopulares que maculem a imagem do político e, conseqüentemente, acarretem potencial perda de votos ou, ainda, quando os partidos políticos minoritários não detenham uma representação expressiva de aprovação do quórum da atividade legiferante, passando a provocar o STF com ações diretas de inconstitucionalidade contra um estatuto aprovado por maiorias legislativas. Neste sentido, os autores Antônio Maués e Analise Leitão ratificam o tema:

O acentuado uso das ADI pelos partidos significaria que o Legislativo e o Executivo violam frequentemente a Constituição, obrigando a oposição a recorrer ao Supremo Tribunal Federal em defesa da Lei Maior. Na segunda, os números indicariam que esses mesmos partidos, ao não terem suas propostas contempladas nas negociações parlamentares, utilizam-se das ADI com o objetivo de converter o STF em uma terceira 'Casa Legislativa' na qual fosse possível modificar as decisões da maioria. (MAUÉS; LEITÃO, 2004, p. 32).

Esta realidade tem sido amplamente vivenciada quando o próprio Governo Federal, intencionalmente, prefere que certas decisões sejam articuladas e resolvidas no Supremo pelo fato de que os legisladores, inclusive aqueles da coalizão multipartidária de governo, possuem outras prioridades e pretenderem avançá-las antes do término de seu mandato, secundarizando questões cruciais ou, ainda, quando o tema controvertido não encontra consenso mínimo no Congresso por medo da reação negativa dos eleitores, avaliando-se que tais custos políticos, diante do caráter muito controverso da matéria, sejam potencialmente danosos para

as suas futuras candidaturas. Neste caso em particular, a opinião pública fica muito evidente e, diante de um mundo cada vez mais conectado pelo poder da imprensa e das mídias sociais, qualquer deslize pode ser amplamente desastroso.

Reitera-se que, na atual linha do neoconstitucionalismo em que o Brasil se insere, foi se desenvolvendo uma postura diferente do julgador com uma visão não mais atrelada estritamente aos preceitos legais, em razão da própria supremacia normativa e axiológica da Constituição, aliada a uma aproximação entre o Direito e a moral, bem como a postura do Judiciário em assumir um papel mais proativo de transformação social perante a sociedade. Tais fatores ocasionaram uma mudança de paradigmas na prática discursiva de seus votos. Denota-se, portanto, que a proeminência do Poder Judiciário no país não resulta de um fator isolado, mas de um conjunto de fatores institucionais, sociopolíticos, sociológicos e culturais que permitem uma afirmação destacada.

Se, por um lado, o ativismo atribui ao Judiciário um papel de destaque nas relações sociais, por outro, tem-se a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes. Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto (2011, p. 16), em artigo intitulado “Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade”, pontuam que, em 1893, James Bradley Thayer, professor de direito em Harvard, publicou “Origem e finalidade da doutrina americana do direito constitucional”, texto o qual influenciou muitos doutrinadores e magistrados, sendo objeto de debate até os dias atuais.

Este trabalho não tem por objetivo desenvolver as especificidades da doutrina da autocontenção, mas apontar alguns pressupostos gerais. Neste sentido, Thayer (apud DIMOULIS; GASPARETTO, 2011, p. 468) criticava a prática de controle judicial de constitucionalidade de sua época, recomendando a postura conhecida como minimalismo judicial (*judicial minimalism*) ou autocontenção (*self-restraint*):

Exige-se que os juízes evitem intromissões intensas e frequentes na esfera de liberdade do legislador. Trata-se da doutrina da autocontenção (*self-restraint*) do Judiciário, fortemente presente nos Estados Unidos. Critério básico é o requisito de inconstitucionalidade clara-evidente, aplicando-se a ‘regra do caso duvidoso’. Na dúvida, prevalece a opção do legislador, devendo o julgador abster-se de declarar a inconstitucionalidade: *in dubio pro legislatore* (DIMOULIS; GASPARETTO, 2011, p. 468).

Na autocontenção, o próprio Tribunal evita expor-se e absorver as funções dos demais poderes. Como exemplo de autocontenção na Suprema Corte Americana, cita-se o período de presidência de William Rehnquist (1986-2005), considerado conservador e contrário ao ativismo judicial, o qual auxiliou a limitar a aplicação de precedentes, especialmente no que se referia ao federalismo, para que houvesse uma diminuição das funções legislativas do congresso, a exemplo do caso *United States vs. Lopez* (EUA, 1995). A isso, soma-se o fato de que a Corte, em mais de 200 anos de existência, apenas declarou a inconstitucionalidade de cerca de 150 leis federais (TAVARES, 2007, p. 66).

Neste contexto, Judiciário deveria restringir a sua atuação em prol dos órgãos tipicamente políticos, o que, porém, pode ser comprometido pelo crescente ativismo judicial que se origina principalmente do sistema de controle de constitucionalidade. Na substância, a proposta de autolimitação do Judiciário apresenta um argumento quantitativo. De acordo com Dimoulis e Gasparetto (2011, p. 469), para a visão da autolimitação quantitativa, o Judiciário não pode permanecer sem reação perante claras violações da Constituição pelos legisladores. Por outro lado, o juiz não deve ser ativista, intervindo demasiadamente em problemas políticos julgados pelo legislador. Sendo assim:

O juiz que afasta ou até reformula as leis com base em seus entendimentos pessoais em casos controvertidos, ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação de poderes. Evitando tanto o passivismo como o ativismo o juiz deve encontrar uma espécie de equilíbrio indicado pela tese da autolimitação. (DIMOULIS; GASPARETTO, 2011, p. 468).

A partir disso, os referidos autores sugerem que, no campo do controle de constitucionalidade, é necessário conceber ao Poder Judiciário tão somente o controle judicial de forma plural e em reciprocidade com outros poderes, mas não uma supremacia judicial no sentido de que caberia exclusivamente aos Tribunais – em especial, ao STF – proferir a última palavra em controle de constitucionalidade (DIMOULIS; GASPARETTO, 2011, p. 467):

No debate atual são poucos os autores que sugerem a abolição do controle judicial de constitucionalidade. Mas, ao mesmo tempo, está clara a preocupação com os seus limites. Isso faz surgir técnicas intermediárias que tentam conciliar a necessidade da justiça constitucional com formas de limitação ou tentativas de modificar sua atuação. (...) A doutrina da autocontenção adota uma concepção modesta do papel do Judiciário que impede intervenções em matérias politicamente controvertidas, tentando não transformar as Cortes em instância que permitirá aos derrotados da luta política anular a vitória da maioria, em nome de considerações subjetivas sobre as “melhores” soluções. Nos EUA, tradicionalmente, os tribunais se consideravam guardiões da letra da Constituição e não árbitros do confronto político. (DIMOULIS; GASPARETTO, 2011, p. 466).

Com efeito, o discurso não se restringe a uma posição dicotômica – atuação legislativa vs. atividade judiciária em proteção das minorias frente à tirania majoritária – na medida em que as ambivalências político-constitucionais mostram-se muito mais complexas. Assim, destacam-se as propostas que privilegiam as interações institucionais, permitindo procedimentos de cooperação com a partilha das responsabilidades na construção da semântica constitucional adequada. Neste caminho convergem a soberania do parlamento com o mecanismo de revisão judicial das leis. Objetivam-se propostas cooperativas, nas quais todas as entidades envolvidas compartilhem de fundamentos conceituais e empíricos, buscando operacionalizar o sistema constitucional.

2. Da supremacia judicial

Como já mencionado anteriormente, as mudanças no modelo de Estado advindas da Europa continental no período após a segunda guerra mundial, fizeram com que o judiciário obtivesse um status maior no protagonismo da organização estatal, antes pertencente ao parlamento. O vácuo de poder muitas vezes deixado pelo parlamento pela ausência de legislar sobre questões sensíveis ou controversas da sociedade, fez com que o judiciário fosse chamado a decidir sobre questões importantes para sociedade, agregando assim ainda mais poder decisório aos tribunais.

2.1. O que é supremacia judicial?

De início, é preciso localizar onde se encontra a definição de supremacia judicial para a melhor compreensão da pesquisa. Bolonha *et al.* (2013, p. 267-268) falam sobre tal fenômeno ontológico e prático. Na dimensão concreta, pragmática, os referidos autores afirmam que a supremacia judicial pode ser compreendida de duas formas: quando a Corte age de uma forma ativista, regulamentando determinado tema antes do Legislativo, e quando o próprio Judiciário determina os seus limites, dizendo até onde ele pode ir:

Do ponto de vista metodológico, há de se enfrentar, por um lado, o que é essencialmente a supremacia judicial, isto é, um fenômeno específico da ordem constitucional. Por outro, as diferentes formas de expressões concretas desse fenômeno que alteram a realidade constitucional. Assim, exemplificando tais formas de expressão, supremacia judicial pode ser, por exemplo, um modelo em que a Suprema Corte detenha a prerrogativa de estabilizar o debate sobre aborto adotando determinado posicionamento moral antes que este desacordo moral tenha sido superado na respectiva sociedade. Supremacia judicial pode ser, ainda, um modelo em que a Corte Constitucional assegura possuir a última palavra inquestionável, e isso é aceito pelos outros poderes eleitos, pela mídia, pela opinião pública e pelo povo em geral (BOLONHA *et al.*, 2013, p. 267-268).

De um ponto de vista ontológico, abstrato, Bolonha *et al.* (2013, p. 27) citam Waldron (2010), o qual que fez um trabalho de oposição ao *judicial review*, formulando quais seriam as condições ideais para a formação da supremacia judicial. O trabalho de Waldron será melhor explorado no próximo capítulo. Contudo, para compreender a lógica da supremacia judicial de um ponto de vista abstrato, cita-se o que o referido autor aponta como as condições para o *judicial review* que têm por consequência a supremacia judicial:

(a) instituições democráticas em condições de um funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; (b) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de Direito; (c) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias; e (d) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos (WALDRON apud BOLONHA, 2013, p. 32).

Note-se que o primeiro item da lista traduz um cenário de democracia representativa de fato e de direito. Quando se fala em uma atuação mais protagonista na produção de direitos por parte do Judiciário, esta afirmação pode estar correta. Contudo, sabe-se que na prática, o STF é mais complexo. Durante o período da ditadura militar, o Supremo agiu ativamente para apoiar o golpe em um primeiro momento, como narra Recondo:

O golpe de 1964 criaria nova situação de fato. E se em 1955 Ribeiro da Costa defendera enfaticamente o respeito ao regime democrático, em 1964 sua postura foi diferente. Quando o Congresso declarou vago o cargo de presidente da república, derrubando João Goulart, Ribeiro da Costa acompanhou a sessão do Legislativo e ainda dirigiu-se para o Palácio do Planalto de madrugada, para legitimar a posse do Presidente da Câmara, Ranieri Mazzili (RECONDO, 2018, p. 20).

Esta anotação é importante, já que é preciso compreender que este conceito é abstrato e generalizante. Na prática, observa-se que a história conta diferentes caminhos percorridos pelas diferentes Cortes até a supremacia.

Seguindo-se na análise das condições apontadas para o *judicial review* por Waldron (apud BOLONHA, 2013, p. 36), tem-se a necessidade de um Poder Judiciário independente, autônomo e não-representativo, ou seja, a forma de escolha dos seus juízes não poderia ser através do voto, especialmente quando se fala das Supremas Cortes. A forma de escolha que segue o modelo americano é através da indicação do Poder Executivo e confirmação pelo Poder Legislativo.

O terceiro ponto refere-se ao tipo de supremacia que está se discutindo nesta definição. Fala-se sobre a postura ativa do Judiciário em definir direitos a minorias não contempladas pelos poderes eleitos quando não há um comprometimento com os direitos na sociedade. Uma vez que parte da sociedade requer às Cortes que tais direitos sejam garantidos, um Judiciário livre, em uma democracia, poderia atendê-los sem sofrer constrangimentos dos demais poderes, bem como contaria com o apoio de parcela da opinião pública.

Por fim, Waldron (apud BOLONHA, 2013, p. 41) afirma que é necessário um cenário de discordância, dentro da sociedade, sobre a definição de direitos. Para compreender melhor o quarto ponto das suas condições para o *judicial review*, é oportuno seguir a lógica contrária: se tivermos concordância geral sobre um determinado tema de direito, não haveria razão pela qual discuti-lo em instância alguma, tampouco no Judiciário. Quando há um desequilíbrio na sociedade – isto é, a falta da prestação de um direito a um grupo minoritário, contraposto a uma força de luta por aquele direito – um Judiciário livre poderia ser a opção para a reparação de injustiças escolhida pela sociedade.

Para Waldron (apud BOLONHA, 2013, p. 44), tais condições são consideradas como pressupostos ao argumento essencial de oposição ao *judicial review*, enquanto que, para Bolonha *et al.* (2013, p. 270), tais situações deveriam ser consideradas como “fatores de potencial afastamento ou aproximação da proeminência da atividade judiciária perante os poderes eleitos”.

Neste prisma, Bolonha *et al.* (2013, p. 47) afirma que o primeiro fator elencado por Waldron afastaria a proeminência da atividade judiciária. Uma vez que

as instituições políticas funcionam a contento, não haveria que se falar na necessidade de buscar o Judiciário para a resolução de problemas da sociedade. Vale recordar que o Judiciário é poder que só age sob provocação, vale dizer, é inerte. Nada obstante o ponto levantado por Bolonha, esta pesquisa busca complementar o que já foi apontado acima. Enquanto a instituição, apenas é possível haver um Judiciário proeminente quando há liberdade para tanto, segundo ponto anotado por Waldron (apud BOLONHA, 2013, p. 49). Ao menos a princípio, é necessário haver uma democracia funcionando para que haja autonomia e liberdade judicial.

Ressalta-se que Bolonha *et al.* (2013, p. 49) deixa claro que estas são ideias para a proeminência judicial abstrata, em teoria. Na prática, mesmo com as instituições funcionando a contento, haverá descontentamento em parcela da sociedade, a qual se servirá do Judiciário para o estabelecimento dos direitos dos grupos minoritários, em maior ou menor medida.

Bolonha *et al.* (2013, p. 273) informam que o segundo ponto, referente ao bom funcionamento do Judiciário, é fator de aproximação da proeminência do Judiciário. De fato, já se afirmou que é. Quanto maior for a liberdade do Judiciário, maior será a possibilidade dele agir ativamente em matérias reservadas à política.

O terceiro ponto, relativo ao comprometimento da sociedade com os direitos, é mais complexo. Segundo Bolonha *et al.* (2013, p. 275), não é possível definir claramente se haveria uma tendência de afastamento ou de aproximação a uma proeminência judicial, uma vez que:

A dificuldade em lidar com esse fator é ter de considerar um grau mediano de comprometimento, em que seja possível cogitar que os poderes eleitos não promovam os direitos e sem que o judiciário mantenha-se em um quadro inerte. Nesse tipo de situação especialmente, o comprometimento com os direitos seria um potencial de aproximação da essência da supremacia judicial. Se, ao contrário, houvesse um comprometimento mais intenso ou muito reduzido, tornar-se-ia difícil cogitar a necessidade de desenvolvimento do judiciário nesse sentido. Para situações hipotéticas de significativo comprometimento por parte dos poderes eleitos, bem como para as situações de acentuado descompromisso por parte do judiciário, parece tratar-se de um potencial de afastamento da supremacia judicial em sua concepção abstrata (BOLONHA *et al.*, 2013, p. 275).

Por fim, o enfrentamento moral de um determinado desacordo sobre direitos na sociedade pode representar um fator de afastamento ou de aproximação da proeminência judicial a depender da maturidade do debate daquela questão na sociedade. Explica-se: quando há uma resistência para o enfrentamento de uma determinada matéria de direito pelo Legislativo e parte da sociedade recorre ao Judiciário para superação daquela omissão, apenas será fator de aproximação da proeminência judicial o enfrentamento daquela questão por parte do órgão julgador se houver, ao menos, apoio por parte da sociedade àquela decisão (BOLONHA *et al.*, 2013, p. 276).

Do contrário, se a sociedade ainda não estiver pronta para a superação daquele desacordo, provavelmente se colocará contra o Judiciário e este poderá perder o poder à medida que perde o valor frente à opinião pública. Veja-se o caso da discussão sobre o aborto no Brasil: o STF tem evitado tomar uma decisão final sobre o tema; o Legislativo nunca pareceu pronto para enfrentar a questão de forma a ouvir as mulheres; a sociedade, enfim, é extremamente dividida sobre o assunto, existindo fortes opiniões em ambos os lados (contra e a favor da legalização). Este é um caso típico que, se decidido no momento errado, poderia trazer consequências negativas à imagem da Corte.

Em conclusão, a essência da supremacia judicial seria um local perfeito no qual os pontos definidos por Waldron (apud BOLONHA, 2013, p. 51) equilibram-se para formar um Judiciário proeminente, atuante na sociedade, com espaço de decisão. procurado pelos constituintes e apoiado pela opinião pública – ou, como Bolonha *et al.* concluem:

Em primeiro lugar, uma boa estrutura de funcionamento nos poderes eleitos será um fator de potencial afastamento da preponderância do judiciário. Em segundo lugar, uma boa estrutura de funcionamento do judiciário permitirá uma aproximação dessa proeminência. Em terceiro lugar, o comprometimento com os direitos poderá oferecer situações distintas: um mínimo comprometimento talvez não mova o judiciário; um grande comprometimento afasta a necessidade de uma atuação *avant garde*, mas um comprometimento médio, na particular hipótese de o legislativo ser menos comprometido do que o judiciário, talvez represente o maior potencial de aproximação desse desenho. Em quarto e último lugar, a existência de um desacordo moral sobre o conteúdo dos direitos dependerá da maneira como o judiciário atua

perante as controvérsias mais sensíveis: o teor filosoficamente aprofundado da fundamentação da decisão judicial parece ser “diretamente proporcional” ao grau de tensão entre o judiciário e os poderes eleitos ou entre aquele e a própria sociedade (BOLONHA *et al.*, 2013, p. 279-280).

Com efeito, é preciso um conjunto de fatores complexos para ser formado um quadro de supremacia judicial. Ademais, é possível indagar o seguinte: se, em um curto espaço de tempo, estes fatores não estiverem presentes temporariamente, as Cortes poderiam perder o poder? Em outras palavras, existe supremacia judicial definitiva?

2.2. Existe supremacia judicial definitiva?

A pergunta que inicia este tópico está relacionada à premissa de que o Poder Judiciário teria a última palavra em decidir sobre os conflitos entre as normas e o texto constitucional. Será que teria mesmo? De acordo com o STF, sim. No Mandado de Segurança n. 26.603/2008, o Tribunal Constitucional Brasileiro afirmou que dispõe do “monopólio da última palavra em temas de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental” (BRASIL, 2008).

Para que haja a possibilidade de uma Corte ser revestida deste poder, é preciso que haja um ambiente favorável para tanto. Regras que permitam a liberdade decisória (independência judicial), autonomia na gestão administrativa e um cenário favorável perante a opinião pública são alguns dos alicerces sobre os quais se estrutura um Judiciário forte. Friedman (2009, p. 123) aponta como – apesar das mudanças dos governos norte-americanos – a Suprema Corte se manteve impecável perante os olhos da opinião pública.

Em 2020, ano das eleições norte-americanas e com grande divisão política no país, o Instituto Gallup apurou que 58% dos americanos aprovavam os trabalhos da Suprema Corte. O mais interessante deste acontecimento é que os democratas e os republicanos estavam, pela primeira vez em muito tempo, bastante próximos na taxa de aprovação: o primeiro grupo com 60% e o segundo com 56% de aprovação

(MCCARTHY, 2020, p. 13). Portanto, a última palavra da Corte pode ser mais aceita quando possui a opinião pública ao seu lado.

Por outro lado, é importante notar que agir com supremacia não é apenas sinônimo de possuir a “última palavra”. Como bem observou Tassinari (2016, p. 45) em excelente tese de doutoramento, a supremacia não pode ser confundida com a “última palavra”, pois, se o Tribunal apenas aplica determinação de acordo com a letra da lei constitucional, nada mais é do que jurisdição constitucional. Segundo a referida autora, o correto seria se referir a um “agir com supremacia” ou se “investir em supremacia” quando, ciente do seu poder, o Tribunal decide confiante de que todos seguirão suas determinações.

De outra feita, vale lembrar a lição de Peter Häberle:

O destinatário da norma é participante ativo, muito mais do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição (HÄBERLE, 2002, p. 15).

Por esta inteligência, o Poder Judiciário seria apenas mais um dos vários atores responsáveis pela interpretação da Constituição. Häberle (2002, p. 13) ainda complementa que, no processo de interpretação da Constituição, estariam “potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.

Basta uma interpretação mais analítica do que está por trás de uma interpretação normativa para compreender, como Friedrich Müller relata, que:

Não é o teor literal de uma norma (constitucional) que regulamenta um caso jurídico concreto, mas o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fáctica - sempre de conformidade com o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização (Müller, 2000, p. 54).

Compreender que não há uma “última palavra” do Judiciário sobre a constitucionalidade de normas não significa que se deva rejeitar completamente a revisão judicial. Contudo, é preciso entender que o papel do Poder Legislativo, criador da norma, também é de fundamental relevância na interpretação da Constituição. Como afirma Brandão (2012, p. 220-221), o próprio sistema cria mecanismos para que o Legislativo responda às decisões do Judiciário, podendo reverter “inconstitucionalidades indesejadas”:

É uma ilusão dos juristas achar que o Judiciário tem a última palavra em matéria de interpretação constitucional, definindo o sentido da Constituição de forma cogente para a atuação futura dos demais 'poderes' e sociedade, sem que estes atores tenham a possibilidade de reverter ou mesmo de evitar decisões judiciais tidas como inaceitáveis. Com efeito, se os demais 'poderes' - especialmente o Legislativo - têm instrumentos para reagir a decisões de inconstitucionalidade indesejadas, o debate sobre o sentido futuro da Constituição não se restringe às Cortes, nem muito menos se encerra com a decisão judicial (BRANDÃO, 2012, p. 220-221).

A crítica sobre a possível delegação ao Poder Judiciário da supremacia da palavra sobre constitucionalidade vem, essencialmente, do alargamento dos seus poderes em diversos países, inclusive no Brasil. Desde 1988, temos o que é considerado como necessário para um potencial protagonismo judicial: Constituição democrática, divisão de poderes, revisão judicial constitucional, dentre outros elementos que fortalecem o Judiciário no cenário político (HIRSCHL, 2004, p. 43; GINSBURG, 2003, p. 12). Trata-se do que se denominou anteriormente como “agir com supremacia” – isto, sim, eventualmente perigoso à democracia.

Neste contexto de alargamento das funções do Poder Judiciário em diferentes ordenamentos jurídicos, a decisão sobre questões morais e políticas complexas – nas quais existem profundas divergências na sociedade sobre o conteúdo dos direitos e a forma de interpretá-los – é reservada a juízes não eleitos democraticamente. É preciso entender o quanto o Judiciário brasileiro – em especial, o STF – expandiu-se nas últimas décadas, uma vez que a própria ideia de supremacia judicial está ligada à premissa de que o STF tem a “última palavra” sobre a Constituição.

2.3. A supremacia judicial no Brasil

Como observado no primeiro capítulo deste trabalho, o Judiciário brasileiro ganhou contornos significativos com a Constituição de 1988. Com o cenário institucional necessário, ao menos nas últimas duas décadas, tem-se visto o STF em capas de jornais envolvendo discussões políticas importantes para o país. Não se trata apenas de decisões sobre direitos sociais, mas também de temas político-eleitorais, impeachment de presidentes, escândalos de corrupção, liberdade de expressão (“escândalo das *fake news*”), dentre outros temas cotidianos abordados nos telejornais.

As liberdades e garantias outorgadas pela Constituição de 1988 ao Poder Judiciário permitem um cenário institucional favorável à judicialização, algo que não era possível, por exemplo, no regime autoritário anterior a 1985. Em sua tese, Barbosa (2015, p. 116) apresenta um estudo sobre a ampliação do poder outorgado ao Judiciário ao longo dos anos, desde a primeira Constituição Brasileira. Realizando uma análise pelo número de palavras que estão relacionadas ao universo do Poder Judiciário, o autor verificou um aumento de 863,02% nos termos relativos a este Poder entre 1891 e 2014, com média de 7,01% ao ano. Em suas palavras, “apenas o capítulo referente ao Judiciário tinha, em 1891, 802 palavras. Em 2014 são 7.754, um aumento de 966,83% em 123 anos, com média de 7,86% ao ano”.

Este é o cenário constitucional que garante poder ao Judiciário. Além disso, existe uma variedade de normas constitucionais que versam sobre políticas públicas, bem como normas de Estado e Governo, típicas de Constituições. A cada decisão tomada pelo STF, a Corte tem uma nova oportunidade de aumentar seu poder (ARGUELHES, 2009, p. 14).

Quando há um trabalho de “aplicação” de normas constitucionais que não geram muitas dúvidas, como normas sobre competências dos entes federados, aparentemente não há o que se falar sobre a legitimidade do STF em aplicar e aplica-las. As dúvidas, no entanto, surgem sobre os temas políticos, tais como aqueles supramencionados:

A dificuldade contramajoritária surge com força precisamente no momento da aplicação de uma norma constitucional da segunda espécie, cujo conteúdo não pode ser definido objetivamente, ou seja, sem a influência das concepções materiais (subjetivas) do julgador. É aí que se questiona a legitimidade dos juízes para fazer tais escolhas, em face de sua origem não democrática. Ao determinar o conteúdo destas normas, obrigatoriamente estaria sendo feita uma opção política (no sentido de que ela não é determinada pelo Direito) por uma das possíveis interpretações que o texto permite. A origem não democrática dos juízes leva ao questionamento de sua legitimidade para resolver questões deste segundo tipo (BERMAN, 2010, p. 196).

Com o avanço da visibilidade do STF, também tem avançado o interesse na investigação sobre seu papel político na sociedade, uma vez que o papel contramajoritário já foi colocado em discussão. Contudo, não há aumento de visibilidade se não houver permissão para isso. A permissão vem através de normas que conferem maior liberdade ao Poder Judiciário, bem como através da procura pelos Tribunais Superiores por parte de outros atores políticos. Para haver uma “supremocracia”, é preciso que os demais poderes estejam de acordo e se aproveitem – de alguma forma – deste papel ampliado do STF. Pelo menos, este é o argumento de Arguelhes:

Mais ainda, o STF também pode ser útil aos poderes eleitos ao puxar para si temas que eles não querem tratar devido ao seu alto custo eleitoral. Apenas para citar um exemplo recente, será que o Congresso Nacional tem interesse em tratar agora de um tema politicamente delicado como o aborto de fetos com anencefalia? O mesmo vale para várias das súmulas vinculantes. O Congresso pode formalmente afastá-las por meio de legislação ordinária, mas com que frequência isso tem acontecido? Há certos temas cuja “usurpação” pelo Supremo pode representar ganhos políticos para o Congresso (ARGUELHES, 2009, p. 7).

Foi permitindo que o STF julgasse – na verdade, provocado o STF em diversos casos – temas que deveriam ter sido decididos pelo Executivo e Legislativo, os quais viram o Tribunal Brasileiro crescer paulatinamente ao longo do tempo. Esta é uma característica que Arguelhes (2009, p. 10) aponta sobre a expansão judicial no Brasil. Diferentemente de países nos quais existiram decisões marco para a expansão (*v.g.*, a decisão norte-americana *Marbury vs. Madison*), o Brasil não conta com um marco histórico claro da supremacia judicial. Em vez disso, ao longo das

últimas décadas, por vezes foram outorgados poderes ao STF, por vezes lhe foi retirado o poder de decidir sobre matérias políticas:

Em cada decisão, o Supremo também torna público o seu entendimento de qual é a extensão de seus poderes em relação ao Executivo e ao Legislativo. Na construção da motivação de suas decisões, tribunais hábeis podem expandir o seu poder no longo prazo, mesmo quando decidem favoravelmente ao Executivo ou ao Legislativo aqui e agora. Mesmo casos cujo resultado prático imediato é pouco relevante podem contribuir para revolucionar a estrutura da separação de poderes (ARGUELHES, 2009, p. 10).

Como afirmou Arguelhes (2009, p. 11), foi a combinação de “construção política e pavimentação jurisprudencial” que trouxe o STF até o presente momento. Com o avanço deste papel de protagonista político em temas sensíveis, os demais poderes passaram a se preocupar mais com as respostas dadas pelo Judiciário. É possível haver revisão judicial sem um agir investido em supremacia? É possível haver um debate em vez da “última palavra” por parte dos Tribunais Superiores?

São tais perguntas que levam a um alerta sobre a necessidade de pensar sobre outros modelos de resposta judicial. O sistema de supremacia judicial fomenta discussões acerca de modelos dialógico-argumentativos, ampliando as perspectivas do debate legitimante do Judiciário, buscando-se o devido equilíbrio institucional em um sistema democrático.

No próximo tópico, será discutida a estrutura da promessa do diálogo institucional, sobretudo entre o Judiciário e o Legislativo, o que desemboca em uma revalorização deste último.

2.4. A estrutura da promessa do diálogo

Diante do contexto analítico acerca da supremacia do Poder Judiciário no (neo)constitucionalismo contemporâneo, destaca-se no horizonte teórico a discussão sobre a instituição que possuiria melhores condições para solucionar casos controvertidos. Para responder tal questão, foi formulada a ideia de busca por uma conversa produtiva entre os poderes. Neste ambiente, a busca por soluções de

casos complexos, os quais demandam respostas institucionais elaboradas, precisaria ser estabelecida de modo dialógico, como uma conversa contínua entre as partes envolvidas na sua confecção e na sua posterior fiscalização.

Com efeito, tal solução está amparada nas inquietações quanto à legitimação das atividades realizadas pelos poderes. A soma de fatos históricos questionáveis em termos de legitimidade que marcaram o século XX foram fundamentais para, ao menos, apontar que quaisquer decisões proferidas por órgãos públicos precisam de algum respaldo democrático.

Neste sentido, Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto (2015, p. 184) afirmam que a edificação de um Estado Democrático de Direito realiza-se “‘tijolo por tijolo’, em uma contínua construção, numa orquestração social que não tem em seu horizonte um final pré-definido, mas, possui como cerne o necessário intercâmbio entre os aspectos potenciais e as limitações de cada ramo do governo”.

A proposta por diálogos tem o seu bojo teórico na revisão da separação das funções reservadas a cada ramo do poder. Outrora, a cisão clássica entre Direito e política foi articulada da seguinte maneira: a esfera política seria determinada pela soberania popular e pelo princípio majoritário, enquanto a esfera jurídica seria determinada pela ideia de “*rule of law*” (primado da lei) e pela observância aos direitos fundamentais.

Conforme evidenciado por Clève e Lorenzetto (2015, p. 190), em substituição a uma leitura tradicional da separação dos poderes, a prática dos diálogos institucionais procura evidenciar, ao menos, dois aspectos da formulação de decisões de casos controvertidos:

Primeiro, as decisões, tomadas em qualquer um dos poderes, passam a ter um caráter *parcialmente* definitivo, pois, podem ser contestadas em outras instâncias públicas. Segundo, cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões. Isso reafirma a necessidade de canais de diálogo entre as instituições, pois, uma pode ter melhores condições que outra para lidar com o caso concreto em apreço. (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 190).

Por conseguinte, do mesmo modo que o Legislativo costuma adotar um discurso político para a formação de consenso, o Judiciário precisa traduzir

demandas políticas em termos jurídicos. Tais diferenças irão complementar o conjunto de discursos produzidos sobre o tema até o momento e conferir novas rodadas deliberativas sobre a matéria. De acordo com Conrado Mendes (2011, p. 27), a fiscalização de constitucionalidade é uma estrutura que está inserida na tensão e no diálogo entre os poderes, bem como pode ser justificada sob uma perspectiva institucional que procura apontar os aspectos positivos de atuar na ordem da separação dos poderes como um “contrapoder” – contribuindo para uma decisão de maior “densidade deliberativa” – ou em termos da proteção de um conjunto de direitos fundamentais pelo Judiciário – funcionando como um trunfo contra práticas políticas majoritárias inadequadas.

Inicialmente, é importante destacar que a metáfora do diálogo entre os poderes tem sido utilizada com muitos sentidos diferentes, ora para descrever a interação entre os poderes estatais (finalidade descritiva), ora para avaliar a sua atuação (finalidade normativa). Seguindo definições e desdobramentos propostos por Conrado Mendes (2011, p. 158) sublinha-se a distinção do termo “diálogo” em um “sentido fraco” e em um “sentido forte”.

Segundo o referido autor, o termo “diálogo em sentido fraco” é utilizado para se referir à simples interação entre os poderes estatais, como decorrência necessária do funcionamento da separação de poderes ao longo do tempo. Por outro lado, há “diálogo em sentido fraco” quando a decisão de um poder produz algum efeito na órbita de outro poder. O diálogo é, pois, um fenômeno que ocorre independentemente da consciência ou da intenção dos agentes envolvidos, bem como das razões pelas quais as decisões são exteriorizadas. Assim, tal noção de diálogo abrange posturas adversárias que pretendem impor uma orientação sem abertura para persuasão recíproca. Semelhante interação pode ocorrer em lapsos temporais variáveis de acordo com o desenho constitucional (MENDES, 2011, p. 158).

A palavra “diálogo” seria a mais adequada para se referir à simples interação que decorre do controle recíproco entre os poderes. Segundo Mendes (2011, p. 167), existem dois motivos pelos quais se emprega da palavra “diálogo” neste sentido: primeiro, enfatizar que a interação entre os poderes é fenômeno permanente, caracterizado pela circunstância de que a decisão de um poder está sujeita a reação

de outro poder, sendo certo que as decisões tomadas baseiam-se em razões, ainda que não exteriorizadas; segundo, indicar que tal interação pode avançar para uma versão qualificada de interação consciente e justificada, consistente no “diálogo em sentido forte”.

Neste contexto, o termo “diálogo em sentido forte” é aplicado para se referir à interação entre os poderes quando as razões da decisão de um poder são levadas em consideração na reação de outro poder, visando a obtenção da melhor decisão sobre o assunto. Trata-se de uma decisão de determinado poder que produz algum efeito na órbita de outro, mediante uma interação consciente e justificada. Semelhante interação pode contribuir para aumentar a qualidade das decisões do Estado.

O “diálogo em sentido forte”, portanto, contribui para a melhoria da qualidade das decisões do Estado, uma vez que a interação consciente, baseada em razões e contrarrazões, permite atenuar a tendência a falhas inerente a cada poder, decorrente de seus pontos cegos e do ônus da inércia. Diante disso, como as características institucionais são diversas, cada Poder adota perspectiva distinta e está em condições de trazer razões não cogitadas pelos demais. Nas palavras de Fabricio Resende:

Semelhante interação entre eles pode contribuir para aprimorar a discussão racional de problemas controversos. A distinção dessas duas espécies de diálogo permite a avaliação do desempenho de cada um dos Poderes quanto à qualidade de suas deliberações, que impacta em sua legitimidade. O diálogo em sentido fraco apresenta deliberação de qualidade inferior. A qualidade da deliberação é progressivamente aprimorada na medida em que cada Poder atua com consciência da existência de uma interação contínua e justifica sua atuação levando em consideração as razões das decisões dos demais Poderes. Quanto mais próximo se chega do diálogo em sentido forte, maior será a qualidade da deliberação, melhor será o desempenho da instituição, e maior será a legitimidade de sua atuação (RESENDE, 2017, p. 20),

Destaca-se como importante marco da prática dos diálogos institucionais o paradigmático caso canadense. Diante da edição da “Carta de Direitos e Liberdades”, em 1982, o problema da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade foi suscitado. Segundo Peter Hogg e Allison Bushell (1997, p. 61),

a resposta para tal questão foi que o controle seria parte do diálogo entre juízes e legisladores. Por isso, nas situações em que a decisão judicial fica aberta para correções pelo Legislativo, pode-se dizer que se estabelece um diálogo interinstitucional.

Naquele país, foi criado um notável instrumento de equalização hipotética das funções legislativa e judicial do Estado Moderno: a chamada “cláusula do não obstante”. Tal ferramenta possibilita que, respeitando-se uma série de procedimentos legais, o Legislativo “derogue decisão judicial desinteressante às pretensões populares”. Com efeito, tornou-se nítida uma espécie de controle parlamentar do Judiciário. A seção 33 do diploma canadense faculta ao Parlamento Federal e ao legislador local, conforme a fonte da lei, a possibilidade de declarar que o ato normativo será eficaz, não obstante colida com um preceito da Carta (SANTOS, 2013, p. 3).

Assim, ainda que os Tribunais afirmem a inconstitucionalidade da lei, a Casa Legislativa que a promulgou possui a prerrogativa de utilizar a “cláusula do não obstante” e superar a decisão judicial. Tal cláusula, contudo, tem validade temporal restrita, prolongando-se por cinco anos. Ao término do prazo, a cláusula deixa de valer e o ato legislativo judicialmente censurado deixa de operar, salvo se o Parlamento a reiterar expressamente por outro quinquênio.

Trata-se, portanto, de interessante instrumento constitucional que confere ao Parlamento e às Assembleias Provinciais a prerrogativa de, excepcionalmente, relativizar decisões judiciais que, fundadas em garantias previstas na Carta, afastem ou possam afastar legislação infraconstitucional. Para que seja invocada, todavia, o órgão interessado deverá abrir mão de lei ordinária explícita, aprovada por maioria absoluta da casa, na qual é derogado o direito fundamental especificamente indicado, sendo defeso às Casas Legislativas invocar modalidade legislativa subordinada ou fazê-la de maneira implícita (SANTOS, 2013, p. 3).

É preciso sublinhar, ademais, que o dispositivo da cláusula não obstante, não é aplicável à totalidade das previsões fundamentais, podendo produzir efeitos apenas sobre as seções 2 e 7 a 15 da Carta de Direitos e Liberdades, as quais incluem determinados direitos em suas provisões, tais como liberdade de expressão, liberdade de consciência, liberdade associativa, liberdade de reunião, vida, liberdade

e segurança da pessoa, proteção contra busca e apreensão injustificada, proteção contra prisão ou detenção arbitrária, igualdade, dentre outros.

Com efeito, a decisão judicial de declaração de inconstitucionalidade perde eficácia se a “cláusula do não obstante” for utilizada, enquanto estiver em vigor. Destarte, o Parlamento pode sobrepor-se à deliberação judicial. Segundo Paulo Gustavo Branco:

A solução tem sido apregoada como uma fórmula *suave* de controle de constitucionalidade, em que se busca reduzir o desconforto que, em especial no mundo anglo-saxão, o controle de constitucionalidade, com a conseqüente supremacia do Judiciário, provoca (BRANCO, 2010, p. 5).

Pelo exposto, destaca-se que, no ordenamento jurídico, político e social canadense, é possível observar a continuidade de decisões institucionais, na medida em que a decisão judicial pode ser revertida, modificada ou evitada por uma nova lei. Entende-se, pois, que a revisão das leis editadas e o acomodamento das decisões da jurisdição constitucional são características importantes do próprio jogo democrático. Autores canadenses, como Peter Hogg e Allison Bushell (1997, p. 41), consideram que a possibilidade de o legislador sobrepor-se à sentença de inconstitucionalidade constitui a inovação que o Canadá oferece ao mundo para o debate sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade.

A novidade está no estabelecimento da fórmula de um diálogo continuado, uma vez que o Judiciário já não tem, necessariamente, a “última palavra” sobre matérias constitucionais e temas de política pública. Em outras palavras, o legislador possui, em determinadas situações, o poder de reverter ou modificar a decisão judicial que fulminou uma lei e, assim, obter os seus objetivos de política social ou econômica.

Neste contexto, a Carta de Direitos Canadense acabou servindo como uma catalisadora dos intercâmbios entre o Judiciário e o Legislativo, ao não erguer uma barreira intransponível às decisões tomadas pelas instituições. A ideia de diálogo institucional, por isso, não teve uma de suas gêneses sobre uma demanda normativa para que as instituições dialogassem. No Canadá, elas trocavam experiências. Isto se deve aos casos nos quais que o controle de constitucionalidade

foi seguido por uma ação providenciada pelo corpo legislador responsável (CLÈVE, LORENZETTO, 2015, p. 192).

De acordo com Peter Hogg e Allison Bushell (1997, p. 91), a realização da jurisdição constitucional no Canadá é fundamentada por um conjunto de níveis de escrutínio ou de fiscalização, pois a Carta de Direitos, em sua seção 1, estabelece que os direitos garantidos precisam observar os limites razoáveis definidos pela lei e que possam ser justificados em uma sociedade livre e democrática. Desta forma, a solução buscada pelos canadenses não consiste em apostar na participação popular direta como corretora das decisões tomadas pelas Cortes, mas na própria estrutura institucional e na ininterrupta tradição dialógica estabelecida entre os poderes.

Conforme destaca Clève e Lorenzetto (2015, p. 190), as decisões provenientes da jurisdição constitucional são observadas como gatilhos para o diálogo, pois trazem para a arena pública temas controvertidos que poderiam ficar adormecidos, bem como forçam a realização de uma nova discussão a respeito da matéria. Além disso, a ideia de diálogo interinstitucional não procura impedir que as discussões extravasem o âmbito da jurisdição constitucional. Logo, o diálogo pode ter continuidade além das Cortes. No caso canadense, as decisões abrem espaço para uma possível resposta legislativa. Neste cenário, o controle de constitucionalidade não se torna um veto sobre as decisões políticas, mas “o início da conversa no sentido da busca pela reconciliação entre os valores da Carta de Direitos e as políticas sociais e econômicas editadas pelo Parlamento” (CLÈVE, LORENZETTO, 2015, p. 197).

Em termos estruturalmente resumidos, Sergio Antônio Victor:

As notas características do sistema canadense são: sistema do *common law*, somado a uma tradição de soberania do parlamento, com recente introdução do *judicial review*, mitigado por uma cláusula que permite que o legislativo supere a decisão judicial (VICTOR, 2015, p. 14).

Neste contexto, a virtude do instrumento canadense repousa, sobretudo, no estímulo ao debate. Ressalta-se o proveito de uma prática judicial de interpretar os direitos que chame a atenção da legislatura para os valores fundamentais que tendem a ser ignorados ou minorados no curso do processo legislativo.

A tese dos diálogos institucionais ultrapassou os muros das universidades e passou a ser efetivamente empregada em decisões de Cortes Constitucionais. Diante do modelo fraco de controle de constitucionalidade adotado no Canadá, não incumbe ao judiciário conferir a “última palavra”. Sob este viés, a ideia de diálogo consistiria em abrir espaço para respostas do Legislativo após a decisão judicial.

Com efeito, o caso *Vriend vs. Alberta* (CANADÁ, 1998) representou mais um passo na discussão sobre os diálogos no Canadá, bem como em grande parte dos países ocidentais. O caso tratava de uma omissão legislativa na província de Alberta. O código da província incluía todas as proteções típicas dos códigos canadenses de proteção de direitos fundamentais, mas era omissivo em relação à proteção contra discriminação com base na orientação sexual. Delwin Vriend recorreu à Corte Constitucional por ter sido demitido de uma faculdade em razão da sua orientação sexual, sem, todavia, respaldo na legislação de Alberta para o seu pleito. A decisão da Corte foi no sentido de que a omissão legislativa representava uma violação à garantia da igualdade protegida pela Carta de Direitos e Liberdades (CLÈVE, LORENZETTO, 2015, p. 71).

Na ocasião narrada acima, o *Justice Iacobucci* fez menção expressa à tese dos diálogos: “como eu vejo a questão, a *Carta* tem dado origem a uma interação mais dinâmica entre os poderes. Esta interação foi apropriadamente descrita como um ‘diálogo’” (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 94). Além disso, o *Justice* procurou afastar a leitura simplista da democracia como a regra da maioria, especialmente nos casos em que interesses de grupos minoritários são afetados.

O apelo democrático do controle de constitucionalidade realizado no Canadá tem sua lógica específica. Uma vez declarada a inconstitucionalidade da lei o papel de reconstrução cabe ao Legislativo – esta é a ideia de diálogo. O parlamento possui em seu favor o fato de ser democraticamente eleito e detentor da possibilidade de impedir a fiscalização constitucional através do uso da seção 33 da Carta de Direitos, a qual anula qualquer controle de constitucionalidade ao suspender as proteções da própria Carta por um período de tempo limitado. A forma final da lei cabe ao legislador, caso esse assim o queira. (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 192).

A promessa do diálogo apresenta, por isso, muitos motivos para revisar a legitimidade do controle de constitucionalidade e o papel das Cortes na fiscalização

legislativa. A Corte, em casos nos quais que entende que o Legislativo encontra-se em uma posição institucional mais vantajosa para decidir a questão controvertida, pode abrir uma oportunidade para a manifestação do Parlamento ou assumir uma posição diferente perante a lei estabelecida pela via democrática tradicional. Isso, porém, não significa que a Corte esteja renunciando a sua responsabilidade fiscalizatória perante os outros poderes, mas que decidiu no sentido de que estes últimos podem, primeiro, apresentar remédios para corrigir a violação constitucional (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 98). Caso essa oportunidade ofertada pelo Judiciário não seja utilizada, a declaração de inconstitucionalidade toma lugar e afasta a lei do ordenamento jurídico. Neste sentido:

O importante na conclusão de Hogg e Bushell é que eles tentaram comprovar que o *judicial review*, nos termos em que exercido no Canadá, não significa uma barreira à atividade legislativa e à vontade da maioria, mas o início de um processo dialógico entre as instituições encarregadas de interpretar a Carta e de promoverem as políticas públicas que irão implementar os direitos que dela constam. (VICTOR, 2015, p. 145).

Na análise de John Ferejohn (2002, p. 19), a premissa de que a “última palavra” se torna relativa está pautada na possibilidade de os poderes submetidos à *accountability* disputarem o espaço político eventualmente ocupado pelo Judiciário. Uma vez que a estrutura institucional moldada para a efetivação de um Estado Democrático de Direito acaba por redundar na judicialização da política – a qual pode ser observada tanto no Brasil, após a Constituição de 1988, como em outros países – espera-se que existam mecanismos institucionais por meio dos quais as decisões judiciais possam ser reformadas pelo legislador.

Assim, de acordo com a classificação de Christine Bateup (2006, p. 1121), as teorias que defendem os diálogos institucionais podem ser divididas, ao menos, em três espécies: primeiro, as vertentes que fazem uma análise positiva dos contextos institucionais nos quais cada ramo do poder opera e desenvolve suas propostas normativas a partir deste delineamento; segundo, as teorias que reconhecem que o Judiciário não precisa ter a “última palavra” e propõem como deveria ocorrer o diálogo institucional com fundamento neste fato; por fim, as teorias

que se afastam de um foco claro na dinâmica positiva entre os poderes e enfatizam as condições ideais em que o diálogo deveria ocorrer.

A partir desta classificação, Bateup (2006, p. 1125) sugere uma “fusão dialógica”, na qual as melhores teorias do diálogo – encontradas no “equilíbrio” e na “associação” – são sintetizadas. As teorias do “equilíbrio” propõem um modo diferenciado de pensar o lugar privilegiado ocupado pelo Judiciário no diálogo constitucional, de maneira que não ofusque legislador. O papel dos magistrados concentra-se no fomento de amplas discussões constitucionais que levem a um equilíbrio na interpretação constitucional. Em outros termos:

As teorias da ‘associação’ estão centradas no reconhecimento de que os diferentes ramos do governo podem fazer contribuições diversas para o diálogo constitucional de modo a não privilegiar apenas o Judiciário. Neste caso, cada um dos poderes aprende com os aportes dos outros, logo, atores judiciais ou externos são concebidos como igualmente legítimos no processo de tomada de decisão constitucional (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 199).

Esta fusão dialógica apresentada por Bateup (2006, p. 1126), portanto, teria o potencial de lidar com o problema da legitimação e forneceria uma perspectiva abrangente dos aspectos sociais e institucionais do diálogo constitucional. Ao mesmo tempo, defende a ampliação dos debates constitucionais com o Judiciário, enquanto promotor e facilitador destas discussões, procurando incluir o povo como um parceiro na interpretação constitucional e das mudanças ocorridas na sociedade. Ademais, busca resolver a dificuldade contramajoritária, propondo que juízes e legisladores possuem perspectivas institucionais únicas em razão de suas posições separadas, mas interconectadas. Logo, se os ramos do poder estiverem abertos para escutar e aprender com perspectivas diferentes das suas, “pode-se esperar que melhores respostas serão formuladas para os problemas referentes ao sentido constitucional em disputa” (VALLE, 2014, p. 59).

3. Dos diálogos institucionais

Inicialmente é importante destacar, Gilmar Mendes (1999, p. 20) realizou importantes anotações sobre uma característica da trajetória constitucional brasileira que gera uma tendência ao diálogo institucional. A Constituição de 1934 previu a participação do Senado no processo de controle de constitucionalidade. O Senado poderia conferir eficácia *erga omnes* a uma decisão do Supremo que declarasse a inconstitucionalidade de lei em caso concreto. Trata-se de um importante instrumento de coordenação de esforços entre o Legislativo e o Judiciário para conferir uma eficácia maior às decisões da Corte. À exceção da Constituição de 1937, todas as demais trouxeram tal cláusula. Atualmente, o Supremo está analisando se o dispositivo teria passado por um processo de mutação constitucional.

3.1. A instituição do diálogo entre o Judiciário e o Legislativo no Brasil

A tese dialógica que assegura a abertura para os pronunciamentos do Legislativo também foi encampada recentemente no Brasil pelo STF. O Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2014), por exemplo, sustenta explicitamente uma modificação de racionalidade na postura do Tribunal. Esta postura pode ser observada em diferentes ocasiões em que o Ministro demandou a manifestação do legislador, garantindo determinados períodos para que este se pronunciasse.

No julgamento sobre a perda do mandato de parlamentares (BRASIL, 2014), o Ministro afirmou:

Por todas essas razões, é boa hora para se renovar uma prática desejável de **diálogo institucional** (grifo nosso) entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. Relembre-se que, recentemente, diante das dificuldades trazidas pelo texto constitucional com relação à perda de mandato pelo parlamentar condenado criminalmente, o Senado Federal, em boa hora, aprovou proposta de emenda constitucional superando o confuso tratamento que a Constituição dá à matéria (BARROSO, BRASIL, 2014).

Em outro julgamento, o Ministro Barroso assegurou:

Por fim, a decisão aqui lançada, sem abdicar do papel próprio dos tribunais, que é a tutela de direitos, fez questão de abrir um diálogo institucional e respeitar a separação de Poderes. A solução aqui alvitrada decorre da interpretação sistemática e teleológica da Constituição e da legislação, mas é certamente inovadora, na medida em que supre uma lacuna referente ao tratamento jurídico da desaposentação. Nessa linha, fixou-se um prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o início de sua aplicação, facultando-se ao Legislativo e ao Executivo prover acerca da matéria, sanando a lacuna de maneira diversa, se assim entenderem. (BARROSO, BRASIL, 2014).

Em outra ocasião, ainda no sentido de afirmar a tese dos diálogos institucionais, pontuou: “em alguns casos, tenho adotado uma posição doutrinária que se denomina de ‘diálogos institucionais’, que é uma interação entre o Judiciário e o Poder Legislativo, o chamado apelo ao legislador” (BARROSO, 2015, p. 2).

No contexto dos países que levantam a proposta do diálogo institucional, é importante sublinhar que se deve perceber diferenças substanciais entre as culturas jurídicas, por exemplo, entre o Brasil e o Canadá. Em nosso país, em decorrência da opção teórica de certos Ministros do STF para a promoção da conversa institucional, pode-se dizer que os diálogos representam uma meta a ser buscada para o aprimoramento dos arranjos institucionais. No Canadá, por sua vez, os diálogos fazem parte da prática contínua da atuação limitada da Corte Constitucional, a qual espera respostas por parte do legislador, inclusive, decidindo sobre leis que já foram corrigidas pelo Parlamento após o controle de constitucionalidade (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 194). Note-se que, enquanto os diálogos revelam-se institucionalizados no Canadá, revelam-se dependentes da vontade dos atores envolvidos no Brasil.

“A diferença seria, por isso, que no Brasil o diálogo institucional adota um caráter normativo, enquanto no Canadá ele se transformou em um instrumental recorrente na interação entre os Poderes” (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 194). No Brasil, a propósito, houve a tentativa de aprovação da PEC 33, de autoria de Nazareno Fonteles (PT/PI) em 2011, de forma a incluir um diálogo de modo semelhante ao modelo canadense. A proposta buscava alterar a quantidade mínima de votos de membros de Tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis,

condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Legislativo e submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Todavia, a PEC 33 foi arquivada em 31/01/2015.

As problematizações suscitadas pelas teorias do diálogo institucional são importantes à medida que provocam temas fundamentais relativos à convivência entre o constitucionalismo e a democracia na contemporaneidade. Por isso, o questionamento sobre a “palavra final” relaciona-se com o tópico da supremacia constitucional e com a necessidade de instituir um “corpo de agentes que tenha o poder para dizer qual é o sentido dos direitos resguardados pela Constituição” (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 195).

Parafraseando Kent Roach (2004, p. 75), as teorizações do diálogo rechaçam os “monólogos majoritários”. Afinal, em uma democracia, os desacordos irão surgir, mas as instituições que permitem que as pessoas continuem a discordar devem permanecer. O referido autor pontua que não existe uma única resposta certa – contrariando a tese de Dworkin – e, ainda que existisse, a teoria do diálogo institucional não seria apta para fornecê-la tampouco, tampouco se proporia a isso.

O diálogo possui o condão de tornar o debate sobre questões constitucionais mais amplo, aberto, transparente, autoconsciente e crítico. Por tais razões, pode reforçar o potencial democrático do sistema como um todo. Roach (2004) afirma preferir, sem dúvidas, o diálogo franco a qualquer monólogo, seja oriundo da supremacia judicial, seja da antiga soberania do parlamento, seja de líderes autoritários. Quanto às suspeitas de que a introdução do *judicial review* possa levar ao ativismo judicial, sua maior preocupação é com a democracia, pontuando que o ativismo judicial deve ser respondido com o ativismo legislativo.

No Brasil, a teoria dos diálogos institucionais possui caráter amplamente normativo, ou seja, o diálogo institucional efetivo entre as instituições é um projeto a ser consolidado por meio da modificação da compreensão das funções dos poderes como atribuições estanques. Não obstante, o desenho institucional brasileiro dispõe de mecanismos que podem contribuir para o aprimoramento dialógico das instituições (VALLE, 2014, p. 123).

Este aprimoramento, contudo, retrata uma grande tarefa a ser realizada. Diante do conjunto de reformas promovidas no Judiciário nas duas últimas décadas, é possível afirmar que a jurisdição constitucional brasileira ganhou uma feição “concentradora e vinculante, características que foram somadas ao advento da súmula vinculante e necessidade da demonstração da repercussão geral para a admissão do recurso extraordinário” (SILVA, 2009, p. 216).

A supremacia judicial brasileira foi atingida com a permissão – quiçá por causa – do Legislativo e do Executivo. Foram as mudanças legislativas e constitucionais que permitiram o aumento do poder institucional e, em diversos momentos, o Judiciário foi utilizado pelos demais poderes para a tomada de decisão em casos difíceis. Este ponto foi melhor desenvolvido no capítulo anterior.

Diante do exposto, quanto mais próximas estiverem da noção de “diálogo em sentido forte” (MENDES, 2011, p. 78) melhor será o desempenho e maior será a legitimidade das deliberações do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Semelhante diálogo contribui para o aumento da qualidade da democracia em suas dimensões no Estado de Direito, das responsabilidades vertical e horizontal. Este diálogo, entendido como interação consciente e justificada baseada em razões e contrarrazões, pode ser traduzido como uma colaboração constante pelas melhores razões visando o melhor desempenho.

Conrado Mendes (2011, p. 32) ressalta que a relação entre o Parlamento e o Tribunal envolve conflito, incerteza e risco de erro, o qual não reduz a autoridade da decisão, mas faz com que seja mais legítimo desafiá-la. Acrescenta, ademais, ser possível adotar duas perspectivas de análise de desempenho no âmbito da separação de poderes: a perspectiva intrainstitucional – que possibilita analisar cada poder separadamente, ressaltando o elemento competitivo, conforme a ideia de freios e contrapesos – e perspectiva interinstitucional – que possibilita analisar o resultado da interação entre os poderes considerados em conjunto, ressaltando o elemento cooperativo.

Como adverte o autor, o entendimento que admite variações no âmbito da separação de poderes faz com que a legitimidade do Parlamento e do Tribunal seja pensada de um modo contextual e comparativo, como um objetivo a ser atingido e preservado em cada deliberação. Diante disso, o desafio é delinear critérios

qualitativos que possibilitem uma avaliação de desempenho do Congresso Nacional e do STF (MENDES, 2011, p. 32).

Neste ambiente, as formas de diálogo institucional são múltiplas. Em todos os casos de omissão, Victor (2015, p. 177) afirma que a Corte deve convidar o legislador a dialogar sobre o tema. Em suas pesquisas, o referido autor concluiu que, mesmo quando adota uma sentença de perfil aditivo, o STF deve deixar clara a ressalva de que a sua decisão normativa valerá apenas até o advento da legislação. A propósito, Victor afirma que o Ministro Gilmar Mendes, por exemplo, incentivou o diálogo. Veja-se o caso do MI n. 943, relativo ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, que obteve a resposta legislativa adequada, regulamentando-se a matéria (BRASIL, 2013).

Em casos polêmicos como os da união homoafetiva e das cotas para afrodescendentes nas universidades públicas, o voto do Min. Gilmar Mendes fez a ressalva de que a decisão da Corte deveria servir de estímulo para que o legislador conformasse com mais detalhamento as respectivas matérias. A ideia é que, conforme foi exposto, o diálogo existe e acontece no mundo dos fatos. É preciso que os poderes judiciário e legislativo tomem consciência da existência desse diálogo institucional e de suas potencialidades e, para isso, é preciso que a academia reflita sobre o tema e divulgue aos atores políticos e jurídicos as suas conclusões. (VICTOR, 2015, p. 178).

Além disso, é preciso destacar que, em suas pesquisas acerca da possibilidade de superação de decisões do STF que veiculem interpretações constitucionais por parte do Poder Legislativo federal, Victor (2015, p. 173) afirma que parece haver um consenso sobre a possibilidade de superação de decisões constitucionais do STF via emenda constitucional, sendo a reversão por lei aquela que apresenta maiores debates. No entanto, nos casos analisados pelo autor, as decisões judiciais no âmbito federal que tentaram realizar o diálogo no Brasil, em regra, “foram técnicas e atingiram objetivos federativos, melhor dizendo, prejudicaram os estados e os municípios”.

Para citar outro estudo recente acerca dos diálogos institucionais no âmbito federal, Fabricio Resende (2017, p. 197) realizou uma pesquisa empírica no período entre 1988 e 2013, trazendo elementos para descrever como ocorreu o diálogo decorrente do controle de constitucionalidade de atos normativos do Congresso

Nacional pelo STF. O referido autor afirma que, tendo em vista o modo de deliberação do Congresso Nacional e do STF, o diálogo mais se aproxima da noção de “diálogo em sentido fraco”, ou seja, da simples interação entre os poderes estatais, como decorrência necessária do funcionamento da separação de poderes ao longo do tempo.

Para Resende (2017, p. 219), para que exista um “diálogo em sentido forte”, é preciso que o Judiciário decida com coerência e clareza, explicitando os pressupostos de fato e de direito e as razões das conclusões que prevaleceram. Isso requer debate entre os Ministros para a harmonização de votos majoritários com fundamentações diferentes. A decisão judicial deve ser elaborada de modo que possibilite a compreensão da sua interpretação sobre direito posto, da sua relação com os precedentes, dos fatores que a influenciaram e da margem de reapreciação legislativa remanescente.

O modo de deliberação do Congresso Nacional também não é favorável a um “diálogo em sentido forte”. De acordo com Resende (2017, p. 220), há problemas relacionados à falta de conhecimento especializado, de capacidade técnica e de incentivos no sistema político para a produção de legislação mediante emprego de avaliação legislativa prospectiva e retrospectiva. Deste modo, para o fortalecimento da legitimidade da atuação do Parlamento, é necessário o aprimoramento de seu modo de deliberação, incorporando-se ao procedimento de produção legislativa a análise rotineira e sistemática de decisões do Judiciário, a fim de discutir a necessidade, ou não, de uma nova deliberação legislativa em cada caso e, quando necessária, a melhor estratégia a ser empregada para a reapreciação da matéria.

As medidas apontadas para aprimoramento técnico da produção legislativa envolvem a criação de órgão especializado para produção de informação e avaliação legislativa, a divulgação pública de justificativa de novos atos normativos, e a realização de estudos interdisciplinares por atores externos ao Congresso Nacional. (RESENDE, 2017, p. 220).

Desta feita, observa-se que, na atividade democrática das sociedades contemporâneas, a integração estável dos Poderes – em suas relações institucionais – deve ser resultado de um contínuo diálogo que permita a determinação do equilíbrio apropriado na proteção de direitos, a partir da percepção

de que a tarefa de guarda dos direitos fundamentais – sobretudo no contexto de sociedades marcadas por desacordos persistentes sobre as mais variadas questões – devem ser resolvidas no plano cooperativo.

Nesse sentido, as cortes devem atuar dialogicamente, buscando alcançar uma deliberação que atenda aos interesses e valores da coletividade, resultados de uma prática discursiva racional na esfera pública, guiada pelos valores e fundamentos da ordem democrática, fundamentada na necessidade de se firmar tanto um equilíbrio entre o Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo — questionando a possibilidade de predomínio de qualquer dos Poderes constituídos, bem como a tradicional teoria da separação dos poderes, como parâmetros únicos à formulação de um Estado Democrático —, quanto de se ressaltar a importância das cortes transnacionais frente ao diálogo interestatal contemporâneo (ARAUJO; MORAES, 2018, p. 935-936).

Assim, espera-se que não haja desequilíbrio entre os poderes em uma democracia. Por isso, a proposta teórica de diálogos entre as instituições em decisões complexas que envolvam temas sensíveis deveria ser adotada na prática em lugares nos quais já existe um avanço significativo da supremacia judicial. Em relação ao Brasil, tal dinâmica pode significar a revalorização do Poder Legislativo e o reequilíbrio entre os poderes.

3.2. A revalorização do Poder Legislativo

Conforme exposto, na dinâmica da crítica à supremacia judicial e as perspectivas do diálogo, destacam-se as contribuições de Jeremy Waldron acerca da persistência dos desacordos morais em sociedades complexas e a importância do Poder Legislativo na dinâmica de decisão. O seu ingresso nestes debates ampliou o espectro por meio do qual se pensa sobre o controle de constitucionalidade, em especial, trazendo de volta o Poder Legislativo à reflexão da teoria constitucional. Para o referido autor, as discussões contemporâneas da teoria constitucional precisam inserir a esfera político-representativa em suas considerações (WALDRON, 2003, p. 81).

Waldron (2003, p. 82) realiza o seguinte diagnóstico: enquanto a legislação tornou-se indigna, a revisão judicial tomou para si toda a credibilidade, apresentando-se como uma imagem idealizada do Estado. Basicamente, a teoria waldroniana concentra-se em duas tarefas: desmistificar a supremacia das Cortes e dignificar a legislação. O citado autor destaca que a aparente neutralidade e o aparente distanciamento da política que a jurisprudência arroga teria o condão de torná-la mais confiável socialmente. Por outro lado, as discussões realizadas no Parlamento seriam, explicitamente e despidoradamente, políticas.

Waldron (2003, p. 91) demonstra desconfiança na narrativa das capacidades extraordinariamente justas de julgamento dos juízes. Estes não possuiriam a mesma legitimidade democrática dos legisladores para impor Justiça na esfera pública de deliberação. O mencionado autor critica a suposta pregação de que a revisão judicial seria um valor normativo obrigatório nas democracias contemporâneas. Assim sendo, a revisão judicial não seria, para o autor, um sinônimo de proteção a direitos fundamentais.

Waldron (2003, p. 95) critica as teorizações de Dworkin no tocante às questões de princípios, para as quais parecem sempre existir uma resposta correta que somente o Judiciário pode conferir, o que esconderia uma espécie de preconceito que a teoria jurídica guarda com relação ao Poder Legislativo. O referido autor propõe, então, que as discussões sobre os desacordos morais razoáveis sejam travadas com transparência, bem como afirma que foi construído um retrato idealizado da atividade julgadora do Poder Judiciário – basta recordar do mítico juiz Hércules, criado por Dworkin – ao passo que o Parlamento foi abandonado pelos juristas.

Para que os preceitos sejam harmonizados entre as Cortes e o Parlamento, Waldron (2003, p. 3) afirma ser preciso voltar a atenção dos juristas ao Poder Legislativo. O citado autor pede, então, um tratamento igual por parte dos juristas – como os que os cientistas políticos despendem ao Judiciário e ao Legislativo – os quais se mostram sempre cétricos com relação ao Parlamento. Para se tratar o Legislativo com dignidade, sugere:

Quero que vejamos o processo de legislação – na sua melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se

para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles. Esse é o tipo de compreensão da legislação que eu gostaria de cultivar. E penso que, se capturássemos isso como a nossa imagem da legislação, haveria, por sua vez, uma saudável diferença no nosso conceito geral do direito (WALDRON, 2003, p. 3).

Recuperada a dignidade da legislação, os Parlamentos apresentar-se-iam superiores no processo de deliberação em razão da transparência evidenciada no trecho citado. Segundo Sergio Antônio Victor (2015, p. 124), Waldron busca demonstrar isso por meio do exame que considera como vetores essenciais a existência de desacordos morais razoáveis e persistentes encontrados no seio das sociedades democráticas modernas, bem como da imperiosidade de se (re)dignificar a regra da maioria e o papel da legislação, o que elevaria a participação política ao status de “direito dos direitos”.

A dificuldade, portanto, das chamadas circunstâncias da política (a necessidade de um agir coletivo e o fato do desacordo) está na necessidade de se estabelecer a estrutura institucional que viabilize o agir coletivo, permitindo que a sociedade adote posições e, assim, decida uma série de questões absolutamente controversas (VICTOR, 2015, p. 125).

Waldron (2003, p. 99) ressalta que o direito à participação seria o “direito dos direitos”. Neste sentido, participar corresponderia a um direito de compartilhar o poder com igualdade às demais pessoas na sociedade. O mencionado autor defende o direito à participação em detrimento da tomada de decisão estar apenas nas mãos dos juízes. Neste contexto, inclusive, infantilizar a sociedade e as suas escolhas políticas e representativas seria uma espécie de iluminismo ou despotismo esclarecido do Poder Judiciário.

Com efeito, edificar tais instituições em contextos de enormes desacordos sobre temas tão sensíveis é um grande desafio. Afinal, há certa indisposição por parte dos outros poderes com o Parlamento e alguns autores concebem o Poder Judiciário como o local apropriado para dirimir desacordos sobre princípios. A postura de Waldron, todavia, prestigia o Parlamento como órgão apropriado para

essas deliberações, concebendo-o como o *locus* por excelência da tomada de decisões político-democráticas nas sociedades modernas.

Em sua objeção ao *judicial review* e ao Poder Judiciário como instância principal para a deliberação sobre princípios e direitos morais, Waldron (2003, p. 106) faz a salvaguarda do Parlamento e dos mecanismos democráticos tradicionais para a adoção de decisões mesmo sobre princípios, desde que a sociedade preencha alguns requisitos ou pressupostos:

Devemos imaginar uma sociedade que possua (1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio universal adulto; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias e (4) discordância persistente, substancial e de boa fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos (WALDRON, 2010, p. 106).

Segundo Victor (2015, p. 128), para Waldron, a forma honesta de tratar os indivíduos é considerar igualmente as suas respectivas contribuições no processo político-democrático de tomada de decisões. Somente assim seria possível a criação dos pressupostos do agir coletivo. Tal igualdade de possibilidade de participação não implicaria, evidentemente, em uma influência igual de cada indivíduo no processo de escolhas políticas.

Há momentos e atores políticos que tendem a atrair as atenções e a exercer certo protagonismo nos debates públicos, todavia, o importante é a igualdade na possibilidade de participação como *input* legitimador do sistema. Ante o desacordo moral razoável persistente, as leis aprovadas não gozarão de consenso, ou seja, indivíduos que eram contrários à aprovação de certas medidas legislativas continuarão pensando da mesma forma. Havido participado do processo decisional, no entanto, aceitarão a nova lei como legítima e como deles também. (VICTOR, 2015, p. 128).

Ao ratificar a constância do desacordo sobre questões morais e a regra da maioria como a forma procedimental legítima de superá-los, ao menos provisoriamente, Waldron (2003, p. 128) coloca no centro do debate o quesito “autoridade”. Neste sentido, já que os desacordos são inarredáveis, a quem – e mediante qual procedimento – deve ser atribuído o poder de solucionar essas discordâncias?

O mencionado autor apresenta, então, alguns caminhos de autoridade e legitimidade. O primeiro deles concerne exatamente a conferir aos próprios sujeitos de direito, cujas vidas e relações serão alvo das decisões legislativas, a autoridade de decidir como - e qual – será a distribuição de direitos entre si, bem como quais serão as prioridades e metas sociais que sociedade deverá empenhar-se em alcançar. A decisão poderá ser tomada por deliberação direta entre os sujeitos de direitos envolvidos ou mediante a utilização dos mecanismos de representação democrática próprios ao funcionamento do Poder Legislativo, consistentes em uma intrincada rede de procedimentos que envolvem, em resumo, o debate, a deliberação e o voto de cada parlamentar (WALDRON, 2003, p. 123).

Desta forma, Waldron (2003, p. 123) ampara a legitimidade da legislação editada por um corpo de representantes. O referido autor robustece a sua tese ao explicar a legitimidade do próprio método consistente na regra da maioria como procedimento de tomada de decisões nas assembleias representativas. O raciocínio ficou conhecido como a “física do consentimento”, cuja legitimidade da decisão não pode depender de seu resultado - como pretende Dworkin – mas do procedimento por meio do qual é alcançado.

Como resultado da lógica de Waldron, as respostas certas jamais poderão ser garantidas, mas pode ser garantido o direito de participação de forma equitativa para todos, por meio de seus representantes eleitos. Os indivíduos não pretendem abrir mão de seus respectivos direitos de deliberar sobre quais direitos têm: “esse é o significado de se afirmar, como o fez Waldron, que a participação é o direito dos direitos. Ele não está a propor algo hierarquizante, mas apenas inserindo-os em uma ordem adequada ao seu raciocínio” (VICTOR, 2015, p. 136).

Com efeito, suprimir da deliberação parlamentar esses desacordos revela uma atitude elitista e antidemocrática, na medida em que impede a ampla

participação da população no debate por meio de seus representantes eleitos. Além disso, a deliberação parlamentar tem a potência de ser mais aberta, transparente e com menos tecnicismos, o que implicaria maior inteligibilidade da discussão por parte dos maiores interessados. Os legisladores, portanto, não poderiam ser excluídos de deliberações sobre questões que envolvem grandes desacordos morais razoáveis, tais como o aborto, as pesquisas com células-tronco, dentre outras.

Por fim, Waldron (2010, p. 131) entende que os desacordos morais razoáveis são muito complexos e multifacetários para serem resolvidos pela lógica binária do “certo/errado” das decisões judiciais. O citado autor desconfia da constitucionalização dos direitos, sobretudo quando somada à revisão judicial, alegando a perda da autonomia individual e da responsabilidade moral dos indivíduos, as quais seriam condições para o exercício dos direitos. O controle judicial de constitucionalidade, como exercido, conduziria à diminuição dos indivíduos como atores políticos e morais responsáveis por resguardarem os seus próprios direitos por meio daquele que é o “direito dos direitos” – o de participação democrática.

Ao trazer para o centro do debate constitucional o Poder Legislativo com seu teor de representatividade popular, o diálogo institucional fomenta os indicadores democráticos do modelo de controle, bem como de interpretação constitucional. Além disso, enfatiza-se a necessidade de refletir sobre o fortalecimento do papel da legislação no diálogo institucional. Baixos graus de clareza na regulamentação de condutas e de previsibilidade na aplicação do Direito comprometem a qualidade da democracia à medida que dificultam a antecipação dos prováveis efeitos de determinada conduta, prejudicando o planejamento e a implementação de ações futuras, assim como a fiscalização de comportamentos e a atribuição de responsabilidade.

Neste sentido, Natasha Salinas (2012, p. 134) destaca que a lei é fonte de legitimidade de todas as ações públicas e garante a unidade e coerência das políticas públicas, advertindo que o aprimoramento da técnica legislativa é condição necessária, embora não suficiente, para a realização das finalidades democrática. A mencionada autora sublinha, então, duas diretrizes normativas recorrentemente

sugeridas para orientar os processos de formulação e de avaliação da legislação: o controle da administração pública e a efetividade.

Salinas (2012, p. 137) destaca que a inefetividade das leis está frequentemente relacionada à insuficiência de informação na elaboração dos conteúdos legais ou à edição de legislação com objetivo simbólico, compreendida como mecanismo para desviar contestações indesejáveis, correspondente à elaboração de lei com a finalidade implícita de induzir os seus destinatários a não cumprirem a conduta. Como possível resposta aos problemas de informação e de simbolismo, a citada autora recorda a proposta “de construção de um aparato institucional capaz de avaliar, prospectiva e retrospectivamente, a adequação dos instrumentos legislativos aos seus objetivos declarados”.

Trata-se, pois, de medida que pode contribuir para reforçar a densidade normativa das leis ao longo do tempo, permitindo a ampliação do conhecimento sobre o assunto. A adoção das duas diretrizes normativas conduz a pensar o processo de racionalização das leis como uma demanda por controle eficaz da atuação da administração pública – ou, em termos mais amplos, dos destinatários dos textos normativos – e pela realização de seus objetivos.

Com efeito, a proposta de aprimoramento da técnica legislativa está sujeita à crítica de que se trata de algo distante da prática política e do funcionamento do processo legislativo. Por um lado, observa-se que as leis são o resultado de embates ou acordos entre forças políticas com interesses diversos, cujo cenário não parece incentivar a preocupação com o aprimoramento de técnicas legislativas. Por outro lado, nota-se aumento significativo da produção legislativa que tem ocorrido de forma desordenada, sem conseguir acompanhar a velocidade das mudanças sociais. Verifica-se a tendência à redução da coerência da legislação, bem como a tendência à ampliação das sobreposições, das lacunas, das zonas de ambiguidade e dos campos de discricionariedade na aplicação do Direito.

No entanto, apesar de as características da prática política e do funcionamento do processo legislativo dificultarem o aprimoramento da técnica legislativa, não se trata de obstáculo absoluto à adoção de medidas que contribuam para a racionalização das leis. Isso justifica a realização de estudos sobre a formação da legislação.

Na advertência feita por Natasha Salinas (2012, p. 138), a proposta de fortalecimento da ciência da legislação não pretende suprimir os elementos políticos da produção legislativa. Semelhante estudo justifica-se por contribuir para o desenvolvimento da avaliação legislativa, ferramenta importante para o diagnóstico de problemas e a fiscalização da legitimidade da legislação pelos interessados. Além disso, o resultado do estudo da produção legislativa pode ser utilizado de forma estratégica por minorias políticas ou membros do parlamento para influenciar na deliberação.

No âmbito do Direito, não é usual o estudo da atividade de elaboração das leis, da qualidade da legislação e dos resultados produzidos. As atenções dos juristas costumam ser voltadas para a interpretação e a aplicação da legislação já editada. No entanto, o estudo da produção legislativa precisa ser incorporado às preocupações dos juristas para que se avance na compreensão da relação entre a legislação e a sua aplicação. Esta preocupação de aprimoramento da técnica legislativa, por sua vez, demanda a busca por respostas em outras áreas do conhecimento, tais como a linguística, a teoria da comunicação, a sociologia e a ciência da administração.

Salinas apresenta, inclusive, o processo de produção de leis com a diferenciação das seguintes fases principais:

1) a identificação e definição de um problema a ser solucionado mediante edição de lei; 2) a determinação dos objetivos da lei; 3) a definição dos meios potencialmente aptos a gerar os efeitos pretendidos pela lei e das alternativas para solução do problema; 4) a avaliação legislativa prospectiva, entendida como a verificação da capacidade de os possíveis efeitos da lei serem aptos a realizar os fins declarados ou implícitos da lei; 5) a escolha do meio ou solução legislativa que será submetida à votação; 6) implementação da lei; 7) avaliação legislativa retrospectiva, entendida como o exame dos reais efeitos produzidos pela lei e a sua comparação com os objetivos declarados ou implícitos da lei; 8) adaptação, se necessária, da lei com fundamento na avaliação legislativa. (SALINAS, 2012, p. 29).

Tais problemas devem ser levados em consideração quando se pensa nos fins da legislação e no papel a ser desempenhado pelo órgão que a edita, enquanto representante do povo. O que se busca é a indicação de diretrizes normativas para o

fortalecimento da legitimidade da produção legislativa, cuja observância prática poderá ocorrer, com maior ou menor intensidade, ao longo do tempo e conforme a questão enfrentada. A indicação de diretrizes normativas é importante porque viabiliza a avaliação de desempenho, o diagnóstico de insuficiências da prática atual, bem como a reflexão sobre os possíveis caminhos para o aprimoramento da produção legislativa – questões estas que favorecem o diálogo e a legitimidade democrática da legislação.

No plano subnacional, estes questionamentos são enfrentados por Marcelo Labanca Araújo (2008, p. 12) em sua tese sobre a construção da federação brasileira pela jurisdição constitucional. Para o referido autor, o debate acerca da construção da federação não é desenrolado apenas no âmbito do Legislativo ou do Executivo, mas também no plano do Judiciário. O estudo sustenta que o STF revela-se como protagonista na definição dos contornos do Estado Federal Brasileiro. “Assim sendo, um debate que é, em tese, tipicamente político, termina sendo definido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, o Tribunal de Federação”.

Muito embora a Constituição de 1988 tenha aumentado a participação local, ainda deixa muito a desejar, diante do latente déficit de legitimidade. Tendo uma jurisdição constitucional fechada em si, não há espaço para se aferir a legitimidade federativa dessa jurisdição. Tal legitimidade poderia ser procedimentalmente aferida, por meio do alargamento da participação dos Estados-membros nos processos objetivos de controle de constitucionalidade (ARAÚJO, 2008, p. 229).

Todavia, o sistema de jurisdição constitucional adotado no Brasil possui poucos pontos de contato com o plano local, “afastando a legitimidade que seria configurada com a inclusão discursiva do debate federativo no fluxo comunicativo de ideias que poderiam impregnar a visão da Corte a uma postura menos centralista”. Como não há essa abertura, a tendência dos Ministros do STF em decidir o futuro da Federação Brasileira de maneira centralizada aumenta, inclusive, pelo processo de escolha dos membros da Corte, desprovido de qualquer debate em nível local (ARAÚJO, 2008, p. 231).

3.3. Diálogos institucionais no Brasil: desafios

Conforme apregoa Araújo (2008, p. 232), existe uma forte tendência de centralização da supremacia judicial no Brasil. Nos dias atuais, mais mecanismos de fortalecimento do Judiciário nacional foram estabelecidos. A reforma do Poder Judiciário ocorrida em 2009 trouxe o mecanismo da repercussão geral em controle de constitucionalidade difuso, permitindo ao STF criar regras contra todos. Anos mais tarde, o Código de Processo Civil (CPC) foi atualizado para formalizar o sistema de precedentes obrigatórios no país, ao menos no âmbito cível.

Perante o conjunto de reformas promovidas no Judiciário nacional nas duas décadas passadas, é possível afirmar que a jurisdição constitucional brasileira ganhou feição “concentradora” e “vinculante”, características que foram somadas ao advento da súmula vinculante e necessidade da demonstração da repercussão geral para a admissão do recurso extraordinário (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 199).

De acordo com o CPC de 2015, as decisões do STF que definem a jurisprudência estão no topo da lista de precedentes obrigatórios. Isso significa que todo o sistema judicial está obrigado a segui-las, a menos que se reconheça que o caso concreto não se enquadra na norma estabelecida pelo Tribunal.

Além disso, os estudos desenvolvidos na área da revisão judicial, ativismo judicial e diálogos institucionais são voltados prioritariamente ao STF. É compreensível que isso aconteça no Brasil, onde é priorizado o interesse pela União e pelo governo federal. No entanto, muito ainda ocorre nos Tribunais Regionais e Estaduais.

Para entender a centralização da supremacia judicial, é preciso um pouco de história. Como se sabe, o Brasil nem sempre foi uma Federação. Durante o período colonial, as capitanias hereditárias não possuíam fortes relações entre si e havia ameaça constante de secessão. Após a chegada da família real, o território brasileiro passou a ser parte do Reino de Portugal, enterrando-se a possibilidade de seguir o caminho da colônia inglesa referência – os Estados Unidos da América (REZENDE; AFONSO, 2004, p. 28).

Rezende e Afonso (2004, p. 31) descrevem os ciclos de centralização e descentralização no Brasil como movimentos pendulares. O primeiro ciclo de Federação ocorreu em 1891 com a Proclamação da República. Posteriormente, com a concentração do poder na Era Vargas, o Brasil retornou a um período de centralização. A democratização de 1946 trouxe de volta a Federação, a qual foi embora com a ditadura militar em 1964 e, finalmente, Constituição de 1988 reinstalou a descentralização em teoria.

Este pêndulo de momentos de poder centralizado e descentralizado também pode ser observado em relação ao poder do Poder Judiciário. O STF sofreu diversos ataques institucionais ao longo de sua história.

Só no governo Floriano Peixoto (1891 a 1894) houve pelo menos quatro casos relevantes. Cite-se, inicialmente, a ameaça de descumprimento e mesmo de prisão formulado pelo Presidente em face dos ministros do STF, caso eles deferissem habeas corpus em favor dos indivíduos que participaram de protestos pelo fato de Floriano Peixoto ter assumido a presidência com a renúncia de Deodoro da Fonseca, ao invés de convocar novas eleições (...) (há também no Brasil exemplos marcantes de redução das competências do STF. Caso expressivo ocorreu quando da extinção da doutrina brasileira do habeas corpus pela Reforma Constitucional de 1926. Assim, o Tribunal foi privado de um remédio processual célere e eficaz para a tutela de direitos individuais, que não a liberdade individual, violados por ato ilegal ou abusivo de autoridade. (BRANDÃO, 2015, p. 1451-1452).

Historicamente, os ataques mais recentes foram deferidos durante a ditadura militar. O STF sofreu um *court packing*³, isto é, o número de ministros foi alterado para que fosse possível incluir novos ministros indicados pelo novo governo. “O Ato Institucional n. 02 (27/10/1965), [por exemplo], aumentou o número de ministros do STF de 11 para 16 (em vagas depois preenchidas por ministros ligados à União Democrática Nacional), [também] suspendeu as garantias dos magistrados” (BRANDÃO, 2015, p. 1453).

3 O termo surgiu da tentativa frustrada do Presidente Roosevelt em 1937 de passar o que ficou conhecido como *Court Packing Plan* – um plano governamental com várias medidas para alterar o funcionamento da Suprema Corte Norte-americana que, ao fim, daria a ele o poder de nomear até 06 (seis) *justices* a mais (FRIEDMAN, 2009).

Já na era democrática, o STF ganha a supremacia de poder decidir e ter a “última palavra”, além de haver uma grande diversidade de temas que são tratados na Constituição e podem ser avaliados pelo Tribunal. Já se tratou sobre o cenário ideal para a supremacia judicial no capítulo anterior.

Quando o STF tem a possibilidade de alterar as políticas públicas sensíveis, como o Legislativo responde? Analisando esta pergunta, pode-se ver como ocorre o diálogo entre as instituições na prática. Brandão (2015, p. 1469) afirma que a principal forma de resposta do Legislativo é através da edição de Emendas Constitucionais. O citado autor traz três exemplos, o primeiro sobre a natureza jurídica do IPTU:

Vejam-se os principais casos: no RE 153.771,58 o STF afirmou que o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) tem natureza real, de maneira que a Constituição somente permitiria a fixação de alíquotas progressivas para o atendimento da finalidade extrafiscal de adequação do uso da propriedade urbana à sua função social (art. 182 da CF/1988). Todavia, a Emenda Constitucional n. 29/2000 alterou a redação do art. 156, § 1º, da CF/1988 para permitir que o IPTU seja progressivo em razão do valor venal do imóvel, precisamente a progressividade para fins fiscais que as leis municipais anteriormente declaradas inconstitucionais estabeleciam (BRANDÃO, 2015, p. 1469).

O segundo exemplo trazido por Brandão trata da possibilidade de cobrança das taxas de iluminação pública:

Note-se, por outro lado, que o STF julgou reiteradamente inconstitucionais leis municipais que instituíram as chamadas “taxas de iluminação pública”, visto que tais espécies tributárias somente poderiam remunerar serviços públicos específicos e divisíveis, e a iluminação pública consiste em serviço indivisível. Contudo, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional n. 39/2002 que instituiu a “contribuição para o custeio da iluminação pública” (BRANDÃO, 2015, p. 1469)

Por fim, pode-se citar também o caso acerca da incidência, ou não, do ICMS sobre a importação de bens por pessoas físicas.

Cite-se também a Emenda Constitucional n. 33/2001, que superou o entendimento do STF no sentido da não incidência do ICMS sobre a

importação de bens por pessoas físicas, fixado em virtude de o art. 155, inc. IX, § 2º, a, da CF/1988 aludir à expressão circulação de mercadorias e estabelecimento, circunstância que restringiria o rol de contribuintes do imposto àqueles que exercem atos de comércio com habitualidade (BRANDÃO, 2015, 1469).

Todos os casos narrados acima são politicamente sensíveis, uma vez que tratam de tributação. O STF firmou entendimento um sentido que, ao menos aparentemente, desagradou ou foi de encontro aos desejos do Legislativo e, logo depois, a resposta foi a alteração do texto constitucional. Houve, portanto, uma resposta direta do Legislativo ao entendimento do Judiciário, deixando claro que, naquela queda de braços, quem teria a “última palavra” seria o Legislativo.

O diálogo entre as instituições também percorre o caminho inverso, isto é, do STF ao Legislativo. A Corte já contribuiu para que as normas que encontraram um caminho constitucional tortuoso fossem melhoradas ou editadas por completo. O mecanismo do mandado de injunção é um exemplo de possibilidade de conceber o STF como uma instituição que exija a edição de uma norma e a superação de uma inconstitucionalidade por omissão. Como afirma Brandão:

Deve-se reconhecer que a experiência brasileira, no essencial, confirma as credenciais consequencialistas e epistêmicas da teoria dos diálogos constitucionais. Com efeito, a possibilidade de aprovação de emendas constitucionais permitiu que fossem superadas decisões do STF que, embora fundadas em elementos técnicos e textuais, produziam efeitos práticos muito ruins. Já o STF contribuiu bastante para a solução de problemas constitucionais nos quais o Congresso Nacional simplesmente não conseguia cumprir o seu dever constitucional de legislar, ou em que a norma editada não lograva transcender a influência de grupos de interesses especialmente articulados em sede parlamentar (BRANDÃO, 2012, p. 299).

Neste sentido, são exemplos: a superação da omissão de lei sobre o direito à greve no funcionalismo público julgada nos Mandados de Injunção 670 (BRASIL, 2008), 708 (BRASIL, 2008) e 712 (BRASIL, 2008), que trouxe o entendimento no sentido de ser aplicável a Lei de Greve (Lei n. 7.783/89) aos servidores, bem como o julgamento da ADIn 4277 (BRASIL, 2011) ed a ADPF 132 (BRASIL, 2011), que levaram os ministros a reconhecerem a união estável para casais do mesmo sexo.

Outra forma de diálogos que passa despercebido pelo debate mais óbvio – limitado ao diálogo entre o Legislativo e o Executivo - está na possibilidade de diálogo institucionalizado entre o Judiciário e a sociedade. Segundo Clève e Lorenzetto (2015, p. 201), “os mecanismos da audiência pública e do *amicus curiae* são instrumentos potenciais para o aprimoramento substantivo da formação das razões públicas que devem ser apresentadas pelos ministros na fundamentação de suas decisões”.

De toda forma, são desafios enfrentados pela teoria dos diálogos institucionais no Brasil: a) a tendência à centralização da tomada de decisão no Judiciário; b) a necessidade de estimular uma maior troca entre o Legislativo e o Judiciário, compreendendo que isto é natural; c) a possibilidade de abertura democrática no processo de tomada de decisão judicial.

Clève e Lorenzetto (2015, p. 61) apresentam o problema central que conduziu à necessidade de pensar em uma abordagem dialógica da tomada de decisão judicial. Se, por um lado, diante do problema de assegurar que o Legislativo respeite o texto constitucional ao criar normas, o Judiciário foi concebido como protetor deste texto, por outro lado, diante do problema de invasão das competências legislativas pelo Judiciário, é preciso pensar em um novo processo judicial no qual não exista uma “última palavra” definitiva.

É preciso se acostumar com conceitos como “última palavra provisória” e “rodadas procedimentais”. Não há que se falar em “última palavra” da forma que se ouve tradicionalmente. O Judiciário não deve ser a única instituição capaz de dizer o que a Constituição significa. Da mesma forma, espera-se que as decisões sobre um determinado tema de interesse social possam ser tomadas em continuidade entre as mais diversas instituições envolvidas. Um tema não “morre” – ou não será “enterrado” – após ser discutido em uma única instituição. O fim de um procedimento em uma instituição pode ser o início de outro procedimento em outra. Assim, como afirma Mendes:

Por meio dos conceitos de “última palavra provisória” e de “rodadas procedimentais”, procuro dar a exata dimensão e limitação daquela pergunta. Teorias do diálogo, ao observarem o fato da continuidade (das ‘sequências legislativas’, e assim por diante), põem a simples existência da revisão judicial sob uma nova luz. Última palavra e

diálogo, nesse sentido, complementam-se. Assim como o direito e a política precisam de 'últimas palavras provisórias', precisam também de continuidade (MENDES, 2011, p. 238).

Por fim, é preciso ver a perspectiva de longo prazo da política e do direito. É possível que a teoria dos diálogos institucionais possa dar um discurso com mais legitimidade e conceder um lugar mais adequado à revisão judicial dentro da democracia (MENDES, 2011, 245).

4. Diálogos institucionais em Pernambuco

Conforme já mencionado, a realidade contemporânea em que se encontra o constitucionalismo brasileiro, na qual a solução para os conflitos entre as normas gerais e a Constituição Federal exige o diálogo entre os poderes na busca da solução mais adequada frente aos mais variados tipos de conflitos de normas, pelo que revela-se pertinente, nesse momento, um estudo de casos sobre o tema, com recorte exatamente no Estado de Pernambuco, tendo em vista que esta dissertação tem como objetivo principal compreender como acontecem os diálogos institucionais no plano subnacional, no que tange aos conflitos entre as normas estaduais e a Constituição do Estado de Pernambuco.

4.1. Metodologia utilizada na pesquisa e justificativa da escolha dos casos

Esta dissertação teve caráter eminentemente qualitativo e indutivo. A pesquisa qualitativa observa evidências extraídas da realidade através de dados (textos, números, imagens), objetivando extrair conclusões sobre o problema e compreendê-lo em profundidade (FLICK, 2009, p. 22).

Neste diapasão, visando solucionar o problema de pesquisa e atingir o objetivo deste trabalho, a metodologia adotada terá como fundamento a análise de trabalhos que enfrentaram quantitativamente as decisões proferidas pelo TJPE. Posteriormente, o método de pesquisa será o estudo de caso, analisando-se 05 (cinco) decisões em sede de controle de constitucionalidade estadual.

Estudos de caso são melhores quando o investigador tem pouco controle sobre o objeto de análise e quando a intenção é realizar um estudo aprofundado sem necessariamente buscar criar regra sobre o assunto (pesquisa dedutiva) (YIN, 2003, p. 41). A intenção desta pesquisa é, precisamente, compreender como ocorrem os diálogos institucionais entre o TJPE, a Assembleia Legislativa e o governo estadual. Contudo, a pesquisa ampla, quantitativa, restou inviável, uma vez que o Tribunal não possui um sistema completamente digitalizado e de fácil acesso.

Por outro lado, é possível encontrar alguns poucos trabalhos que analisaram quantitativamente o controle de constitucionalidade desenvolvido pelo TJPE. Ao menos um trabalho será revisado para compreensão do cenário de judicialização naquela Corte. A pesquisa de Gomes *et al.* (2010) servirá como objeto de análise no próximo tópico, o qual antecede o desenvolvimento dos estudos de caso.

Estudos de caso permitem o “estudo profundo e exaustivo de um ou mais objetos” (GIL, 2002, p. 55). A proposta dos tópicos finais é analisar 05 (cinco) casos levados ao TJPE que questionaram atos estaduais, explorando-se como o Tribunal pode responder em diálogo com o legislativo estadual.

Os casos foram considerados emblemáticos, uma vez que o critério de seleção envolveu a contemporaneidade das discussões e o seu potencial de elucidar os aspectos do diálogo institucional no plano subnacional, objeto e pauta desta pesquisa. Em outros termos, os casos escolhidos são representativos da discussão do diálogo institucional enquanto fato da vida judicial, tendo em vista as suas potências em elucidar diferentes aspectos do diálogo no plano estadual, considerando a busca de legitimação democrática via interação com os outros poderes. Os casos analisados a seguir demonstram importantes dimensões destas atuações, tendo em vista a realidade política e social pernambucana.

O primeiro caso escolhido é a ADIN n, 361722-9 (PERNAMBUCO, 2019) distribuída pelo Procurador Geral de Justiça e de relatoria do Desembargador Bartolomeu Bueno. O caso ganhou forte repercussão pública por tratar-se de um direito que atinge a grande maioria da população do estado, notadamente a população mais vulnerável, a qual necessita de transporte público.

O segundo caso é um mandado de injunção coletivo impetrado pelo Sindicato dos Servidores Públicos Cíveis do Estado de Pernambuco (SINDSERPE). O Sindicato alegou a inércia do governo estadual em editar norma que garantisse aos servidores civis o ajuste anual dos vencimentos no período entre 2015 e 2018. O Mandado de Injunção n. 0504582-3 foi relatado pelo Desembargador Roberto da Silva Maia (PERNAMBUCO, 2018). É um bom caso para estudo, pois mostra o diálogo entre um grupo forte – os funcionários públicos estaduais – com o governo estadual, a Assembleia Legislativa e o Tribunal de Justiça.

Notoriamente, os funcionários públicos possuem certa influência em demandas no STF, especialmente quando se trata de funcionários do Judiciário e afins. No caso em análise, não se trata especificamente de funcionários do Judiciário. De toda forma, o tema “direito administrativo, relativo ao funcionalismo público e licitação” foi apontado como o quarto tema mais judicializado entre as ações analisadas no trabalho de Gomes *et al.* (2010), o qual será mais detalhado no próximo tópico.

O terceiro caso é uma declaração de inconstitucionalidade normativa. A Arguição de Inconstitucionalidade Cível n. 0059018-18.2011.8.17.0001 é um processo físico (PERNAMBUCO, 2019). A análise teve que ser restrita à ementa do acórdão, uma vez que o seu inteiro teor não foi digitalizado e não está disponível no sítio do TJPE.

O quarto estudo de caso é uma análise da disputa ocorrida entre 2015 e 2017, quando a OAB/PE entrou em uma luta contra a ALEPE para evitar a recondução do deputado estadual Guilherme Uchôa à presidência da Casa. Acontece que Uchôa já havia sido eleito presidente 04 (quatro) vezes e estaria caminhando para o quinto mandato. O Tribunal foi o palco dessa batalha e vários recursos foram usados. Ao fim, o processo perdeu o objeto com a morte do deputado (PERNAMBUCO, 2017).

Finalmente, o quinto estudo de caso é uma disputa interna. O deputado Daniel Coelho do Partido Verde foi eleito líder da bancada oposicionista em 2017 e não foi validado pelo presidente Guilherme Uchôa, uma vez que o seu partido decidiu se unir à base do governo. Um mandado de segurança foi o meio escolhido para tentar reverter a decisão do presidente (PERNAMBUCO, 2017).

Em uma análise do processo de uma ação constitucional no TJPE, conforme o seu regimento interno e a Constituição Estadual, é possível dizer que o processo guarda semelhanças com a ação em nível federal, inclusive em relação a quem pode propô-la: o governador estadual; a mesa da Assembleia Legislativa; o procurador-geral de justiça; os prefeitos e as mesas das Câmaras de Vereadores, ou entidade de classe de âmbito municipal, quando se tratar de lei ou ato normativo do respectivo município; os conselhos regionais das profissões reconhecidas, sediadas em Pernambuco; partido político com representação nas Câmaras Municipais, na

Assembleia Legislativa ou no Congresso Nacional; federação sindical, sindicato ou entidade de classe de âmbito estadual. Dentre esses, a participação dos municípios, por razões que serão melhor avaliadas no próximo tópico, chama a atenção por ser de maior volume.

Quando a ação não é proposta pelo procurador-geral de justiça, ele deve ser ouvido. O procurador-geral estadual ou o município interessado, na pessoa do seu representante legal, também serão chamados a opinar, conforme se trate de lei ou ato normativo estadual ou municipal.

É o procurador-geral estadual, então, que materializa o diálogo entre o Executivo e o Judiciário. Quando a decisão é no sentido da inconstitucionalidade normativa, a Assembleia Legislativa é comunicada para proceder à suspensão da eficácia da lei, parcialmente ou integralmente. Estes detalhes estão descritos no art. 63 da Constituição Estadual.

“Somente pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderá o Tribunal declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (art. 62, Constituição do Estado de Pernambuco). Isso significa que é necessária uma articulação maior entre os membros do TJ no momento da votação e dificulta a decisão no sentido da inconstitucionalidade. Este é um mecanismo de limitação do poder do Judiciário de interferir nas decisões dos demais poderes.

Os 02 (dois) últimos casos analisados são exemplos de uso político do Tribunal. Uma ação civil pública e um mandado de segurança foram usados para controlar decisões da ALEPE. Estas também são formas de diálogo interessantes e comuns em democracias recentes. Para entender melhor como o TJPE trabalha, a análise inicial será de pesquisas quantitativas.

4.2. Tribunal de Justiça de Pernambuco e Assembleia Legislativa de Pernambuco: análise de pesquisas quantitativas

Esta pesquisa se iniciou através da busca pelas ações constitucionais distribuídas e julgadas no Tribunal de Justiça de Pernambuco. A Constituição Pernambucana permite ao TJPE o controle de constitucionalidade estadual das

normas municipais e estaduais. O objetivo inicial foi encontrar a totalidade destas ações. Contudo, a primeira dificuldade foi ter acesso às ações através do sistema do TJ. Infelizmente, a Corte não possui um banco de dados de fácil acesso.

O sítio do TJPE e o portal Jusbrasil foram utilizados para a busca primária das ações. Logo, não foi possível fazer uma análise quantitativa precisa de todas as ações existentes. Foram procuradas ações que questionassem normas publicadas pela Assembleia Legislativa de Pernambuco. A primeira conclusão encontrada foi que existem mais ações que questionam normas municipais do que ações que questionam normas estaduais. Por óbvio, existem 185 (cento e oitenta e cinco) casas legislativas municipais e apenas 01 (uma) Assembleia Estadual.

Interessante notar que Gomes *et al.* (2010, p. 74) realizaram um estudo quantitativo baseado em estatística descritiva do controle de constitucionalidade estadual no TJPE e separaram as ações pelos temas, reconhecendo que a maioria foi provocada pelos municípios. De acordo com os citados autores, os temas de maior relevância para o controle de constitucionalidade pernambucano entre 1989 e 2009 são, em ordem: 1) competência legislativa; 2) tributos e orçamento público; 3) arranjos municipais e regionais e 4) direito administrativo, relativo ao funcionalismo público e licitação.

Por outro lado, também é possível que exista um incentivo maior a utilizar o TJPE como regulador das normas municipais do que de normas estaduais: o desenho institucional. A grande quantidade de municípios auxilia na multiplicidade de normas potencialmente inconstitucionais. Outro dado interessante é o baixo interesse do governador e da própria Assembleia Legislativa em apresentar ADINs. Até 2009, o trabalho de Gomes *et al.* não conseguiu encontrar ações apresentadas por estes dois tipos de litigantes.

Por fim, quanto aos resultados das ações, a maior parte foi rejeitada ou não chegou a ser julgada. A principal conclusão dos autores foi que o TJPE não julga a maioria das ações diretas de inconstitucionalidade por não terem incentivos para isso. O tipo de incentivo que um Tribunal pode ter para julgar é, também, uma consequência dos diálogos institucionais. Se o Tribunal dependesse unicamente da Assembleia Legislativa para aprovar assuntos do seu interesse – tais como aumento

de salário – provavelmente haveria interesse maior de julgar as ações que fossem importantes para a Assembleia Legislativa (GOMES *et al.*, 2010, p. 77).

Através das pesquisas quantitativas, é possível verificar que, mesmo com uma alta demanda de ações constitucionais do Judiciário Pernambucano, não existe uma alta interferência do Tribunal em assuntos de interesse do governo estadual. Contudo, é possível que haja uma interferência em casos isolados. Por isso, também é importante avaliar qualitativamente a atividade de revisão judicial do TJPE.

Comparativamente, há um movimento interessante de diálogo entre o Congresso Nacional e o STF que já foi bem mapeado por trabalhos de pesquisa na área do Direito. Resende (2017, p. 19) analisou as declarações de vícios de normas nas decisões do STF e as respectivas respostas do Congresso. O referido autor verificou que o Legislativo não se esquivou à modificação da legislação em diferentes matérias, diferentes vezes, inclusive quando a norma declarada viciada fosse uma emenda constitucional. O Legislativo utilizou o poder de editar nova norma para superar a decisão do STF.

Apesar de não ser o objetivo deste trabalho analisar as decisões do STF, deve-se reconhecer que esta Corte é espelho para as demais cortes estaduais. Além de apresentar semelhante processo judicial, com ações semelhantes, as Cortes Estaduais têm poderes semelhantes aos do STF, resguardadas as devidas diferenças. O mais interessante é anotar tais diferenças.

Em nível estadual, a Assembleia Legislativa está bem próxima do Tribunal de Justiça, cujas decisões não ganham a relevância política que as decisões do STF recebem em nível nacional. Provavelmente por tal razão, as decisões do STF tendem a interferir mais na agenda dos demais poderes.

Toda a preocupação com o que as Cortes decidem está ligada também a uma alta judicialização que levou a um movimento de ativismo judicial, como visto anteriormente. Dito ativismo judicial pode demandar uma resposta mais ativa do Legislativo e do Executivo – esta é a premissa dos diálogos institucionais.

Se há preocupação com o movimento das Cortes, também há o interesse de compreender o seu papel na política. Os poderes políticos passaram a ter mais motivação para entender a tendência de julgamento dos Tribunais, bem como na

possibilidade de utilizá-los para impedir uma movimentação de grupos “inimigos”. Isso foi visto no trabalho de Gomes *et al.* (2010, p. 80), segundo o qual os municípios estão mais atuantes no TJPE porque o concebem como uma arena de discussão que ultrapassa o *locus* normal de debate.

Para melhor elaborar uma resposta para o principal problema do estudo sobre as Cortes – buscando antecipar os seus respectivos comportamentos em determinados casos – é preciso não apenas considerar como o Tribunal se comporta de maneira genérica, ampla, mas também qualitativamente. Após a análise de casos emblemáticos, poder-se-á definir se há um respeito ao Legislativo por parte do TJPE ou se existem exceções importantes que levam em conta outras variáveis, tais como a opinião pública e a vontade dos funcionários públicos.

4.3. Estudo de caso 01: prazo de validade dos créditos do “Cartão Vem”

Uma decisão do governo estado que virou lei chamou a atenção dos cidadãos em 2013: os créditos utilizados para transporte público ganhariam um prazo de validade de 180 (cento e oitenta) dias. Caso o usuário não os utilizasse neste prazo, perderia o valor investido na passagem. O art. 17 da Lei n. 14.474/2011 – que regulamenta o prazo de validade – foi alterado pela Lei n. 15.190/2013.

Foi exatamente este dispositivo que sofreu questionamento constitucional perante a Corte Estadual. A ação direta de inconstitucionalidade estadual está prevista no art. 61, I, da Constituição Estadual. O dispositivo confere ao TJPE o poder de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição, bem como a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da respectiva Lei Orgânica. Por trás do pedido do procurador-geral de justiça, estavam vários seguimentos da sociedade civil que já pressionavam o governo pelo fim da imposição por acreditarem ser injusto (PERNAMBUCO, 2019).

A petição inicial, segundo o acórdão analisado, teve como única causa de pedir a alegada afronta ao princípio da moralidade subscrito no art. 97 da Constituição de Pernambuco. Por consequência do pedido ser baseado puramente