

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO BACHARELADO

BRUNO DENS VALE CASTRO

**JUSTIFICAÇÃO E LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE  
EM UM CONTEXTO DE NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS E DE REVISÃO  
DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

São Luís-MA

2015

BRUNO DENIS VALE CASTRO

**JUSTIFICAÇÃO E LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE  
EM UM CONTEXTO DE NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS E DE REVISÃO  
DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Trabalho de conclusão de curso de graduação  
apresentado à Universidade Federal do Maranhão,  
como requisito parcial para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos**

São Luís-MA

2015

CASTRO, Bruno Denis Vale

Justificação e legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade em um contexto de novos arranjos institucionais e de revisão da teoria da separação dos poderes / Bruno Denis Vale Castro. – São Luís, 2015.

60 f.

Orientador: Paulo Roberto Barbosa Ramos

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2015.

1. Supremo Tribunal Federal – Decisões. 2. Controle de Constitucionalidade. 3. Separação dos Poderes. 4. Diálogo Institucional. I. Título.

CDU: 347.991:342.565

BRUNO DENIS VALE CASTRO

**JUSTIFICAÇÃO E LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE  
EM UM CONTEXTO DE NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS E DE REVISÃO  
DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

Trabalho de conclusão de curso de graduação  
apresentado à Universidade Federal do Maranhão,  
como requisito parcial para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Márcia Haydée Porto de Carvalho

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Edith Maria Barbosa Ramos

*Aos amados pais, Jorge Edson Castro e Marizelma de Jesus Serejo Vale Castro, pela incansável dedicação e imensurável amor e querida tia, Marizele da Conceição Serejo Vale da Cunha, por todo o investimento nos meus estudos.*

## AGRADECIMENTOS

Todo este trabalho de conclusão de curso é fruto de uma construção conjunta. Ao meu Deus, em primeiro lugar, porque sem ele nada seria e em nenhum lugar chegaria.

Ao Núcleo de Estudos de Direito Constitucional da UFMA (NEDC/UFMA) e todos os seus integrantes. Coordenado pelo Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos, o Núcleo é um *locus* de valiosas discussões e aprendizados. Foi no NEDC que desenvolvi a pesquisa base deste trabalho monográfico e construí toda a minha base teórica e desenvolvimento acadêmico. Imprescindível reconhecer todo o incansável esforço e dedicação do Professor Paulo Roberto Barbosa Ramos, verdadeiro mestre e exemplo profissional de comprometimento com a pesquisa e estudo na área do Direito.

Grande parte das análises contidas neste trabalho é fruto de discussões conjuntas realizadas com Júlio César Souza Silva, amigo integrante do NEDC, que com gestos de boa vontade e amizade contribuiu em relevantes aspectos da discussão a qual esse trabalho pretende realizar.

O presente trabalho monográfico teve como base a pesquisa “ENTRE O ATIVISMO E A (IN)OPERÂNCIA LEGISLATIVA: deliberação e legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade em um contexto de novos arranjos institucionais e de revisão da Teoria da Separação dos Poderes”, desenvolvida por mim no NEDC entre os anos 2012-2014, financiada pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), sob a Orientação do Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos. A referida pesquisa foi premiada em primeiro lugar geral na área de Ciências Sociais no XXV Seminário de Iniciação Científica da UFMA (XXV SEMIC-UFMA).

## RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar a legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de Controle de Constitucionalidade, observada uma conjuntura de revisão da Teoria da Separação dos Poderes e necessidade de criação de novos arranjos institucionais. Neste aspecto, tem-se como objetivo geral refletir o papel do Supremo Tribunal Federal no modelo de controle de constitucionalidade, bem como sua legitimidade, justificação de suas decisões e deliberação interna, superando-se a dicotomia ativismo judicial/deferência ao legislativo, tendo em vista a necessidade de readequação da Teoria da Separação dos Poderes, de modo que se leve a Constituição a sério e responda-se ao anseio de desenvolvimento democrático-social brasileiro. Por fim, considera-se que a necessidade de que algum órgão delibere em sede de controle de constitucionalidade não significa que esta deva ser permanente ou que não possa haver alguma espécie de dialogo entre os poderes, concebendo assim, que Supremo Tribunal Federal não detém o monopólio da guarda da Constituição, havendo a possibilidade de um papel mais protagonista do legislativo, a partir da utilização dos mecanismos já existentes ou mesmo aperfeiçoamento de dispositivos e práticas decisórias que permitam diálogos institucionais.

**Palavras-Chave:** Diálogos Institucionais; Separação dos Poderes; Controle de Constitucionalidade.

## RESUMEN

El presente estudio intenta analizar la legitimidad de las decisiones del Supremo Tribunal Federal en sede de Control de Constitucionalidad, observada una coyuntura de revisión de la Teoría de la Separación de los Poderes y la necesidad de creación de nuevas relaciones institucionales. En ese aspecto, tiene como objetivo general reflexionar el papel del Supremo Tribunal Federal en un modelo de control de constitucionalidad, y también su legitimidad, justificación de sus decisiones y deliberación interna, con la superación de la dicotomía activismo judicial/deferencia al legislativo, teniendo en vista la necesidad de readecuación de la Teoría de la Separación de los Poderes, de forma que se lleve a Constitución en serio y se presenta una respuesta a los deseos de desarrollo democrático-social brasileño. Al final, tiene en consideración la necesidad de que algún órgano delibere en sede de control de constitucionalidad, no significa que este debe ser permanente o que no pueda haber alguna suerte de dialogo entre los poderes, concibiendo así, que el Supremo Tribunal Federal no detiene el monopolio de la guardia de la constitución, habiendo la posibilidad de un papel más protagonista do legislativo, a partir de la utilización de los mecanismos ya existentes o mismo de la mejora de los dispositivos y prácticas de toma de decisiones que vengán a permitir diálogos institucionales.

**Palabras clave:** Diálogos Institucionales; Separación de los Poderes; Control de Constitucionalidad.



## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

ADC – Ação Direita de Constitucionalidade.

ADI – Ação Direita de Inconstitucionalidade.

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Art – Artigo.

CF – Constituição Federal.

DJ – Diário da Justiça.

EC – Emenda Constitucional.

MI – Mandado de Injunção.

Min – Ministro.

MS – Mandado de Segurança.

Rcl – Reclamação.

RE – Recurso Especial.

Rel – Relator.

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| <b>1 INTRODUÇÃO</b> .....  | 10 |
| <b>2 PROBLEMATIZAÇÃO DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....  | 13 |
| 2. 1 A Evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil.....  | 15 |
| 2. 2 Supremo Tribunal Federal, Democracia E Constitucionalismo.....  | 18 |
| 2. 3 O Supremo Tribunal Federal como Agente Controlador Externo.....   | 19 |
| 2. 4 A Legitimidade das Decisões do Supremo Tribunal Federal em Questão.....   | 23 |
| <b>3 LEGITIMIDADE(S) DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: bases teóricas</b> .....  | 27 |
| 3. 1 O Fórum de Princípio em Ronald Dworkin: a defesa da legitimidade do STF Como detentor da última palavra em sede de controle de constitucionalidade..... | 29 |
| 3. 2 Jeremy Waldron e a busca pela dignidade da legislação.....  | 30 |
| 3. 3 Superando o Engessamento dos Três Poderes.....  | 32 |
| <b>4 PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES: deliberação e formas alternativas de controle de constitucionalidade</b> .....  | 34 |
| 4. 1 Supremo Tribunal Federal: o modelo brasileiro em perspectiva comparada.....   | 37 |
| 4. 2 O Modelo Brasileiro em Questão: diálogo institucional e perspectivas.....   | 40 |
| 4. 2. 1 Perspectivas de maior diálogo institucional entre o STF e o Congresso Nacional: análise de casos concretos.....                                      | 43 |
| 4. 2. 2 A ADI 5.976 e a decisão do Supremo Tribunal Federal: diálogo institucional ou seletividade decisória?.....   | 48 |
| <b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....  | 52 |
| <b>REFERÊNCIAS</b> .....   | 55 |

## 1 INTRODUÇÃO

O debate acerca das funções do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo reascendeu-se em vários países, alguns dos quais com instituições democráticas razoavelmente consolidadas, onde se pensaram tais questões estarem superadas.<sup>1</sup>

O Canadá, com a cláusula do notwithstanding demonstrou que é possível se pensar em um modelo de diálogo alternativo às controvérsias clássicas: todo poder aos legisladores/todo poder aos juízes. Na Nova Zelândia, as cortes não estão autorizadas a não aplicar uma legislação infraconstitucional incompatível, entretanto podem fixar uma interpretação que se ajuste à Bill of Rights. O Reino Unido, que não possuía um controle propriamente judicial de constitucionalidade, começou a declarar a incompatibilidade da legislação infraconstitucional frente à Convenção Europeia de Direitos Humanos, incorporada ao ordenamento britânico através do Human Rights Act.

Sendo assim, discussões a respeito das funções do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo podem fomentar novas visões e auxiliar os juristas e cientistas políticos brasileiros a terem um novo olhar sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal sobre questões importantes. A naturalização de gramáticas institucionais paralisa a capacidade analítica dos juristas e impede a transformação das instituições políticas com base em uma noção pré-concebida de constitucionalismo e da Teoria da Separação dos Poderes.

Releva-se que só faz sentido falar em “ativismo judicial” e “judicialização da política” quando se é levada em consideração a teoria clássica dos três poderes como pano de fundo dessa discussão. Sabe-se que nem sempre o poder estatal foi repartido em três funções e que diversos fatores influenciaram a doutrina da tripartição, fazendo-a uma teoria extremamente popular na regulamentação dos estados ocidentais do começo da Idade Moderna até os dias de hoje.

O nascimento do Estado Democrático sempre esteve relacionado a limitações do poder. Há a limitação de poder estatal quando o constituinte institui, por exemplo, o federalismo e divide as competências entre seus entes e declara direitos fundamentais. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012) aponta como origem da teoria dos três poderes a experiência constitucional da Inglaterra, sendo tal modelo até mesmo referido na *Bill of Rights* de 1689. A Revolução Gloriosa havia imposto uma separação de funções estatais entre o monarca e o

---

1 A partir de uma distinção entre modelo forte e fraco de judicial review, Mark Tushnet e Larry Kramer demonstram como a decisão *Marbury VS. Madison* deve ser analisada dentro de certo contexto e não como lei universal para qualquer modelo constitucionalista (TUSHNET, 1999 e KRAMER, 2004).

parlamento e a independência dos juízes. Locke (1994), em seu *Segundo Tratado do Governo Civil*, chegou a comentar esta noção de funções estatais, mas somente após Montesquieu (1799), em seu *Espírito das Leis* a separação dos poderes se tornaria um pilar de toda a Teoria do Estado Liberal elaborada dali em diante, vindo, até mesmo, a constar do Art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão (1789) como requisito para uma constituição (SILVA, 2012).

Entretanto, apesar de o princípio da tripartição dos poderes, tal qual foi concebido por Montesquieu, ter recebido tamanho respaldo e ainda seja um pilar das democracias ocidentais, esse princípio não ostenta mais a rigidez de outrora. José Afonso da Silva (2012) chega a defender termos mais adequados que o clássico “separação” ou “tripartição”, como de *colaboração de poderes* (no caso do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do parlamento) ou de *independência orgânica e harmonia dos poderes* (no caso do presidencialismo).

Segundo Mendes & Branco (2013, p. 178), um dos principais argumentos usados pelos constitucionalistas para provar a existência dessa modernização/revisão da teoria clássica da tripartição são as “funções atípicas”, competências que os poderes nos Estados contemporâneos desempenham em seus papéis constitucionais, as quais destoariam do modelo clássico. A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, dá ao executivo algumas competências legislativas (como a medida provisória). Vale contestar se estas funções atípicas são adições recentes ou não. O próprio Montesquieu abria exceção ao princípio da separação ao admitir a intervenção do Chefe de Estado, pelo veto, no processo legislativo (FERREIRA FILHO, 2012). A crítica às funções atípicas dos Estados modernos como “destoantes da teoria” é facilmente descartada quando se reconhece que desde o seu nascimento a teoria da tripartição já guardava em si essas intromissões mútuas. Montesquieu, o grande precursor da teoria, já considerava os poderes dessa forma. Logo, pode-se considerar que os papéis contemporâneos dos poderes estatais não representam uma ofensa qualitativa à teoria, mas, sim, quantitativa. Se no Estado Liberal essas intromissões eram pouco expressivas e não despertavam críticas quanto à legitimidade, hoje tendo em vista a ascensão do Estado Social e um papel do Judiciário cada vez mais participativo na esfera geral de poder (ofensa quantitativa à teoria clássica), essas intromissões, muitas das vezes, recebem o status de ameaças à separação dos poderes, tendo por base uma visão clássica da teoria.

Concernente a toda essa discussão e voltando o olhar para o objeto de estudo deste trabalho, considera-se que aspectos importantes do Supremo Tribunal Federal têm sido

deixados em segundo plano. A deliberação interna do Supremo Tribunal Federal <sup>2</sup>, visto que se trata de órgão colegiado, somada ao caráter quase opinativo<sup>3</sup> da jurisdição brasileira, problematizam ainda mais a questão de uma justificação única ou *ratio* de suas decisões. A partir disso é imprescindível analisar-se em que se funda a legitimidade de sua atuação em sede de controle de constitucionalidade, tendo em vista a falta de clareza e coesão em muitos de seus acórdãos e de uma razão pública da decisão.<sup>4</sup>

Assim, o presente estudo se propõe a abordar como tema a justificativa e legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de Controle de Constitucionalidade, mais especificamente, a justificação e legitimidade para decidir que o Supremo Tribunal Federal possui em sede de Controle de Constitucionalidade, observada uma conjuntura de revisão da Teoria da Separação dos Poderes e necessidade do aperfeiçoamento de novos arranjos institucionais.

Sendo assim, o objetivo geral deste artigo é refletir sobre o papel do Supremo Tribunal Federal em um modelo de controle de constitucionalidade, bem como sua legitimidade, justificação de suas decisões e deliberação interna, superando-se a dicotomia ativismo judicial/deferência ao legislativo, tendo em vista a necessidade de readequação da Teoria da Separação dos Poderes, de modo que se leve a Constituição a sério e se responda ao anseio de desenvolvimento democrático-social brasileiro.

Como objetivos específicos almeja-se investigar como deve ser construída a última palavra no que se refere ao controle de constitucionalidade no Brasil, analisando o papel que deve possuir o Supremo Tribunal Federal, bem como sua legitimidade para decidir em um contexto de revisão da Teoria da Separação dos Poderes e, por fim, discutir os mecanismos de diálogo institucional existentes no ordenamento jurídico brasileiro e possibilidade de remodelação institucional para um maior diálogo entre os poderes.

---

2 A respeito de alguns problemas da deliberação em grupos, ver: SUNSTEIN, 2008 e SUNSTEIN, 1999.

3 Sobre o caráter “opinativo” da justiça brasileira, ver: RODRIGUEZ, 2011.

4 Sobre este ponto, Virgílio Afonso da Silva observa a necessidade até de remodelação de como se dão as reuniões do tribunal, inclusive com mudanças de reuniões televisionadas para reuniões fechadas (SILVA, 2009, p. 222).

## 2 PROBLEMATIZAÇÃO DO PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Há um consenso aparente na gramática jurídica no tocante à legitimidade do Supremo Tribunal Federal como o máximo guardião da Constituição brasileira. Entretanto, frente a um contexto de revisão da Teoria da Separação dos Poderes e necessidades prementes de arranjos institucionais que respondam às demandas do contexto político-social brasileiro, alguns questionamentos emergem em relação ao assunto. Quem deve ter a última palavra sobre o significado da Constituição brasileira? O Supremo Tribunal Federal ou o poder legislativo? Em que termos e condições essa última palavra se dá?

É patente a naturalidade com que tais questões são respondidas em favor do Supremo Tribunal Federal. Os mais diversos manuais, esquematizados ou não, descrevem-no como possuidor, quase que exclusivo, da atividade de guarda da Constituição através do controle de constitucionalidade, seja ele difuso ou concentrado, que exerce sobre os atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo.<sup>5</sup>

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal vem assumindo um papel cada vez mais protagonista no cenário político-jurídico brasileiro. O vocabulário jurídico incorporou expressões como ativismo judicial e judicialização da política, que, na verdade, são reflexos de concepções específicas do que seja o direito e de sua função em um regime democrático.

É construída, assim, uma dualidade entre ativismo judicial e deferência ao legislativo, quer dizer, por um lado, um papel mais ativo do judiciário, no caso do Supremo Tribunal Federal, que em última instância acaba funcionando como legislador, na medida em que delibera sobre questões que efetivamente competiriam ao Poder Legislativo. E em contrapartida, com posição mais conservadora, o Poder Judiciário apenas em posição de obediência às deliberações do Poder Legislativo, funcionando como guardião da Constituição, sem qualquer tipo de decisão mais criativa, tudo com o objetivo de evitar ser visto como criador do direito, porquanto tarefa típica do Poder Legislativo (RAMOS & CASTRO, 2014, p. 03-04).

Existe uma ligação intrínseca dessas visões com a concepção não problematizada da Teoria da Separação dos Poderes. No início do século XX, com um modo de legislação

---

<sup>5</sup> Como justificativa, baseiam-se no artigo 102, caput, da Constituição Federal, como se este previsse alguma espécie de exclusividade ou irreversível prevalência dos atuais arranjos institucionais para o sistema político brasileiro (MENDES & BRANCO, 2012). Para uma crítica dessa posição e uma nova forma de pensar-se o problema: MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

baseado em cláusulas gerais, e com o pós-guerra e a inflação de constituições que incorporaram inúmeros princípios, o papel do judiciário, do legislativo e do executivo mesclaram-se de tal forma, de modo que judiciário foi empurrado a desempenhar não somente o seu tradicional papel de aplicar a lei formulada pelo Parlamento.

Hoje, no entanto, com o caminho aberto para diferentes arranjos institucionais, torna-se imprescindível repensar o papel do Supremo Tribunal Federal com vistas a analisar se o atual modelo vem dando conta dos problemas que lhe são postos em uma sociedade plural, democrática e com défices sociais como a brasileira. Nesse sentido, às perguntas que iniciaram este tópico, acrescentam-se outras: Em que se funda a legitimidade das decisões do STF? Qual papel a corte suprema deve desempenhar em sede de controle de constitucionalidade? O que cabe ao Poder Legislativo?

É importante nesse momento relevar o surgimento e fundamentação do controle judicial de constitucionalidade de modo a melhor compreender o tema e tentar responder tais questões. O controle de constitucionalidade, tal como se apresenta hoje é, segundo Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 199), uma ideia com dupla paternidade, pois ao lado do nome de John Marshall está também o de Hans Kelsen. John Marshall foi presidente da Suprema Corte norte-americana à época da famosa decisão *Marbury v. Madison*, e também o principal autor intelectual da argumentação que levou à criação do controle judicial de constitucionalidade no Estados Unidos. Hans Kelsen foi autor de um dos anteprojetos da constituição austríaca de 1920 e juiz do Tribunal Constitucional da Áustria. Com Marshall, é colocado em prática a idéia de controle de constitucionalidade e em Kelsen é dada vida à idéia de um tribunal especificamente encarregado desse controle e monopolizador das decisões de inconstitucionalidade (SILVA, 2009, p. 200). Mas onde está o fundamento da existência e legitimidade do controle de constitucionalidade, mais especificamente o controle judicial de constitucionalidade?

É comum aceitar que o controle judicial de constitucionalidade decorre da supremacia da constituição. Entretanto, contemporaneamente há cada vez mais autores que vêm colocando isso em xeque. Segundo Michel Troper (2003, p. 104), a "lógica" defendida por Marshall na defesa de um controle judicial de constitucionalidade pode ser resumida na seguinte ideia: "(1) Uma constituição é suprema (ou vinculante) se as leis inconstitucionais podem ser invalidadas; (2) Portanto, as leis inconstitucionais estão sujeitas à invalidação". Carlos Santiago Nino (1996, p. 196) já argumenta de modo a demonstrar que a supremacia de uma constituição não tem nenhuma relação lógica necessária com a possibilidade ou impossibilidade de que juízes possam controlar a constitucionalidade das leis, pois o fato de

os juízes franceses, por exemplo, não poderem controlar a constitucionalidade das leis não torna a constituição francesa menos suprema do que as outras constituições do mundo e não faz com que ela sirva menos do que essas outras constituições ao propósito do controle do poder político.<sup>6</sup>

Por derradeiro, tendo ainda por base a argumentação supracitada, por mais que se afirme que um controle de constitucionalidade seja conveniente por ser prudente desconfiar dos poderes e prever mecanismos para controlá-los esse controle não precisa ser necessariamente judicial, como demonstra o caso francês (antes da reforma de 2008) e como já afirmou, décadas atrás, Pontes de Miranda (1946, p. 06), há diversas formas de proteger uma constituição rígida e o controle judicial de constitucionalidade é apenas uma delas. Assim, a decisão sobre qual tipo de controle se deseja é uma questão prática (política) e não lógica, até porque se assim não fosse, todo o debate secular sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade, especialmente nos Estados Unidos, seria totalmente irrelevante, já que o que é logicamente cogente não necessita de legitimação normativa.

Neste ponto, parece ser importante, mesmo que breve, um debate acerca da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. É o que o tópico a seguir se propõe a fazer.

## 2. 1 A Evolução do Controle de Constitucionalidade no Brasil

Desde o famoso caso *Marbury vs. Madison*, a doutrina americana desenvolveu-se no sentido de dar ao judiciário a função de “guardar” a constituição. Antes, porém, de ser fortemente influenciado pela doutrina americana, o controle de constitucionalidade no Brasil passou por estágios iniciais que modelariam suas particularidades e a questão de quem deveria guardar a constituição se tornou um dilema para os estudiosos do direito público.

No regime constitucional da Carta Imperial de 1824, a Constituição expressamente dava uma ampla missão ao poder legislativo. Cabia a ele “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” (art. 15, n.º 8) e ainda por cima “velar na guarda da constituição” (art. 15, n.º 9). Além disso, o direito brasileiro não continha, de fato, uma tripartição de poderes, mas sim uma “tetrapartição”. Isto porque, além de contar com os três poderes clássicos, o ordenamento jurídico brasileiro ostentava o “poder moderador”. Este, da forma como foi concebido,

---

<sup>6</sup> Embora, em julho de 2008, uma reforma na constituição francesa tenha introduzido a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade a posteriori, por via de exceção, na França, isso em nada altera o raciocínio desenvolvido no texto.



inspecionava os demais poderes e estava acima deles. Lúcio Bittencourt (1997) argumenta que é evidente que não seria possível delegar ao Judiciário o controle dos atos do Congresso. Esse controle só poderia caber ao Poder Moderador. Logo, apesar da Constituição instituir o poder legislativo como seu guardião, a última palavra sempre podia emanar do poder moderador.

Já a Constituição seguinte tomaria um rumo diferente. A instauração da república no Brasil, com a Constituição de 1891, trouxe consigo muito da doutrina norte-americana, incluindo-se aí o controle judicial de constitucionalidade. A Magna Carta previa recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando os tribunais questionassem “a validade ou aplicação” de leis e tratados, e decidissem contra estes (art. 59, § 1º, da CF de 1891). Nesse caso, cabia à Corte Suprema revogar a sentença ou confirmá-la. Além dessa ferramenta, o sistema de 1891 contou com um dispositivo que, segundo Lúcio Bittencourt (1997) dava autoridade “a todos os tribunais, federais ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União e aplicá-las ou desaplicá-las, segundo esse critério”. A mudança drástica no ordenamento jurídico brasileiro gerou certas confusões que foram mitigadas pela Lei nº. 221/1894 que disciplinou com mais ênfase o novo “sistema judicial de controle de constitucionalidade”. O constitucionalista Rui Barbosa desempenhou um forte papel nesta readaptação do direito brasileiro aos novos dogmas inseridos pela Carta de 1891 (MENDES & BRANCO, 2013, p. 1024). Esta nova Constituição não deu explicitamente a ninguém a função de guardião, como fez na anterior, mas absorveu a doutrina do *judicial review*, revelando, como guardião, o Judiciário.

Em 1934 uma nova Lei Fundamental imprimiu mudanças no controle de constitucionalidade, porém desta feita a essência do sistema não havia sido alterada. Uma dessas mudanças foi a inauguração da competência do Senado de “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer ato ou lei, deliberação ou regulamento, quando declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (art. 91, IV, CF de 1934). É interessante notar que esta foi a primeira em vez que se teve uma previsão constitucional sobre o diálogo entre poder legislativo e poder judiciário quanto à constitucionalidade das leis. A medida foi instaurada em razão da pouca eficácia geral que as decisões definitivas do Supremo conseguiam. Com esta intromissão do legislativo para reforçar o poder anulador do Supremo, vê-se que o judiciário naquela época havia perdido em certa medida o seu *status* de guardião principal conseguido na Constituição anterior. Além desse diálogo entre os poderes, a constituição deixou bem claro que era “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (art. 68, da CF de 1934).

Se no estágio anteriormente descrito a questão sobre quem era o guardião da constituição era confusa, com a Constituição de 1937 o problema ficou ainda mais nebuloso. Essa Constituição previa, no parágrafo único de seu artigo 96, que “no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento”, se cada uma das câmaras aprovasse por 2/3 de votos a constitucionalidade da lei, a decisão da Suprema Corte ficaria sem efeito. Vê-se aqui uma afronta ainda maior à supremacia do judiciário na guarda da Constituição. Mendes & Branco (2013) discorre sobre o assunto enfatizando que embora contrária à tradição brasileira, a mudança foi celebrada pela doutrina dominante da época (Cândido Motta Filho, Francisco Campos, Alfredo Buzaid, Genésio de Almeida Moura, entre outros). Contudo os ânimos mudaram quando a medida foi posta em prática pelo presidente Getúlio Vargas em 1937. Lúcio Bittencourt (1997) chegou a defender os atos do presidente como “constitucionais” e reconheceu enraizada na tradição jurídica brasileira a ideia de decisão final do Supremo como incontestável.

A previsão constitucional da supremacia do STF para o controle de constitucionalidade seria resgatada na Carta Política seguinte. O texto de 1946 continha todos os dispositivos já consolidados no controle de constitucionalidade brasileiro, tendo como principal diferencial uma volta ao sistema anterior de controle judicial de constitucionalidade, onde a última palavra cabia ao judiciário. Mais à frente, com a Emenda Constitucional nº. 16, de 1965, foi instituído o controle abstrato de constitucionalidade no Brasil. Anteriormente, o controle de constitucionalidade brasileiro era difuso incidental. Neste estágio, presencia-se um Supremo guardião da constituição, e agora com novas funções, cabia à Corte não apenas julgar casos concretos, mas também se pronunciar em ações diretas de inconstitucionalidade de leis federais e estaduais.

Na Constituição de 1967 e em sua Emenda nº. 1/69, o sistema constitucional quanto ao controle de constitucionalidade quase não se alterou, mudando alguns dispositivos quanto à intervenção federal. Mudanças mais significativas só viriam com a Constituição de 1988. Nesta, foi ampliada a legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, e ainda restando estabelecidas possibilidades de controle por omissão; disciplinamento do controle constitucional pelos Estados e criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ademais, as implementações advindas de emendas à constituição, como por exemplo, a ADC (Ação direta de constitucionalidade), por fim, moldaram o sistema de

controle de constitucionalidade contemporâneo que, sem dúvida, reflete a tradição brasileira de um controle judicial misto (concreto e abstrato).

Se em outros momentos históricos a constituição deixava dúvida sobre quem era o seu guardião, a Carta Magna vigente é clara ao declarar que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (Art. 102, CF/88). Se o Supremo é o guardião da constituição, poder-se-ia desde já dar por atingido um dos objetivos do estudo: investigar quem deve ter a última palavra no controle de constitucionalidade brasileiro. Que o STF deve ter a última palavra sobre a constituição é algo constitucional e politicamente aceito. Contudo, um dos principais questionamentos que não se pode deixar de fazer é: há legitimidade para que o STF tome essas decisões tão importantes? O monopólio da última palavra é saudável? Há como repartir a última palavra? Passa-se então, a análise da estrutura do Supremo Tribunal Federal como detentor da última palavra em sede de controle de constitucionalidade.

## **2. 2 Supremo Tribunal Federal, Democracia e Constitucionalismo**

Criado em 1828 (ainda pelo nome de Superior Tribunal de Justiça), o STF é o órgão judiciário brasileiro mais antigo. A nova concepção de poder judiciário trazida pela Constituição 1891 veio a colocar a Corte numa posição que seria inédita e duradoura no Direito brasileiro. Mas por que é do Supremo essa hegemonia?

Desde a criação da constituição escrita, já se falava em *Jurisdição Constitucional*, uma espécie de campo de defesa jurídica capaz de impedir que a Lei Fundamental sofra ataques que corrompam sua estrutura e conteúdo. Surgem na história para “defender” a constituição rígida dois sistemas: o norte-americano e o europeu (ambos os sistemas são dificilmente encontrados em estados de pureza, atualmente). O sistema norte-americano é caracterizado principalmente por um controle difuso/incidental da constitucionalidade das leis, de natureza técnico-jurídica, surgindo a partir de casos concretos. Já no modelo europeu, o controle deve ser concentrado, quer dizer, um sistema de natureza política e ideológica, onde os supostos ataques à Carta Magna ou as dúvidas sobre a constitucionalidade das leis são decididos por um único órgão diretamente provocado (SILVA, 2012, p. 557). Esses dois polos descritos por inúmeros autores não resistiram ao avanço da prática constitucional brasileira que acabou por se tornar um sistema bastante complexo e variado, combinando os dois modelos (SEGADO, 2005). Predominantemente, tem-se o Supremo Tribunal Federal

como fim dos dois processos (abstrato e concreto) no Brasil. Nesta análise, seria do STF a última palavra.

Geralmente os defensores e críticos do Supremo como detentor da última palavra se concentram em volta de uma mesma questão: “Se todo o poder emana do povo, como pode um órgão não democraticamente eleito tomar decisões importantes sobre o futuro do país? Quem lhe deu este poder?” Um defensor do Supremo rapidamente responderia que quem deu este poder aos ministros foi a Constituição de 1988. De fato, como já mencionado no fim do último tópico, é do Supremo a competência precípua de guardar a constituição. O debate é bem mais antigo do que se pode supor. Conrado Hübner Mendes (2011, p. 23) destaca que uma oposição histórica entre cortes e parlamentos reflete um debate entre dois ideais políticos: constitucionalismo e democracia. Os estados modernos ocidentais, contudo, sempre se mostraram dispostos a conciliar os dois ideais políticos, como se fossem componentes de um Estado mais justo e íntegro: as democracias constitucionais.

Logo, o Estado moderno precisava tanto de representação democrática, para dar legitimidade às decisões que afetariam todos os cidadãos, como de uma constituição que limitaria o poder político dos governantes. É essa mesma necessidade de limitação do poder que instituiu a teoria clássica dos três poderes, por exemplo. Ao considerar que o Estado de Direito precisava conciliar democracia e constitucionalismo, pode-se usar o argumento de que “se a constituição é suprema e deve ser obedecida, inclusive pelo legislador, deve existir um agente controlador externo que fiscalize tal obediência” (MENDES, 2011, p. 24).

### **2. 3 O Supremo Tribunal Federal como Agente Controlador Externo**

A dinâmica do constitucionalismo brasileiro caminhou para um sistema onde cabia ao judiciário decretar a última palavra. O *judicial review*, importado da doutrina americana, consistia em dar competência aos juízes para dizer o que era ou não compatível com a constituição.

Supõe-se que em decorrência de instabilidade institucional brasileira, a qual acarretou inúmeras quebras de ordem constitucional, por meio de confrontos, outorgas e promulgações de Textos Magnos no Século XX, o STF não se estabilizou, em um primeiro momento, como um órgão de impacto político significativo. A mudança de paradigma aconteceria após a Segunda Grande Guerra, quando se observou uma tendência mundial para a judicialização das decisões políticas.

Conforme chama a atenção Luís Roberto Barroso (2013, p. 869), até mesmo países que não costumavam adotar o controle de constitucionalidade, como a Inglaterra (onde vigora o princípio da “supremacia do parlamento”), sentiram sinais dessa doutrina constitucional. Barroso (2012, p. 23) destaca que:

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. Os exemplos são numerosos e inequívocos<sup>7</sup>.

Ainda, segundo o mesmo autor, a judicialização da política se observa quando “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2012, p. 24).

Há quem defenda uma distinção epistemológica entre “ativismo judicial” e “judicialização da política” (POZZOBON, 2011, p. 105). Os sentidos divergem quanto a quem lidera a mudança de paradigma. Enquanto no ativismo judicial, os juízes se “intrometem” em decisões de grande impacto político, na judicialização da política o próprio Estado ou sua estrutura caminha no sentido de dar mais poder ao judiciário. Embora diferentes, os fenômenos não se opõem, mas sim caminham num mesmo sentido.

O Professor Marcus Faro de Castro (1997, p. 241) elenca três motivos para uma expansão do poder judiciário no Brasil. O primeiro e mais explícito motivo teria sido um aumento da “mobilização social” através dos processos judiciais, principalmente de indivíduos contestando reformas políticas que tentavam superar o populismo econômico de governos anteriores. O segundo motivo, uma maior e mais assertiva atuação dos juízes (ativismo judicial em sentido estrito), passa quase a fazer parte do senso comum a ideia de que uma democracia moderna precisa de um judiciário forte e independente. E finalmente, o terceiro motivo elencado aponta as mudanças institucionais trazidas pela Constituição de 1988. Estes três fatores relacionados teriam sido determinantes para um avanço da judicialização da política no Brasil.

Em adição a esses três motivos elencados acima, outras causas prováveis e muito interessantes que podem ser adicionadas a este rol são: a) uma desilusão dos cidadãos com a política majoritária (uma crise de identidade com os políticos eleitos) e; b) uma tendência dos parlamentares em empurrar para o judiciário casos polêmicos (BARROSO, 2013, p. 870). Não é interessante, por exemplo, para um deputado discutir assuntos controversos como o

---

<sup>7</sup> Barroso cita vários exemplos no direito estrangeiro da tendência. Como, por exemplo: a decisão pela Suprema Corte canadense sobre permitir o teste de mísseis americanos em solo nacional; o estágio final das eleições de 2000 nos Estados Unidos, com o julgamento do caso *Bush vs. Gore*; a Suprema Corte israelense decidindo sobre a constitucionalidade da criação de um muro na fronteira com o território palestino; entre outros.

aborto, direitos dos homossexuais e células-tronco. Suas opiniões públicas poderiam minar parte de seu eleitorado.

Considerando o último argumento usado para o crescimento do fenômeno no país, não é de se admirar que os políticos brasileiros sejam vistos, muitas das vezes, como culpados da judicialização da política. O próprio controle de constitucionalidade brasileiro precisou se aprimorar para atender ao grande problema da inconstitucionalidade por omissão, revelando casos de desídia das casas legislativas.

Segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 20):

Se em primeiro momento o STF limitou-se, ao reconhecer a omissão, a emitir determinadas orientações ao legislador, posteriormente foram empregadas técnicas como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e sentenças aditivas.

Se o STF sofre críticas quanto à sua legitimidade quando executa um papel de legislador negativo, as críticas tendem a crescer exponencialmente quando explora uma nova face de legislador positivo. É o que os constitucionalistas tradicionalmente chamam de “decisões manipuladoras ou normativas”. O controle de constitucionalidade por omissão não é novidade no Brasil, contudo nos últimos anos o Judiciário tem avançado em campos antes inexplorados.

Em 2007, a título de exemplo (embora possa ser considerado um *leading case*), o Supremo Tribunal Federal julgou três mandados de injunção sobre o direito de greve dos servidores públicos. A Corte tomou a revolucionária decisão de aplicar os efeitos da lei do setor privado às categorias de trabalhadores reivindicantes. Esta é uma decisão que ilustra bem o conceito de sentença aditiva. O judiciário sai de sua posição tradicional de intérprete passivo e toma decisões que não só dizem o que é direito, mas criam regulamentação jurídica.

Neste momento cabem duas análises a título exemplificativo de decisões da Suprema Corte brasileira com evidente caráter político. A primeira é referente ao julgamento das ADIs 4357 e 4425, em março de 2013, pelo plenário da Suprema Corte. A Emenda Constitucional nº. 62/2009 trouxe uma regulamentação polêmica para a temática dos precatórios: a Fazenda Pública poderia parcelar a dívida em até quinze anos, tendo preferência para receber os precatórios credores com mais de 60 anos, sendo permitidos leilões, onde os credores que oferecessem mais descontos teriam preferência no recebimento dos créditos. A questão era muita controversa, embora a nova regulamentação trazida pela emenda se mostrasse muito prejudicial aos credores da dívida, era uma forma reconhecida de incentivar que os numerosos casos envolvendo precatórios fossem resolvidos. A Corte terminou por considerar parcialmente procedente as alegações das ações diretas de inconstitucionalidade, nos termos

do voto do relator, Ministro Ayres Britto, acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Celso de Mello e pelo Ministro presidente, Joaquim Barbosa. Pela procedência das ADIs, em menor extensão, votaram os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Os Ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Dias Toffoli, contudo, optaram por votar pela improcedência total das ações.

A maioria da Corte não cedeu aos argumentos de que a emenda seria mais benéfica para a resolução dos problemas envolvendo precatórios. Imperou o entendimento de que o sistema escolhido pelo Congresso era mal estipulado e feria garantias constitucionais. Como se vê, uma matéria de alta aprovação no Congresso Nacional (aprovada pelo quórum de uma emenda à Constituição) foi rejeitada pelo Supremo. O Min. Ayres Britto em seu voto desafia o parlamento a um trabalho mais empenhado:

É preciso que a criatividade dos nossos legisladores seja colocada em prática conforme a Constituição, de modo a erigir um regime regulatório de precatórios que resolva essa crônica problemática institucional brasileira sem, contudo, despejar nos ombros do cidadão o ônus de um descaso que nunca foi seu<sup>8</sup>.

Outra decisão a qual se destaca a título exemplificativo aconteceu no dia 18 de Abril de 2013, quando o Plenário do STF confirmou a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº. 8.742/1993). O trecho previa como critério para a concessão de benefício a idosos ou deficientes a renda familiar mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo. A maioria dos ministros entendeu que o critério era ineficiente para caracterizar a situação de miserabilidade. Ademais, foi declarada a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 34 da Lei nº. 10.471/2003 (Estatuto do Idoso). A Corte julgou a Reclamação (RCL) 4374, em consonância com os Recursos Extraordinários (REs) com repercussão geral 567985 e 580963, julgados na sessão anterior. O Min. Gilmar Mendes, em seu voto, fundamentou que mesmo o STF já tendo se pronunciado considerando constitucionais os dispositivos, agora, o STF não tomaria mais tal decisão. O relator citou um relaxamento dos critérios antigos para a concessão de benefícios com a onda de novas leis criando auxílios de variadas formas (bolsa família, por exemplo). Uma ampliação da assistência social, que legitimaria tal mudança de interpretação da Corte. Como se vê, a Corte levou em consideração tendências tomadas não só pela jurisprudência, mas também tendências desenvolvidas pelo legislativo. Ou seja, notadamente, uma decisão muito

---

<sup>8</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF julga parcialmente inconstitucional emenda dos precatórios. 2013.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233520>>. Acesso em: 04 de fevereiro, 2015.

mais política do que técnica, sendo vista de uma perspectiva tradicional. O STF pouco buscou legitimidade na Constituição e seus princípios, referindo-se a poucos critérios normativos. Segundo o Min. Gilmar Mendes, a norma passou por um “processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas, políticas, econômicas, sociais e jurídicas”<sup>9</sup>.

O que se pretende nesse ponto da discussão não é questionar se tais posicionamentos do STF foram corretos ou não, mas evidenciar o caráter político de muitas das decisões daquela Corte em sede de controle de constitucionalidade.

Concernente a tudo quanto exposto até aqui, destaca-se que o fenômeno do ativismo judicial (ou judicialização da política) tem potencial para grandes proporções quando se depara com uma constituição analítica e cheia de possibilidades de acesso a Suprema Corte, como a brasileira. O avanço do pensamento do Judiciário como “defensor onipresente” e o antigo temor do “governo dos juízes” acarreta uma chuva de críticas à atuação política do Judiciário.

## 2. 4 A Legitimidade das Decisões do Supremo Tribunal Federal em Questão

Atribui-se ao *judicial review* e ao seu conseqüente ativismo judicial geralmente uma grande variedade de críticas, todas com fontes semelhantes. A seguir, serão explanadas algumas das críticas mais comuns feitas ao judiciário como detentor da última palavra no ordenamento jurídico brasileiro.

Questiona-se se o Judiciário estaria apto para avaliar a constitucionalidade dos atos de órgãos políticos, sendo ele próprio um órgão que não é imune à influência da política. Sendo assim, conforme anota Conrado Hübner Mendes (2011, p. 91-92):

*[...] deve-se perceber que a corte não está fora da política e não é o agente neutro que às vezes se supõe. Especialmente quando se trata de interpretar a constituição, as posições são controversas e a opinião judicial não soluciona o desacordo. Apenas adiciona uma interpretação possível, mas com um custo para a democracia: essa opinião vem enfeitada com os adornos de uma linguagem aparentemente técnica, que esconde a manifestação de vontade e a afirmação de agendas ideológicas.*

O mesmo autor também destaca que “defender o direito das minorias não necessariamente é defender o lado correto” – um defensor do argumento que a falta do

---

<sup>9</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF declara inconstitucional critério para concessão de benefício assistencial a idoso.** 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>>. Acesso em: 04 de fevereiro, 2015.



*judicial review* causaria uma “tirania da maioria” costuma ignorar que a minoria nem sempre precisa ser defendida, e que nem sempre tem direitos legítimos a serem garantidos (MENDES, 2011, p. 92). Além do mais, “os juízes não estão simplesmente obedecendo às decisões constituintes originais. Estão tomando suas próprias decisões sobre questões controversas, disfarçadas atrás da capa do poder constituinte” (MENDES, 2011, p. 93-94).

Conrado Hübner Mendes (2011, p. 95-96) também destaca que: 1) “no controle de constitucionalidade, ao dar a última palavra, a Corte não é uma autoridade neutra como no processo comum” – as decisões de repercussão geral tomadas por uma Suprema Corte impactam todos os cidadãos e não se pode afirmar que o juiz seja totalmente “desinteressado” na causa; 2) “a corte pode falhar ao decidir o que é o certo em questões de princípio” – seria inútil acreditar que um tribunal constitucional fosse imune a erros, porquanto erros são perfeitamente possíveis; 3) “as pessoas têm opiniões diferentes sobre o que é o certo a se fazer” – e eventualmente há divergência de opiniões entre os juízes (muita das vezes com votações acirradas), demonstrando que o Judiciário não “detém” as repostas corretas para os problemas do país, mas que, assim como o parlamento, a corte contém homens propícios a tomarem decisões injustas (embora em menor probabilidade).

Com base em tais críticas, há os que defendem um controle político (e não judicial) de constitucionalidade no país e há quem, apesar de concordar com o *judicial review*, deseja um Judiciário menos expansivo. Como dito no início deste trabalho, o fato de o judiciário exercer funções atípicas não compromete a teoria da separação dos poderes e muito menos a ordem democrática. A ofensa tem sido notada pela quantidade. Antes, foi preciso moderar a democracia representativa para que não se vivesse uma “ditadura” do parlamento (para que não vigorasse por aqui a doutrina inglesa). Já hoje, a crise de legitimidade que o STF sofre é exatamente semelhante àquele temor, só que num sentido oposto.

Os críticos do ativismo judicial alegam que a balança constitucionalismo-democracia está desequilibrada e, dessa vez, carece de democracia. A discussão aumenta proporcionalmente ao volumoso número de decisões que o STF toma todos os anos de grande impacto político, moral e social. Logo, este segundo rol parece conter as críticas mais imediatas e diretas, indispensáveis a essa análise: 1) os juízes não representam o povo, nem promovem uma representação deliberativa; 2) a corte não traz os temas para o debate público, sendo tão fechada e técnica quanto o parlamento (MENDES, 2011, p. 95).

A primeira crítica pode parecer pueril num primeiro momento, caso se tenha em mente o papel clássico do juiz como intérprete da lei que dirime conflitos. No pano de fundo de uma revisão da teoria dos três poderes, no entanto, a crítica merece a atenção. Se por um

lado a tradição histórica nos países ocidentais é de dar liberdade e independência para o juiz, é também reconhecido que o juiz não pode se envolver com questões políticas. O juiz carece de legitimidade para decidir sobre política, uma vez que não foi diretamente escolhido por meio de um processo democrático.

Ademais, afirmar que o juiz contemporâneo é legítimo para tais decisões, pois exerce um papel técnico de “boca da lei”, sem influência de suas próprias ideologias ao decidir, é um raciocínio que vem sendo abandonado pelos estudiosos da hermenêutica jurídica. Hans Kelsen (1939), sobre a interpretação do direito, por exemplo, em sua Teoria Pura, entende que o acesso ao sentido real das normas por um simples ato de conhecimento é uma “auto-ilusão contraditória”. Se há o processo de interpretação, então há uma escolha, um processo que envolve o sujeito não como receptor-reprodutor, mas como um membro ativo da relação. A interpretação não estaria ligada somente a um ato de conhecimento, mas também a um ato de vontade. O juiz é, portanto, nessa perspectiva, um “criador de direito”. Diferente do legislador que tem um amplo campo e liberdade para a criação desse direito, o juiz precisa criar direito em fórmulas pré-estabelecidas, seja pelo Poder Constituinte ou pelo parlamento.

Se o STF cria direito, o questionamento quanto à legitimidade democrática parece pertinente, mas pode-se contra-argumentar que há sim representação, já que a escolha dos membros do STF é uma escolha política dos representantes. Parece descabido e confuso este último argumento, pois o STF, nos últimos anos, tem anulado decisões importantes tomadas por presidentes, casas legislativas e como tais, são representantes indiretos anulando decisões tomadas por representantes diretos. De todo modo, os Ministros do STF possuem alguma legitimidade.

A segunda crítica é também muito pertinente ao presente estudo. Já que os ministros do STF não podem ser diretamente escolhidos pelos eleitores (algo impensável para a tradição jurídica brasileira), poderiam tomar uma postura mais aberta que permitisse que os debates políticos da corte contassem com a participação da sociedade ativamente e, por que não interações com os outros poderes. Isto não é o que acontece no cenário brasileiro atual, onde os ministros não realizam nem mesmo uma deliberação interna mais desenvolvida. O STF tem votos individuais, sem muita discussão argumentativa entre seus membros, o que, com certeza, prejudica uma estrutura de debate das questões de forma participativa (SILVA, 2009, p. 217).

As duas críticas tocam no ponto central desse estudo: legitimidade das decisões do STF e a capacidade de deliberação interna e externa com a sociedade e os outros poderes.

Voltar-se-á à segunda crítica num segundo momento, mas, por ora, passa-se à abordagem dos aspectos teóricos quanto à(s) legitimidade(s) no controle de constitucionalidade.

### **3 LEGITIMIDADE(S) DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: bases teóricas**

Num primeiro momento, é importante ressaltar que não se pretende aqui esgotar a temática abordada, mas apenas de modo resumido e pontual abordar a contraposição entre as ideias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

Relevando a concepção de Dworkin, o controle judicial de constitucionalidade auxilia a configuração de um tipo melhorado de democracia, não havendo assim qualquer objeção democrática ao fato de juízes não eleitos pelo povo possam invalidar leis aprovadas pelos órgãos representativos. Isso significa dizer que o juiz de Dworkin admite extrapolar as decisões políticas tomadas pelo legislador e abertamente adentrar na criação judicial do direito (RAMOS & CASTRO, 2014, p. 05).

Na defesa de sua tese, Dworkin concebe que existem em uma democracia constitucional, necessariamente, duas dimensões, a da política e a dos princípios. Assim, o teórico faz uma distinção entre argumentos de política, na qual se justificam decisões de questões relativas aos interesses coletivos tais como as políticas públicas, que buscam promover benefícios gerais, voltadas a maximizar o bem-estar da comunidade e, argumentos de princípios, como aqueles relativos à proteção dos direitos individuais dos cidadãos. Neste aspecto, Dworkin entende que os legisladores podem utilizar ambos os argumentos, mas os juízes devem ser obrigados a decidir apenas com base em argumentos de princípios, embora o próprio autor evidencie que argumentos de princípio também possuem certa carga política (DWORKIN, 2005, p. 102). Assim, segundo Dworkin, quando juízes revisam decisões legislativas apropriando-se de argumentos de princípios não estão legislando, mas apenas impondo direitos morais sobre decisões legislativas, ou seja, garantindo direitos individuais contra decisões da maioria política e realizando, desse modo, uma leitura moral da constituição (DWORKIN, 1978, p. 184-205). Sendo assim, a justificação de um controle de constitucionalidade dos atos políticos, quer dizer garantir os direitos individuais contra a política e contra maiorias circunstanciais e ser a garantia de direitos que confere legitimidade ao controle de constitucionalidade. Estando, à leitura de Dworkin, na Suprema Corte (no judiciário em geral) o seu *locus* privilegiado e principal, pois é a instância capaz de realizar essa leitura moral da Constituição apropriando-se apenas de argumentos de princípios (DWORKIN, 2006, p. 02).

Em Dworkin há a defesa não apenas do controle judicial de constitucionalidade, mas principalmente da supremacia judicial, ou seja, o poder da Suprema Corte de dar a última

palavra sobre o significado da Constituição: "*no sistema norte-americano atual, essa autoridade [autoridade para compreender e interpretar os princípios morais nas leis]*<sup>10</sup>  *cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte*" (DWORKIN, 2006, p. 02-03).

Na contramão de Dworkin, Jeremy Waldron amplia o debate a respeito do controle de constitucionalidade trazendo à tona o poder legislativo como àquele detentor de meios mais propícios e legitimidade para dar a última palavra em sede de controle de constitucionalidade. Waldron reage à separação que Dworkin faz entre argumentos de princípios e argumentos políticos, pois, para aquele, essa separação é artificial e restringe o desacordo apenas a questões referentes às metas sociais, inviabilizando a discussão na esfera político-representativa sobre os direitos fundamentais, quer dizer, Waldron aduz que justificar o controle de constitucionalidade a partir da ideia de que direitos devem funcionar como trunfo contra decisões legislativas majoritárias ignoraria o desacordo moral existente em sociedades plurais, ignoraria, por assim dizer, o fato de que as pessoas têm concepções diferentes sobre os seus direitos mais básicos (do mesmo modo que têm opiniões diferentes sobre política social e políticas públicas) (WALDRON, 1999, p. 11).

Segundo Waldron, a separação proposta por Dworkin seria simplesmente impossível, pois faz parecer que em todas as questões de princípio existiria sempre uma resposta correta a que somente o judiciário poderia chegar. Afirma ainda que parece ter sido construído um retrato idealizado da atividade julgadora do poder judiciário - a exemplo da figura mítica do juiz Hércules, criada por Dworkin -, ao passo que o Parlamento foi abandonado pelos juristas (WALDRON, 2003, p. 02). Por conta disso, faz-se necessário redignificar o Legislativo e, recuperada a dignidade da legislação, os parlamentares revelar-se-iam superiores no processo de deliberação. Assim, na busca de consagrar a legislação como uma fonte digna do direito, Waldron procura dar respostas às crítica comum que se faz à legislação majoritária acusada de ser arbitrária e meramente contingente, uma soma de números.

Waldron enfatiza que a diferença entre legislação e a decisão da corte é de ordem representativa, não de método decisório, pois a própria corte aplica o método de tomada de decisão segundo a regra da maioria ao decidir questões envolvendo direitos fundamentais. Waldron quer chegar à conclusão de que se o direito está submetido constantemente ao controle judicial de constitucionalidade os direitos fundamentais estão, em verdade, antes em risco do que protegidos (WALDRON, 1993, p. 13), tanto que a justificativa disso está no fato de que no *judicial review* as decisões finais de questões fundamentais aos cidadãos em geral

---

<sup>10</sup> Complemento nosso.

cabem aos tribunais, órgão não representativo e sem credenciais democráticas que decidem tópicos complexos e controversos. Assim, tendo a necessidade de eleger um procedimento para decidir esses casos, o processo democrático seria preferível (GALVÃO, 2010, p. 148).

Se se é admitida a regra da maioria para as decisões das cortes, essa mesma regra não deveria ser criticada quando aplicada pelo Parlamento, defendendo Waldron. Esse autor entende que os desacordos morais que existem em todas as sociedades plurais são muito complexos e multifacetários para serem resolvidos pela lógica binária certo/errado das decisões judiciais. Ele questiona a constitucionalização dos direitos, sobretudo quando somada à revisão judicial, pois alega a perda da autonomia individual e da responsabilidade moral dos indivíduos. O controle judicial de constitucionalidade, portanto, levaria à diminuição dos indivíduos como atores políticos e morais responsáveis por resguardarem seus próprios direitos, por meio daquele que é o direito dos direitos: a participação democrática (RAMOS & CASTRI, 2014, p. 07).

### **3.1 O Fórum de Princípio em Ronald Dworkin:** a defesa da legitimidade do STF como detentor da última palavra em sede de controle de constitucionalidade

No famoso caso *Marbury x Madison*, que é praticamente a fonte de toda a doutrina do *judicial review* que se desenvolveu nos Estados Unidos, o juiz John Marshall usa argumentos lógicos para a legitimidade da prática, vendo a criação do Direito pela Suprema Corte como não-política. Em contrapartida, Dworkin (2005) entende que decisões do judiciário, de certa forma, “*devem ser políticas em algum sentido*”, porquanto em muitos casos, a decisão de um juiz será aprovada por um grupo político e reprovada por outros, uma vez que esses casos têm consequências nas controvérsias políticas. Sendo assim, Dworkin se preocupa com os fundamentos destas decisões políticas, se serão argumentos de princípio ou argumentos políticos.

Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 204) resume a visão que Dworkin tem de uma democracia constitucional como composta de duas dimensões, conforme já abordado anteriormente: a política, “na qual os membros de uma comunidade decidem em conjunto questões relativas aos interesses coletivos”; e a dimensão dos princípios, “relativa à proteção dos direitos individuais dos cidadãos”. Uma suprema corte, como o Supremo Tribunal Federal brasileiro, representa um “fórum de princípio”, onde os direitos individuais são “trunfos” frente ao legislativo e a política.

A doutrina de Dworkin (2005) trata de forma revolucionária a legitimidade do *judicial review*, excluindo dois argumentos comumente usados para justificar o ativismo de uma Suprema Corte: 1) a intenção dos Constituintes – a Corte seria legítima para tomar decisões aparentemente políticas, pois busca legitimidade na vontade dos constituintes que instituíram o Estado e suas garantias, embora não seja uma decisão técnica (baseada nas normas constitucionais), foi tomada buscando o espírito do constituinte; 2) decisões não substanciais – uma Suprema Corte não decidiria questões substanciais, mas apenas processo, assim não estaria ferindo a democracia, e, portanto, seria legítima.

Para o autor, ambos os argumentos não se sustentam, porquanto buscar a intenção do constituinte não isenta a decisão de uma carga política; e decisões de uma suprema corte não podem evitar tocar em matérias substanciais, já que a Corte precisa reafirmar “que direitos as pessoas têm” (DWORKIN, 2005, p. 102).

Dworkin (2005, p. 103) acredita que o melhor que se pode fazer é “trabalhar, abertamente, e com boa vontade, para que o argumento [nacional] de princípio oferecido pela revisão judicial seja o melhor argumento de nossa parte”. A justiça dessa forma, continua o autor:

[...] leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum de princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o homem e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião, nem de profecia. Chamo isso de Direito (DWORKIN, 2005, p. 103).

Aceitando-se o argumento de que existem princípios a que o parlamento não pode tocar, valores que, mesmo contra majoritários, são legítimos, é justificável que se disponha de um órgão que proteja e discuta esses “princípios”. Tais questões de princípio não podem ser tratadas como questões políticas. Assim, as decisões do STF, partindo-se das considerações do referido autor, têm legitimidade, pois garantem direitos e tutelam questões de princípio.

### **3. 2 Jeremy Waldron e a Busca pela Dignidade da Legislação**

Conforme brevemente explanado no início desse capítulo, a doutrina de Jeremy Waldron se desenvolve em sentido diferente da de Dworkin. Para o autor neozelandês, o poder legislativo é o mais legítimo para dar a última palavra em sede controle de constitucionalidade e tem meios mais eficazes para fazê-lo. Não se sustenta, na visão do autor, o argumento de que direitos fundamentais funcionam como “trunfos” contra decisões

majoritárias do legislativo, pois as pessoas têm concepções diferentes acerca desses direitos (SILVA, 2009, p. 204). Se há essa divergência de opinião (até mesmo os ministros do STF, muita das vezes, não se esforçam em chegar a um consenso), o correto seria dar aos cidadãos, devidamente representados, a escolha de qual interpretação desses direitos deve ser adotada.

Jeremy Waldron (2003), de modo geral, critica a forma como os juízes monopolizam decisões vinculantes, inviabilizando a participação popular. O autor tenta resgatar argumentos do majoritarismo. De fato, nos últimos séculos o direito constitucional tem presenciado um aumento de críticos ao raciocínio da democracia majoritária, principalmente devido ao crescimento do rol de direitos defendidos pelas constituições. Embora cortes como o STF sejam compostas por homens supostamente preparados tecnicamente e experientes, isto não é suficiente para que lhes sejam dada legitimidade para “qualquer decisão”. O *judicial review* moderno trataria os juízes como “super-heróis”, segundo a argumentação de Jeremy Waldron.

Tendo em vista esse “abandono” do legislativo pelos juristas contemporâneos, e sua posição indigna como órgão legítimo para decidir questões fundamentais, Jeremy Waldron (2003, p. 5) busca resgatar a “dignidade da legislação” e, a posição de prestígio do Parlamento.

Consoante Jeremy Waldron (2003, p. 5):

Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, seja um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.

O autor usa um interessante argumento para defender a legislação, alega o autor, que até mesmo as cortes constitucionais usam o majoritarismo. Se as decisões de assuntos delicados pelo legislativo são indignas porque a maioria pode estar errada, as Cortes constitucionais deveriam seguir tal raciocínio, mas não o fazem. Um juiz que vota destoando de todos os demais ministros do STF, por exemplo, e tem suas considerações completamente ignoradas, podia estar correto, podia estar defendendo um ponto de vista adequado.

Essa resumida exposição sobre os pensamentos de Dworkin e Waldron, e mesmo outros debates sobre o tema que existem na literatura, apresentam certo maniqueísmo, como se a resposta estivesse nas alternativas “todo o poder aos juízes” ou “todo o poder ao legislador”. O que se pretende apresentar como mais plausível é a existência de outras possibilidades de arranjos institucionais diversos que transponham essa contraposição simplista. É justamente sobre essa possibilidade de diferentes arranjos institucionais que este trabalho tem como um dos objetivos explicar até o final da exposição.



### 3. 3 Superando o Engessamento dos Três Poderes

Frequentemente as perspectivas destoantes de Dworkin e Waldron e o confronto das duas teorias são citados nas discussões da legitimidade do *judicial review*. Parece ter sido tradição dos juristas, no século passado, um estudo “engessado” que necessita dar a última palavra ao “judiciário” ou ao “legislativo”, não considerando um sistema que prestigie todos os poderes na difícil tarefa de dizer o que é a constituição, e que direitos são garantidos por ela.

Para superar essa visão dicotômica, é necessário abandonar a ideia fictícia de que o judiciário e o legislativo ainda estão presos às funções clássicas referidas na introdução deste trabalho.

Para M. Nobre e J. R. Rodrigues (2011, p. 07):

[...] é ainda dominante no debate público brasileiro a ideia de que o Judiciário é (e deve ser) o último bastião da “técnica”. O que se exige sempre é que a decisão judicial seja uma “decisão técnica”, o que significa pouco mais do que dar nova roupagem à velha metáfora formalista do “juiz boca da lei”.

Como anteriormente exposto, o próprio Ronald Dworkin e sua afiada defesa do judiciário como detentor da última palavra, concorda que esta função clássica do juiz não existe mais, se é que algum dia tenha existido. Os poderes não mais ostentam a estrutura clássica que mantinham.

Para Daniel Sarmiento (2009), o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória.

O STF pode ser reconhecido como um fórum de princípio. Nos últimos anos, ele defendeu inúmeras questões que tinham sido negligenciadas pelo Congresso Nacional, ou até mesmo decididas de forma injusta por esses legisladores, mas é importante atentar para a “disseminação de um discurso muito perigoso, de que voto e política não são tão importantes, pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF” (SARMENTO, 2009). Este pensamento atenta não só contra a teoria da tripartição, mas principalmente atenta contra a própria democracia, democracia esta não entendida no seu aspecto majoritário, mas no sentido amplo de democracia constitucional. É pertinente questionar: até onde é seguro abrir mão das questões políticas do país e depositá-las nas mãos de um grupo de homens sujeitos a falhas técnicas e morais?

Deve-se haver cautela nessa resposta. Abandonar a última palavra do STF (um fórum de princípio) é extremamente desaconselhável. O órgão se mostra essencial para a garantia da

efetividade dos direitos constitucionais, além do combate às omissões legislativas e à desídia dos representantes políticos. Se por um lado é difícil seguir sem o STF, nada impede uma mudança de paradigma que restaure o equilíbrio entre democracia e constitucionalismo no Brasil.

Parece proveitoso deixar para trás a visão engessada dos três poderes; onde um Poder não pode interagir com o outro; onde um só pode decidir “por cima” do outro, sem um processo de deliberação, discussão e diálogo. Abandonar a visão que embasa as ideias de “judicialização da política” e de “ativismo judicial” não significa abdicar de um sistema constitucional normativo com o qual se está acostumado. A mudança é menos radical. Trata-se de, segundo a proposta de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 217): “dar um passo atrás em relação a uma teoria normativa por demais determinada, que bloqueia tanto uma boa descrição dos conflitos como o surgimento de alternativas para encontrar as melhores fórmulas institucionais de seu regramento democrático”.

Ultrapassada a barreira normativa e histórica do engessamento institucional dos três poderes, abre-se um caminho para propostas de arranjos institucionais diversos que garantam tanto uma interação decisória entre o Supremo e o Congresso Nacional, como uma repartição de competências, onde a última palavra não precise ser monopolizada e o cidadão consiga se aproximar do debate público que lhe interessa prioritariamente.

#### **4 PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES: deliberação e formas alternativas de controle de constitucionalidade**

Os debates em torno da ideia de democracia deliberativa têm sido um dos principais temas de discussões no âmbito da ciência política, da filosofia e do direito constitucional. Embora majoritariamente o foco desse debate seja os poderes políticos (legislativo e executivo) e a sociedade civil organizada, considera-se que o poder judiciário tem um potencial ainda pouco explorado no que diz respeito às práticas deliberativas, a despeito do seu inegável caráter contra majoritário no exercício do controle de constitucionalidade (SILVA, 2009, p. 212).

Neste ponto, observa Rawls (1993, p. 231) que a Suprema Corte dos Estados Unidos e tribunais semelhantes têm tudo para serem *locus* por excelência da deliberação racional e da razão pública, pois ao contrário do que ocorre com os poderes políticos, os membros de um tribunal não podem invocar a sua moralidade, religiosidade e ideologias pessoais para fundamentar suas decisões. Sendo assim, as decisões de um tribunal de cúpula - como a Suprema Corte, os tribunais constitucionais europeus e a Supremo Tribunal Federal brasileiro - têm como refletir valores políticos de justiça e razão pública.

Jürgen Habermas, num contraponto, tenta formular em sua ética do discurso um contexto ideal de comunicação capaz de incluir, em condições de igualdade e liberdade, todos os participantes do processo comunicativo, apresentando a esfera pública como o espaço privilegiado em que as normas emergentes do mundo da vida são racionalizadas pela comunicação para então poderem, por meio do processo decisório, ter espaço no âmbito estatal (HABERMAS, 2003, p. 154-210). Essa esfera pública em Habermas é definida como um fenômeno social elementar que não pode ser entendida como uma instituição ou uma organização, já que é construída em uma rede de comunicação de conteúdos, em que os fluxos de comunicação se tornam opiniões públicas (HABERMAS, 2003, p. 92). A proposição de Habermas é conciliar a soberania popular e o Estado de Direito (garantidor e promotor de direitos), fato que propicia a possibilidade de vislumbrar um diálogo institucional entre os poderes.

Diante dessa breve consideração sobre o que seria democracia deliberativa, a possibilidade do poder judiciário nesse contexto, bem como a possibilidade de uma interação dialética entre os poderes tendo por base a teoria de Habermas, faz-se necessário relevar as premissas consideradas por Ferejohn e Pasquini (2002, p. 35) ao compararem os modelos norte-americano e europeu de controle de constitucionalidade. Para esses autores, quando se

entende o controle de constitucionalidade como parte integrante do processo deliberativo em sentido amplo e de interpretação da constituição, a diferença principal entre esses dois modelos se desloca para a contraposição entre duas formas distintas de deliberação: a deliberação interna e a deliberação externa.

Segundo os autores supracitados, a deliberação interna envolve a troca de razões e argumentos no interior de um grupo no intuito de fazer com que esse grupo, como um todo, decida em uma determinada direção. Já a deliberação externa consiste no esforço de convencer atores externos ao grupo (FEREJOHN & PASQUINI, 2004, p. 1692). No caso dos Tribunais, então, a deliberação interna diz respeito ao fluxo de argumentos entre os juízes, ou seja, no interior do próprio tribunal ou corte; já a deliberação externa diz respeito ao fluxo de argumentos entre o tribunal e o mundo externo a ele (SILVA, 2009, p. 213).

Tendo em vista a comparação entre o modelo europeu e o norte-americano (do qual o STF mais se aproxima) é possível perceber diferenças cruciais entre os dois modelos. No modelo europeu, a deliberação é, sobretudo, interna, raramente há audiências e sustentações orais, os juízes não dialogam com advogados e as decisões são tomadas a portas fechadas, em muitos casos, sem a possibilidade de votos divergentes tendo como consequência a tentativa de uma decisão única, institucional, clara, objetiva e de consenso, havendo, mesmo que forçosamente, um maior e verdadeiro diálogo interno na deliberação de questões controversas. Já no modelo norte-americano, em que a deliberação é, sobretudo, externa, os juízes praticamente não interagem entre si e não deliberam no sentido estrito da palavra, sendo um trabalho isolado e individual de persuasão e defesa em relação às opiniões pessoais (SILVA, 2009, p. 213-214).

De todo modo, o mais relevante sobre essa discussão é considerar qual o tipo de deliberação judicial é mais condizente a uma democracia constitucional. A resposta a essa questão não é única, pois se entende que os dois tipos de deliberação podem ser importantes numa análise que transpõe as considerações e diferenciações feitas por Ferejohn e Pasquini, porquanto as deliberações internas e externas não precisam ocorrer, necessariamente, da maneira descrita por esses autores. A verdade é que, de um lado, é preciso que um tribunal superior, no exercício do controle de constitucionalidade, delibere como instituição de maneira clara, objetiva e sempre que possível, expressando unicidade, ou seja, possua uma deliberação interna. Por outro lado, o papel de deliberações externas as quais, sobretudo, seriam para chamar a atenção da sociedade civil para questões importantes e propiciar um diálogo entre tribunal e sociedade civil ou entre tribunal e poderes políticos, não precisam ser realizados por meio de uma fragmentação da deliberação e de uma desagregação

argumentativa que seriam, na análise acima descrita, características do diálogo externo (RAMOS & CASTRO, 2014, p. 10). Assim, como lembra Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 2015), a tarefa de propiciar um diálogo entre o tribunal e os outros autores - quaisquer que sejam - pode ser exercida pelos juízes em seu atuar individual e por um diálogo externo entre os poderes, um *diálogo constitucional*.

A partir daqui, surge a necessidade de discorrer, mesmo que brevemente, sobre as formas alternativas de controle de constitucionalidade, de modo que se possa chegar ao entendimento de como suscitar um diálogo entre poderes constitucionais tendo em vista os novos arranjos institucionais.

Concernente a essa questão, um dos principais debates da atualidade em relação ao controle de constitucionalidade é a discussão institucional daquilo que se convencionou classificar como formas fortes e formas fracas de controle de constitucionalidade. Existe uma quantidade muito grande de estudos e literatura voltada para o tema, tanto nos Estados Unidos, quanto na Europa e Austrália e, sobretudo, no Canadá, uma vez que o modelo canadense costuma ser apontado como o paradigma de modelo alternativo.

No âmbito dessa discussão, o cerne da questão é a superação da ideia de que o controle de constitucionalidade seria simplesmente a submissão das leis à guilhotina anuladora judiciária, mas trazer à tona a possibilidade, pouco explorada, que é o diálogo entre o judiciário e o legislativo. Assim, entende-se que a possibilidade desse diálogo tem relação direta com a facilidade [ou dificuldade] daquilo que se convencionou chamar de "superação legislativa", ou seja, da faculdade propiciada ao legislador de poder rediscutir as decisões tomadas no âmbito do controle judicial de constitucionalidade e, se necessário, de superá-las (SILVA, 2009, p. 19).

Partindo desse ponto de vista, modelos como o norte-americano e os da grande maioria dos países europeus podem ser considerados como modelos fortes de controle de constitucionalidade [o modelo brasileiro é concebido como forte ou até mesmo *ultra forte* por autores como Virgílio Afonso da Silva]. Isso ocorre, pois uma eventual superação de uma decisão de inconstitucionalidade declarada pela Suprema Corte ou por um tribunal constitucional só poderia ocorrer se fosse emendada a constituição, o que costuma ser algo difícil e excepcional. Já os modelos como o canadense e o inglês, por exemplo, são modelos considerados modelos fracos de controle de constitucionalidade. No caso do Canadá, o legislador pode, após uma decisão judicial de inconstitucionalidade, repromulgar a lei declarada inconstitucional e até imunizá-la temporariamente contra futuras decisões judiciais de inconstitucionalidade (RAMOS & CASTRO, 2014, p. 11). No caso inglês, as decisões de

controle de constitucionalidade, instituído pelo *Human Rights Act*, de 1998, não vinculam totalmente o legislador, sendo apenas decisões de incompatibilidade, mas não de invalidez (SILVA, 2009, p. 20). Em ambos os casos, percebe-se que o legislador tem a possibilidade de reabrir o diálogo no tocante à constitucionalidade, se assim achar conveniente.

Num primeiro momento, pode parecer que os modelos fracos de controle de constitucionalidade, nada mais são do que uma soberania do parlamento. No entanto, considerando a análise realizada por Silva (2009, p. 217-218), essa primeira percepção é, no mínimo, equivocada. Veja-se: 1. a percepção de que em verdade haveria uma soberania do parlamento ignora o valor do debate, pois decidir em única ou última instância (soberania parlamentar) é diferente de decidir após o pronunciamento de um tribunal que muitas vezes cria um *ônus deliberativo* difícil de ser superado; 2. imaginar que a mera "possibilidade de o legislador superar as decisões judiciais é equivalente à inexistência de controle é equivocada porque ignora a experiência concreta", pois no Canadá, por exemplo, onde o modelo já existe há mais tempo, estudos demonstram que, apesar de ter a competência, o Legislativo quase nunca se utiliza desse expediente, já que a existência de uma decisão de um tribunal de cúpula cria um *ônus político* que os legisladores poucas vezes estão dispostos a enfrentar; 3. "por fim, pensar que a possibilidade de superação legislativa de decisões judiciais de inconstitucionalidade seria conferir a última palavra ao legislador é equivocado porque compreende o controle de constitucionalidade como processo apenas no sentido jurídico-formal da palavra", sendo que ao entender esse processo como um diálogo, logo se percebe que esse diálogo não dá, nem ao judiciário nem ao legislativo, a palavra final.

Agora, surge o ponto chave do presente trabalho. Diante de tudo o que se expôs, onde se encaixa o modelo brasileiro, como se dão as deliberações do Supremo Tribunal Federal em sede controle de constitucionalidade e quais as perspectivas para o modelo brasileiro tendo por base as formas alternativas de controle de constitucionalidade?

#### **4. 1 Supremo Tribunal Federal:** o modelo brasileiro em perspectiva comparada

O modelo brasileiro é claramente inspirado no modelo norte-americano. Assim, o Supremo Tribunal Federal também foi criado inspirado na Suprema Corte dos Estados Unidos. Considerando a classificação tradicional, o sistema de controle de constitucionalidade instaurado no início da República era um sistema evidentemente difuso e de controle posterior da lei.

No tópico 2.1 do capítulo 2 deste trabalho foi realizada uma abordagem histórica da evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, entretanto considerou-se pertinente nesse momento realizar um resumo histórico geral e delimitar alguns marcos legislativos sobre o controle judicial de constitucionalidade no Brasil.

Historicamente, a Constituição de 1891 inaugurou, em termos constitucionais positivos, o modelo brasileiro de controle jurídico-difuso de constitucionalidade. Nesse contexto, Ruy Barbosa, inspirado no Direito Constitucional americano, teve especial influência. Essa Constituição reconheceu a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das justiças dos estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais. Com o advento da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, ficou reforçado ainda mais o modelo judicial de controle de constitucionalidade, estando consolidada, dessa forma, a competência judicial para controlar a constitucionalidade das leis no Brasil.

Após décadas mantendo a fidelidade ao modelo norte-americano o sistema brasileiro passou a sofrer um longo processo de *concentração* tendo sido decisivos nesse processo os anos de 1934, 1965, 1988, 1993, 1999 e 2004.

Em 1934 foi criado o primeiro mecanismo em ação direta de inconstitucionalidade, limitada, no caso, apenas aos casos de processo de intervenção federal. Em 1965 foi criada a figura da representação de inconstitucionalidade por meio de uma emenda à Constituição.

Com a Constituição de 1988 houve inúmeras alterações no modelo brasileiro, todas elas, de certo modo, ampliando os poderes do Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade criou-se também a ação direta de inconstitucionalidade (com mais agentes competentes para a sua propositura), o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Em 1993, foi promulgada a Emenda Constitucional nº. 3, a qual criou a ação declaratória de constitucionalidade.

Em 1999, por meio das Leis nº. 9.868 e 9.882, foi regulamentado com maior clareza procedimental o processo de controle de constitucionalidade no Brasil, com nítida tendência *concentradora* e *vinculante* do controle de constitucionalidade.

Em 2004, com a Emenda Constitucional nº. 45, implantou-se a súmula vinculante e a exigência de demonstração de repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário no STF. Todas essas ações apontam para o fato de um movimento de concentração do controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, ao contrário do que se poderia pensar, esse movimento de concentração não significou um caminho para os moldes do modelo europeu de controle de constitucionalidade. Levando em consideração as classificações clássicas prévio/posterior e difuso/concentrado, o sistema brasileiro já era *a posteriori* como o europeu, sendo que a única variável que os diferenciava era a maior concentração de competências dos tribunais constitucionais europeus. Com o aumento notório dessa concentração também no Brasil, o Supremo Tribunal Federal estaria definitivamente se aproximando do modelo de um tribunal constitucional nos moldes europeus, o que, de fato, não aconteceu (RAMOS & CASTRO, 2014, p. 13).

Embora a evolução brevemente descrita evidencie uma aproximação do modelo brasileiro do modelo europeu, todas as demais características do STF (a forma de nomeação dos ministros, a vitaliciedade, as sessões públicas, as sustentações orais, a publicação de votos divergentes como regra e não como exceção e, sobretudo, a forma de decisão, individual e não concatenada) continuam a ser, como sempre foram, uma cópia do modelo norte-americano.

Sendo assim, o modelo brasileiro pode ser considerado como um modelo extremo de deliberação externa, afastando-se por completo dos modelos continentais europeus por razões como: "1) quase total ausência de trocas de argumentos entre ministros [...]; 2) inexistência de unidade institucional e decisória [...]; 3) carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal" (SILVA, 2009, p. 222).

Em relação à contraposição entre modelos fracos e fortes de controle de constitucionalidade, ou seja, entre modelos que permitem maior diálogo entre os poderes, o modelo brasileiro pode ser considerado como *ultra forte*. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 223), além de o modelo brasileiro reunir as características típicas dos modelos fortes, tem uma constituição com um amplo rol de dispositivos imodificáveis, as "cláusulas pétreas", o que limita ainda mais a possibilidade de um *diálogo constitucional*.

No tocante ao modelo dialógico de se pensar a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade, considerado como um exemplo de prática jurisdicional mais democrática, tendo em vista a complexidade das questões decididas em sede de controle de constitucionalidade, diferentes decisões inovadoras dos Tribunais e Cortes Supremas de diversos países como Índia, África do Sul, Hungria, Colômbia e Argentina têm assumido e expressado tal modelo (GARGARELLA, 2008, p. 169-172; 315-320). Na Colômbia, por exemplo, a Suprema Corte propôs a criação de diversos mecanismos destinados a promover o diálogo entre os poderes, tais como a mesa de diálogo, na qual se reúnem representantes das



diversas esferas de governo, empresas ou grupos particulares que têm interesses no conflito e, em casos de grande relevância institucional, a Suprema Corte estabelece pautas e prazos para a resolução da questão, ao invés de impor soluções concretas (GODOY, 2012, p. 148).

#### **4. 2 O Modelo Brasileiro em Questão: diálogo institucional e perspectivas**

Para Kent Roach (2001, p. 296), o debate entre os poderes deve permitir uma atuação em equipe, na qual um compensa as fraquezas (miopia) do outro. Para esse autor não há uma resposta correta e ainda que existisse, a teoria do diálogo institucional não está apta a fornecê-la. O que o diálogo tem o condão de fazer é tornar o debate sobre questões constitucionais sérias mais amplo, aberto, transparente, autoconsciente e crítico e, por essas razões, ele pode reforçar o potencial democrático do sistema como um todo. Roach (2001, p. 297) afirma preferir, em dúvidas, o diálogo franco a qualquer monólogo, seja ele oriundo da supremacia judicial, seja da soberania do parlamento.

Quando se trata de perspectivas relativas a uma determinada temática, invariavelmente, surge a palavra propostas e, nesse caso, propostas de modificação de um modelo institucional. O Brasil tem experiência no que diz respeito a tentar importar um modelo estrangeiro pronto, afinal copiou quase que totalmente o modelo norte-americano em 1891. Entretanto, o país de hoje é mais maduro e os erros do passado não podem mais ser repetidos. Importar um modelo pronto implica, nesse contexto, dentre outras coisas, uma mudança radical no atual texto constitucional, sobretudo, rechaçar as peculiaridades do país.

Assumir uma postura realista e pragmática em relação às possibilidades de aperfeiçoamento pode gerar frutos proveitosos. A verdade é que propostas institucionais completamente inovadoras e ilimitadas estão fora de cogitação desde 1988, quando foi promulgada a constituição em vigor. Resta, então, lidar com essa constituição que se apresenta e não tentar ignorá-la.

Diante desse fato é preciso entender o STF como instituição que tenha voz única e não 11 vozes dissonantes. Já se evidenciou anteriormente que os ministros do Supremo Tribunal Federal não interagem entre si. Em sua engenharia atual não há uma deliberação interna que prima o consenso, clareza ou concessões mútuas entre os ministros. Além disso, a possibilidade de um diálogo constitucional provém da existência de possibilidade de diálogo entre instituições e parece clara a noção de que uma unidade institucional é pré-requisito para esse diálogo.

Evidencia-se que a intromissão (de um nos demais ramos) na separação de poderes é inevitável, sendo assim, a interação tradicional de rivalidade entre Legislativo e Judiciário representa um atraso no que poderia ser um espaço para discussão e debate entre os três poderes. Luís Roberto Barroso (2012, p. 16) dá destaque em sua recente doutrina a oportunidades de interação de duas naturezas: a) Capacidade Institucional – as matérias seriam separadas em áreas de atuação de cada instituto em que sobre algumas matérias o STF teria a última palavra, enquanto outras estariam nas mãos do Congresso Nacional e essa repartição seria de acordo com a “capacidade institucional” que cada órgão teria para decidir determinada questão da forma mais adequada; b) Efeitos Sistêmicos – teria, nesta doutrina, o Judiciário que praticar uma autocontenção quando percebesse que a decisão tomada em juízo teria “efeitos sistêmicos” profundos, efeitos estes que poderiam abalar toda uma categoria jurídica ou instituto criado politicamente pelo Congresso. O autor cita o exemplo clássico do ativismo judicial na petição de medicamentos, quando a indiscriminada prestação jurisdicional compromete as finanças da máquina estatal, sem um parecer dos órgãos políticos, órgãos estes que em tese devem saber melhor como controlar tais efeitos indesejáveis.

De fato, a segunda categoria pode muito bem ser absorvida como uma modalidade da primeira. Ambas advogam um sistema onde se reconhece que nem sempre o judiciário é o mais apto para dar a última palavra. “No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal” (BARROSO, 2012, p. 15).

Nesse contexto a discussão sobre o diálogo entre os poderes parece ter um campo fértil de possibilidades, principalmente quando se considera o controle de constitucionalidade por omissão. Arranjos institucionais podem ser criados para facilitar a interação dos poderes e, principalmente, podem-se usar os próprios arranjos constitucionais já existentes que por muito tempo foram subaproveitados no ordenamento jurídico vigente.

Um exemplo de arranjo já existente, e antigo por sinal, é o previsto no inciso X do artigo 52 da Constituição atual (mas já foi previsto desde a constituição de 1934): “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”. Neste arranjo, ve-se o poder legislativo como mero ratificador de algo já decidido pelos juízes, o que pode ser aperfeiçoado posteriormente, facilitando um real diálogo (embora o STF tenha se posicionado no sentido de que caberia ao Congresso apenas declarar a suspensão).

Ressalta-se que não se pode suprimir a supremacia do *judicial review*, que é inegavelmente benéfica, mas o que este trabalho propõe é que sejam criados arranjos que valorizem saídas alternativas, onde decisões impactantes que geram a sensação de “usurpação legislativa” acatem pareceres dos demais poderes. Ou até mesmo se reconheça que o judiciário nem sempre é o órgão adequado para toda e qualquer decisão.

Segundo Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 220):

Se se supera essa dualidade radical, e se se tem em mente que a decisão do Judiciário não é necessariamente a última palavra sobre o assunto, mas pura e simplesmente uma parte de um diálogo incessante, talvez seja possível conciliar ambas as posições [controle político e judicial].

Neste ponto da discussão é importante evidenciar aspectos quantitativos em relação a crítica ao caráter contra majoritário das decisões do STF. A pesquisa realizada na tese de doutorado de Sérgio Antônio Ferreira Victor (2013), a qual cobriu todas as ADI, ADC e ADPF<sup>11</sup> protocolizadas desde o advento da Constituição de 1988 até o fim do ano de 2009, demonstrou que 86,68% das decisões do STF confirmaram a constitucionalidade das normas atacadas e, assim, o STF endossou a vontade majoritária expressa na norma aprovada. Constatou-se então, que o número de normas editadas pelo Congresso Nacional que são declaradas inconstitucionais pelo STF é baixíssimo e que o tribunal se abstém de as declarar inconstitucionais em cerca de 90% dos casos. Isso revela uma postura deferente do STF com relação ao Congresso Nacional, com a consequente preservação da vontade majoritária.

O que se coloca em discussão no presente trabalho não é o caráter contra majoritário ou não das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, mas sim a importância de discussões sobre a possibilidade de criação e aperfeiçoamento de institutos que permitam um diálogo institucional diante de um *hard case*. Entende-se que o diálogo institucional ao trazer para o centro do debate constitucional o Poder Legislativo com seu teor de representatividade popular, certamente incrementa os índices democráticos do modelo de controle e interpretação da constituição.

Há um enriquecimento ainda maior do debate sobre o diálogo institucional quando se relaciona o ideal de poderes que conversam com o raciocínio de poderes que interagem com a sociedade organizada. Neste aspecto, a teoria da “democracia deliberativa”, explorada por Jürgen Habermas, é muito bem-vinda ao debate. Conforme já evidenciado anteriormente, esta

---

<sup>11</sup> Utilizarei as abreviações oficialmente reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

teoria defende um processo de deliberação político-democrático caracterizado por vários instrumentos que facilitam a participação da sociedade civil nas decisões estatais. O ideário de democracia deliberativa, contudo, apesar de ter sido bastante estudado no âmbito do legislativo e executivo, não costuma ser estudado sobre a perspectiva do judiciário. Um dos motivos para tal discriminação deve ser a ideia enraizada no pensamento jurídico ocidental do poder judiciário como antimajoritário/antidemocrático e indigno para tal diálogo (SILVA, 2009, p. 209).

Se se abandona a visão engessada dos três poderes que não permite a criação e aproveitamento de arranjos institucionais de diálogo, está-se apto a vislumbrar o STF como órgão legítimo para participar de uma democracia deliberativa ativamente. Categorias que geralmente fazem parte da metodologia teórica sobre democracia deliberativa são as de deliberação interna e externa. A segunda é bastante útil à essas propostas de diálogo (NINO, 1997). Um STF mais aberto à deliberação externa (chamando para o debate agente externos) estaria seguramente mais engajado com o debate racional, não fechado e introspectivo, mas público, educativo e próspero em resultados e troca de experiências.

#### 4. 2 1 Perspectivas de maior diálogo institucional entre o STF e o Congresso Nacional: análise de casos concretos

Neste ponto do trabalho, abordar-se-á duas hipóteses de superação pelo poder legislativo de decisões do STF sobre controle de constitucionalidade, a primeira trata-se de superação por emenda constitucional e a outra de maioria legislativa simples. A importância dessa análise está na possibilidade de se evidenciar a existência de um já insipiente diálogo institucional por essas duas vias e demonstrar como atualmente esse diálogo está sendo realizado.

A Constituição brasileira de 1988 notabiliza-se por ser extremamente analítica e, assim, constitucionalizar uma série de assuntos que em outros países jamais seriam elevados à estatura constitucional. Dessa forma, muitas das políticas públicas tidas por ordinárias envolvem questões constitucionais e demandam implementações por meio de alterações constitucionais. Uma das hipóteses mais aceitas de superação de uma interpretação constitucional do Supremo é a que pode ocorrer por meio da aprovação de emenda constitucional (VICTOR, 2013, p. 173). No Brasil, emendas constitucionais são aprovadas em um número relativamente grande e o diálogo institucional, portanto, pode ocorrer por intermédio delas.

Sérgio Antônio Ferreira Victor (2013, p. 173), evidencia que em questões tributárias, por exemplo, o diálogo institucional ocorreu com certa frequência até pouco tempo atrás. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 182 da CF/88, fixou que somente se permitiria a fixação de alíquotas progressivas de Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU para atendimento de finalidade extrafiscal (adequação do uso da propriedade à sua função social), dada a sua natureza real. Esse entendimento ficou sedimentado a partir do julgamento do RE 153.771, publicado no DJ de 5/9/1997. Algum tempo depois foi aprovada a Emenda Constitucional nº. 29/2000, que alterou o parágrafo primeiro do art. 156 da Constituição de modo a autorizar a instituição de alíquota progressiva de IPTU em razão do valor venal do imóvel. Essa emenda restabeleceu exatamente a possibilidade de instituição de IPTU consolidada como inconstitucional anteriormente pelo STF. A Corte não reagiu à alteração constitucional, de modo que o parlamento (o Poder Constituinte derivado) deu a última palavra sobre o assunto.

A mesma coisa aconteceu com relação à jurisprudência do Supremo que declarava a inconstitucionalidade de taxas de iluminação pública, sob o argumento de que essa espécie tributária não era apta à criação de taxas. Ante a necessidade das localidades de cobrarem tal exação o Congresso Nacional aprovou a EC nº. 39/2002 que, ao dialogar com a Corte, entendeu os fundamentos de sua decisão pela inconstitucionalidade da criação de taxa para o propósito em tela, e instituiu a possibilidade de criação de contribuição para o custeio da iluminação pública. A interpretação da emenda continua válida também nesse caso.

Na ADI 14 (DJ de 01/12/1989), o Supremo exarou o entendimento de que as vantagens de caráter pessoal não entravam no cômputo do teto remuneratório. A EC nº. 19/98 expressamente as inseriu no referido cômputo, revertendo a decisão do tribunal. Este, em sessão administrativa (24/6/1998), decidiu que a nova fórmula do cômputo do teto não seria autoaplicável, dependendo de desdobramento legislativo. A EC nº. 41/2003 significou nova reação à decisão do STF. E a emenda foi clara: fez menção expressa às vantagens pessoais, incluindo-as no teto remuneratório e previu a autoaplicabilidade do teto, bem como a rejeição prévia aos argumentos fundados em direito adquirido. A emenda obteve resposta do STF no julgamento do MS 24.875, em que a Corte considerou a irredutibilidade de vencimentos uma forma qualificada de direito adquirido e protraiu no tempo, assim, o cumprimento integral dos termos da alteração constitucional.

Houve diálogo institucional intenso também sobre a questão envolvendo a criação dos municípios. O texto original da Constituição condicionava a criação de novos

municípios à consulta da população diretamente interessada e aos parâmetros contidos na legislação estadual. Como houve certa preocupação com a intensa atividade de criação de municípios, aprovou-se a EC nº. 15/1996 que trouxe critérios mais rigorosos para a criação de municípios, entre eles a aprovação de uma lei complementar federal estabelecendo critérios gerais disciplinando a criação de municípios. Ante a inércia congressual municípios continuaram a ser criados. Algumas ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas em face de leis estaduais que criaram municípios e outras ações diretas por omissão foram ajuizadas ante a inércia congressual em aprovar a lei complementar reclamada pela constituição (art. 18, parágrafo 4º). Ao julgar a ADI 2.240 que tratava da criação do município de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia, o STF acolheu proposta de voto do Min. Gilmar Mendes, que reconheceu haver uma situação de fato consolidada, concernente à criação do município, e declarou a inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro*. Concedeu prazo de 24 meses para que o Congresso editasse a lei complementar sob pena de se ter que extinguir o município.

A resposta do Congresso veio com a aprovação da EC nº. 57/2008 que convalidou os municípios cujas leis criadoras tenham sido publicadas até o dia 31/12/2006, mas não editou a lei complementar requerida pela Constituição e pela decisão do STF. Em todos esses casos a resposta do Congresso mediante a aprovação de emenda constitucional prevaleceu.

No RE 197.917 (DJ 7/5/2004), Rel. Min. Maurício Corrêa, o tribunal, ao julgar o caso do município de Mira Estrela, envolvendo a interpretação do antigo art. 29, IV, da CF/88, que afirmava que a quantidade de vereadores dos municípios deve ser proporcional às respectivas populações, observada as balizas constantes da regra constitucional, decidiu preencher o conteúdo do termo proporcional inserido no dispositivo constitucional e elaborou uma *regra de três* que lhe permitiu achar uma proporcionalidade razoável entre população e número de vereadores. Essa decisão, também implementada pelo TSE, resultou em uma grande redução do número de vereadores por municípios, que apenas foi implementada no pleito eleitoral seguinte, ante a modulação de efeitos engendrada pelo Supremo. Os prejudicados, no entanto, protestaram veementemente junto ao Congresso Nacional. A resposta foi a aprovação da EC nº. 58/2009, a qual suprimiu a regra da proporcionalidade, subtraindo assim o parâmetro de controle utilizado pelo STF, e passou a fixar limites máximos do número de vereadores por municípios, de uma maneira que permitiu um grande acréscimo de cadeiras relativamente ao que estava em vigor a partir da decisão do STF. Esse caso torna-se mais interessante do que os anteriores porque o

Congresso previu uma cláusula de retroatividade na emenda. Apesar de só aprovada em 23.9.2009, a alteração constitucional dispôs sobre a retroatividade de sua aplicação ao pleito eleitoral ocorrido em 2008, o que teria o condão de criar novos cargos eletivos, no meio da legislatura, para alojar esses vereadores tardios.

Foi proposta a ADI 4.307 contra a referida retroatividade. Apenas nesse caso o STF, então, concedeu a cautelar para suspender a eficácia do dispositivo da emenda constitucional que fizera a previsão da retroatividade, ante a evidente ofensa aos princípios da anualidade eleitoral, da segurança jurídica entre outros.

VICTOR (2013, p. 176) destaca que da grande quantidade de casos em que diálogos institucionais foram travados entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, em regra terminando com a superação da decisão judicial por meio da aprovação de emenda à Constituição, pode-se tirar algumas conclusões. A primeira é que, no Brasil, a forma mais comum de diálogo institucional entre o STF e o Congresso é por meio da aprovação de emenda como resposta à decisão. Isso ocorre porque com a aprovação de emenda constitucional o Congresso praticamente garante que dará a última carta no jogo (pelo menos provisoriamente)<sup>12</sup>.

Entretanto, com a aprovação da alteração constitucional o Congresso altera a própria regra de base do diálogo. Significa dizer que ele muda o parâmetro de controle que serviu de fundo para a primeira apreciação do tribunal. Por essa razão, a resposta via emenda é praticamente um monólogo, pois salvo raras exceções – como no caso da emenda dos vereadores – será difícil uma reação do Supremo. Note-se: isso também não é um problema. O Supremo só deverá invalidar emendas em caso de ofensa clara às cláusulas pétreas da Constituição (VICTOR, 2013, p. 177).

Outra possibilidade de reversão (superação) de decisões judiciais é pela via legislativa ordinária. Esses casos são mais interessantes, na medida em que podem gerar maior polêmica. No caso da ADI 2.797, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal havia editado a Súmula nº. 394, que estendia o foro por prerrogativa de função para o julgamento de processos criminais contra ex-detentores de cargos públicos relativamente aos atos praticados no exercício da antiga função. O Supremo, todavia, sem que houvesse alteração de texto, declarou inconstitucional aquele entendimento e passou a rejeitar o foro

---

<sup>12</sup> ALEXANDER, Larry e SCHAUER, Frederick. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. Harvard Law Review. Volume 110, n. 7, May 1997, p. 1359. Mesmo Alexander e Schauer que são favoráveis à supremacia judicial admitem a superação de interpretação constitucional da Corte por emenda constitucional.

por prerrogativa de função de todos os ex-servidores ou ocupantes de cargos públicos.

No final de 2002, foi aprovada a Lei nº. 10.628, que novamente estendia a prerrogativa de foro relativamente aos atos administrativos do agente, nos termos do voto vencido do Min. Sepúlveda Pertence na assentada que cancelou a súmula. Essa nova lei foi impugnada por meio da ADI 2797, ocasião em que o STF declarou a inconstitucionalidade da lei, por maioria de votos, registrando que uma lei não poderia dirigir-se a superar uma interpretação constitucional da Corte sob a pena de inconstitucionalidade, inclusive formal.

Considera-se interessante destacar o posicionamento do Min. Gilmar Mendes, em que em seu voto releva que a interpretação constitucional está aberta aos diversos atores sociais, em especial ao legislador, que dispõe da mais ampla liberdade de conformação na concretização da Constituição. Dessa forma, deixa claro o seu ponto de vista no sentido de que “não é possível presumir a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a ‘última palavra’ dada pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. O que pretendo ressaltar, pelo contrário, é que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo completamente diverso, o diálogo, o debate institucional deve continuar”.

Ressalte-se que em outros casos a Corte admitiu a superação legislativa de sua decisão. Na ADI 3.772, por exemplo, o STF reconheceu a constitucionalidade de lei nova que alterava a interpretação de jurisprudência pacífica e sumulada da Corte. A Súmula 726 dizia: *Para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço fora de sala de aula.* Foi aprovada a Lei nº.11.301/2006, que considerou o tempo de trabalho na função de assessoramento pedagógico e de direção escolar para o cômputo da aposentadoria especial dos professores. O STF admitiu, nesse caso, a reversão de decisão por lei ordinária (VICTOR, 2013, p. 181).

No Brasil, já existem múltiplos exemplos de diálogo institucional<sup>13</sup> entre o STF e o Poder Legislativo. Em todos os casos de omissão, a Corte convida o legislador a dialogar sobre o tema. Mesmo quando adota uma sentença de perfil aditivo, o STF deixa clara a ressalva de que sua decisão normativa valerá apenas até o advento da legislação. O Min.

---

<sup>13</sup> Sobre a exemplificação de diversas formas de diálogo entre o STF e o Parlamento evidenciados em decisões da Corte, ver: VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **DIÁLOGO INSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição.** Tese de Doutorado. São Paulo: USP. 2013. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/.../Sergio\\_Antonio\\_Ferreira\\_Victor\\_Tese\\_2013.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/.../Sergio_Antonio_Ferreira_Victor_Tese_2013.pdf). Acessado em 25/05/2015.



Gilmar Mendes tem, sistematicamente, incentivado o diálogo. Veja-se o caso do MI 943 que cuidou do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço e que obteve a resposta legislativa adequada, com a regulamentação da matéria (VICTOR, 2013, p. 181).

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 já existe um diálogo insipiente 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.

#### 4. 2. 2 A ADI 5976 e a decisão do Supremo Tribunal Federal: diálogo institucional ou seletividade decisória?

Na primeira semana de maio de 2014 o Supremo Tribunal Federal decidiu acerca dos questionamentos feitos à constitucionalidade da Lei Geral da Copa pelo Procurador Geral da República na ADI nº 4976. Em sua decisão, o STF salientou a importância do consenso institucional entre os poderes da república (Executivo, Legislativo e Judiciário) acerca de matérias políticas controversas como um dos parâmetros de julgamento da constitucionalidade e, ao final, decidiu a favor da constitucionalidade dos dispositivos legais.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4976, cujo relator foi o Min. Ricardo Lewandowski, questionava entre outras coisas, a responsabilização objetiva da União por quaisquer prejuízos causados pela FIFA a terceiros e em casos fortuitos, durante a realização da Copa; o pagamento de prêmios e auxílios mensais a jogadores das seleções brasileiras campeãs em copas passadas e a isenção, oferecida às custas da União, à Fifa e suas subsidiárias do pagamento de quaisquer taxas e custas judiciais.

A ação questionava, assim, a constitucionalidade de apenas alguns dos diversos dispositivos que estabeleceram o *regime jurídico* da copa, e que garantiam à FIFA uma série de prerrogativas completamente excepcionais.

O STF decidiu com o único voto contrário do Min. Joaquim Barbosa, que todos esses dispositivos eram constitucionais. Em seu voto, o Min. relator Lewandowski ressaltou que a isenção concedida à Fifa e suas subsidiárias quanto às custas e despesas judiciais não contrariam o princípio da igualdade presente na Constituição, que se manifesta no princípio

da isonomia tributária. Para ele, a própria CF prevê a possibilidade de isenções fiscais, em seu § 2º, art. 150 da Constituição Federal. Mais importante seria o efeito político-econômico do evento, dotado “de inegável potencial de gerar empregos e atrair investimentos”, que configuraria “um interesse constitucionalmente relevante”.

Em relação à responsabilização objetiva da União por possíveis danos causados pela FIFA ou suas subsidiárias a terceiros, o ministro alegou que o art. 37 da CF não esgota o tema da responsabilidade objetiva, visto que há outras previsões legais, como no caso de acidentes nucleares, em que se aplicaria a teoria da responsabilidade objetiva integral, sem ser necessária a verificação de nexos de causalidade entre uma ação e o dano.

De modo geral, afirmam Pedrosa & Holmes (2015) que a justificativa dos ministros, seguindo a posição do relator, variou entre um extremo pragmatismo consequencialista acerca dos supostos benefícios econômicos da copa e uma consideração acerca de um suposto consenso político institucional, dos poderes da República, acerca do “pacto” firmado entre o Estado brasileiro e a FIFA em torno da realização do torneio.

O Ministro Roberto Barroso, por exemplo, argumentou, a *contrario sensu* de suas posições mais ativistas em outras ocasiões, que a Lei Geral da Copa teria sido “aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo chefe do Poder Executivo”, não sendo cabível ao supremo intervir sobre os juízos de “conveniência e oportunidade tomadas pelos agentes públicos eleitos”. Direção que foi acompanhada por diversos outros ministros. O Brasil teria, nas palavras do Ministro relator, assumido “livre e soberanamente” compromissos à época de sua candidatura, algo que deveria agora ser respeitado pela Corte no seu juízo sobre a constitucionalidade da Lei nº. 12.663/12.

Pedrosa & Holmes (2015) entendeu que se revela nessa decisão a emergência de um discurso constitucional inspirado na ideia de que o arranjo de poderes deve funcionar na forma de um “diálogo institucional” entre os atores constitucionalmente relevantes, em nome da preservação e alargamento do regime democrático. Entretanto, os mesmos autores asseveram que STF se eximiu de controlar a constitucionalidade do regime jurídico da copa à luz dos princípios constitucionais da igualdade jurídica, e das regras constitucionais que dificilmente autorizariam as diversas exceções criadas em favor da FIFA. Os argumentos para isso são reduzidos à consideração da força inquestionável dos imperativos econômicos e dos imperativos políticos que não necessariamente se coadunam com as estruturas jurídicas que possibilitam qualquer democracia. Como se a própria economia, para seu funcionamento razoável, não exigisse mecanismos de certeza jurídica baseados em alguma autônoma do sistema jurídico em relação a interesses particularistas tanto econômicos quanto políticos.

Nesse sentido, alterar o regime de propriedade, o regime tributário, o regime de responsabilidade civil e o regime penal do país em benefício de uma empresa privada, da forma como foi feito, teria de ser objeto de testes básicos, de consideração constitucional, à luz das exigências de igualdade jurídica frente a outros atores privados ou mesmo atores públicos. E deveria ser tarefa irrenunciável do STF controlar minuciosamente a validade jurídica de diversos de seus dispositivos (PEDROSA & HOLMES, 2014).

Essa análise de caso serve para evidenciar que diálogo institucional não pode se equiparar a deferência ao legislativo e executivo e nem autocontenção da Corte quando ela deveria se pronunciar a luz da Constituição.

A teoria do diálogo institucional deve gerar maior comedimento dos atores. Comedimento não significa apatia e tampouco ratificar o errôneo. O diálogo traz ao controle judicial de constitucionalidade o elemento da teoria da separação dos poderes que não fazia parte de seu universo (VICTOR, 2013, p. 185). Enquanto se pensar a Suprema Corte como detentora da última palavra sobre a interpretação da Constituição ela, nesse múnus, permanece sem freios típicos da teoria da separação dos poderes<sup>14</sup>. Mesmo quando se imagina uma separação dos poderes mais avançada, o Tribunal Constitucional permanece em um patamar em que pouco sofre contenção em sua atividade principal de intérprete da constituição (SOUZA JÚNIOR, 2002). Por outro lado, não se pode defender a atuação de uma Corte Suprema que apenas ratifique posicionamentos do Parlamento sob o argumento de um “diálogo consensual” entre os poderes. Esse não é o tipo de diálogo institucional tão premente no jogo democrático brasileiro e defendido por esse trabalho.

Ensina Conrado Hübner Mendes (2011, p. 219) que:

A revisão judicial não precisa ser vista como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um mecanismo propulsor de melhores deliberações. Não serve somente para (tentar) nos proteger da política quando esta sucumbe ao pânico ou irracionalidade, mas para desafiá-la a superar-se em qualidade.

Este é um ponto essencial e crucial para a discussão. O maniqueísmo judiciário x legislativo é injustificável e prejudicial, pois o legislador contemporâneo brasileiro tende a se omitir, enquanto o juiz tende a ser ativo, político. Não deve o judiciário se autoconter (quando deve atuar) e nem tomar as rédeas do Direito, deve, sim, dialogar e incentivar o legislativo a melhorar em qualidade. Ambos não fechados em suas assembleias, mas abertos a um debate

---

<sup>14</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. O Espírito das Leis. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, pp. 166 e s. Ver também: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de O espírito das leis. Revista os Tribunais, Ano 97, V. 868, fevereiro 2008. São Paulo: RT, 2008.

vigoroso e frutífero dos diversos setores da sociedade e dos demais poderes. Esta parece ser uma alternativa promissora para os que entendem que a Teoria dos Três Poderes sofreu uma severa revisão, e que novos arranjos institucionais precisam aproximar a sociedade das decisões políticas, morais e sociais que irão afetar o *dever ser* de um país.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria dos três poderes sofreu alterações significativas nos últimas décadas, principalmente em razão do avanço do Estado Social, e sua demanda por mais proteção jurídica, reconheceu-se que fenômenos como o “ativismo judicial” e a “judicialização da política” avançaram. Contudo, estes fenômenos só são percebidos por aqueles que ainda têm em mente uma visão rígida dos três poderes. O presente trabalho, a contrário, abordou uma perspectiva que reconhece o valor, mas rejeita um sistema formalista que bloqueia progressos institucionais de diálogo e deliberação externa entre o judiciário e o legislativo. Partindo dessa análise, reconheceu-se como necessário um abandono da disputa simplista “*judicial review* x controle político” no que diz respeito ao controle de constitucionalidade brasileiro.

Compete ao STF precipuamente a guarda da Constituição. Contudo, propõe-se um sistema que valorize o diálogo institucional entre os poderes, por meio de arranjos criados ou aproveitados da própria legislação pátria. Assim como um debate público mais aberto com a sociedade, colocando em prática conceitos de democracia deliberativa, também para o judiciário, uma vez que foi abandonada a visão engessada e clássica da tripartição.

Concebeu-se que a legitimidade do Poder Judiciário em geral e do Supremo Tribunal Federal, em particular, em sede de controle de constitucionalidade não é lógica, automática, pois os juízes carecem de legitimidade democrática, uma vez que não são eleitos pelo voto popular e não estão sujeitos a revisões periódicas de mandatos, o que faz surgir o antigo, mas sempre atual questionamento, sobre quem deve ter a última palavra na determinação das controvérsias constitucionais. O ponto chave da questão é que muitas das questões controversas demandadas aos tribunais constitucionais ou Suprema Corte são questões de âmbito moral e de grande relevância social as quais, em tese, deveriam ser decididos pelos próprios cidadãos ou seus verdadeiros representantes.

Assim, a necessidade de que algum órgão delibere em sede de controle de constitucionalidade não significa que esta deliberação deva ser permanente ou que não possa haver alguma espécie de diálogo entre os poderes. O Supremo Tribunal Federal, embora guardião precípua, não detém o monopólio da guarda da Constituição, havendo possibilidade de papel mais protagonista do legislativo, a partir da utilização dos mecanismos já existentes ou mesmo aperfeiçoamento de dispositivos e práticas decisórias que permitam diálogos institucionais.

Considera-se que a legitimidade da Corte Suprema reside em sua capacidade de justificação racional, com base em uma noção de razão pública e a prioridade de certos

argumentos sobre outros. A regra majoritária, que pauta a decisão em deliberações internas no tribunal não transfere um caráter puramente procedimental à legitimidade das decisões da corte, pois a isto se soma a dependência de uma teoria normativa do raciocínio jurídico.

Se a sociedade participa de forma organizada e democrática do processo decisório, não suprimindo o STF, mas o reposicionando em um local onde não seja sobrecarregado institucional e politicamente, pode-se então avançar para um país livre do temor sobre o “governo dos juízes”, isto parece um freio e contrapeso proveitoso quando se trata de uma sociedade que não se vê mais no seu parlamento.

Todo esse debate libera o jurista para refletir sobre o controle de constitucionalidades sob uma ótica desmistificadora, pois coloca em xeque a "lógica" do juiz como o necessário guardião da constituição e detentor exclusivo da palavra final. Ademais, traz à tona a possibilidade de novos arranjos institucionais, sobretudo para possibilitar um diálogo entre os poderes e questionar o modelo de deliberação em que os poderes permaneçam engessados. Sendo assim, torna-se imprescindível que o Supremo Tribunal Federal fale como uma instituição, de forma clara, objetiva, institucional e, se possível, única, de modo que possa promover uma deliberação externa que expresse a sua posição como Corte Suprema e chame os demais poderes, sobretudo o Congresso, para se posicionar sobre as questões em discussão.

No que se refere ao diálogo institucional, os exemplos mencionados mostram não apenas o exercício de uma prática jurisdicional mais democrática, mas também a diferença entre revisão judicial e supremacia judicial. A primeira diz respeito à atividade pela qual o Poder Judiciário, na figura dos juízes, revisa a validade das leis, das normas jurídicas e administrativas. Já a supremacia judicial está ligada à ideia de que os juízes têm de ter a última palavra sobre a interpretação e o significado da Constituição. Logo, as diferentes propostas, mecanismos e decisões mostram como é possível se repensar o controle de constitucionalidade de modo que ele seja orientado à promoção de um diálogo institucional entre os poderes e produza, assim, decisões epistemicamente mais democráticas. Tais alternativas permitem que o Poder Judiciário provoque os demais Poderes a fim de que repense a elaboração das leis e execuções de políticas públicas que se mostrem inconstitucionais, sem que para isso tenha que substituí-los ou desconsiderá-los.

Percebe-se que já existe um diálogo insipiente 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.

Para tanto, é preciso conceber o controle de constitucionalidade não apenas como um mero processo, mas *parte do jogo democrático*. Sendo de fundamental importância o fomento de discussões relativas à forma de deliberação do Supremo Tribunal Federal, maneiras de incrementar a interação entre os ministros e possibilidades de diálogo interno e institucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry e SCHAUER, Frederick. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. **Harvard Law Review**. Volume 110, n. 7, May 1997, p. 1359.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de O espírito das leis. **Revista os Tribunais**, Ano 97, V. 868, fevereiro 2008. São Paulo: RT, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 864-939, set./dez. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Cadernos [SYN] THESIS**, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824.

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estado Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estado Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estado Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estado Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº. 16/1965. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder judiciário. Rio de Janeiro, 1965.

CASTRO, Marcos Faro de. The courts, law, and democracy in Brazil. **International Social Science Journal**, v. 49, n. 152, p. 241-252, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.



\_\_\_\_\_, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 02-03.

\_\_\_\_\_. **Taking Rights Seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1978. p.184-205.

FEREJOHN, Jonh & PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: Lessons from Europe. **Texas Law Review.** v. 82. 2004. p. 1671-1704.

\_\_\_\_\_. Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards and Institutional Theory of Constitutional Justice. In Wojciech Sadurski (org.). **Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspectiva.** Den Haag: Kluwer, 2002. p. 21-35.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2012.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: Uma análise Jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. In: **Estado de Direito e Ativismo Judicial.** Coordenação de José Levi Mello do Amaral Júnior. São Paulo: Quartier latin, 2010, p. 148.

GARGARELLA, Roberto. **Teoría y crítica del derecho constitucional.** Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 169-172; 315-320.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella.** São Paulo: Saraiva. 2012. p. 148.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade.** Vol. I e II. Trad. Flávio Beno Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KELSEN, Hans; LOUREIRO, Fernando Pinto. **Teoria pura do direito.** Livraria académica, Saraiva & ca, 1939.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review.** New York: Oxford University Press, 2004.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil – e Outros Escritos: Ensaio sobre a Origem, os Limites e os Fins Verdadeiros do Governo Civil.* Traduzido por Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar F; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf>.

[jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf](http://jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/Lituania.pdf)>. Acesso em 01 de Agosto, 2014.

MIRANDA, Pontes de. Defesa, guarda e rigidez das constituições. **Revista de Direito Administrativo**, v. IV. 1946. p. 06.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Gedisa, 1997.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven. Yale University Press. 1996. p. 196.

NOBRE, M.; RODRIGUES, J. R.. **Judicialização da Política: déficits explicativos e bloqueios normativistas**. Novos Estudos Cebrap, n. 91, nov. 2011.

ONU. **Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão**. 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acessado em 04.01.2015.

POZZOBON, Roberson Henrique. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito Uniritter**, v. 1, n. 10, 2011.

PREDROSA, Gilberto Guerra; HOLMES, Pablo. “Diálogo institucional” ou “business as usual”? STF, seletividade decisória, interesses econômicos e a copa do mundo da FIFA. 2014. Disponível em : <http://www.criticaconstitucional.com/dialogo-institucional-ou-business-as-usual-stf-seletividade-decisoria-interesses-economicos-e-a-copa-do-mundo-da-fifa/> acessado em 24/05/2015.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; CASTRO, Bruno Denis Vale Entre o ativismo e (in) operância legislativa: deliberação e legitimidade das decisões do supremo tribunal federal em sede de controle de constitucionalidade em um contexto de novos arranjos institucionais e de revisão da teoria da separação dos poderes. **Cadernos de Pesquisa UFMA**, 2014.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press. 1993. p. 231. In: SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, n. 250, 2009. p. 15.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Irwin Law, 2001, p. 296.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Zonas de Autarquia nas decisões jurisdicionais: Estado de Direito, indeterminação e democracia, In: VILHENA, Oscar Vieira; DIMOULIS, Dimitri. **O Estado de Direito e os Desafios do Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a JJ Gomes Canotilho**. São Paulo: RT, p. 09-49, 2009.

SEGADO, Francisco Fernández. *A obsolescência da bipolaridade tradicional (modelo americano – modelo europeu-germânico) dos sistemas de justiça constitucional*. In: **Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. **Revista de Direito do Estado**, n. 12, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

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

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder: Uma Nova Teoria da Divisão dos Poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

SUNSTEIN, Cass R. The Law of Group Polarization. John M. **Olin Law & Economics Workin Paper**, n 91, 1999. Disponível em: [HTTP://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=199668](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=199668). Acessado em: 15 de março de 2015.

SUNSTEIN, Cass R; HASTIE, Reid. Four Failures of Deliberating Groups. John M. **Olin Law & Economics Workin Paper**, n 401, 2008. Disponível em [HTTP://ssrn.com/abstract\\_id=1121400](http://ssrn.com/abstract_id=1121400). Acessado em: 15 de março de 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF declara inconstitucional critério para concessão de benefício assistencial a idoso**. 2013 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>>. Acesso em: 04 de fevereiro, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF julga parcialmente inconstitucional emenda dos precatórios**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233520>>. Acesso em: 04 de fevereiro, 2015.

TROPER, Michel. The logic of justification of Judicial Review. **International Journal of Constitutional Law**, I (2003). p. 104.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitutional Away From the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **DIÁLOGO INSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese de Doutorado. Universidade de São

Paulo. Departamento de Direito. São Paulo. 2013. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/.../Sergio\\_Antonio\\_Ferreira\\_Victor\\_Tese\\_2013.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/.../Sergio_Antonio_Ferreira_Victor_Tese_2013.pdf). *Acessado em 25/05/2015*.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 02.

\_\_\_\_\_. **The core of the case against judicial review**. Yale Law Journal, v. 115, 2006.

\_\_\_\_\_. **Law and disagreement**. Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. Law and Dissagreement, Oxford: Clarendon, 1999. In: SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, n. 250, 2009. p. 11.

\_\_\_\_\_. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**. n. 1, 1993. p. 13