Ivan de Mendonça Filho

Neoconstitucionalismo e diálogos constitucionais

reflexão sobre o protagonismo institucional do Poder Judiciário

CEUB

Mendonça Filho, Ivan de,

Neoconstitucionalismo e diálogos constitucionais: reflexão sobre o protagonismo institucional do Poder Judiciário. – Brasília:
2024
114p.

ISBN: 978-85-7267-187-3

1.Direito constitucional. 2.Neoconstitucionalismo.
1.Título

Sumário

INTRODUÇÃO 4

CAPÍTULO I. CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA 8

I.1 A travessia do constitucionalismo antigo para o moderno 11

I.1.1. O constitucionalismo inglês.....16

I.1.2. O constitucionalismo francês 18

I.1.3. O constitucionalismo norte-americano 19

I.2 Expansão: a ideia de um novo constitucionalismo 22

I.3 O novo constitucionalismo no dimensionamento dos Poderes Estatais 30

CAPÍTULO II. ATIVISMO E MINIMALISMO JUDICIAL 37

II.1 O ativismo judicial – a exteriorização do neoconstitucinalismo 39

II.2 O minimalismo judicial – a ideia de uma postura de contenção 46

II.3 O minimalismo judicial e o constitucionalismo democrático.....49

II.4 A última palavra importa? – crítica(s) ao protagonismo institucional.....56

CAPÍTULO III. DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS NA PERSPECTIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO 66

III.1 O diálogo como via possível – intepretação constitucional dialogada.....66

III.2 Teorias dialógicas 68

III.2.1 Teorias do método judicial 71

III.2.2 Teorias estruturais do diálogo.....75

III.3 Capacidades institucionais e o diálogo interpretativo da Constituição.....82

III.4 A realidade brasileira contemporânea – exemplificação do que se realiza..87

III.5 Neoconstitucionalismo e diálogo constitucional: reflexão do protagonismo judicial 93

CONCLUSÃO..... 99

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 105

INTRODUÇÃO

A temática envolta à atuação dos Poderes políticos em uma sociedade, parte do ideário de constitucionalismo e democracia, na visão dos parâmetros institucionais estabelecidos e como eles se relacionam. E na medida da evolução temporal abrem-se novos espaços de discussão e análise, frente ao que busca na concretização democrática das instituições. Dessa perspectiva resultam debates contínuos sobre a atuação dos atores estatais, especialmente na solução dos reclames de uma sociedade diversa e plural.

Mas, para compreensão além da atuação dos atores públicos, importante expor sobre a evolução das funções estatais, inclusive em uma realidade brasileira, diga-se, demonstrando que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a partir de um contemporâneo posicionamento, não de reconfiguração de suas atribuições, mas, verdadeiramente, de interpretação teleológica dos fins constitucionais, permitiu a reconfiguração de atuação em certos aspectos, impactando no debate sobre a própria democracia.

A delimitação funcional e institucional dos Poderes em uma sociedade democrática é mais do que um relevante elemento na construção de um Estado, se mostra imprescindível para a caracterização deste mesmo Estado como legitimador do Direito, porquanto tem-se a construção de uma visão autêntica de cada função, não apresentando contornos de usurpação a limites impostos pela Norma.

Por isso a intenção dessa pesquisa, de analisar, pelas premissas teóricas do constitucionalismo contemporâneo, a atuação do Poder Judiciário na discussão sobre os limites de sua atuação, ou seja, compreender o debate e as críticas atinentes ao que se denominou supremacia judicial.

O tema idealizado expõe os três pressupostos envolvidos: o neoconstitucionalismo, como base teórica e ideológica do direito constitucional contemporâneo que ensejará o debate sobre a atuação dos Poderes em uma democracia constitucional; o Poder Judiciário como ator relevante e indispensável na

concretização do pensamento neoconstitucionalista e os diálogos constitucionais, como instrumento de análise na discussão sobre as críticas à atuação protagonista que pode vir a desnaturar o equilíbrio institucional.

Para investigação e análise da proposta intencionada, a escolha da forma de pesquisa e de seu método é fator necessário. Por se tratar de objeto teórico a pesquisa bibliográfica se qualifica como a eficaz para o fim proposto. Buscou-se na seleção e delimitação do campo de pesquisa identificar os estudos científicos de relevância sobre a temática para revisão bibliográfica e sistematização no escopo do trabalho.

Para tanto, se desenvolve esse estudo em três fases.

Inicialmente, busca-se apresentar a relação entre constitucionalismo e democracia, explicitando sobre a direta relação dos institutos e como eles se desenvolvem para o fim da construção do que atualmente se qualifica como Estado Constitucional de Direito.

O destaque pretendido é baseado não só nas características do constitucionalismo, idealizadas na separação dos poderes e na busca da efetivação dos direitos fundamentais, mas, na própria evolução do movimento histórico, porque essa compreensão possibilita a análise do surgimento do constitucionalismo contemporâneo a partir do século XX, com novos marcadores filosófico; histórico e teórico, na estruturação do Ordenamento jurídico.

Observando-se que o constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, emerge como um novo paradigma que revisita as teorias da norma, da interpretação e das fontes do direito, superando o positivismo e integrando transformações no campo da ciência jurídica, com abertura de novo espaço de atuação protagonista da Constituição em um Estado de Direito. A Constituição passa a ser não apenas um sistema em si, mas um vetor indissociável para uma democracia.

E essa expansão do constitucionalismo, ampliando-se o nível interpretativo do Ordenamento, trouxe novos contornos à atuação jurisdicional, no exercício da hermenêutica constitucional, gerando, por assim dizer, embates teóricos sobre as funções estanques ou não dos Poderes. Isso porque, a democracia contemporânea se realiza a partir de complexos desenhos institucionais demandando uma interação

dinâmica entre os órgãos de representação e jurisdição, analisando e interpretando a positivação de conteúdos constitucionais abertos. Daí, não haveria de se considerar por uma moldura de linhas objetivas, porque democracia não se resume somente à regra da maioria.

É disso que se incumbe a seção inicial da pesquisa. Traçar, como dito, a partir da relação entre constitucionalismo e democracia, a evolução para o que se denomina neoconstitucionalismo e a visualização, por esse movimento, das funções estatais.

Adiante, em um segundo momento, explicita-se sobre essa visão contemporânea da separação dos poderes em uma democracia, que vai além de um modelo engessado, ainda mais quando se está uma complexa sociedade. Busca-se analisar, no campo da atividade jurisdicional, o debate existente sobre os limites da atuação do Poder Judiciário e como seu comportamento, seja ele minimalista ou ativista, se relaciona com as ideias do constitucionalismo contemporâneo, porquanto um dos traços característicos no neoconstitucionalismo é a atuação das Cortes.

Para tanto, na segunda seção, são expostas algumas das ideias de Ronald Dworkin na verificação da justificação da postura maximalista do Judiciário, e, buscando apresentar posição contraposta, aquilo que apresenta Cass Sunstein, quanto à ideia de contenção da atuação desse ator político. Não com a pretensão de se esgotar os conceitos. Mas, almejando apresentar pontos convergentes e divergentes de cada ângulo teórico.

Leva, com isso, a segunda seção, para análise da definição institucional interpretativa da Constituição no constitucionalismo, intencionando apreender não só a argumentação sobre a determinação da última palavra naquilo que se refere à interpretação da Constituição, mas sim, compreender que a questão diante do problema normativo relativo a saber qual instituição deve ter a última palavra na interpretação constitucional é abrangente e pode ser analisada por diferentes perspectivas. Por isso, o anseio nessa parte da dissertação foi expor, ainda que discretamente, os parâmetros, até então antagônicos em certa medida, na verificação da denominada última palavra do sentido da Constituição.

Considerando-se, pelo observado que, em uma realidade brasileira, a supremacia da Constituição e o controle judicial de constitucionalidade das leis não importam a exclusão da atividade interpretativa dos demais atores políticos e sociais. O Judiciário é um ator nessa tarefa de interpretação da Constituição e o exercício da sua competência é elemento a ser levado em consideração na definição do conteúdo constitucional, não só isso, a ser cumprido. Mas, a interpretação da Constituição deve ser, e assim é, uma tarefa compartilhada entre os Poderes, as instituições e o povo.

Daí, chega-se ao terceiro capítulo, com a visão do cenário percorrido anteriormente, para se analisar, pelos atributos do neoconstitucionalismo, a incidência e características das teorias dialógicas, utilizando, para tanto, dos standards teóricos de Christine Bateup.

A justificação de tal fato se dá porque, uma das compreensões das teorias dialógicas alega que a atividade jurisdicional, especialmente a que foca no controle de constitucionalidade dos atos normativos, seria mais bem compreendida se realizada por meio de um diálogo institucionalizado. Ou seja, é um campo teórico que externaliza uma recusa da existência de uma última palavra ou, pelo menos, de que o Judiciário a tenha, isoladamente, por meio da revisão judicial. As características assinaladas no modelo dialógico descrito almejam apontar para uma superação das discussões que envolvam os problemas decorrentes da supremacia judicial.

Mas, a teoria dialógica, esbarra no contexto da necessidade de uma postura colaborativa e ferramental suficiente não só do Judiciário, mas dos demais atores.

Percebe-se, nessa senda, que a atuação judicial naquilo que concerne à interpretação constitucional, não deriva somente do fortalecimento de seu papel institucional, é produto da própria democracia e do que fixou a Constituição Federal.

Ao final, espera-se demonstrar, pelas premissas do neoconstitucionalismo, que a jurisdição constitucional detém efetivamente a função de dizer que a resposta certa é sua. Mas, isso não implica a conclusão de que as Cortes detenham indistintamente esse poder, devem também observância à diversidade democrática, justamente, pela pluralidade sociopolítica e governamental.

CAPÍTULO I

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Democracia e constitucionalismo são conceitos que possuem íntima relação. Ainda que específicos em cada campo de definição, é de considerar a concreta ligação que possuem, notadamente porque um regime estatal democrático demanda por diferentes níveis a adoção de um modelo de constitucionalismo voltado para consolidação do que se tem por Estado Constitucional, não sendo rara a adoção, por diferentes setores, daquilo que se denomina de Estado democrático constitucional.

E é disso que intenciona esse estudo, apresentar, ainda que de forma perfunctória, as ideias do constitucionalismo e da democracia e como essa relação vige na contemporaneidade, a partir de suas bases teóricas, ao que adiante se exporá.

Mas, antes, de se pontuar que Constituição, naquilo que expõe o seu sentido jurídico, advém de uma realidade social, cercada de diversos elementos e não somente de determinada doutrina política ou teórica, por isso que só se alcança real sentido da Constituição se compreendida no contexto histórico em que se insere[1]. É dizer, não há como definir a Constituição de modo atemporal, porque seu sentido se consolida com o transcorrer da história, a partir de marcas e definições do espaço social que se encontra inserida. Daí, porque, se entende que o estudo do constitucionalismo é relevante para concreta compreensão da Constituição, a fim de evitar a redução de seu real alcance.

De partida, em visualização dessa ligação entre constitucionalismo e democracia, de pontuar, para assim permitir a visualização do parâmetro teórico intencionado neste estudo, o que se tem por constitucionalismo democrático, entendido por alguns como a ideologia constitucional vitoriosa do século XX, a partir da trajetória do ideário do constitucionalismo e da democracia, envolto às seguintes características e instituições: uma Constituição que garanta direitos fundamentais;

[1] DALLARI, D. A. *A Constituição na Vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 2013, p. 3.

regime democrático e existência de uma jurisdição constitucional[2]. Operando-se a superação de algumas concepções clássicas, em visualização do real contorno do quadro pós-positivista.

A concepção moderna de Constituição surgiu na esteira do constitucionalismo, elaborada com a finalidade de marcar a implementação ideológica do Estado que se refunda. A bem da verdade, o constitucionalismo é um movimento histórico objetivado em obstar a autocracia, a conduta absoluta do governante, em concreto exercício de limitação do poder estatal. É movimento instituidor de uma estruturação orgânica do Estado implementadora de uma pluralidade de órgãos sem hierarquia entre si, que se controlam de tal maneira a impedir o exercício do poder de modo absoluto[3].

Disso se observa que o constitucionalismo, como movimento histórico, não se reduz ao projeto de implementação, em toda parte, de constituições escritas, que a história expõe haver nascido no século XVIII, nos moldes hoje verificados[4], significa, em realidade, a busca da limitação do poder.

Mas, também, o movimento constitucionalista ao limitar o anterior poder absoluto, firmou o reconhecimento a direitos individuais dos cidadãos, então relegados pelo Estado.

Vê-se que o objetivo do constitucionalismo, portanto, se estrutura em garantir a possibilidade de exercício das liberdades individuais e concretizar os direitos fundamentais, na medida em que a sociedade assim os reconhecia a partir das evoluções dos Estados Democrático-Constitucionais[5]. Tanto é assim que a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 expôs, em seu artigo 16, o ideário de que a sociedade em que não esteja assegurada a separação

---

[2] BARROSO, L. R. *Um outro País: Transformação no direito, na Ética e na Agenda do Brasil. 1ª* ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 28.

[3] LOBREGAT, R. R. *A atuação do STF no processo legislativo*: crise entre poderes ou diálogo institucional? 2019. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/T.2.2019.tde-04092020-175941, p. 53.

[4] FERREIRA FILHO. M. G. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 3.

[5] LOBREGAT, R. R. *A atuação do STF no processo legislativo*: crise entre poderes ou diálogo institucional? 2019. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi:10.11606/T.2.2019.tde-04092020-175941, p. 55.

dos poderes e a garantia de direitos não pode se considerar como detentora de uma Constituição.

A democracia se atrela a uma ideia normativa, a um conteúdo, mesmo que seja objeto de dissonâncias. É dizer, a ideia de democracia não mais pode ser identificada como um regime político associado à forma de governo, por si só, isso porque, de forma cada vez mais concreta se apresenta como uma forma geral da existência social, de criação de direitos e participação popular[6], sendo que, em todas as suas versões a democracia aponta para uma emancipação dos sujeitos permitindo o protagonismo de um processo histórico de cidadania[7].

Em seu aspecto nuclear, demanda procedimentos para a tomada coletiva de decisões, para orientar as ações realizadas na esfera política. Uma decisão política não pode ser tratada como democrática se um determinado conjunto de valores não é observado, isso porque, o único modo de se chegar a um acordo, em uma perspectiva de democracia, entendida como contraproposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias e secundárias) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos[8].

Por isso, os participantes precisam de igualdade, independência, liberdade e segurança. A própria democracia demanda, então, uma espécie de registro prévio no núcleo firme do sistema normativo[9]. Ou seja, a base fundamental da democracia deve estar protegida nas normas fundamentais da comunidade política, que se observa na Constituição.

O Estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas jurídico, do Estado democrático. Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois

---

6 FACHIN, L. E; SILVA, C. P. República, democracia e autonomia: entre pilares e lápides. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*. *[S. l.]*, v. 116, n. 1, p. 195-219, 2021. doi: 10.11606/issn.2318-8235.v116p195-219, p 199.

7 FACHIN, L. E; SILVA, C. O. P. Democracia Representativa No Brasil: Breves Reflexões Sobre A Participação Do Povo Como Sujeito Político. *IUS GENTIUM*, *[S. l.]*, v. 8, n. 1, p. 225-239, 2017. doi: 10.21800/ius.gentium.voil.327, p. 230. Disponível em https://revistasuninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/327

8 BOBBIO N. *O futuro da democracia*. 8ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002, p. 30.

9 LORENZETTO, B. M. *Os caminhos do constitucionalismo para a democracia.* 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – Curitiba, 2014. Disponível em https://hdl.handle.net/1884/36517, p. 126.

modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, posto ser necessário o poder democrático para garantir a existência e persistência das liberdades fundamentais. É pouco provável que um Estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um Estado não democrático seja garantidor de liberdades fundamentais. A prova histórica dessa interdependência está no fato de que Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos[10].

Dito isso, de se considerar que o constitucionalismo expõe, diante do cenário histórico e político, que o governo (e governante) seja submetido ao regramento vigente, ou seja, que esteja pautado em limites, sejam eles históricos, valorativos, normativos, que irão formar os princípios basilares do sistema. Trata-se das promessas constitucionais que uma comunidade realiza a si mesma.

Os processos de construção de uma Constituição, ao mesmo tempo em que procuram constituir uma nova comunidade política, precisam, ante os eventos históricos que determinaram o século XX, serem democráticos e garantir a continuidade da democracia. E a distinção entre constitucionalismo e democracia não endossa uma hierarquia, porque de fato não há, mas sim uma circularidade, pautada no Estado de Direito que expressa a necessidade normativa que um representa para o outro[11].

Por isso, como explicitado, ainda que não sejam conceitos sinônimos, constitucionalismo e democracia, são interdependentes, para permitir a formação de uma Estado democrático de direito, ante a insuficiência democrática do Estado de direito.

I.1 A travessia do constitucionalismo antigo para o moderno

Na história do direito constitucional é possível distinguir traços indicativos da existência de um constitucionalismo antigo cujas lições e experiências são fontes de inspiração de institutos e acepções do constitucionalismo moderno. São

[10] BOBBIO, N. *O futuro da democracia*. 8ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002, pp. 32-33.

[11] Assim como o constitucionalismo deve ser democrático, a democracia deve ser limitada por procedimentos. (in: HABERMAS, J. *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996).

identificadas, desde a antiguidade, características que foram exacerbadas nesse movimento, tais como, o império da lei, a soberania popular, a separação do poder, além do ideário construído de supremacia da Constituição.

A ideia da existência de um constitucionalismo antigo se fundamenta no âmbito conceitual mais amplo de Constituição, compreendida como normas gerais para ordenação social. Nessa perspectiva, a compreensão do constitucionalismo antigo é traduzida no âmbito da existência de uma norma geral superior, detentora das características de uma Constituição, por ser capaz de institucionalizar um poder, mas que, no entanto, não expõe as aspirações liberais traduzidas pelas revoluções originadas do surgimento do Estado liberal[12].

Dessa perspectiva histórico-descritiva do constitucionalismo, dentre os destacados exemplos descritos na literatura (dentre eles, constitucionalismo hebreu; constitucionalismo grego e constitucionalismo romano)[13], percebe-se que desde a antiguidade a Constituição não se afasta dos sistemas políticos, expondo nela elementos de um sistema de organização social imposto, notadamente aos governos.

E das consequências das revoluções liberais e do surgimento desse Estado dito liberal, que trouxe modificação à estrutura organizatória e das suas bases de sustentação, de se ver o aparecimento do constitucionalismo que sedimentou as democracias ocidentais, com identificação ao espaço-tempo envolto aos princípios democrático-liberais[14].

O chamado constitucionalismo moderno se opôs ao antigo pelo fato de ter representado um questionamento, no âmbito político, filosófico e jurídico, da modelagem tradicional expondo nova formatação do próprio poder político[15].

E isso só foi possível em razão das novas ideologias das diferentes esferas, políticas, jurídicas, ideológicas, filosóficas, que se desenvolveram pela corrente

---

[12] CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 52

[13] A título de exemplo: BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 32. NOVELINO, M. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p.50.

[14] FERREIRA FILHO. M. G. *Curso de Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7.

[15] CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 52.

iluminista da época, isso porque, no plano das ideias, o constitucionalismo moderno é produto do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista que o acompanhou com ascensão de valores humanistas e da crença no poder e na razão[16]. O constitucionalismo moderno nasce, portanto, em meados do século XVIII, sob influência do jusnaturalismo racionalista e dos movimentos liberais, teóricos e políticos, que permeavam à época. Na busca pela oposição ao absolutismo, o constitucionalismo daquela época trouxe, dentre suas qualificações, a limitação ao poder, garantia de direitos individuais e tripartição de poderes manifestados num documento escrito

Assim, a característica de inovação do constitucionalismo moderno, diretamente ligada às revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, respectivamente, é o protagonismo daquilo que se idealizou como Constituição, voltado para dar o contorno da limitação do poder estatal e também garantir direitos inerentes aos indivíduos[17]. A Constituição moderna[18], portanto, avessa ao modelo de domínio político absoluto existente, consagrou o binômio referenciado.

Do ponto de vista político, a Constituição passou a ser compreendida como uma garantia contra o absolutismo e o exercício arbitrário do poder, capaz de definir uma forma de organização política direcionada ao respeito do indivíduo e de seus direitos. Ela (a Constituição) passa a ser o instrumento capaz de dar forma as garantias de liberdade, mas, também, de apontar as diretrizes específicas acerca da separação dos poderes.

Por isso, como explicitado, no constitucionalismo moderno as ideias de governo e Constituição não coincidem. A Constituição não é simples ato de governo, antes, é o próprio povo constituindo um governo. Também, não se trata de estruturação de organização político-jurídica, mas um fato histórico desencadeador de movimentos que partilham os ideais de declaração de direitos e limitação de

---

16 BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 273.

17 FERREIRA FILHO. M. G. *Princípios fundamentais do Direito Constitucional*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 13.

18 Para J. J. Gomes Canotilho (2002) a Constituição moderna é entendida como a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e são fixados os limites do poder político. (in: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 52).

poderes. E como a Constituição não é governo, mas ato do povo que forma o governo, todos os atos do governo devem observância a essa Constituição[19].

Para Karl Loewenstein[20] a história do constitucionalismo é a história da busca do homem pela limitação do poder absoluto. A limitação se dá, então, com a distribuição do poder e, limitado, o poder é restringido e controlado.

As raízes dos movimentos constitucionalistas que deram o contorno à moderna visão de Constituição remontam a diferentes épocas. Daí porque, todo esse processo, originou diferentes constitucionalismos[21], dentre os quais destacam-se o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo francês e o constitucionalismo norte-americano, sendo possível observar aproximações teórico-normativas entre eles, mesmo nas diferenciações que os permeiam[22].

O modelo inglês vivenciou limitações de caráter consuetudinário e de natureza feudal impostas à autoridade da Coroa[23]. Deixou como contributo para o constitucionalismo, a monarquia constitucional, a ausência de responsabilidade do Chefe estatal e da organização do Parlamento em duas casas – bicameral.

---

[19] Karl Loewenstein (1970) expõe que a teoria da separação dos poderes resultou do protesto ideológico do liberalismo político contra o absolutismo monárquico nos séculos XVII e XVIII na tentativa de destruir o poder absoluto dos monarcas por meio do racionalismo liberal, pela liberdade individual adicionada pela separação dos poderes (in: *Teoria de la Constituión*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel 1970, p. 56).

[20] LOEWENSTEIN, K. *Teoria de la Constituión*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970, p. 150.

[21] J. J. Gomes Canotilho (2002) explicita ser preferível tratar pela existência de diversos movimentos constitucionais nacionalizados mas, também, com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural (in: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 53).

[22] A aplicação das ideias que rodeavam o momento histórico apresentou diversos enfoques a partir do século XVIII, variáveis de acordo com as questões culturais, sociais e econômicas, daí porque o constitucionalismo teve diferentes contornos ao redor do mundo. Motivo pelo qual se justifica falar em constitucionalismos.

[23] No estudo histórico do movimento constitucionalista inglês Conrado Hubnes Mendes (2008) apresenta que o "movimento deitou raízes na Inglaterra que, após a Revolução Gloriosa e a restauração monárquica, em 1689, instituiu a supremacia do Parlamento e impôs limites ao poder do rei. No Parlamento, equilibravam-se o poder monárquico, o aristocrático. O sistema constitucional inglês, a partir desse momento, se propunha como vitrina institucional para o restante da Europa, um primeiro marco para o exercício moderado do poder do Estado nacional. As tendências então oriundas da legitimidade do regime, atrelada ao debate da soberania popular e, também a estabilidade constitucional dão um novo contorno, a partir de duas revoluções, a norte-americana, de 1776 e a francesa, de 1789. O poder constituinte foi a grande invenção revolucionária. (...) A modernidade política ocidental, a partir da Revolução Francesa, oscilou sob um pêndulo estrutural. Num dos extremos de seu eixo, posiciona-se a soberania popular. Noutro, a Constituição. O Poder Constituinte tentou combiná-los. Até meados do século XX, não se vislumbrou como compatibilizar esses dois impulsos de forma mais duradoura". (in: *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 5).

São contribuições do modelo francês, a elaboração dogmática e com dimensão universal do princípio da separação dos poderes, a elaboração doutrinária dos direitos públicos subjetivos e a afirmação expressa da soberania nacional[24].

Já o modelo norte-americano deixou como marca contributiva a estrutura federada do Estado, o ideário de rigidez no princípio da divisão dos poderes e, também, o controle judicial de constitucionalidade das leis[25].

De se ver que, se, por um lado, o constitucionalismo inglês não se preocupou em formalizar uma Constituição, mesmo porque a Constituição, para os ingleses, deve estar nos comportamentos cotidianos, outros movimentos constitucionais absorveram a ideia. Assim, a preocupação de se dar uma forma à Constituição ganha divulgação com o movimento constitucionalista do século XVIII. Vale dizer, o constitucionalismo moderno do século XVIII nasce indissociavelmente ligado à ideia de Constituição escrita e formal, tendo como protagonistas as Constituições dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791.

Logo, o constitucionalismo moderno preparou campo para o aparecimento das Constituições modernas que, na lição de J. J. Gomes Canotilho[26], pode ser compreendida como a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito que declara as liberdades e os direitos além de fixar limites do poder político[27].

É dizer, o constitucionalismo moderno surge por obra de um movimento intelectual e político. A reivindicação por limites e garantias frente ao exercício do poder político reaparece. Equilíbrio e moderação do poder eram qualidades presentes nas constituições mistas medievais, mas ruíram com o advento dos Estados nacionais europeus. A aspiração constitucionalista, após período de Estados absolutos, começa a se insurgir conta o regime[28].

---

[24] NOVELINO, M. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 52.

[25] NOVELINO, M. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 53.

[26] in: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 52.

[27] Fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento que, sobretudo, a partir de meados do século XVIII questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio, sugerindo, a invenção de uma nova forma de ordenação do poder político. (in: LOEWENSTEIN, K. *Teoria de la Constituión*. trad. Esp. Alfredo Gallego Anabiarte. 2ª ed. Barcelona: Ariel 1970, p. 52).

[28] MENDES, C. H. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 4.

Diante desse quadro descritivo-fático relevante expor de modo individualizado, ainda que pontual, na busca de dar a visualização histórica de influência no desenvolvimento dos movimentos constitucionais contemporâneos e como estabeleceram o fortalecimento do ideário democrático, dos citados movimentos constitucionalistas, apresentando as marcantes características que robustecem a ideia da limitação de poder e sedimentação dos direitos fundamentais.

I.1.1. O constitucionalismo inglês

O parâmetro histórico-descritivo do constitucionalismo inglês, ao que aqui busca explicitar, expõe que, com a Revolução gloriosa, em 1688, o Parlamento sagrou-se vitorioso em relação à monarquia absolutista, que foi então substituída pela monarquia constitucional, fixando-se limitações constitucionais à Coroa. Mas, essas limitações não se compartimentaram em um único documento formal.

A limitação do poder real, no âmbito do direito inglês, tido como consuetudinário, se mostrou como um pensamento que já integrava aquele Estado desde antes do início da era moderna, o que é demonstrado, exemplificadamente, a partir da Magna Carta de 1215[29]; *Bill of Rights* de 1689[30] e *Act of Settlement* de 1701[31]. E esse modelo proporcionou a consolidação de diferentes estruturas constitucionais, além, influenciou o constitucionalismo francês e o norte-americano.

[29] Os ingleses acabaram por abandonar a concepção de uma lei fundamental escrita contentando-se com a regulação social a partir de leis individuais de sua ordem fundamental. A Magna Carta, de 1215, em razão da amplitude de seus termos, é considerada marco simbólico da história constitucional como a carta geral das liberdades públicas. Dá-se também destaque a *Petition of Rights*, de 1628, considerada como o primeiro documento imposto pelo Parlamento ao Rei, com substanciosa limitação de poder à Coroa. (in: BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 37).

[30] A Declaração de Direitos de 1689 previa a convocação regular do Parlamento de cujo consentimento dependiam medidas como a criação de leis, a instituição de tributos e a manutenção de exército permanente em tempos de paz. Assegurava ainda imunidade aos parlamentares por manifestações no Parlamento e impedia cominação de penas sem prévio julgamento. (in: BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 38).

[31] "Em 1701 o Paramento votou o *Act of Settlement* estabelecendo que somente um príncipe de religião anglicana poderia ascender ao trono e impondo novas limitações ao poder real em relação ao Parlamento e às cortes de justiça". (in: BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 38).

São frutos do modelo historicista[32]a garantia da liberdade pessoal e a segurança da pessoa e de seus bens, demandando a criação dessa garantia de um modelo de julgamento regulado por lei, vigente em todo país.

Além. Essa característica de ser um modelo historicista do constitucionalismo inglês, ao acima explicitado, gerou o fato de uma Constituição flexível[33], permitindo ao Parlamento a possibilidade de modificá-la, já que na Inglaterra vige a possibilidade de o Parlamento modificar as leis constitucionais pela sua autoridade soberana.

Daí porque de se destacar as influências do constitucionalismo inglês: (i) monarquia constitucional; (ii) parlamento bicameral; (iii) instituto da representação política por duas câmaras com membros oriundos de eleição popular; (iv) governo de gabinete e sua responsabilidade perante o Parlamento e (v) liberdades públicas e suas garantias constitucionais.

Também de pontuar que o direito constitucional inglês pautava-se em uma Constituição equilibrada entre a Coroa e o Parlamento (especialmente pelo fato da instituição de um governo moderado após a Revolução gloriosa, em 1688) e este balanceamento das forças políticas foi responsável pelo surgimento da forma representativa e da soberania parlamentar. Não só isso. Diante da pretensão de obstar o absolutismo da época, formou-se a corrente pela divisão entre a função legislativa e executiva[34].

Tais elementos permitem a visão do relevo do modelo constitucional inglês para o surgimento do Constitucionalismo moderno notadamente porque as características listadas se fizeram presentes a partir da modernidade em diferentes modelos de Estado Constitucional.

---

[32] CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 55.

[33] André Ramos Tavares (2021) expõe que atualmente não convém tratar a Inglaterra como um Estado sem Constituição escrita, isso porque, não se pode mais admitir que a atual Inglaterra se trate de um sistema no qual a Constituição seja exclusivamente costumeira, já que o ordenamento jurídico inglês é composto do denominado Direito estatutário e das convenções constitucionais, juntamente com a jurisprudência e dos costumes. (in: *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 91).

[34] TAVARES, A. R. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 30.

I.1.2. O constitucionalismo francês

Por mais que o constitucionalismo inglês seja um contributo das estruturas constitucionais de outros países, o constitucionalismo francês não se molda no mesmo quadro, especialmente pelo fato de ter se pautado pelo rompimento com a estrutura organizacional anterior do Estado[35], ou seja, o antigo regime, buscando com isso a criação de uma nova ordem.

Sendo a nova ordem política institucionalizada oriunda de um acordo de vontades entre os homens livres e iguais (daí porque se explicita que o movimento revolucionário francês ao justificar o novo poder político o fez com base em teorias contratualistas), tinha-se por necessária a instrumentalização de um documento escrito que representasse a atribuição do poder político, a limitação a ele imposta e que também expressasse garantia aos direitos dos indivíduos.

Nessa síntese dá-se o enfoque que a Revolução Francesa de 1789 aconteceu em um contexto ligado à recusa da nobreza de permitir, em meio a uma crise financeira do Estado, que fosse reduzido seus benefícios. As razões para eclosão da Revolução foram diversas. Em uma visão macro, se diz a crise da sociedade oriunda da decadência da aristocracia e as dificuldades econômicas e sociais do que foi então chamado de terceiro estado e, ainda, a crise das instituições. Para compreensão desse período que revelará o constitucionalismo francês é preciso lembrar que a sociedade francesa da época era fortemente demarcada por suas estruturas institucionais, nomeadamente a nobreza, o clero e o terceiro estado.

Situação que levou à convocação da Assembleia Parlamentar, integrada pelos representantes de diferentes setores da sociedade. E, em razão da condução dos trabalhos de votação da casa parlamentar, ocorreu revolta do que se tem como os representantes do terceiro estado, com posterior proclamação da Assembleia Constituinte[36].

---

[35] O constitucionalismo inglês decorreu de um movimento evolucionista (historicista) não marcado pelo rompimento por inteiro com as estruturas medievais estamentais, tratou-se de uma adaptação política e social (in: CANOTILHO, J. J. G, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 57).

[36] BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 52.

Registra-se que o constitucionalismo não nasce democrático, isso porque, como resultado do liberalismo político, não tinha intenção de ser formal e substancialmente democrático, pois se desenvolve apartado do ideal igualitário. É pois, o constitucionalismo francês, desenvolvido no século XVIII, de matriz liberal-burguesa, focado em valores de cunho individual, como a liberdade e a propriedade.

A principal observação perceptível da narrativa histórica é a de que a compreensão do constitucionalismo francês ocorre primordialmente pela visão de seu desenvolvimento no campo das rupturas revolucionárias do século XVIII, isso porque, como exposto, a formação constitucional da França não tem os mesmos traços dos ingleses, permitindo o aparecimento de novas categorias políticas como o Poder Constituinte[37], Soberania Nacional e Constituição escrita[38].

Não obstante compartilharem fundamentos comuns, o constitucionalismo francês e o norte-americano deram origem a modelos distintos. Na França, predominou a superioridade do legislador e do primado das leis, enquanto nos Estados Unidos estava presente a consciência de superioridade da Constituição e de submissão dos órgãos estatais, desses também o Parlamento, ao regramento constitucional. E o diagnóstico resultante dessa conclusão chama a atenção para o fato de que, conjuntamente, essas experiências expõem um traço particular do constitucionalismo moderno, qual seja, Constituições voltadas ao estabelecimento de um rol de direitos fundamentais.

I.1.3. O constitucionalismo norte-americano

A compreensão de Constituição como de caráter normativo superior origina-se no final do século XVIII, nos Estados Unidos, quando da tentativa de obter

[37] Para legitimar a elaboração da lei fundamental escrita Emmanuel Sieyès desenvolveu a teoria do Poder Constituinte baseada no ideário de que este poder seria anterior e superior aos demais poderes do Estado estando então habilitado a instituir documento escrito hábil delimitador das funções exercidas pelos outros poderes. Mas, de relevo consignar que, o Poder Constituinte já havia se manifestado na história antes mesmo da teorização de Sieyès, quando, na Convenção da Filadélfia, em 1787, a partir da reunião em assembleia ali realizada culminou a elaboração da Constituição dos Estados Unidos. (in: NOVELINO, M. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p.72).

[38] CANOTILHO, J. J. G, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 57.

uma forma de governo capaz de conjugar liberdade e proteção dos direitos fundamentais[39].

A Constituição dos Estados Unidos surge como ideal de estabelecer regramento básico ao novo ordenamento que estava em ascensão. Foi a partir da Revolução Americana de 1776 que se tornou possível o surgimento das primeiras declarações de direitos das colônias, permitindo a estruturação em documento único posteriormente tido como sua Constituição. Texto baseado em ideais políticos do século XVIII e envolto à liberdade e garantia de direitos individuais.

Hannah Arendt[40] explicita que a Revolução Americana centrou esforços em alcançar a liberdade através de instituições políticas e do estabelecimento de uma Constituição e, de outro lado, a Revolução Francesa não fez o mesmo caminho porque precisou lidar com questões sociais. Tais pontos são condutores de uma conclusão de que o ideário norte-americano se mostrou mais exitoso naquilo que intencionava, na medida em que os políticos daquele país vislumbraram que o desafio do momento histórico não dizia respeito apenas ao estabelecimento de uma declaração de direitos, mas à criação de um novo sistema de poder.

Dá-se destaque à Declaração de Direitos do Estado de Virgínia de 1776, que é considerado como o documento revolucionário e visto como o marcador histórico do constitucionalismo moderno norte-americano. Inclusive, de se assinalar que ela, a Declaração de Direitos do Estado de Virgínia de 1776, é anterior a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nela já contendo princípios fundamentais e elementos estruturais como indispensáveis na elaboração de uma Carta de direitos, proclamando critérios de relevo do constitucionalismo moderno[41].

Observa-se o surgimento da existência de uma norma superior de obrigatória observância. Também se formaliza a ideia de uma democracia dualista[42] que pressupõe a tomada de decisões entre o povo e o governo.

---

[39] DALLARI, D. A. *A Constituição na Vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 2013, p. 229.

[40] in: *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

[41] DALLARI, D. A. *A Constituição na Vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 2013, p. 230.

[42] Ackerman (2006) buscou demonstrar, a partir de uma análise retrospectiva, interpretação da história político-constitucional dos Estados Unidos, utilizando para tanto o fundamento da democracia dualista, que na sua visão comporta momentos ordinários, o que seria compreendido como o momento da política

Em meados do século XVIII, em razão da imposição às colônias de restrições à atividade econômica e da instituição de impostos, a harmonia foi rompida. Das condutas realizadas pela coroa britânica desencadeou na colônia a convocação do Primeiro Congresso Continental (1774) no qual doze das 13 colônias se reuniram para deliberar sobre o fim de entraves. E o acirramento da tensão desaguou na guerra da independência. Em 1775 começou o Segundo Congresso Continental que perdurou até 1788, já após a declaração da independência, quando foram ratificados os Artigos da Confederação, dando ensejo ao surgimento de uma confederação formada pelas treze colônias. Mas, o modelo criado se mostrava frágil, o que tornou necessária a convocação de uma nova convenção [43].

Em 01 de março de 1781, reuniu-se o Congresso da Confederação, que permaneceu operando até 04 de março de 1798, para tornar possível a manutenção da confederação e corrigir as falhas dos Artigos da Confederação. A partir daí, diante das sessões do congresso da Confederação, destacadamente na reunião realizada entre 25 de maio e 17 de setembro de 1787, na Filadélfia, houve a conversão do congresso em convenção constitucional culminando na elaboração da primeira Constituição dos Estados Unidos[44]. Foi então elaborada a primeira carta constitucional escrita do mundo moderno.

É interessante notar que a Constituição Americana foi a própria norma fundadora do novo Estado e passou a traçar a rota da sua ordem jurídica. Esse mesmo fenômeno não se deu nos países Europeus, nos quais o Estado era uma instituição prévia à existência de um documento constitucional. Reflexo da importância atribuída à Constituição norte-americana foi o respeito a ideia de rigidez e supremacia[45], o que, posteriormente, permitiu instituir o controle de constitucionalidade.

O constitucionalismo norte-americano, apesar de ter decorrido de um movimento revolucionário, não tinha por fim o rompimento integral com a ordem

normal e extraordinários, vista como a política constitucional, da legislação. Isso porque, nos momentos de ocasiões extraordinárias, o ordenamento político-constitucional deve permitir que tanto as gerações do passado como a do presente sejam ouvidas. (in: *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006).

[43] BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 42.

[44] BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 42.

[45] TAVARES, A. R. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 32.

jurídica anterior. Havia, pois, a necessidade de se criar uma lei superior à lei do legislador que garantiria regras disciplinadoras do exercício do poder e que seriam oponíveis ao governo, quando extrapolasse os limites desse documento escrito fundante.

Como a Constituição representava uma lei superior, uma lei que deveria pautar a atuação dos governantes e a elaboração das outras leis, acabou se convertendo em real parâmetro de atuação. A partir disso, decorreu o raciocínio de que seria nula qualquer lei que infringisse as normas Constitucionais, o que possibilitou o surgimento do controle de constitucionalidade a ser realizado pelo Poder Judiciário, que foi alçado à categoria de defensor da Constituição e dos direitos e liberdades[46]. Ou seja, desde o início, já havia no constitucionalismo norte-americano a defesa da força normativa e da supremacia da Constituição, eram asseguradas pelo controle de constitucionalidade

Do até então apresentado, percebe-se ponto de convergência importante entre as experiências constitucionais francesas e estadunidenses, similaridade que coloca em pauta relevante atributo ao constitucionalismo moderno. Tanto o deslocamento da monarquia absolutista para o sistema parlamentar, quanto o movimento do parlamentarismo irrestrito para o sistema de mútuo controle político estatal revelando a necessidade de superação dos antigos fundamentos do poder político e permitindo a abertura de legitimidade de novos corpos políticos.

I.2 Expansão: a ideia de um novo constitucionalismo

Como um movimento histórico, o constitucionalismo se desenvolve diferentemente em cada um dos momentos que atravessa, seja no surgimento e desenvolvimento, como nas situações de crise. E, para a superação da crise um novo modelo (novo constitucionalismo).

É com o movimento constitucional instalado ao final do século XVIII que o constitucionalismo moderno estabeleceu suas bases, logo, a fase de surgimento do

[46] NOVELINO, M. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p.53.

modelo constitucional, já explicitada no tópico anterior, tem como principais fontes históricas as Constituições dos Estados Unidos da América de 1787 e a da França de 1791 e os respectivos movimentos limitadores do poder.

O período de consolidação ocorreu durante o século XIX, a partir da universalização das Constituições escritas e a proclamação dos direitos fundamentais com a forma liberal de preservação da liberdade. A universalização se deu, caracteristicamente, em razão do princípio da supremacia da constituição alcançar status angular do sistema normativo, reforçando a ideia da necessidade de uma Constituição rígida e, portanto, escrita. Também, pelo fato da desconfiança contra o poder[47], na medida em que a sociedade precisava ser protegida dos arbítrios do antigo regime.

Uma primeira crise constitucional e, por consequência, do constitucionalismo ocorre com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social no início do século XX. A visão do homem como ser abstrato, as condições de trabalho da época, a desigualdade de crescimento dentre outros motivos, fizeram surgir o pensamento social que permeou as Constituições desde então. Foi a virada de um constitucionalismo liberal para um constitucionalismo social[48]. Os traços dessa fase são a heterogeneidade, a incongruência e a hibridez dos textos constitucionais. A trégua com vistas a encerrar as mazelas do movimento liberal baseou-se nas fórmulas programáticas que gerariam a crise do conceito jurídico de Constituição. É nesse cenário que as Constituições do Estado Social se estabelecem[49].

Disso se permite assinalar algumas das características daquele momento de crise: desigualdade social não superada pela Constituição e pelos direitos fundamentais clássicos; baixa efetividade do texto constitucional de cunho social; desenvolvimento da economia; surgimento de uma classe operária ampla subjugada que ensejou corrosão das bases constitucionais até então construídas.

---

[47] BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 225.

[48] BARROSO, L. R. Countermajoritarian, Representative and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporany democracies. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806.

[49] "O século XX inaugurou as constituições sociais, sendo a Constituição Mexicana de 1917 a primeira delas, e durante esse período diversos direitos foram estabelecidos e expandidos, incluindo-se direitos políticos, individuais e também os direitos sociais." (in: GODOY, M. G de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, p. 101. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908).

No segundo pós-guerra, surge um novo panorama e, com ele, a segunda crise do constitucionalismo. O mundo se viu diante das consequências geradas pela guerra, seja no campo pessoal, como no institucional. As Constituições precisariam superar, além dos problemas anteriores, da estabilização dessa paisagem, mas, também, evitar ocorrência de novas opressões. É, pois, essa segunda crise, mais significativa que a anterior, marcando dúvida à ideologia constitucional no quadro que existia até então.

É verificado com isso o estado de crise dos modelos de Estado de Direito, o Estado Legislativo de Direito e o Estado Constitucional de Direito[50]. A ideia da legalidade é questionada pelo Estado Constitucional em face do encontro de um novo parâmetro de legalidade não mais somente formal, mas também substancial, decorrente dos valores constitucionais. O Estado Legislativo de Direito não se sustentou na forma como então idealizado[51]. Ocorre que, no Estado Constitucional de Direito a abertura constitucional pode criar certa confusão de fontes resultante em uma forma de dissolução da modernidade jurídica.

Mas, necessário consignar que o modelo de Estado Constitucional, ao que acima se apresentou, compartilha com o modelo do Estado de direito todos os pressupostos, ou seja, preocupação com a supremacia do direito como vetor axiológico e axiomático de sua própria existência; vinculação a um modelo de descentralização de poder e compromisso com os direitos e garantias fundamentais[52].

É no momento de crise constitucionalista que alguns instrumentos de superação se desenvolvem. Um deles, como se verifica pela história, é a justiça (jurisdição) constitucional, cujo surgimento ocorre no período entre guerras e a consolidação após a Segunda Guerra. O outro se desenvolve no próprio seio das

---

[50] "O Estado Constitucional foi conquistado no combate à falta do Estado de Direito. Esse combate segue com a democracia, que deve ser cumprida diariamente na efetivação dos direitos fundamentais, pois ela, juntamente com a soberania popular, pressupõe a titularidade do poder do Estado, o qual, em última análise, reside no povo. Por isso, a democracia não pode, e nem deve, ser compreendida como mera técnica jurídica ou de representação, mas sim, como pressuposto, experimentação, substância e pauta para a toda atuação política e jurídica". (in: GODOY, M. G de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 2015, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, p. 60. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908).

[51] BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 273.

[52] PETER, C. O. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.5, 2015, p.62-87. doi: 10.5102/rbpp.v5i2.3094, p.68. Disponível em https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3094.

teorias constitucionais, no seio do constitucionalismo, caminhando ao lado das Cortes Constitucionais, porquanto é em suas decisões que mais ganha relevo. Trata-se do neoconstitucionalismo, cujo estopim foi a segunda crise do constitucionalismo.

Isso porque, o ideário neoconstitucionalista acentua a característica de uma cobertura normativa da constitucionalização do direito, ampliando o quadro de análise eminentemente descritiva do direito.

Daí que observa que o constitucionalismo contemporâneo é um fenômeno da segunda metade do século XX e está associado ao surgimento do Estado Constitucional de Direito. O desenvolvimento desse novo movimento decorre da evolução do pensamento jurídico-político ao longo do século XIX e início do século XX, com destaque para o pós-Segunda Guerra, quando a forma de encarar o Direito é substancialmente modificada[53].

Durante o século XVIII, sedimenta-se o ideário da separação de Poderes e a função produtora do Direito é concentrada, basicamente, nas mãos dos órgãos legislativos. Sob a forte influência do positivismo jurídico e da teoria clássica do direito, o Estado legalista impera por muito tempo. A norma legislada é o centro do ordenamento jurídico, conferindo estabilidade. A validade da norma jurídica estava associada apenas ao seu aspecto formal.

Após a Segunda Guerra, com a constatação de que o apego à legalidade exacerbada permitiu atrocidades de governos totalitários, percebeu-se que o direito deveria se reaproximar da moral e que a lei precisava apresentar um conteúdo valorativo para se legitimar como tal. Valores compartilhados socialmente imbuídos nas Constituições que, com algumas exceções, na época, eram consideradas apenas um documento simbólico[54]. Inicia-se a ideia da necessidade de verificar a compatibilidade das leis com as normas constitucionais.

O surgimento do constitucionalismo contemporâneo, portanto, se dá no mesmo momento em que são superados os parâmetros da teoria clássica do direito. O positivismo jurídico e a sua lógica de validade formal das leis já não se

[53] BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 240.
[54] BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 241.

compatibilizam com os valores que se desenvolvem na sociedade pós-guerra[55]. O neoconstitucionalismo seria uma tentativa de ruptura com o positivismo jurídico[56].

A superação histórica do jusnaturalismo, a decadência política do positivismo, o surgimento de um pensamento pós-positivista que, apesar de não ter uniformidade dogmática, propunha nova forma de pensar o direito, reaproximando-o da necessidade de adequá-lo a valores ético-morais, constituíram o pano de fundo filosófico ideal para se desenvolver essa nova forma de pensar o direito constitucional. Dito de outra forma, mas construindo de mesma semântica, essas transformações impuseram à dogmática constitucional a necessidade de elaboração de uma nova referência, que se revela no pós-positivismo, situando assim o pensamento jurídico contemporâneo para além da dicotomia jusnaturalismo versus positivismo jurídico, novo quadro de referência capaz de dar conta das significativas mudanças acarretadas pela implementação do Estado democrático constitucional contemporâneo.

Nesse ponto, relevante explicitar que a utilização do termo pós-positivista para designar a configuração contemporânea do pensamento jurídico implica ruptura com a forma anterior de compreensão do direito, hegemônica ao longo de boa parte do século XX, conhecida como positivismo jurídico. A necessidade da utilização de uma nova categoria terminológica decorreu do rompimento de algumas das premissas básicas da teoria que apresenta um denominador comum capaz de garantir sua coerência. Mas, tratar de pós-positivismo, e sua relação com o neoconstitucionalismo, não significa a adoção de uma posição radicalmente anti-positivista, mas sim, constatar a superação do então pensamento e suas características na busca de uma compreensão que se compatibiliza ao ideário contemporâneo[57].

---

[55] Essa mudança de paradigma se dá em relevo pela influência da teoria crítica do direito que explicita que o direito não é autossuficiente e completo, devendo buscar interação com outras ciências e deve tirar inspiração da realidade e das bases legitimadoras.

[56] O positivismo jurídico com suas premissas visou separar moral e direito, resultando no rompimento entre validade e legitimidade da decisão tomada nos diversos níveis estatais, porquanto a questão da legitimidade seria fundamentada em noções morais, inadequadas à ciência jurídica por esbarrar em um todo pluralista de ideias. O novo constitucionalismo do pós-guerra visa, assim, conciliar direito e moral (in: STRECK, L. L. O constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação jurisdicional*, v. 1, n. 1, pp. 11-28, 2013. Disponível em https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/23).

[57] MAIA, A. C. Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988: Do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. *Revista Quaestio Iuris, [S.l.]*, v. 4. N. 1. p. 1-86, abr.2011. ISSN 1516-0351, p. 13. doi: https:// dx.doi.org/10.12957/rqi.2011.10212.

Esse novo constitucionalismo é impulsionado por vários fatores. Dentre os mais significativos estão a derrocada do legiscentrismo baseado na supremacia do parlamento, a pós-modernidade, a superação do positivismo clássico e a centralidade dos direitos fundamentais[58]. O Constitucionalismo Contemporâneo emerge como um novo paradigma que revisita as teorias da norma, da interpretação e das fontes, superando o positivismo e integrando transformações teóricas e práticas no campo da ciência jurídica[59].

O marco teórico do neoconstitucionalismo se visualiza então em três pontos: a força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração de diferentes categorias de uma nova hermenêutica jurídica[60]. Em compatibilidade à ideia de um Estado constitucional, em superação ao Estado de direito, que externa pela mudança da primazia da lei para a primazia da Constituição, da reserva da lei à reserva da Constituição e do controle judicial de legalidade ao controle judicial de constitucionalidade[61].

Uma das maiores mudanças de paradigmas no século XX seria ainda a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica[62]. Antes a Constituição seria vista, somente como um documento político e a concretização de suas propostas estava condicionada à liberdade do legislador ou discricionariedade do administrador.

---

[58] No que pertine ao protagonismo dos direitos fundamentais no cenário do constitucionalismo contemporâneo relevante o entendimento construído por Melina Girardi Fachin (2020) ao explicitar sobre a importância dos diálogos e a relação entre os diferentes constitucionalismos – e destes com o direito internacional – naquilo que se refere à concretização dos direitos fundamentais (direitos humanos). Emerge disso um novo espaço de diálogo para expansão da força protetiva dos direitos florescendo daí o direito constitucional multinível marcado pelo direito comparado e pelas trocas constitucionais essencialmente permeadas pelos diálogos entre sistemas jurídicos diversos. (in: Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito, [S. l]*, n. 1, p. 53-68, 2021. Disponível em https://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26).

[59] BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo.* v. 232, pp. 141–176, 2003. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690.

[60] BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 255.

[61] PETER, C. O. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.5, 2015, p.62-87. doi: 10.5102/rbpp.v5i2.3094, p. 66. Disponível em https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3094.

[62] Konrad Hesse (1983) assinala que a força normativa da constituição prevalece mesmo em oposição aos fatores reais de poder. A Constituição jurídica confere forma e modificação à realidade. Não pode ignorar as circunstâncias concretas de uma época. Converte-se em força ativa que determina a realidade política e social. Essa força se impõe de forma tanto efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte se mostrar essa convicção entre os responsáveis pela vida constitucional. (in: La Fuerza Normativa de la Constitución. in: *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 75).

Com o surgimento do constitucionalismo contemporâneo as normas constitucionais passaram a ser dotadas de imperatividade[63].

A Constituição passa a ser não apenas um sistema em si, mas um sistema a orientar todos os demais ramos do Direito, identificando-se um efeito expansivo dos valores constitucionais. Os valores e os fins públicos passam a condicionar a validade e o sentido das normas do direito infraconstitucional. Toda operação de realização do direito envolveria a aplicação concreta da Constituição, o que significa que, necessariamente, antes de aplicar a norma, o intérprete deveria verificar se esta é compatível com a Constituição e orientar o sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

A interpretação constitucional seria uma modalidade de interpretação jurídica, tal fato trataria da decorrência natural da força normativa da constituição, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas. Portanto, a interpretação constitucional coloca-se através dos elementos tradicionais da interpretação jurídica. No entanto, as particularidades das normas constitucionais no neoconstitucionalismo culminaram no desenvolvimento de princípios instrumentais específicos de interpretação que se impõem enquanto pressupostos metodológicos na atuação do intérprete, dentre os quais[64], a supremacia da constituição, a razoabilidade-proporcionalidade e a efetividade[65].

É importante assinalar que o constitucionalismo contemporâneo, na medida em que incorpora valores morais, pressupõe a existência de um Estado democrático e Constituições rígidas que contenham um rol vinculativo e irretroativo de direitos fundamentais. Assim, ao contrário do positivismo que se pretendia universal,

---

63 BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 256.

64 BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo,* v. 232, p. 143. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690.

65 A ideia de uma nova interpretação constitucional que se amolda aos pilares do constitucionalismo contemporâneo surge para atender as demandas de uma sociedade diversa, não se esquecendo dos métodos tradicionais, mas, sim ampliando as oportunidades de atendimento das necessidades. (in: BARROSO, L. R. *Um outro País: Transformação no direito, na Ética e na Agenda do Brasil. 1ª* ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 36).

por não incorporar concepções morais, o constitucionalismo contemporâneo convive com ordenamentos jurídicos que não adotam as premissas desse sistema[66].

Com isso, é de se afirmar que o constitucionalismo contemporâneo, não obstante a existência de diversidade doutrinária e as vozes contrárias[67], caracteriza-se, essencialmente, como recente movimento constitucionalista fundado em uma base democrática e pluralista e se desenvolve a partir de uma filosofia pós-positivista que almeja preservar a ideia da força normativa da Constituição, dando expansão à atuação jurisdição constitucional, desenvolvendo uma hermenêutica constitucional compatível com a necessidade de concretização das normas constitucionais e da garantia dos direitos fundamentais.

Disso se extrai que o dilema que aflige o direito constitucional contemporaneamente passa por dois pontos: (i) a atuação ativa do Poder Judiciário com maior participação na vida da sociedade, como na política e (ii) a efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo os de caráter prestacional. Isso porque, a Constituição enquanto instância de harmonia passa a ser resultado do conflito. A democratização do debate constitucional exige um preço. O questionamento permanente da legitimidade da Constituição. Sim, porque, sendo as Constituições modernas do tipo compromissárias, elas não são de ninguém. Aqui encontra sua fraqueza. Nenhuma classe social a possui e, portanto, a defende. Mas, aqui, também, de forma paradoxal, reside sua força. Porque não são de ninguém, as modernas Constituições são de todos[68].

---

[66] BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 243.

[67] Dentre as vozes críticas ao neoconstitucionalismo que argumentam diferentes perspectivas para embasar a contrariedade, de revelo expor o entendimento de Jorge Octávio Lavocat Galvão (2014) argumentando que: "O modo como o Neoconstitucionalismo utiliza a interpretação constitucional viola o elemento da sistematicidade do Estado de Direito em quase todos os aspectos delineados, a começar pela visão instrumental dada à jurisdição constitucional: enquanto no Estado de Direito a mudança não é vista como algo trivial pelos atores jurídicos, o Neoconstitucionalismo baseia-se primariamente na ideia de emancipação social pelo Direito. Como consequência dessa atitude, passa-se a enxergar as normas constitucionais não como limites à atuação jurisdicional, mas como um convite à interpretação inovadora que possa redefinir os próprios contornos dos compromissos constitucionais". (in: *O Neoconstitucionalismo o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, p. 291).

[68] CLÈVE, C. M. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). p. 36. in: *Uma vida dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995.

I.3 O novo constitucionalismo no dimensionamento dos Poderes Estatais

As crises sociais do final do século XX e a ascensão neoliberal remodelaram o papel do Estado, nos diferentes setores, dando-lhe um caráter cada vez mais mínimo naquilo que se refere à prestação de direitos e máximo em sua face repressiva e de controle social. E, dessa perspectiva resultam debates contínuos atinentes à responsabilidade do Estado e de seus governantes na fixação e delimitação das obrigações públicas estipuladas constitucionalmente para com os cidadãos e a ocorrência de limites e possibilidades na realização dos deveres, a fim de, mesmo em uma nuance neoliberal, evitar o alargamento das desigualdades e a crescente marginalização populacional.

Mas, para compreensão, importante expor sobre a evolução das funções estatais, em uma realidade brasileira, demonstrando-se que os Poderes políticos, Executivo, Legislativo e Judiciário, a partir de um posicionamento, não de reconfiguração de suas funções, mas, verdadeiramente, de interpretação teleológica dos fins constitucionais, permitiu o redimensionamento de atuação em certos aspectos, impactando no debate do fim constitucional.

A delimitação das funções políticas em uma sociedade democrática é mais do que um relevante aspecto na construção de um Estado, mostra imprescindível para a caracterização deste mesmo Estado como legitimador do Direito, porque tem-se a construção de uma visão autêntica e específica, não apresentando contornos de usurpação ou transgressão a limites impostos pela Norma fundante.

Nesse parâmetro é que se destaca o contextualizado por Montesquieu[69] ao elucidar sobre a separação dos poderes e a importância dessa cisão para adequada construção de um Estado. A perspectiva do entendimento de Montesquieu foi para além da caracterização de tratar sobre a função de cada ator, mas sim, buscou demonstrar a ideia de igual faculdade de estatuir e impedir entrelaçamentos entre os Poderes, e que desse parâmetro evita-se o absoluto Poder.

[69] MONTESQUIEU, C. L. S. *O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília-DF: UnB, 1995. p. 168.

Em estudo, a partir da construção do arranjo estatal cita-se a existência da ausência de neutralidade do Poder Judiciário no que se refere a um de seus atributos, o de interpretar a Constituição, isso porque, decorrente do novo modelo constitucional implementado, instituiu-se a presença de uma notória função, o poder de veto absoluto, compreendida na declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos[70], em que se observa o espectro de atuação dos Tribunais na realização de um instrumento concreto de verificação e compatibilidade das normas.

Diante do cenário histórico, notadamente a partir do século XX, ocorrera o redimensionamento da separação dos poderes pautada em uma colaboração forçada entre as funções políticas[71]. Em outas palavras, a visão dita restritiva não se mostra aplicável na construção do constitucionalismo contemporâneo, especialmente quando se trata sobre os aspectos interpretativos da Constituição em relação às questões ligadas a direitos fundamentais.

A apresentação do debate sobre os limites e aspectos da separação dos poderes estatais se mostra cada vez mais viva e pujante, revisitando-se a análise do instituto e no Brasil, propriamente, os elementos determinantes do Constituinte originário para sua definição. E essa revisitação do debate, inclusive na vertente da usurpação de competências de um Poder sobre o outro, principalmente, do Poder Judiciário, ganha destaque na ordem de discussão em relação sobre eventual deficiência na governabilidade[72], isso porque, parece visual que o Brasil passa por uma crise nesse setor.

O Estado não dá conta das tarefas que lhe incumbem, a máquina governamental se revela falha, ineficiente e, não raro, corrupta, ao mesmo tempo em que a democracia aparece viciada. A crise envolve, pois, uma tensão de sobrecarga

[70] AMARAL JÚNIOR, J. L. M. Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de "O espírito das Leis". in: *Revista dos Tribunais*, vol. 868, p. 53-68.

[71] PETER, C. O. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.5, 2015, p.62-87. doi: 10.5102/rbpp.v5i2.3094, p. 71. Disponível em https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3094

[72] O conceito de governabilidade exprime a ideia da possibilidade de ação governamental eficaz. Traduz a ideia de um Estado determinado a realizar os objetivos a que se propõe de forma concreta. (in: FERREIRA FILHO, M. G. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 3).

de funções, conjugada com uma crise institucional, as quais se combinam com uma deficiência de modelo organizacional[73].

Para prevenir o abuso do poder é preciso organizá-lo de tal sorte que esteja ele submetido a freios e contrapesos. O refazimento da ordem política se estipula na Constituição. Esta deve estabelecer uma organização limitativa do poder[74]. A cada poder, portanto, competirá uma função, servindo de freio para outro[75]. Discurso reiteradamente sustentado pelos ideários de uma postura de contenção das Cortes ao abordarem temas que em uma suposta narrativa estariam afetos a outras Instâncias que não a judiciária para solução.

É nessa visão que os defensores de tal discurso expõem que a Constituição de 1988, conquanto não seja responsável por inteiro pelas crises que ameaçam a governabilidade do Estado brasileiro, acaba gerando certo agravamento, especialmente, no entendimento de alguns, pela plasticidade de suas normas e abertura interpretativa permissiva, ignorando, em momentos, a relação entre Constituição e governabilidade[76].

No entanto, a democracia contemporânea se realiza a partir de um desenho institucional complexo que demanda uma interação dinâmica entre os órgãos de representação e jurisdição, analisando e interpretando a positivação de conteúdos constitucionais abertos[77]. Ou seja, não há de concluir por uma moldura de linhas democráticas objetivas, porque democracia não se resume somente à regra da maioria.

---

[73]FERREIRA FILHO, M. G. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 5.

[74] FERREIRA FILHO, M. G. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 15.

[75] MONTESQUIEU, C. L. S. *O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília-DF: UnB, 1995. p. 176.

[76] Norberto Bobbio (1982) expõe sobre a governabilidade na Constituição. Pontua a visão de que a Constituição é apenas responsável por uma parte do modo como um país é governado. O simples respeito formal é condição necessária para o bom funcionamento de uma democracia. Mas, não é condição suficiente. (in: *As ideologias e o poder em crise.* (1982). Trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 4ª ed., 1999).

[77] MENDONÇA, E. *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. 2014. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p.181.

A construção de uma narrativa de separação ortodoxa das funções de cada um dos Poderes não se justifica[78], já que o engessamento do conceito e das funções atreladas, não só embaraça, mas, impede o cumprimento da missão constitucional. Pelo que, o dilema institucional brasileiro define-se pela necessidade de se encontrar um ordenamento institucional eficiente que agregue e processe as pressões derivadas da visual heterogeneidade social, adquirindo solidez para sua legitimidade[79].

Uma Constituição é de fato uma lei fundamental e como tal deve ser vista pelas Cortes. Essa conclusão não pressupõe superioridade do Poder Judiciário. Apenas que o Poder do povo é o superior e que, quando a vontade do Legislativo, expressa em suas leis, e do Executivo, visualizada na gestão política, entra em oposição com a do povo, disposta na Constituição, os Tribunais devem ser governados pela vontade da Constituição[80], dando concretude ao ideário ali existente. As Cortes devem especificar o sentido da Constituição.

Em síntese, ainda que possa parecer lógico, é necessário ser dito, o Legislativo e Executivo somente exercem seus poderes a partir daquilo concedido pela Constituição. E, a mesma base de determinação é aquela estabelecida ao Judiciário, que tem como função precípua a interpretação das normas.

A partir disso, da estruturação da atuação do Poder Judiciário de apresentar sua visão e interpretação da Constituição, que se constrói a jurisdição constitucional, tida então como um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Não só isso. A função política da Constituição é estabelecer limites ao poder. E, uma Constituição em que falte a garantia de discussão e inclusive anulabilidade de atos inconstitucionais não pode ser vista como uma norma cogente em sua acepção técnica[81], já que, não se estaria dando o devido protagonismo necessário à Norma fundante do Estado Democrático de Direito.

---

[78] FERREIRA FILHO, M. G. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 46.

[79] ABRANCHES, S. H. H. *Presidencialismo de Coalizão: o Dilema Institucional Brasileiro*, Dados: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, 31 (1988), p. 7.

[80] MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. *Os artigos federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. (online) p. 479.

[81] KELSEN, H. *A jurisdição constitucional.* Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.123.

A Suprema Corte é uma parte essencial na liderança política e na determinação de algumas bases do poder tendo como destacada atribuição a legitimidade interpretativa da Constituição[82]. É nessa atuação que se tem a visualização de que o Tribunal Constitucional é um agente formador de políticas[83].

A jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco[84]. A importância da Constituição, e do Judiciário como seu intérprete, não pode suprimir a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo, por essa razão, o Poder Judiciário deve ser deferente para com as deliberações Congressuais e do Executivo, com exceção do necessário à preservação da democracia e dos direitos fundamentais.

A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu no Brasil a ideia de uma nova postura frente à interpretação constitucional. A caracterização de um status de imperatividade das normas, hábeis a tutelar diretamente os anseios da sociedade, fez crescer nova visão atinente à ideia não só de reestruturação do Ordenamento, mas das próprias Instituições, qualificando a Constituição como um sistema aberto de princípios[85] e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Ou seja, ultrapassou-se a ideia da

---

[82] "The Supreme Court is not, however, simply an agent of the alliance. It is an essential part of the political leadership and possesses some bases of power of its own, the most important of which is the unique legitimacy attributed to its interpretations of the Constitution." (in: DAHL, R. A. *Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-maker*. Disponível em http://epstein.wustl.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf. (online). p. 293)

[83] "It is in this sense that the Court is a national policy-maker, and it is this role that gives rise to the problem of the Court´s existence in a political system ordinarily held to be democratic". (in: DAHL, R. A. *Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-maker*. Disponível em http://epstein.wustl.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf. (online). p. 281).

[84] Eduardo Mendonça (2015) justifica a ideia da jurisdição constitucional como uma garantia à democracia explicitando que as democracias constitucionais precisam estabelecer a quem caberá proferir a palavra final. O principal argumento contra a jurisdição constitucional consiste na alegação de que ela transferiria essa prerrogativa para um conjunto de agentes não eleitos, em detrimento da deliberação majoritária conduzida ou mediada pelos representantes eleitos do povo. (in: A jurisdição constitucional como canal do processamento do autogoverno democrático. SARMENTO, D. (coord.) *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015).

[85] Robert Alexy (2008) sobre a temática dos princípios considera que princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Dessa forma, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. (in: *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros. 2008. p. 90).

impossibilidade de realização de juízo de valor na aplicação da ciência do direito, firmando possibilidades de discussões sobre legitimidade e justiça[86].

Daí porque, as mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo no contexto de um Estado Democrático, na versão aqui examinada, não são independentes. Elas mantêm uma relação de causa e efeito. O encadeamento entre elas poderia ser construído da seguinte forma: as Constituições do pós-guerra, como é a Constituição Brasileira de 1988, deram centralidade aos princípios; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação exigindo uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação demandaria maior participação Judiciário em relação aos demais Poderes estatais; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação[87], demonstrando dessa forma para além da centralidade da Constituição, mas sim, o protagonismo da aplicação de seus valores.

Esse novo constitucionalismo se apresenta, portanto, como uma teoria jurídica focada no papel progressista das Cortes, justificada a partir da adoção da concepção axiológica de Constituição. E, diferentemente, do que propõem vozes contrárias, a caracterização do novo constitucionalismo é marcante e de relevante observância na história, principalmente, quando se verificam os aspectos concernentes à construção interpretativa das normas da Constituição pelas Cortes Constitucionais no debate de efetivação dos direitos fundamentais e na atuação estatal para sua concretização.

Firma-se, com isso, nesse estudo, que o neoconstitucionalismo constrói, pela jurisdição constitucional, uma leitura concreta dos princípios que permitem realizar mudanças estruturais na sociedade, mesmo que ausente engajamento político.

---

[86]BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo.* v. 232, pp. 141–176, 2003. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690. p. 147.

[87] BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo,* v. 232, pp. 141–176, 2003. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690. p. 149.

A valorização dos princípios, a adoção de métodos mais abertos na hermenêutica jurídica e os juízos de ponderação, características centrais do neconstitucionalismo, são os mecanismos utilizados para se alcançar certa interferência na realidade social. E ainda que se possa discutir sobre limites e legitimidades dessa interferência na representação democrática, o que se realizará no próximo capítulo, ela é real e sedimentada no contexto brasileiro, ao teor do que destacadamente se tem na Constituição de 1988. Além, ao contrário da maioria das regras jurídicas, que já prescrevem as suas hipóteses de incidências e consequências, as cláusulas constitucionais, em razão de sua plasticidade, permitem que a interpretação constitucional seja utilizada como instrumento privilegiado de mudança da sociedade que independe do processo político, fato que fez e ainda faz surgir os debates nas mais diferentes instâncias sobre os limites democráticos e arranjos institucionais nessa mutação da realidade social.

CAPÍTULO II

ATIVISMO E MINIMALISMO JUDICIAL

Do até aqui apresentado, envolto aos elementos do constitucionalismo, duas premissas são relevantes e complementares na análise do Poder Judiciário a partir daquilo que resultou caracterizado como neoconstitucionalismo. A primeira, é referente ao fato de que possivelmente ainda que não seja uma exclusividade da Constituição brasileira de 1988, foi a partir dela que ocorreu o aprofundamento diante de seu conteúdo analítico, externado pelas suas cláusulas abertas.

O Constituinte de 1988 avançou permeando em espaços que ampliaram sobremaneira seu campo de incidência, trazendo disso mudanças nas características do bloco de constitucionalidade, ou seja, a Constituição transcendeu temas propriamente constitucionais regulamentando diversos assuntos de relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de compromisso maximizador[88].

Nessa mesma perspectiva, a Constituinte de 1988 concedeu ao Poder Judiciário base que lhe autorizou navegar em questões morais que em muitas das vezes residem no campo de agendas políticas.

A segunda premissa apresenta-se na evolução dos instrumentos de controle judicial, diante do protagonismo do Judiciário. O aumento da utilização de instrumentos judiciais permitiu avanços da manifestação por aquele Poder, no exercício de sua função, diga-se, em áreas até então não percorridas, ensejando concreta atuação no campo político.

Esses caracteres expressam um modelo estatal em que, cada vez mais, o Poder Judiciário assume relevante papel não só social, mas, verdadeiramente político, com ampliada atuação, denotando um outro peso daquilo que classicamente foi idealizado por Montesquieu[89].

---

[88] VIEIRA, O. V. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo. v.4, n. 2, p. 441-464. 2008. ISSN 1808-2432. (online). p. 446.

[89] "Mais que a teoria da clara distinção das funções do Estado, Montesquieu apresenta a teoria de um Governo balançado, em que os diversos órgãos, num sistema de pesos e contrapesos, realizam um equilíbrio constitucional capaz de obstar à consolidação de um poder absoluto. Mas, se examinarmos bem este equilíbrio, notaremos que se trata mais de um equilíbrio social que de um equilíbrio constitucional:

Mas, como já explicitado, de se assinalar que além de não poder ser ignorado que o Judiciário é poder constituído, sendo-lhe atribuído o exercício jurisdicional, revelando assim que quando intervém para assegurar os parâmetros constitucionais, e preservar a supremacia da Constituição, desempenha de maneira legítima as atribuições que lhe conferiu a própria Carta republicana.

Esse exercício da função jurisdicional além dos limites impostos pela Constituição é característica marcante do neoconstitucionalismo, resultando em questionamentos diversos envoltos à temática, uma vez que, ao mesmo tempo em que o ativismo judicial é tido como exercício da função jurisdicional que ultrapassa os limites institucionais[90], tem-se que os compromissos formalmente inseridos no Ordenamento constitucional, destacadamente aqueles concernentes às políticas públicas, não podem ficar sem real controle judicial.

E percebe-se isso porque, na visão do constitucionalismo contemporâneo, diante de uma nova matriz interpretativa e estabilizadora do Estado de Direito, uma instituição estatal, no caso do Brasil, o Poder Judiciário, deve ter o poder de definir coercitivamente, inclusive, o seu sentido, sob pena de a Constituição não desempenhar a sua função de estabilizar as relações sociais[91].

Por isso, sendo essa realidade um fato concreto, intenciona-se neste momento explicitar o direcionamento dessa atuação do Poder Judiciário e como ela se apresenta perante as bases do neoconsitucionalimo.

Para tanto, além de explicitar uma análise dualista sobre o tema – postura ativista ou minimalista –, relevante pontuar sobre o aperfeiçoamento crítico acerca das

---

confundindo o poder de sentido jurídico com o poder de sentido sociológico, Montesquieu identifica um órgão do Estado com uma classe ou camada social" (in: BOBBIO, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*, vol. 1. Trad. Carmen C. Varriale et al., coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11ª ed., 1998. (online). p. 249).

[90] Em relevante estudo Elival da Silva Ramos (2010) na visão crítica ao ativismo judicial formula conceituação do instituto como "desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional." (in: *Ativismo judicial. Parâmetro dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 138).

[91] PESSANHA, R. B. V. *Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais*. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 277. Disponível em https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9237.

condições em que esta realidade tem se desenvolvido, especialmente diante das críticas[92] marcadas, seja em qualquer dos contextos teóricos indicados.

II.1 O ativismo judicial – a exteriorização do neoconstitucinalismo

Não é uma situação isolada que revelará o comportamento ativista do Judiciário brasileiro, mas a soma de fatores institucionais. Porque, para compreender o ativismo judicial é preciso avaliar esses fatores e compreender a teleologia da própria expressão ativismo[93]. Ao afirmar que alguém institucionalmente adota um comportamento ativista, significa dizer que é partidário do ativismo, e aqui deve ser compreendida como uma postura para implementar determinado pensamento ideológico.

Aqui um parêntese relevante, a partir do descritivo sobre o entendimento de ativismo, isso porque, dentre as diversas frentes conceituais, de se ter que a descrição de um ativismo, ou mesmo a constatação de uma contenção, do comportamento institucional, aponta para algo denso que são as relações travadas entre a Corte com os demais atores políticos, a partir do complexo diálogo que mantém com as instituições por meio de seu processo decisório[94].

---

92 Disso, relevante pontuar, dentre os críticos ao ideário do neoconstitucionalismo e de sua relação com o ativismo judicial, Lenio Luiz Streck (2013), ao considerar que utilização da ponderação no molde como apresentado no Brasil, "(...) acaba revelando traços que dão condições ao desenvolvimento do ativismo judicial, que à diferença do fenômeno da judicialização da política (que ocorre de modo contingencial, isto é na insuficiência dos demais Poderes do Estado), apresenta-se como uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente". (in: O constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação jurisdicional*, v. 1, n. 1, p.11-28, 2013, p. 23. Disponível em https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/23).

93 Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003) explicitam o ativismo como uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando seu sentido e alcance, para ir além do legislador ordinário. É um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando ele mostre incapaz de produzir consenso (in: O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo,* v.232, pp.141–176, 2003. Disponível em https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690).

94 LIMA, F. D. S. *Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013, p. 183. Disponível em https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10958.

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional, que é, o reconhecimento de força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento da nova dogmática da interpretação constitucional[95].

É sobre essa nova dogmática da interpretação constitucional que se opera a superação do modelo de subsunção das normas, como regra abstrata, por uma interpretação composta de categorias como as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais e a ponderação[96].

Disso que se apresenta a corrente neoconstitucionalista, apontada como o parâmetro teórico de superação do positivismo, expondo contorno ampliado do quadro para solução de imbróglios que a subsunção do positivismo jurídico não teria uma conclusão respaldada na concretização dos direitos fundamentais.

E como visto no capítulo anterior a fase do constitucionalismo contemporâneo que se observa no atual momento histórico conferiu prestígio às normas principiológicas, ampliando o quadro de interpretação pelo Poder Judiciário que, somado ao controle de constitucionalidade, permite, de certo modo, a concretização do ativismo judicial e da judicialização das políticas públicas[97].

Esse protagonismo diz respeito ao deslocamento da responsabilidade na promoção dos direitos e compromissos assumidos pelo Estado Constitucional, sobremaneira na realidade brasileira pela Constituição de 1988, ao Judiciário, que assume o papel de tradutor desses ideais. Nessa visão, o Poder Judiciário passa a ser o mediador entre o Direito e Moral em sua atividade na aplicação da nova lógica

---

[95] BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). in*: Revista de Direito Constitucional e Internacional: Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 15, n. 58, janeiro-março/2007, p. 134.

[96] BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). in: *Revista de Direito Constitucional e Internacional: Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 15, n. 58, janeiro-março/2007, p. 138.

[97] De se assinalar a existência de relativo consenso da ocorrência de uma judicialização das relações políticas e sociais no Brasil, visualizada a partir do fortalecimento das instituições judiciais. A judicialização é um fenômeno creditado ao arranjo institucional previsto na Constituição de 1988. Mas, é possível identificar longo processo de reforço do Judiciário, que teve na Constituição de 1891, com a adesão aos pilares da democracia estadunidense, o prenúncio da prerrogativa de anular atos dos demais poderes. (in: LIMA, F. D. S. *Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013, p. 188. Disponível em https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10958).

interpretativa[98], destacadamente, porque, no Brasil contemporâneo, a Constituição de 1988 é valiosa aliada do processo histórico de superação da ilegitimidade renitente do poder político e da crônica instabilidade institucional[99]

Certo é que o ativismo judicial é um espectro entre Direito e Política. O que revela o debate travado sobre os limites de atuação e separação de poderes, e, pelo que aqui se expõe e fixa, entende-se já superada a visão engessada da separação de poderes, notadamente porque se a Constituição contém normas determinantes de fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não há sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – não deva estar distante do controle jurídico, ou seja, não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo[100].

Isso porque, o ativismo não é um comportamento estanque. É possível que uma determinada Corte seja, dita, ativista por um período de sua história, mas, depois, diante de sua composição, apresente uma postura de contenção, naquilo que se refere à eventual invalidação de atos dos outros Poderes.

Nessa hermenêutica, importante também fixar no presente estudo que a ideia da postura ativista do Judiciário, que se apresenta, parte do pressuposto de que o ativismo judicial como parte inerente de ativismos legislativos e administrativos, necessários para o exercício das competências distribuídas entre os poderes, sendo que os limites e excessos devem ser analisados a partir da premissa de que somente os demais atores políticos detém os poderes, no âmbito democrático, para estabelecer as fronteiras de eventuais práticas fora do quadro constitucionalmente estabelecido,

[98] O neoconstitucionalismo promove reaproximação do direito com a moral buscando a concretização de valores compartilhados pela comunidade a fim de legitimar o exercício do direito enquanto instrumento de poder. (in: CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 137).

[99] BARROSO, L. R.; BARCELLOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo.* v. 232, pp. 141–176, 2003, p. 175. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690.

[100] BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). in: *Revista de Direito Constitucional e Internacional: Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 15, n. 58, janeiro-março/2007, p. 138.

porque fora disso não se mostra compatível a qualquer versão do constitucionalismo[101].

Em apresentação do contexto jusfilosófico de superação do paradigma positivista, tem-se a visão de Ronald Dworkin[102], pelo seu posicionamento liberal pós-positivista, explicitando a partir da fundamentação moral e universal dos direitos fundamentais, e que percebe no constitucionalismo, assim como no controle/revisão judicial, a garantia da sua indisponibilidade em face de maiorias legislativas eventuais.

Para a superação do voluntarismo hermenêutico tradicional, que caracteriza o normativismo, Ronald Dworkin propõe que será necessário conceber o Direito como um sistema de regras e princípios, dotado de integridade, e não como um mero sistema de normas, ineficaz diante da complexa realidade social[103], permitindo, dessa sedimentação, que a missão de uma Corte Constitucional é projetada para além da função de legislador negativo, guardião da coerência sistêmica do ordenamento jurídico.

Por isso, na perspectiva idealizada por Dworkin, o ativismo judicial se revela como verdadeiro compromisso dos Tribunais em nome da imperativa defesa da democracia e da justiça, lecionando que o programa do ativismo judicial sustenta que o Poder Judiciário deve aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade, revê-los e relê-los constantemente à luz do que parece ser a visão moral atual da Suprema Corte, e julgar os atos dos demais atores políticos em fixa consonância com esses baluartes[104].

Assim, a Constituição incorpora princípios morais, com os quais a legislação infraconstitucional e as decisões judiciais devem ser compatíveis, advogando Dworkin uma leitura da Constituição que coloque a moralidade política no

---

[101] PETER, C. O. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.5, 2015, p.62-87. doi: 10.5102/rbpp.v5i2.3094, p. 77. Disponível em https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3094

[102] Com Ronald Dworkin (2001) percebe-se que as ideias do construtivismo interpretativo, da leitura moral da Constituição e da hermenêutica baseada em princípios, constituem destacado esforço para legitimar o papel político decisivo que a Suprema Corte dos Estados Unidos cumpriu, a partir da década de cinquenta, na afirmação dos direitos individuais e na proteção das minorias. (in: *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001).

[103] DWORKIN, R. *Uma questão de princípios*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 41.

[104] DWORKIN, R. *Levando os Direitos a sério*. 1ª ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 24.

centro do direito constitucional. Fato que pressupõe que o intérprete tenha verdadeiramente uma postura ativa e construtiva, idealizada na interpretação do sistema de princípios como um conjunto harmônico dotado de integridade[105]. Mas, na formalização de seu pensamento Dworkin expõe que a atividade judicial, ao se fundar nos argumentos de natureza principiológica, deva prevalecer em relação aos argumentos de natureza política[106].

A leitura moral da Constituição em Dworkin tem na Suprema Corte o seu local privilegiado. Ela é desenvolvida a partir de uma relação voltada ao processo judicial e sua relação com os cidadãos, com a opinião pública vigente naquela comunidade. É dizer, pela visão do autor, a leitura moral propõe uma interpretação e aplicação de dispositivos normativos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de justiça[107].

Daí porque, a jurisdição constitucional seria, por assim dizer, o fórum do princípio por excelência, porquanto a Corte Constitucional, por sua formação e independência, é considerada mais apta a resolver questões de princípios[108],

---

[105] A leitura moral proposta por Dworkin não constitui método de interpretação, aliás, não há metodologia específica exigida pela leitura moral da Constituição. Em sua prática os dispositivos devem ser lidos e interpretados da maneira mais natural possível e, como cuidam de princípio morais, explicitando por uma leitura ampla, em nível mais geral possível. Além disso, ele não admite que os juízes afirmem juízos morais pessoais e específicos, pois assim cairia facilmente na crítica de que sua teoria gera decisões discricionárias. (in: VICTOR, S. A. F. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da constituição*. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 106. doi:10.11606/T.2.2013.tde-19022014-161546).

[106] Ronald Dworkin afirma a premissa moral de seu raciocínio no sentido da sempre existência de uma resposta certa cabendo ao Tribunal a incumbência de encontrá-la, seja na prática judicial histórica, na tradição, como na própria moralidade política compartilhada. O ideário de Dworkin não está a conferir poder discricionário ao juiz, ao contrário, ele, inclusive nega o direito de escolher aleatoriamente alguma decisão e o incumbe (o juiz) do dever de achar a resposta certa para o caso em julgamento, sobremaneira na presença de o texto legislativo se mostrar ambíguo.

[107] É dizer, para Dworkin, diante da existência de princípios que demandam observância das Cortes não haveria mera discricionariedade. Tais princípios por serem baseados em valores da comunidade impõem um caminho a ser trilhado na interpretação da Constituição. (in: DWORKIN, R. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006).

[108] A revisão judicial continua a ser controversa. Dworkin não afirma que ela escapa da objeção democrática porque uma democracia deve respeitar os direitos fundantes dela mesma. A leitura moral da Constituição e a concepção constitucional de democracia de Dworkin enseja a compreensão de que o controle judicial está sujeito ao seu próprio acerto, ou seja, a capacidade para dar as respostas certas: a única resposta certa para cada caso concreto. As decisões equivocadas revelam-se assim antidemocráticas. As decisões erradas sejam da Corte, como do Legislativo, para Dworkin, prejudicam a democracia, sobretudo quando cuidam de seus pressupostos e condições. (in: VICTOR, S. A. F. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da constituição*. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade

enquanto os parlamentos e governos são mais qualificados para escolher as agendas públicas que melhor atendam ao interesse da coletividade[109].

Na contramão, Herbert L. A. Hart[110] afirma que princípios são normas com espaço de indeterminação ainda maior do que o de regras e que, portanto, o raciocínio com base em princípios enseja no alargamento da discricionariedade, descortinando violações ao próprio sistema de justiça.

Entende-se, assim, que o problema central da jurisdição constitucional, nas palavras de John Hart Ely[111], consiste no fato de que um órgão que não é eleito ou, ainda, politicamente responsável, fixará aos representantes eleitos da população (legisladores e gestores) que regra de que não há liberdade da gestão da agenda política. O autor confere característico significado ao sistema de democracia representativa ao referir que a base do constitucionalismo estadunidense se estrutura em um poder outorgado pelo povo aos seus legisladores[112].

Nesse aspecto, de relevo apontar que concepções como essa – assim como qualquer outra concepção do Judiciário – devem ser acompanhadas de modelos hermenêuticos que orientem o raciocínio institucional, além de pressuporem determinado quadro da separação dos poderes.

No âmbito da jurisdição constitucional brasileira, tem-se diariamente um Supremo Tribunal Federal ativista e defensor do ideal de profusão de direitos fundamentais, porquanto é provocado para tanto[113]. O campo de sua atuação é

---

de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 111. doi:10.11606/T.2.2013.tde-19022014-161546).

[109] BRITO, J. S. Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático, in: Legitimidade e Legitimação da Jurisdição Constitucional. *Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

[110] in: *O conceito de Direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 12.

[111] in: *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

[112] John Hart Ely (1988) considera que as Cortes somente poderiam intervir na legislação aprovada pela Casa Congressual para garantir a lisura do procedimento de deliberação, não devendo adentrar no mérito do legislado. O argumento por ele exposto passa por um quadro do caráter antidemocrático do *judicial review*. Por isso, considera-se que Ely se posiciona contrariamente à ideia de que estaria autorizado o Poder Judiciário a analisar a relevância dos parâmetros morais da sociedade e transformá-los em princípios jurídicos. Daí porque, para ele, a jurisdição constitucional estaria limitada à garantia do procedimento democrático e não à verificação do mérito legislado pelo Congresso (in: *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1998).

[113] Inaugurou-se, assim, por meio do *judicial review*, a intransponível era da *political question doctrine*, de notável proeminência nos anais do atual Supremo Tribunal Federal, oxigenando o Judiciário nacional e

observado nos mais diversos temas que agitam os debates sociais no Brasil, sobretudo no que se refere à concessão de direitos por meio de interpretação dos princípios fundamentais insculpidos na Constituição.

Na estrada oposta das defesas mais agudas de um posicionamento ativista, nos moldes do que se visualiza em Dworkin, percebe-se que o exercício da jurisdição constitucional é indissociável da atividade dos julgadores, construindo o entendimento de que até se permite certa carga de discricionariedade judicial, quando da produção normativa por meio de decisões judiciais, entretanto, para que tenha a legitimidade válida, no contexto da democracia, é certo que os juízes devem se utilizar de métodos interpretativos de modo a reduzir o impacto que a imposição de suas decisões pode gerar[114].

O comportamento ativista, nesse aspecto, implica um ônus argumentativo para justificar as ações a serem tomadas, pois quando se está diante da necessidade de reconhecimento da prevalência de um direito em detrimento de outro, é preciso construir um discurso fundamentado e convincente sobre a decisão tomada, não sendo possível assumir a premissa de que somente argumentos jurídicos estarão em jogo. Por mais que essa atitude seja complicada do ponto de vista da legitimidade do sujeito-concretizador das normas constitucionais, é fato inegável que o discurso assume, pela utilização da técnica de ponderação, premissas fáticas vinculadas ao caso concreto e às suas circunstâncias[115]. Por isso, a atitude ativista não pode assumir

aguçando o ativismo judicial. (in: BARROSO, L. R. Countermajoritarian, Representative and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporany democracies. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806).

[114] Nessa construção de sentido Miguel Gualano de Godoy (2015), em sua tese, defende que: "(...) uma atuação baseada nas capacidades institucionais, e que não faça dela um recurso redundante, deve superar os argumentos de respeito à separação de Poderes ou de necessária deferência do Poder Judiciário aos critérios políticos e técnicos adotados pelos outros poderes. Afinal como dito antes, tais argumentos devem ser ponto de partida de uma decisão baseada nas capacidades institucionais, e não seu ponto de chegada. Por isso, a adição de uma postura mais ativa ou deferente, quando baseada nas capacidades institucionais, deverá demonstrar por que diante de tal questão a decisão de juízes e cortes é mais adequada, menos propensa a erros ou incertezas, tem como consequência a realização do objetivo perseguido e constitui a melhor decisão possível segundo seus resultados e efeitos". (in: *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 2015, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. 2015, p. 147. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908).

[115] PETER, C. O. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v.5, 2015, p.62-87. doi: 10.5102/rbpp.v5i2.3094, p. 84. Disponível em https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3094.

conotação de ação arbitrária, sendo o neoconstitucionalismo esse novo paradigma justificador e de base teórica para as situações concretizadoras do ativismo.

II.2 O minimalismo judicial – a ideia de uma postura de contenção

Diante do que foi verificado anteriormente, que as Cortes tem uma justificação instrumental e condicional para o comportamento dito ativista, traz-se uma análise do minimalismo, defendido por Cass Robert Sunstein, em contraposição ao maximalismo/ativismo, que tem em Ronald Dworkin um de seus protagonistas, com a finalidade de se verificar suposta ocorrência de pontas opostas entre essas teorias e a influência que a base neoconstitucionalista lhe exerce.

Cass Sunstein[116] entende necessária a intervenção das Cortes para declarar a invalidade de leis na medida em que existissem disposições divergentes à Constituição. Seria essa a função do Poder Judiciário. Ocorre que, deveriam as Cortes evitarem manifestações para além do necessário, evitando ingerências em situações que não foram campo de debate e análise de uma agenda política, especialmente, pelo Legislativo.

É dizer, pelo minimalismo defendido por Sunstein percebe-se uma perspectiva liberal representativa de um complexo projeto teórico, expressando uma pretensão descritiva da interpretação constitucional[117]. Apresenta, por assim dizer, a ideia de as Cortes terem uma postura de dizerem apenas o que é necessário, deixando em aberto, na medida do possível, questões mais abrangentes que envolvam densos debates[118], principalmente sobre a valoração de princípios geradores de larga interpretação sobre o caso concreto.

---

116 in: *One case at a time: Judicial Minimalismo on the Supreme Court*. Cambrigde: Harvard University Press, 1999.

117 Para Neil Siegel (2005) o minimalismo situa-se entre uma teoria da posição institucional da Suprema Corte e uma teoria prescritiva do processo de decisão judicial. Quanto a este processo decisório variaria entre uma teoria da fundamentação, uma teoria substantiva da atuação judicial que pretende reduzir custos, amparada na construção do *law and economics*. (in: *A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court bar*. Michigan Law Review, v. 103, p. 1951- 2019, 2005, (online), p. 1957).

118 Para Cass Sunstein (2001) o minimalismo revelaria a prática dos Tribunais dizerem o necessário para assim justificar a decisão e deixar o máximo possível não decidido, ou seja, o minimalismo, de acordo com

É esta a característica particular do minimalismo, deixar intocadas as questões de fundo descortinando desconfianças quanto à conduta das Cortes de elaborar, a partir do conhecimento por vezes limitado das circunstâncias de um determinado caso, princípios amplos e abrangentes[119].

Na proposta de sua obra, Sunstein[120] expõe interesse sobre os efeitos que podem causar as decisões amplas e que possam resultar no engessamento da adjudicação em relação à temas considerados sensíveis. Vai além de uma preocupação com os desacordos entre os membros de uma Corte. Recomenda daí o minimalismo judicial.

O Estado de Direito opõe-se ao livre domínio da vontade dos governantes, sendo a lei formalmente parâmetro da escolha no contexto de disputas reais. Na medida em que o Estado de Direito impede que isso aconteça, tenta impedir que as pessoas invoquem suas próprias teorias e vontades, de modo a tomarem decisões de acordo com as convicções que julgam mais fundamentais.

A jurisdição constitucional compete realizar tal projeto, atuando como árbitra do jogo democrático focando-se em assegurar a pauta de direitos fundamentais conquistados, garantindo inclusive a indispensável visibilidade à minorias políticas. E, embora uma das próprias características da jurisdição constitucional se estruture no seu papel de uma instância de poder contramajoritário[121], situada no limite entre o jurídico e o político, isso não releva contrariedade à democracia.

---

o por ele idealizado, se funda na ideia de que as decisões judiciais promovam mudanças sociais, mas a fundamentação decisória não deve ser ampla, ao contrário. Defende uma atuação limitada, reduzindo o ônus da decisão judicial (in: *One case at a time: Judicial Minimalismo on the Supreme Court*. Cambrigde: Harvard University Press, 1999).

119 A ideia minimalista de Cass Sunstein (2018) aponta que ampliar a atuação judicial em questões técnicas de alta complexidade e moralmente controvertidas suscitaria efeitos colaterais negativos sob o aspecto democrático. O que reflete a ideia por ele exposta de uma dimensão procedimental do minimalismo, como são os 'acordos parcialmente teorizados'. Os acordos teóricos possuem um nível de incompletude em razão de uma controvérsia sobre os fundamentos morais, ainda que exista um acordo sobre os resultados efetivos. Nesse caso, é possível dizer que os participantes no jogo democrático estão cientes do resultado sem estar de acordo com as teorias mais gerais que o fundamentam. (in: *Legal reasoning and political conflict*. Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 36)

120 in: *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

121 MENDONÇA, E. A jurisdição constitucional como canal do processamento do autogoverno democrático. in: SARMENTO, D. (coord.) *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 141.

Por meio de sua teoria minimalista Sunstein[122] indica que a participação judicial deve ser exercida de forma reduzida, deixando-se de lado questões controvertidas e desnecessárias ao se analisar um caso concreto, uma vez que na democracia é exigida certa independência e segurança para todos.

Nessa compreensão explicita-se que o minimalismo judicial parte do pressuposto de que a sociedade possui diferentes ideais, o que gera, consequentemente, conflitos, referentes à ampliação ou mesmo restrição de seus valores, sendo, então, dever de o Estado encontrar uma forma para solução das divergências ou, ao menos, uma representação de um meio pacífico de convivência, pois em uma boa democracia, os direitos constitucionais protegem os desacordos políticos[123].

Portanto, a ideia de dissenso não é tratada como um elemento a ser extinto do meio social, mas uma forma de propiciar o aprimoramento das ideias e também do modelo democrático. O minimalismo almeja disso uma postura em que Tribunais devam decidir desconsiderando questões morais e filosóficas, deixando de lado questões controvertidas para a deliberação popular.

Como visto, o debate sobre a jurisdição constitucional e seus efeitos é amplo. Atinge os países que adotam o modelo de democracia jurisdicional[124] e, ao mesmo tempo, as peculiaridades locais de cada Estado tornam a criação de uma teoria única como mero argumento retórico.

Ainda, pelo que apresenta Sunstein[125], o minimalismo judicial está associado com objetivos democráticos, na medida em que possibilitaria minimizar encargos de decisões e os custos de eventuais erros interpretativos.

Dessa forma, é dever do julgador fazer prévia análise das consequências que serão geradas a partir do momento em que a decisão for proferida. Para tanto, é

---

122 in: *Designing democracy: what constitutions do*. Oxford: Oxford University Press, 2001

123 SUNSTEIN, Cass. *Designing democracy: what constitutions do*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 240.

124 BUNCHAFT, M. E. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. in: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 154-180, jan/jun. 2011. Disponível em https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/189/171.

125 in: *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p. 46

introduzida a ideia de que no minimalismo as decisões devem ser estreitas, na medida em que deve ser relativizada quando outras pessoas em situações análogas são tratadas de forma diferente, abandonando-se as considerações abstratas para o deslinde do caso em apreço.

Entretanto, a adoção de uma atitude minimalista, vai para além das barreiras dos modelos de jurisdição constitucional. A diminuição dos fundamentos jurídicos utilizados tem como característica a redução dos custos da atividade jurisdicional.

Uma das vantagens do minimalismo, apresentada pelos seus defensores, é que ele concede certa latitude para outros ramos, outorgando ao processo democrático espaço de adaptação, para produção de compromissos vantajosos, e dar novas informações e perspectivas para questões legais. Na sua forma processual, o minimalismo é projetado para deixar as coisas em aberto, para decidir casos estreitamente quanto possível. Sunstein menciona que se poderia até imaginar diferentes formas de minimalismo, que poderiam produzir estreitas decisões, em vez de profundas, e aqueles que aceitarem essa forma de pensar podem tentar evitar profundidade teórica[126].

Ocorre que, quando o processo político não atende as expectativas normativas, notadamente dos grupos minoritários, a tendência é a atuação judicial se expandir, de forma a suprir o déficit de representação política das minorias estigmatizadas, isso porque, a partir da constitucionalização do Direito, os princípios constitucionais de abertura argumentativa passaram a ser vetores da democracia que se renovam e alcançam parâmetro argumentativo com a atuação dinâmica, inspirando a atuação do Poder Judiciário, seja em uma perspectiva procedimental ou mesmo substancial[127].

II.3 O minimalismo judicial e o constitucionalismo democrático

[126] SUNSTEIN, C. R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 62.

[127] BUNCHAFT, M. E. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. in: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 154-180, jan/jun. 2011. Disponível em https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/189/171.

Como explicitado no tópico anterior, contempla o minimalismo judicial a ideia de uma estratégia judicial aos Tribunais de assumirem tal perspectiva, ou seja, de contenção, e com isso outorgarem questões não decididas para a deliberação em outras instâncias potencializando a justificação pública de razões e permitindo que decisões relevantes sejam tomadas por outros atores públicos.

Nesse cenário, da perspectiva teórica descrita por Cass Sunstein, são visualizados dois ângulos nodais na percepção da decisão minimalista, estreiteza e a superficialidade. Uma Corte minimalista deveria então optar por uma decisão superficial, em vez da profunda, não invocando considerações abstratas e abstendo-se de suscitar questões principiológicias e morais na fundamentação. Também, apresentar suas conclusões de maneira estreita, isso porque, decisões amplas vão além do caso decidido, enquanto as estreitas são limitativas à questão específica evitando com isso a criação de regras de cunho geral[128].

A superficialidade no comportamento do Tribunais é exteriorizada mediante acordos parcialmente teorizados que explicitam a capacidade de estabelecer consensos em contextos de profundo dissenso. A estreiteza, por sua vez, se revela quando a Corte decide um caso com ênfase nas suas especificidades, deixando em aberto pontos para serem decididas pelos outras atores políticos. Evita-se, dessa forma, considerações amplas que se apliquem a outras situações futuras, com o compromisso de se garantir o consenso em órgãos colegiados[129].

Do panorama apresentado tem-se então que o minimalismo judicial defende que as Cortes não devem decidir questões desnecessárias para a resolução do caso que lhe é posto, preferindo se recusar a decidir questões que não estejam maduras suficientes para tal fim. Ou seja, deve-se dar relevo ao silêncio, em verdadeiro exercício das virtudes passivas[130], naquilo que se refere a pontos controvertidos.

---

128 SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 40.

129 BUNCHAFT, M. E. O Reconhecimento do Casamento Entre Pessoas do Mesmo Sexo na Suprema Corte Norte-americana: uma reflexão à luz do debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial. *Direito Público*, *[S.l.]*, v. 12, n. 66, 2016. Disponível em https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2500/pdf.

130 O projeto de um Judiciário minimalista exposto por Sunstein (2001) se liga à ideia do debatido por Alexander Bickel. Essas virtudes passivas seriam exercidas quanto a Corte se recusa a assumir a jurisdição, não decidindo questões desnecessárias. Considera então que a interpretação minimalista

Isso porque, na construção do seu entendimento de minimalismo judicial Cass Sunstein expõe que certas formas de ativismo judicial tendem a desencadear reações de forças políticas divergentes ao fundamento decisório da Corte, o que se denominou de refluxo.

Dentre os variados segmentos críticos à postura ativa do Judiciário, como já explanado, vê-se que há certa preocupação em torno da ideologização da doutrina, pois essa nova teorização do direito, neoconstitucionalismo inegavelmente guarda amparo ideológico, no sentido da defesa das potencialidades da normatividade constitucional. É como diz Flávia Danielle Santiago Lima em sua tese[131] os neoconstitucionalistas defendem a necessidade de uma nova ciência comprometida com referidos aspectos, exigindo dos intérpretes posição mais ativa e comprometida com a melhor realização do Estado Constitucional de Direito, justificada pelo consenso em torno dos valores constitucionalizados.

Em reiteração, destaca-se que a defesa da ideia de um Judiciário minimalista, naquilo que Cass Sunstein apresenta, se centra, basicamente, nas razões de uma redução do custo da decisão para os Tribunais na decisão de casos, ou seja, permite diminuições dos custos de erros associados a julgamentos equivocados, diminuindo, por consequente, as dificuldades associadas à racionalidade limitada, incluindo a falta de conhecimento de efeitos adversos. Auxilia a sociedade a lidar em certa medida com o pluralismo. E, também, permite a adaptação do processo democrático a desenvolvimentos futuros, para produção de compromissos mutuamente vantajosos[132].

Diversamente, Robert Post e Reva Siegel[133] expõem a ideia do constitucionalismo democrático buscando analisar a forma como os direitos constitucionais foram instituídos em uma sociedade plural. Nesse quadro teórico, a

---

potencializaria a deliberação democrática assegurando também a redução de custos decisórios (in: *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 40)

131 in: *Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013, p. 221. Disponível em https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10958.

132 SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 53-54.

133 in: Democratic Constitutionalism. *in*: BALKIN, J. & SIEGEL, R. (Orgs.). *The Constitution in 2020*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 25-34.

divergência interpretativa é condição de normalidade para a evolução do próprio constitucionalismo, não devendo ser refutada ou mesmo combatida, notadamente porque a autoridade da Constituição depende de sua legitimidade democrática[134].

Em breves considerações, o constitucionalismo democrático sustenta que a Constituição, seus sentidos interpretativos e a cultura constitucional são fruto das interações entre as instituições e organismos democráticos. Tem como característica o intento de superar visões maniqueístas centradas em polarizações entre direito e política, constitucionalismo e democracia, supremacia judicial e autogoverno do povo[135].

É dizer, o que apresentam Robert Post e Reva Siegel na teorização do constitucionalismo democrático legitima a atuação do Judiciário por meio da utilização de princípios constitucionais de abertura argumentativa na interpretação constitucional, potencializando o engajamento público em termos de interações entre as Cortes e os movimentos sociais[136].

Buscando-se trazer aprofundamento ao acima descrito. À luz dos pressupostos, as Cortes têm imprescindível papel nesse processo, porquanto exercem uma forma distinta de autoridade, não só declarando, mas, destacadamente, efetivando os direitos das minorias. Os cidadãos esperam que os Tribunais protejam os valores sociais importantes, restringindo a escolha do governo que ultrapassar as limitações constitucionais. No entanto, a autoridade constitucional para fazer cumprir a Constituição, em última análise, depende da confiança dos cidadãos.

Visando superar posições dessa natureza, as quais, ainda que em polos distintos de entendimento, estão centradas em tentativas normativas de justificar o constitucionalismo, o constitucionalismo democrático propõe um aporte positivo do

---

134 O constitucionalismo democrático afirma o papel do governo representativo e dos cidadãos mobilizados na garantia da Constituição, ao mesmo tempo em que afirma o papel das Cortes na utilização de um raciocínio técnico-jurídico para interpretar a Constituição. (in: Democratic Constitutionalism. *in*: BALKIN, J. & SIEGEL, R. (Orgs.). *The Constitution in 2020*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 25-34).

135 BUNCHAFT, M. E. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. in: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 154-180, jan/jun. 2011. Disponível em https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/189/171.

136 BUNCHAFT, M. E. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. in: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 154-180, jan/jun. 2011. Disponível em https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/189/171.

processo de formação do sentido constitucional, analisando as compreensões pelas quais a Constituição é historicamente estabelecida em meio à controvérsia.

Reconhece o constitucionalismo democrático que a permanência da Constituição ao longo do tempo está condicionada à sua abertura para influências que vão além do direito, dentre elas as reivindicações sociais. A Constituição não subsiste de forma isolada e avessa aos valores que orientam a própria política. Ao contrário. As disputas sobre o seu sentido integram a construção da identidade da comunidade. Por meio do debate constitucional as amplas compreensões e visões políticas existentes em sociedade são confrontadas por um processo deliberativo, em que os diferentes atores sociais estão legitimados a participar. O sentido constitucional, assim, não é algo a ser imposto autoritariamente pelas Cortes, mas um projeto de todos[137].

Desse modo, para o constitucionalismo democrático a pluralidade assegura o papel de um governo representativo em fazer com que a Constituição seja cumprida, ao mesmo tempo em que confirma o papel dos Tribunais em utilizar o raciocínio jurídico profissional para a interpretação da constituição[138].

Assim, percebe-se que a jurisdição constitucional ganha expressão no ideário do constitucionalismo democrático para a construção dos sentidos da Constituição e na legitimação e orientação das instituições.

No centro do debate constitucional não está o consenso entre Cortes, povo e governo. Como se percebe pela história de constitucionalismo é no desacordo que ele se legitima em uma democracia, permitindo que seus diferentes atores interajam na reivindicação do sentido de Constituição. Ocorre que, a sociedade é plural, com diversas concepções semânticas, revelando desacordos profundos que a deliberação coletiva não é suficiente para solucioná-los; nesses casos, as Cortes são provocadas

[137] DANTAS, I. C.; FERNANDES, B. G. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. *Revista da Faculdade de Direito UFPR,* Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 61-88, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. p. 75. Disponível em doi: http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i2.62962.

[138] BUNCHAFT, M. E. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 154-180, jan/jun. 2011. p. 179. Disponível em https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/189/171.

a dirimir a controvérsia[139]. É daí que o constitucionalismo democrático expõe a apurada ideia sobre o papel das Cortes no constitucionalismo contemporâneo.

Os Tribunais não são instituições que se impõem em face dos demais membros da sociedade, relegando-os a uma posição de passividade. Da mesma forma, não são meros reflexos da voz do povo, intermediadores da opinião popular e de suas políticas públicas[140]. Por isso, em situações de desacordos e dissensos, as Cortes devem assegurar com autoridade a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, inclusive, por vezes descompatibilizada com o entendimento majoritário.

A jurisdição constitucional, nesse quadro, não é tida como antagônica à democracia, mas, sua própria fomentadora. A decisão judicial é mais uma voz, relevante, por sinal, no processo interpretativo do sentido constitucional, não encerrando o debate público democrático subjacente às controvérsias de uma sociedade. A oposição popular ao sentido judicial não deslegitima a Constituição e muito menos a própria jurisdição constitucional, fazendo parte do seu processo de legitimação no ambiente democrático[141].

Como assinalado, no núcleo do minimalismo judicial está a visão de que as Cortes encerrariam o debate democrático, retirando do espaço político a deliberação constitucional e, por essa razão, deveriam adotar uma posição minimalista. Mas, do até aqui exposto, o constitucionalismo democrático tem posicionamento diverso. Os Tribunais não estão alheios às circunstâncias políticas que estão inseridas, estão, em verdade, em constante diálogo com elas. Nas decisões, devem sim estarem sensíveis às diversas formas de reivindicação do sentido constitucional, dentre elas as reações

---

139 DANTAS, I. C.; FERNANDES, B. G. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. *Revista da Faculdade de Direito UFPR,* Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 61-88, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. p. 71. Disponível em doi: http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i2.62962.

140 Post e Siegel compreendem que não há efetiva incompatibilidade entre o papel proativo do povo na delimitação do significado da Constituição e as virtudes ativas do Poder Judiciário na efetivação das normas constitucionais. São papéis fundamentais na especificação dos sentidos constitucionais e na garantia dos direitos fundamentais. Em princípio, a Suprema Corte só pode efetivar normas constitucionais pressupondo a interpretação que seja sedimentada na consciência popular. (in: BUNCHAFT, M. E. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 154-180, jan/jun. 2011. Disponível em https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/189/171).

141 POST, R.; SIEGEL, R. Democratic Constitutionalism. *in*: BALKIN, J. & SIEGEL, R. (Orgs.). *The Constitution in 2020*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 25-34.

populares aos seus próprios pronunciamentos. Além, a voz judicial, embora final para o caso concreto, é apenas mais uma, estando potencialmente sujeita à revisão e superação.

Nesse sentido, há mais do que uma mera diferença de grau entre o papel das Cortes no minimalismo judicial e no constitucionalismo democrático, de modo que a distinção é profunda. O minimalismo está pautado em um modelo decisional centrado no próprio limite da atividade jurisdicional, em que o significado constitucional é identificado à própria decisão judicial. Enquanto tal, a oposição às decisões das Cortes implica uma necessária oposição à Constituição, que coloca em risco a estabilidade e a coesão social. Por sua vez, o constitucionalismo democrático adere a um pensamento constitucional orientado pela democratização da interpretação, visualizando nas reações sociais às decisões ponto constitutivo do processo de legitimação da Constituição em uma democracia dinâmica moderna, destacadamente, a brasileira, diga-se, tornando-a responsiva com os valores e práticas mais profundas do povo[142].

Nesse viés, mais do que uma diferença metodológica quanto à adoção de uma teoria da decisão judicial, ou de grau, quanto ao protagonismo atribuído às Cortes, o minimalismo e o constitucionalismo democrático são distintos em suas premissas.

Reconhecer o papel ativo da população na interpretação constitucional não implica adotar uma posição mitigadora do Poder Judiciário, que é, de fato e de direito, considerado intérprete da Constituição, dotado de uma função relevante no sistema político-jurídico. Se a aderência da Constituição ao espírito do povo garante a sua legitimidade e autoridade democrática como norma fundamental, a proteção judicial dos valores constitucionalmente apresentados lhe confere permanência e estabilidade.

A jurisdição constitucional, dessa forma, não é algo a ser oposto à democracia ou redutor dela, mas seu próprio catalisador, fomentando o debate político

[142] DANTAS, I. C.; FERNANDES, B. G. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. *Revista da Faculdade de Direito UFPR,* Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 61-88, maio/ago. 2019. ISSN 2236-7284. p. 79. Disponível em doi: http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i2.62962.

dentro e fora das instituições. A relação entre jurisdição constitucional e democracia é interdependente, de forma que uma fortalece a outra.

Além disso, a supremacia judicial desempenha uma relevante função de estabilização e segurança da Constituição, conferindo resposta a conflitos e divergências.

Como já dito, no constitucionalismo democrático, a supremacia judicial não é antagônica ao exercício da democracia, mas uma garantia da sua própria efetivação. Por outro lado, a democracia é o fundamento precípuo da autoridade das Cortes e, por isso, embora as suas decisões ponham fim a um processo judicial, não encerram o debate público e democrático.

Nessa configuração, a determinação de um comportamento minimalista, na forma verificada se mostra incompatível com a criação de uma cultura constitucional delineada a partir do potencial emancipatório de determinadas decisões judiciais, voltadas à proteção das minorias. Isso porque, na visão exposta nesta pesquisa, o minimalismo judicial ignora que há um déficit de representação de determinadas minorias nas instâncias deliberativas, o que, em muitas situações, enseja a expansão da atuação judicial. Mas, também, necessário deixar visualmente marcado que ser ou não maximalista não constitui algo válido em si mesmo, pois a presença de tal atributo depende da própria capacidade institucional e do perfil dos sujeitos que integram os quadros das Cortes[143]. Mas, essa tópica é discussão para outro momento.

II.4 A última palavra importa? Crítica(s) ao protagonismo institucional

A partir da teoria da separação dos três Poderes, do surgimento do constitucionalismo e do controle de constitucionalidade, bem ainda com a expansão da jurisdição constitucional e do ativismo judicial, parte da literatura defende a supremacia judicial, caracterizando a delegação ao Judiciário da competência de atribuir a última palavra na interpretação do texto constitucional, ao passo que outra parte advoga a necessidade de uma supremacia do Poder Legislativo.

[143] BUNCHAFT, M. E. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. in: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 154-180, jan/jun. 2011, p. 178. Disponível em https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/189/171.

Importante esclarecer a diferença conceitual entre monopólio e supremacia judicial para compreensão dos argumentos a serem desenvolvidos. No monopólio judicial a interpretação da Constituição é restrita ao campo do Judiciário, já, para aquilo que se refere supremacia judicial tem-se a existência de outros intérpretes, no entanto, é no Judiciário o local de definição da última palavra[144].

Ocorre que a Constituição é uma norma em constante reconstrução e ressignificação não se encontrando fechada a apenas um intérprete. A norma constitucional deve se colocar aberta aos intérpretes, sejam os formais – Judiciário, Legislativo e Executivo – ou à própria sociedade – em consonância com a ideia de Härberle[145], para quem a interpretação deve ser pluralista, aberta a toda sociedade. Por isso, a questão a quem deverá ser atribuída a última palavra na interpretação constitucional e se, de fato, essa última palavra existe, é de relevo para a história do constitucionalismo.

Herbert L. A. Hart[146] expõe que o juiz na execução cotidiana de sua atividade interpretativa pode se deparar com casos comuns, para os quais os termos gerais da regra jurídica não carecem de interpretação densa não contendo, aparentemente, tensas questões na regulação comportamental sob análise. Com casos difíceis, para os quais a apresentação de uma resposta dependeria do poder discricionário do intérprete que, operando como que uma escolha entre alternativas abertas, detenha autoridade para oferecê-la, essa possibilidade acusaria a existência de hiatos normativos em um Ordenamento e faria do direito algo parcialmente indeterminado.

---

144 Como expôs Rodrigo Brandão (2011) em sua tese: "A supremacia judicial é, portanto, um *minus* em relação ao monopólio judicial, pois, enquanto a última afirma que a atividade de interpretação da Constituição deve ser desempenhada, exclusivamente, pelo Judiciário, a primeira admite que outros Poderes interpretem a Constituição, ressalvando, porém, que a exegese judicial é a final. Em outras palavras: o monopólio judicial confere ao Judiciário a única palavra em matéria de interpretação constitucional (uma espécie de "reserva judicial"), enquanto a "supremacia judicial" admite que o Legislador tenha a primeira palavra, conferindo, porém, ao Judiciário a última". (in: *Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais*. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 26. Disponível em https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9237).

145 in: *A sociedade aberta dos intérpretes da constituição:* contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 19-24.

146 in: *O conceito de Direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 155.

Nesse contexto, os padrões de comportamentos assinalados pelas regras se mostrariam imprecisos e, consequentemente, teria o que se tem denominado de textura aberta[147].

Ao afirmar a textura aberta do direito H. L. A. Hart reconhece a existência de áreas do comportamento nas quais há a necessidade decisória por autoridades que busquem um equilíbrio nos interesses conflitantes[148]. E, embora esse tipo de decisão possa não ser arbitrária, ela será resultado de uma escolha. Dessa conclusão decorre um dos pontos centrais de sua teoria, a tese da discricionariedade, que explicita que para que uma Corte possa proferir decisões em casos difíceis terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de apenas reproduzir e aplicar o direito estabelecido já existente. Mas, o ponto de destaque que surge dessa vertente, para o momento, concentra em se essa dita discricionariedade revelaria o protagonismo judiciário e a fixação da última palavra.

Nesse cenário, relevante expor, ainda que apenas na intenção de apresentar a proposta inaugural da seção, que Alexander Hamilton[149] defendeu a possibilidade de juízes impugnarem a validade das leis negando eventuais implicações argumentativas de tal controle, isso porque, considerava que a interpretação do julgador de anular a lei reafirmava a vontade popular, ratificando dessa forma a soberania da Constituição. Inclusive, essa afirmativa de Alexander Hamilton se tornou célebre no caso *Marbury v. Madison*[150].

---

147 HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 165.

148 POLI, V. J. *Das razões unilaterais à razão transversal e além: sobre a complementação do transconstitucionalismo por um critério de decisão para a proteção dos direitos fundamentais nos sistemas de justiça constitucional brasileiro e convencional interamericano*. 2016. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. doi: 10.11606/T.2.207.tde-05032021-162114.

149 in: *Os artigos federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. (online).

150 "É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos ao seu poder. A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes" (in: *Os artigos federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. (online), p. 481).

Na esteira do raciocínio do famoso caso *Marbury vs. Madison*[151] se o sentido da Constituição pudesse ser alterado por lei ordinária, a um só tempo, a Constituição se igualaria, no plano hierárquico-normativo, às leis, e a limitação do Legislativo pela Constituição nada mais seria que uma tentativa dos constituintes, já que o próprio Parlamento definiria os limites a que deveria estar sujeito, sendo convolado em autor do seu próprio poder. É de se dizer, por isso, não se negou que competisse ao legislador interpretar a Constituição, apenas se afirmou que sua realização deva ocorrer de acordo com as limitações constitucionais, ou seja, em observância às decisões da Suprema Corte em matéria constitucional[152].

Ronald Dworkin reconhece que a supremacia judicial é um fato histórico da sociedade americana que considera o Poder Judiciário como o intérprete final da Constituição. No entanto, diverge da resposta positivista na explicitação desse reconhecimento. Como alternativa, desenvolve uma concepção de Estado de Direito centrada em direitos. Modelo que contrapõe a concepção positivista ao pressupor a existência de direitos e deveres morais não declarados pelo direito positivo, que devem sim ser declarados pelos Tribunais quando da exigência por um cidadão[153].

---

[151] Na análise do destacado *Marbury v. Madsion* Rodrigo Brandão (2011) leciona que o sustentáculo apresentado pelo *Justice Marshall* da possibilidade de o Judiciário declarar inconstitucional uma lei apesar do silêncio da Constituição norte-americana, seria um corolário da supremacia da Constituição sobre as leis do Estado de Direito e da natureza legal da Constituição. A supremacia da Constituição implicaria a invalidade de lei que lhe seja contrária, pois a admissão de que uma lei inconstitucional possa subsistir validamente na ordem jurídica significaria a prevalência da lei sobre a Constituição. Além disso, caso se atribuísse ao legislador plena liberdade de configuração da Constituição o resultado seria o caráter absoluto do seu poder, contrastando, portanto, com o ideal de limitação do poder estatal presente na cláusula do Estado de Direito. Por fim, sendo a Constituição a lei de maior hierarquia em um ordenamento jurídico, a incompatibilidade entre uma lei ordinária e a Constituição assume a feição de conflito entre normas jurídicas, de maneira que o seu deslinde consiste em atividade de interpretação do direito, de típica atuação do Judiciário. (in: *Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais*. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 32. Disponível em https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9237).

[152] PESSANHA, R. B. V. *Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais*. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 24. Disponível em https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9237.

[153] DWORKIN, R. *Levando os Direitos a Sério*. 1ª ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p. 29.

O modelo defendido por Dworkin objetiva responder por qual motivo o Poder Judiciário estaria autorizado a preencher hiatos regulatórios na definição a casos difíceis, mas sem recorrer à tese da discricionariedade de Hart[154].

Para Dworkin a defesa dos direitos fundamentais deve ser encarregada às Cortes enquanto aos parlamentares representativos a atribuição de deliberação sobre políticas públicas. Em suas concepções defende que a supremacia judicial não se opõe à democracia[155]: Observa-se daí que a jurisdição é legítima de modo que mesmo se as Cortes se equivoquem na conclusão do caso, na apresentação daquilo que se entende como resposta correta, ainda sim teriam melhores condições para dar a última palavra.

A concepção democrática para Dworkin supera o procedimentalismo majoritário, para ele, deve-se buscar produzir decisões que respeitem os direitos fundamentais também das minorias[156].

Democracia imporia, nesse sentido, a observância de um conteúdo mínimo de justiça. E, quando em pauta questões insensíveis à escolha, nenhum procedimento seria justo ou injusto unicamente. Votação majoritária legislativa e revisão judicial serão justas ou injustas de acordo com o produto de tais procedimentos. Nesse contexto, não seria de relevo o quem decide, mas como se decide.

Em resumo, a concepção de Dworkin é a de que uma democracia constitucional tem duas dimensões: a política e a dos princípios. Sendo no Poder Judiciário o local necessário para discussão dos princípios. A definição interpretativa,

---

154 DWORKIN, R. *Levando os Direitos a Sério*. 1ª ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

155 De acordo com sua concepção constitucional de democracia, o regime tem alguns requisitos morais substantivos que não são atendidos necessariamente por um procedimento majoritário, mas pela resposta certa sobre direitos fundamentais. O procedimento decisório pouco importaria para a legitimidade da decisão. Tal resposta certa sobre direitos fundamentais é inspirada pelo ideal da igual consideração e respeito, e ajuda a promover a filiação moral de cada pessoa à comunidade política. Sem essa filiação moral prévia, procedimentos majoritários não teriam valor e não satisfariam um padrão desejável de igualdade. (in: MENDES, C. H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.* Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 2. doi: 10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952).

156 Necessário, para Dworkin (2010) adotar a concepção comunitária de democracia e não apenas a concepção majoritária, uma vez que é naquela que se constrói a noção de povo como entidade distinta e não exclusivamente como mero agrupamento de indivíduos. Considera, o autor, por isso, que o critério estatístico e majoritário por si só não se mostra suficiente para a garantiria dos ideais de uma democracia, podendo, inclusive, oprimir direitos válidos de minoria. (in *Levando os Direitos a Sério*. 1ª ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes).

ou controle judicial como comumente se denomina, realizada pelas Cortes, então se justificaria para proteger os direitos individuais das decisões da maioria[157].

Os argumentos a favor da supremacia judicial se concentram em duas vertentes: as que tratam da posição institucional da Corte e as que sobrepõem os resultados à forma dos julgados como um elemento das democracias constitucionais. Sobre a primeira vertente, argumenta-se que a posição especial da Corte, fora do sistema de política, possibilita seu foco, essencialmente, à dimensão dos princípios envoltos à disputa. Por sua vez, não ter a obrigação de elaborar normas gerais e abstratas possibilita o foco na percepção e na implicação de suas decisões sobre os direitos fundamentais, rendendo-se ao argumento da decisão e se baseando em sua expertise[158].

Ocorre que, na visão de Conrado Hubner Mendes[159], Dworkin em perspectiva da leitura moral da Constituição considera em realidade que o Poder Judiciário não tem a última palavra, mas a primeira. Ou seja, tem a primeira palavra qualificada. É dizer, sua concepção de democracia revelaria, na prática, o direcionamento da última palavra na interpretação e definição constitucional aos Tribunais.

Em posição contrária ao entendimento de Dworkin, Jeremy Waldron[160] afirma que afronta a democracia atribuir aos juízes decisões políticas e controversas, pois estariam retirando essa atribuição dos poderes majoritários. Explicita o autor que não se pode atribuir à Corte o ônus da última palavra, ou melhor, da resposta correta[161].

---

[157] SILVA, V. A. da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão política. *Revista de Direito Administrativo*, [S.l.], v. 250, p. 197-227, 2009, p. 204. doi: 10.12660/rda.v250.2009.4144.

[158] MENDES, C. H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.* Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. doi: 10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952.

[159] in: *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. doi: 10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952.

[160] in: The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. V. 115, p. 1346, 2005-2006. Disponível em http://hdl.handle.net/20.500.13051/9638.

[161] Conrado Hubner Mendes (2008) na apresentação do entendimento da análise do pensamento de Jeremy Waldron expõe que as Cortes cumprem importante papel no esforço institucional para fazer com que o bom argumento seja variável de peso na competição democrática. Um retorno à tensão entre forma e substância ajuda a clarear este ponto. Explicita então que Waldron tenta suprimir essa tensão na montagem de instituições, isso porque, quando se discute a autoridade democrática, é sobre procedimentos, e nada mais, que se está a tratar. Como resultado dessa orientação normativa, tem-se um

Waldron tece críticas ao controle judicial. Mas, apesar de suas críticas, não ignora a realidade da existência dos sistemas de *judicial review.* Expõe, no entanto, em sua construção teórica, diferenciação do que denomina de *judicial review* e *judicial supremacy*. Considera, para tanto, na análise que apresenta, que a Suprema Corte estadunidense tem se direcionado para o *judicial supremacy* não por praticar o que denomina de sistema forte de controle judicial (*judicial review*), mas, em razão do modo como exerce esse dito sistema[162].

A característica crítica ao comportamento das Cortes no exercício do controle judicial da última palavra constitucional, exposta por Waldron, residiria no fato de que o Judiciário, assim como os demais Poderes democráticos, são tidos poderes constituídos, devendo os Tribunais ao realizarem essa atuação interpretativa buscar a percepção se estão de fato realizando a intepretação da Constituição, do poder constituinte.

O risco do Judiciário, a pretexto de interpretar a Constituição, já que a própria lhe conferiu a competência para protegê-la, então é atuar como substituto do poder constituinte, dotando suas decisões de uma eficácia até mesmo superior a das normas constitucionais, já que as decisões, a depender da forma como é exercido o controle de constitucionalidade, refletem efeitos vinculantes à sociedade[163].

A síntese da conclusão de Waldron, na justificação para o posicionamento contrário a fixação da última palavra pelas Cortes judiciais, se revela nas considerações de que estando as instituições democráticas em bom funcionamento,

---

regime de supremacia parlamentar. Mesmo que se possa discutir a justiça das decisões legislativas, essa autoridade não se questiona com base em argumentos substantivos. (in: *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. p. 201 doi 10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952).

[162] Nesse sentido: "(...) The term judicial supremacy has no canonical definition, so people are bung to use it in different ways. But in the America debate, I don´t this use of it has been found helpful. Instead it is assumed that even among practices of strong judicial review, or ways of practicing strong judicial review, we might want to identify a subset of them that amount to judicial supremacy. And then we might want to urge or counsel those entrusted with the power of judicial review to avoid any move in the direction of judicial supremacy. I am not saying that the American courts have never tilted towards judicial supremacy. Actually, I think in various ways they have. But is not just because they have practiced strong judicial review. It is because of the way they have practiced strong judicial review". (in: WALDRON, J. Judicial Review and Judicial Supremacy. New York University School of Law, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*. Working Paper, nov. 2014. p. 11. Disponível em http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2510550)

[163] PESSANHA, R. B. V. *Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais*. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 37. Disponível em https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9237.

com Legislativo de acordo com os princípios representativos e havendo um Judiciário independente; observância e responsabilidade com a ideia de indivíduo e com os direitos das minorias, a fixação decisória interpretativa da Constituição caberia ao legislador[164]. Portanto, para ele, o Parlamento tem central assento na definição da última palavra.

Como então definir de quem é a última palavra, notadamente em situações de arranjos institucionais complexos na democracia contemporânea? É, de fato, necessária a fixação da última palavra?

Nas últimas décadas, a erosão na ideia de democracia desembocou em diversas reações dos indivíduos, como a indiferença política, super constitucionalização da vida privada e, também, o deslocamento da esfera deliberativa de poder. Em diferentes locais, nota-se uma atuação de Cortes em matérias de alcance político, em decisões sobre políticas públicas e até mesmo em assuntos de complexa indagação moral. O Poder Judiciário transformou-se em importante interveniente do processo democrático[165].

O problema normativo relativo a saber qual instituição deve ter a última palavra na interpretação constitucional é abrangente e pode ser analisado a partir de diferentes perspectivas, especialmente pela corrente adotada. Por isso, não se quis e quer aqui, para este momento, tentar, ousadamente, é preciso dizer, pensar em esgotar a questão. Mas, expor, mesmo que minimante, a base dos entendimentos até então antagônicos, em certa medida, na verificação da denominada última palavra.

Críticas exacerbadas ao controle de constitucionalidade (*judicial review*) e de implantação de uma supremacia parlamentar, como teoriza Jeremy Waldron, seriam prejudiciais para a implantação de uma democracia de direitos, no cenário brasileiro, é de se dizer. Até mesmo propostas com o emprego de mecanismos de reação a decisões judiciais que interfiram mais diretamente na independência judicial se mostram excessivas para a realidade brasileira. Portanto, de se considerar que o

[164] WALDRON, J. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. V. 115, p. 1346, 2005-2006. Disponível em http://hdl.handle.net/20.500.13051/9638.

[165] A desconfiança na democracia tem causado ampliação do escopo das Constituições e reforço do papel do Poder Judiciário como guardião dos compromissos constitucionais, contribuindo para o amesquinhamento do próprio sistema representativo (in: VIEIRA, O. V. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008, p. 443).

Judiciário possui característico papel na proteção de direitos no aprimoramento do caráter deliberativo da democracia brasileira. Assim, ainda que a incorporação de críticas institucionais e democráticas ao constitucionalismo brasileiro seja fundamental para conferir índole deliberativa ao processo de interpretação constitucional, tais teorias não devem ser incorporadas integralmente no direito brasileiro[166].

A supremacia judicial tende a se fundar na crença de que o Judiciário apresenta uma capacidade institucional superior a do Legislativo para interpretação da Constituição. Com efeito, diversos são os argumentos presentes na teoria constitucional, dentre eles: maior propensão do Judiciário proteger as minorias sociais do processo majoritário; preservar o compromisso constitucional do povo em face das maiorias transitórias representativas do Parlamento; promover um processo deliberativo sem as pressões de agendas partidárias e ser o guardião da Constituição, função que somente pode ser cumprida de forma eficaz por um agente externo ao Parlamento[167].

Todavia, a atribuição ao Judiciário da última palavra na interpretação constitucional não depende apenas da afirmação da sua capacidade institucional. É de importância a demonstração de que seus membros tenham maior capacidade para tal fim, ou seja, maior capacidade de interpretar a Constituição dos que os integrantes do Legislativo. Portanto, os adeptos da supremacia judicial, embora costumem asseverar a importância do Parlamento em uma democracia representativa, negam-lhe a última palavra sobre direitos fundamentais e dão ênfase às insuficiências da representação eleitoral e da regra majoritária[168].

Sem prejuízo da pertinência de determinados argumentos, uma análise global dos fundamentos teóricos da supremacia parlamentar conduz à mesma

---

166 PESSANHA, R. B. V. *Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais*. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 272. Disponível em https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9237.

167 PESSANHA, R. B. V. *Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais*. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 273. Disponível em https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9237.

168 PESSANHA, R. B. V. *Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais*. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 275. Disponível em https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9237.

conclusão relacionada à supremacia judicial, refere-se ao recurso seletivo a argumentos favoráveis ao ator institucional a quem se quer privilegiar. Por isso, nem a lei representa necessariamente a vontade majoritária, tampouco decisões judiciais de inconstitucionalidade são necessariamente contramajoritárias, devendo essas características serem aferidas na prática e concretamente[169].

Do exposto é de se ter o marcador referencial desta pesquisa, a supremacia da Constituição e o controle judicial de constitucionalidade das leis não importam a exclusão da atividade interpretativa dos demais Poderes, instituições e do povo. Ao contrário. O Poder Judiciário é mais um ator nessa tarefa de interpretação da Constituição e o exercício da sua competência é elemento a ser levado em consideração na definição do conteúdo constitucional, não só isso, a ser respeitado. A interpretação da Constituição deve, portanto, ser uma tarefa compartilhada entre os Poderes, as instituições e entre estes e o povo[170].

Ou seja, declarar uma lei inconstitucional e invalidar atos dos demais Poderes são competências e atribuições do Poder Judiciário e especialmente do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro. Tem autorização e obrigação expressa da Constituição brasileira de 1988 para tanto. Mas, concluir que apenas o Judiciário pode estabelecer o significado da Constituição é uma conclusão controversa aos próprios compromissos democráticos e republicanos[171].

A resposta da teoria dos diálogos expõe que o sentido futuro da Constituição é resultado de uma complexa dinâmica de interação entre os poderes políticos e entre eles com a sociedade civil. Resposta que expõe a vantagem de

---

169 PESSANHA, R. B. V. *Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais*. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 279. Disponível em https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9237.

170 GODOY, M. G de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 2015, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. 2015. p. 76. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908.

171 GODOY, M. G de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 2015, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. 2015.p. 87. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908.

reconhecer a falibilidade de todas as instituições políticas[172], porquanto naquilo que pertine à interpretação constitucional, não há instituição infalível.

CAPÍTULO III

DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS NA PERSPECTIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

III.1 O diálogo como via possível – intepretação constitucional dialogada

Diante das críticas construídas sob o entendimento da supremacia judicial e daquelas focalizadas na centralidade do Poder Legislativo na formulação da última palavra da interpretação do ideário constitucional em uma democracia, surgem as teorias dialógicas[173], que intencionam, a partir da conjunção de variados modos de se solucionar o suposto impasse da definição - da última palavra, uma interação entre os Poderes estatais com o fim de se alcançar o melhor sentido da Constituição em um contexto democrático pautado por três estruturas de poder.

As percepções da necessidade de diálogo interpretativo entre as instituições não é de hoje, se destacando o fato de que nos Estados Unidos na década de 60 já se apresentava forte corrente doutrinária da conversa contínua entre os poderes públicos[174].

---

[172] MENDES, C. H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. doi 10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952.

[173] A construção do sentido das teorias dialógicas se estrutura na defesa de que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo para se alcançar o melhor significado constitucional, não havendo hierarquia entre as instituições. (in: MENDES, C. H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008, p. 15. doi: 10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952).

[174] Conrado Hubner Mendes (2008), em sua tese, explicita que: "(...) Bickel, na década de 60, já falava em "colóquio contínuo" (*continuing colloquy*) e em "conversa permanente" (*permanent conversation*). Louis Fischer, em publicações das décadas de 70 e 80, já se referia a "diálogos constitucionais". Bruce Ackerman considera essa imagem para pensar a separação de poderes americana, principalmente pela ideia de "dualismo constitucional" (a variação entre momento de "política normal" e de "política constitucional")." (in: *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008, p. 98. doi: 10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952).

No âmbito histórico de se consignar que a doutrina dos diálogos constitucionais teve destaque com o debate apresentado por Peter Hogg e Allison Bushell[175], no Canadá, expondo a premissa de que a possiblidade de reversão legislativa de decisão da Suprema Corte descortina uma ideia da revisão judicial não como uma barreira instransponível às demais instituições democráticas, mas sim, como um instrumento incentivador ao diálogo entre os atores estatais.

Do observado, pela construção do pensamento de Peter Hogg e Allison Bushell, destaca-se que o diálogo que culmina em uma solução democrática existe porque a decisão judicial que declara uma lei como inconstitucional pode ser revista pelo Parlamento. Sendo que, frequentemente, quando há a declaração pelo Tribunal da anulação de alguma lei, oferece-se sugestão de como a norma pode ser modificada para resolver os problemas constitucionais. Por isso, tais autores ao explicitarem sobre o diálogo apresentam característica síntese do debate sobre a legitimidade democrática de controle de constitucionalidade das leis[176]. Daí porque, o potencial da teoria do diálogo constitucional, da forma como explicitada, é oferecer uma alternativa à dificuldade contramajoritária ao *judicial review*[177].

O diálogo constitucional, objetiva, por essa perspectiva e em certa medida, a reconstrução do significado da democracia, porquanto democracia não pode ser entendida como mera técnica, tampouco não deve corresponder à mera atribuição, formal, do Poder Constituinte ao povo[178].

O diálogo, portanto, envolve diversos atores. A contribuição do Judiciário é objetivamente percebida, a partir das decisões que profere. Entretanto, as

---

[175] in: The Charter dialogue between courts and legislatures (or perphaps the Charter isn´t such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*. v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997. Disponível em https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2.

[176] Nesse sentido: "The dialogue that culminates in a democratic decision can only take place if the judicial decision to strike down a law can be reversed, modified, or avoided by the ordinary legislative process. (...). There is usually an alternative law that is available to the legislative body and that enables the legislative purpose to be substantially carried out, albeit by somewhat different means. Moreover, when the Court strikes down a law, it frequently offers a suggestion as to how the law could be modified to solve the constitutional problems." (in: HOGG, P. W; BUSHELL, A. A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perphaps the Charter isn´t such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*. v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997, p. 80. Disponível em https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2).

[177] LOBREGAT, R. R. *A atuação do STF no processo legislativo*: crise entre poderes ou diálogo institucional?. 2019. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 114. doi: 10.11606/T.2.2019.tde-04092020-175941.

[178] WOLKMER, A C; ALMEIDA, M. C. Elementos para a descolonização do constitucionalismo na América Latina: O pluralismo jurídico comunitário-participativo na Constituição boliviana de 2009. *Crítica Jurídica*, n. 35, p. 23-44, 2013, p. 41.

contribuições dos outros participantes, especialmente dos poderes políticos, não são de fácil percepção. Por isso, na esteira da diferenciação entre um conceito formal e substancial de diálogo constitucional é de inferir pela adoção da última espécie, qual seja, do aspecto material do diálogo.

Dessa forma, o valor da teoria dos diálogos constitucionais se externaliza na busca de diluição da supremacia judicial (se que ela efetivamente existe na perspectiva do neoconstitucionalismo) e da inclusão da sociedade na construção do significado da Constituição. E, nessa moldura, de se considerar que as teorias dialógicas não pretenderam estabelecer verdades absolutas, ou buscar únicas respostas corretas. Ao contrário. Partindo-se da compreensão da complexidade e dos limites que a elas se vinculam, tais teorias intencionam construir desenhos institucionais de interlocução, apresentando uma repartição de responsabilidade quanto ao sentido constitucional[179].

III.2 Teorias dialógicas

As teorias dialógicas vêm se desenvolvendo em razão, destacadamente, do que se denominou da crise da jurisdição constitucional, que desencadeou argumentos sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário na definição do sentido constitucional, ou segundo destacam alguns, na fixação da última palavra, como também pelas críticas à detenção pelo Poder Legislativo da agenda de constitucionalidade, diante de um cenário de esquecimento das minorias sociais, como assinalado no capítulo anterior deste estudo.

Ou seja, ao que se percebe, a ascensão das teorias dialógicas ocorre em essência por uma reação à fixação do protagonismo de algum dos Poderes estatais.

Desse modo, do observado, a teoria dialógica, nas suas variadas vertentes, busca evitar a supremacia de um dos Poderes, almejando equilíbrio institucional. Com efeito, sua concretização permitiria decisões constitucionais democráticas, pois resultantes de uma participação interpretativa mais ativa do sentido constitucional pelos Poderes institucionais, em detrimento da supremacia judicial ou parlamentar.

[179] SILVA, C. D. A. et al. *Diálogos Institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 137.

Para compreensão das teorias dialógicas, nesta pesquisa, ter-se-á como base o idealizado por Christine Bateup[180], isso porque, diante da diversidade doutrinária sobre a ideia afeta à temática, necessário consignar um marcador relevante para o presente estudo[181].

Christine Bateup[182] percebe uma profusão dos debates sobre as teorias do diálogo constitucional, sobretudo em função de países como o Canadá, diante da adoção de uma Carta de Direitos Fundamentais, que ao considerar que em ambientes de supremacia parlamentar, o papel do Judiciário seria de um protagonista em ascensão. Além disso, haveria mecanismos que preveriam uma resposta parlamentar às decisões judiciais sobre direitos, o que certamente funcionaria como incentivo à disposição dialógica das Cortes[183].

Mas, de se consignar que, como as teorias dialógicas prezam pela interlocução entre os atores e instituições democráticas, isso não implica a destituição do exercício de controle da constitucionalidade dos atos e normas pelo Judiciário. Revela apenas maior restrição desse instrumento, mais fraco, já que haveria modos dos demais Poderes manifestarem seu posicionamento interpretativo acerca do sentido da Constituição.

E esse modelo dialógico, se estrutura como uma terceira via, por trazer características diferentes da supremacia judicial ou da proeminência legislativa. Pode ser também o chamado modelo da Carta de Direitos parlamentar[184], ou mesmo,

---

180 in: The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review,* v. 71, 2006. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr.

181 Sobre a diversidade doutrinária dos estudos acerca das teorias dialógicas de se assinalar o posicionamento de Conrado Hubner Mendes (2008) que, em sua pesquisa, explora a temática da ideia de provisoriedade das decisões com uma ideia de última palavra mitigada, que se expressaria por meio do grau de durabilidade da decisão no tempo e não pela sua imutabilidade. (in: *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.* Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. doi: 10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952).

182 in: The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review,* v. 71, 2006. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr.

183 SILVEIRA, R. D. C. *DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. Tese (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. doi: http://dx.doi.org/10.26512/2016.03.T.21125.

184 HIEBERT, J. L. Parliamentary Bills of Rigths: an alternative model? *The modern law review*, v. 69, n. 1, p. 7-28, 2006. Disponível em https://ssrn.com/abstract=875071.

modelo de controle de constitucionalidade fraco, modelo constitucional do *Commonwealth*[185].

As teorias sobre os diálogos constitucionais, em geral, se diferenciam pela abordagem que realizam – quanto ao método, ou empíricas, e quanto à estrutura, ou normativas. As que se centram no método (empíricas) tratam o diálogo como produto oriundo do desenho institucional e da separação dos Poderes. Uma análise passível, portanto, de verificação prática mediante a atuação das Cortes e do acatamento ou superação das decisões judiciais pelos demais Poderes. Já, as normativas, relacionadas quanto à estrutura, trata o diálogo como uma demanda, exigência normativa, que fixa essa comunicação entre os atores institucionais[186].

As abordagens empíricas têm a vantagem de mostrar como, na prática, o significado da Constituição é construído por meio de um embate de ideias. No entanto, são insuficientes por deixarem de lado parâmetros normativos que favoreçam os diálogos. Por sua vez, as normativas têm o benefício de mostrar como exigências legais promovem ou ao menos deixam em aberto a possibilidade dos diálogos. Quando há obrigatoriedade ou instrumentos legais que promovam o diálogo, ele torna-se mais fácil e a decisão deve levar em conta uma possível resposta reativa. Contudo, a abordagem exclusivamente normativa peca ao se debruçar demasiadamente sobre o papel das Cortes[187]. Diante disso, uma alternativa seria encarar os diálogos interinstitucionais segundo as características que se sobressaem do processo dialógico.

A sistematização feita por Christine Bateup na apresentação do desenvolvimento das teorias dialógicas se mostra didática ao fim almejado, a partir da explicitação delimitadora de uma distinção entre as teorias de última palavra e os diálogos institucionais. A primeira (teorias de última palavra) é direcionada por vezes a um contexto interpretativo, o que difere do viés utilizado pela segunda (teorias do

---

185 GARDBAUM, S. O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica. *In*: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

186 GODOY, M. G de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 2015, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. 2015, p. 151. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908.

187 GODOY, M. G de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 2015, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. 2015, p. 152. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908.

diálogo), que se atém a quem deve decidir sobre o sentido constitucional. Estabelece-se, dessa forma, uma metodologia sistemática das diversas visões existentes, dividindo-as em dois grupos: (i) teorias do método judicial e as (ii) teorias estruturais do diálogo.

Na estruturação da teoria que apresenta explicita Christine Bateup que em contraste com as teorias de interpretação, que expõem critérios que os juízes devem aplicar em casos constitucionais, as teorias do diálogo focam no processo institucional pelo qual as decisões do significado constitucional são feitas pelo compartilhamento do significado constitucional. E essa concepção tem o potencial de resolver preocupações contramajoritárias devido ao reconhecimento de que atores não-judiciais também desempenham relevante papel na interpretação da Constituição. Especificamente, as preocupações de que a revisão judicial colocaria o Judiciário em posição antagônica aos ramos de governo seriam atenuadas se os ramos políticos puderem responder às decisões judiciais das quais discordam[188].

III.2.1 Teorias do método judicial

As teorias dialógicas quanto ao método judicial baseiam-se no papel do Judiciário como elemento provocador do diálogo e, concomitantemente, pelo uso das técnicas que estimulam amplo debate sobre o sentido da Constituição com os demais atores públicos. Isso porque, segundo Christine Bateup, os diálogos poderiam ser classificados quanto ao método, compreendidos como um comportamento

[188] "In contrast to theories of interpretation which propose interpretive criteria that judges should use in constitutional cases, dialogue theories focus on the institutional process through which decisions about constitutional meaning are made, suggesting that this involves the shared elaboration of constitutional meaning between the judiciary and other actors. This approach holds the potential to resolve countermajoritarian concerns because of its recognition that non-judicial actors play a key role in constitutional interpretation. Specifically, the concerns that judicial review necessarily sets judges against the electorally accountable branches of government are greatly attenuated if the political branches are able to respond to judicial decisions with which they disagree". (in: BATEUP, C. The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1118 Disponível em: http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr).

consciente, para se fomentar um debate com os demais Poderes sobre o significado da Constituição[189].

E naquilo que toca às teorias do método judicial, consubstanciam-se naquelas vertentes que estabelecendo um método, com técnicas para decidir, que impulsionam as discussões entre os poderes. Christine Bateup, porém, estabelece que esse método é criticado pois as investidas não se apresentam eficazes para os desdobramentos constitucionais das normas positivas. Os principais ramos apontados nesse grupo são (a) o do *aconselhamento judicial*; (b) da *centralidade no processo* e (c) do *minimalismo judicial*[190].

A destacada crítica formulada às teorias do método judicial se mostra na indagação: por que somente por mecanismos judiciais seria possível a promoção de um diálogo, já que aos outros Poderes também é concedida legitimidade para a interpretação constitucional? Dessa forma, estabelece que há outro grupo que preza pela deflagração de atitudes políticas a fim de iniciar a interação dialógica, que se caracteriza no gênero das teorias estruturais do diálogo[191].

De acordo com a teoria do *aconselhamento judicial* os Tribunais se valem de suas técnicas interpretativas e decisórias para, ativamente, recomendarem ações aos poderes políticos ou indicarem correções a serem feitas em leis e atos normativos tidos por inconstitucionais. Assim, ao exercer o controle de constitucionalidade das leis, pode o Judiciário apontar suas razões e expor alternativas corretivas. Da mesma forma, é possível que o juiz declare a norma constitucional, mas aponte as fragilidades da norma impugnada, oportunizando aos entes competentes a correção ou esclarecimentos pertinentes. Dessa forma, o Poder Judiciário contribui com os demais

---

189 in: The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1128. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr.

190 BATEUP, C. The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr.

191 "Despite these advantages, this understanding of dialogue has some difficulty in completely overcoming concerns about the democratic legitimacy of judicial review. One question that remains unanswered relates to how process-centered rules and substantive rules of judicial decision-making interact. Specifically, when should judges use process-centered rules, and when should they use substantive rules to strike down legislation? Given that the dialogue created by the use of process-centered rules only accounts for a particular part of the judicial process, when the Court uses substantive rules the countermajoritarian difficulty again rears its head." (in: BATEUP, C. The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1130 Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr).

Poderes ao apontar sua compreensão sobre a Constituição e sobre como os demais atores devem atuar para aprimorar suas ações[192].

Mas, a teoria do *aconselhamento judicial*, é tida como insuficiente porque se baseia apenas na voluntariedade do julgador, ou seja, o diálogo depende somente de sua vontade[193].

A teoria *centrada no processo*, ao contrário da teoria do aconselhamento judicial, não busca dizer como os demais Poderes devem agir, mas apenas garantir que suas deliberações ocorram de forma satisfatória quando suas decisões tratarem de direitos fundamentais. Assim, ao ser declarada uma lei inconstitucional pelo Judiciário, não se desconsiderará o ato dos demais Poderes, mas estará a exigir que tal ato seja debatido de forma aberta e profunda, conforme a importância dos direitos afetados pela lei. Essa atuação permite que o Poder Legislativo reavalie a questão e atue novamente, que poderá ser novamente avaliada pelo Poder Judiciário[194].

Em outra perspectiva, a teoria *centrada no processo* está focada com o procedimento, se funda em uma atuação contida e menos substancial, deixando espaço de atuação para os poderes políticos, desde que as regras do procedimento democrático sejam respeitadas. Essa concepção, no entanto, não deixa visualmente límpido quais os critérios para se considerar um debate válido. Objetivamente, não expõe a forma da interação com as decisões substantivas tomadas pelas Cortes[195].

E a última teoria dialógica vinculada ao método (teorias do método judicial) seria o *minimalismo*[196]. Idealiza que uma atuação contida, que decida pontualmente

---

192 BATEUP, C. The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1123 Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr.

193 GODOY, M. G de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 2015, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. 2015, p. 153. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908.

194 BATEUP, C. The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1128 Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr.

195 GODOY, M. G de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 2015, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. 2015, p. 154. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908.

196 Quanto à teoria minimalista de se deixar consignado que além ser uma vertente classificada dentro da teoria de autocontenção judicial, porque impõe um comportamento restrito às Cortes, também se apresenta no quadro das teorias dos diálogos. No âmbito limitativo desta pesquisa, considera-se, como exposto na Segunda Seção, a ideia do minimalismo judicial pelo que apresenta Cass Sunstein, como uma classificação da teoria de autocontenção judicial.

as controvérsias, fomentaria de forma mais fácil o diálogo interinstitucional e a deliberação sobre a interpretação da Constituição.

Como exposto no início dessa tópica, as teorias do método judicial possuem visual ponto de crítica em razão da incapacidade de superar a dificuldade contramajoritária e com base nos papéis que propõem ao Judiciário no diálogo constitucional. Um problema adicional dessas teorias, como visões normativas do diálogo, é que não estão inteiramente conectadas ao real modo de como o *judicial review* opera. Mesmo que forneçam prescrições sobre o papel a ser desempenhado pelas Cortes em circunstâncias ideais, essas prescrições estão diante da improbabilidade de se efetivarem no sistema constitucional vigente.

A esse respeito, os teóricos do método judicial não lidam suficientemente com a questão de até que ponto a realização do diálogo constitucional depende não apenas da ação judicial, mas também de como os poderes políticos respondem na prática às decisões judiciais. Em particular, se as formas que as respostas do ramo político assumem são menos dependentes das técnicas específicas de tomada de decisão usadas pelos juízes do que da dinâmica institucional mais ampla da ordem constitucional. O valor normativo das teorias do método judicial e sua explicação do papel do controle de constitucionalidade no constitucionalismo contemporâneo é, em última análise, diminuído como resultado da falta de fundamentação na dinâmica positiva do sistema do qual elas emergem[197].

Conclui-se, portanto, que as teorias do método judicial, na sistematização de Christine Bateup, abrangem concepções bem distintas da atuação do Judiciário, embora estejam interligadas pela ideia da utilização de técnicas para beneficiar o diálogo institucional.

Assim, para Bateup, assinalada teoria alberga a problemática de necessitar de uma atuação do Judiciário para propiciar o diálogo, bem como de depender da maneira prática pela qual atuam os poderes políticos em resposta à essa atuação.

[197] BATEUP, C. The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1135. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr

III.2.2 Teorias estruturais do diálogo

As teorias estruturais do diálogo na sistematização de Christine Bateup[198], por sua vez, são baseadas no reconhecimento da existência de uma institucionalidade que circunda a relação entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Apresentam mecanismos pelos quais os atores políticos podem replicar as decisões do Judiciário, não se detendo, portanto, as técnicas de decisão judicial, e permitindo, nesse quadro, a circularidade de debates e reações geradoras do diálogo institucional. Com isso, há uma aposta nos mecanismos institucionais que permitem respostas às decisões judiciais, estabelecendo-se um diálogo, já que ambas as partes sabem que podem ter suas ações e decisões superadas.

Elas são assim chamadas, de teorias estruturais, porque denotam a existência, como dito, de instrumentos institucionais nos sistemas constitucionais que permitem respostas políticas à decisão judicial[199]. Nessa perspectiva, o diálogo permitiria a dinâmica interpretativa da Constituição entre o Judiciário e as demais esferas de poder do Estado. A dificuldade contramajoritária, nesse panorama, seria mitigada em razão deste diálogo efetivo.

Os grupos de teorias estruturais do diálogo não levam em consideração o método de construção da decisão judicial. Em realidade, enaltecem os mecanismos existentes dentro do sistema constitucional que permitem aos demais órgãos estatais responder a decisões judiciais em caso de desacordo. É subdivida em teorias (a) *da construção coordenada*; (b) *de princípios jurídic*os; (c) *do equilíbrio* e (d) *da parceria*[200]*.*

A ideia apresentada pela denominada *teoria da construção coordenada* se volta para o entendimento de que os poderes estatais teriam a última palavra quanto ao sentido da Constituição quando atuam dentro de suas respectivas competências, o que retiraria excepcionalidades do Judiciário em dizer o sentido da Norma. Em um

---

198 in: The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1122. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr

199 SILVEIRA, R. D. C. *DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. Tese (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 148. doi: http://dx.doi.org/10.26512/2016.03.T.21125

200 BATEUP, C. The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1136. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr.

debate que remonta a James Madison e Thomas Jefferson[201] esta visão teórica seria a mais antiga a considerar que a interpretação constitucional não seria monopólio do Judiciário, mas uma tarefa de todos os poderes políticos[202].

Nesse sentido, tal teoria – da *construção coordenada* – não assinala um papel especial ao Poder Judiciário, em realidade, expõe que cada um dos Poderes é coordenado e independente do outro, devendo, portanto, interpretarem a Constituição de acordo com a suas visões a partir do constitucionalmente assinado.

Tem-se então a interpretação da Constituição como uma tarefa já devidamente compartilhada, na qual cada Poder exerce sua função e competência e, assim, o resultado é uma compreensão compartilhada sobre o seu significado. Quando há uma compreensão equivocada por parte de algum dos Podres, os demais podem agir. A teoria da *construção coordenada* enxerga o sistema de freios e contrapesos da separação entre os Poderes como arranjo apto e promotor dos diálogos[203].

Assim, nessa concepção, interpretações opostas poderiam ser realizadas sem que nenhuma fosse superior à outra, o que geraria confusão no entendimento do texto constitucional. Visualizando-se, disso, a problemática que emerge, já que, ela não assinala sobre qual parte da Constituição cada ator político deve ter autoridade interpretativa, o que se mostra inconsistente em um sistema de pesos e contrapesos.

Anota Bateup, contudo, que a *construção coordenada* se equivoca em construir uma justificativa normativa do diálogo constitucional. Considera que os dois principais pontos problemáticos seriam que, primeiro, provavelmente subestimam o papel da Corte nos diálogos e, segundo, em razão de que a base da teoria ser a ideia

---

[201] Rodrigo Brandão (2011) na construção de sua tese afirma que "(...) inspirada na versão de Madison da separação dos poderes com ênfase nos mecanismos de freios e contrapesos, sustenta a "teoria da construção coordenada" que cada departamento estatal tem um poder autônomo de interpretar a Constituição, como um pressuposto necessário ao exercício das suas atribuições." (in: Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 364, Disponível em https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9237).

[202] SILVEIRA, R. D. C. *DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. Tese (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 150. doi: http://dx.doi.org/10.26512/2016.03.T.21125.

[203] GODOY, M. G de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 2015, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. 2015, p. 154. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908.

dos freios e contrapesos da relação entre os poderes, o consenso se torna algo improvável, fortalecendo a prevalência do ator institucional que detenha maiores propensões para lidar com a questão constitucional em análise. É questionável, portanto, o fato de que um sistema de competição entre os poderes ser mais propenso a produzir decisões sobre direitos amplamente aceitas e duráveis, isto porque uma disputa se pauta em perda e ganho em vez de enriquecer o resultado com os diferentes pontos de vista[204].

A *teoria de princípios jurídicos* assume que há um conjunto de competências únicas ao Poder Judiciário para tratar questões de princípios, em razão de suas capacidades institucionais, assegurando, dessa forma, seu papel único[205]. Não confere, essa concepção papel especial ao Poder Judiciário nos diálogos interinstitucionais, em realidade, defende que as Cortes possuem uma característica específica que lhes coloca em posição privilegiada no debate, qual seja, apresentam competência institucional de julgar com base em princípios.

Diferentemente, da anterior, a *teoria de princípios jurídicos* assume que há um conjunto de competências únicas entabuladas no Judiciário para tratar com questões de princípios, conferindo-lhe a possibilidade de desempenho de um papel peculiar e exclusivo na dinâmica de um diálogo constitucional[206].

---

[204] Expõe sua conclusão, nesse sentido, Christine Bateup (2006): "Conceiving of the judiciary as simply adding another competitive voice to constitutional dialogue also seems to be a thin reed on which to justify judicial involvement, as it does not explain any distinctive or unique judicial contribution that adds something substantive to the shared elaboration of constitutional meaning. If judges are just another voice, then arguably this role could better be performed by a non judicial and possibly more democratic institution or range of institutions within society. We are therefore left with the need to find a theory that proposes some institutionally unique role that judges perform in dialogue that assists in achieving better results." (in: The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1143. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr).

[205] BATEUP, C. The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1143. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr.

[206] SILVEIRA, R. D. C. DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. Tese (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 151. doi: http://dx.doi.org/10.26512/2016.03.T.21125.

São apresentadas duas vertentes para esta teoria: uma que envolve os princípios e o controle político da Corte e outra que trata dos princípios e a articulação legislativa da política[207].

Na perspectiva da *teoria de princípios* e da responsabilização política da Corte os juízes são observados como agentes capazes para lidar com questões principiológicas, tanto por estarem apartados da política como por realizarem a verificação de constitucionalidade das leis em casos concretos.

Ocorre que, mesmo que as Cortes sejam identificadas como fóruns de princípio, reconhece-se a possibilidade de erros judiciais. Assim, é descrito um sistema no qual há a possibilidade de correção destes equívocos por meio da responsabilização política[208].

Mas, para Bateup, essa visão sobre os diálogos de valorização dos princípios jurídicos e do controle político possui uma contradição interna que pode ser assim sintetizada: se o Poder Judiciário possui melhores condições para julgar questões de princípios, qual a vantagem em conferir aos poderes políticos um controle sobre o Poder Judiciário? Ademais, ao se defender um controle político por parte dos demais Poderes sobre os erros do Judiciário, é inevitável que esses poderes políticos tenham então de invocar uma teoria interpretativa abrangente que aponte os erros dos juízes, o que também seria alvo de desacordos[209].

---

[207] BATEUP, C. The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1144. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr.

[208] Nesse quadro, como forma de exemplo, é exposta a possibilidade de o Congresso dos Estados Unidos limitar a jurisdição constitucional; a capacidade de o Congresso reeditar lei declarada inconstitucional, pelo processo legislativo ordinário ou através de emenda constitucional; ou, por meio do apontamento de novos juízes para compor a Suprema Corte pelo Presidente. Também, no Canadá, a responsabilização política da Corte pode ocorrer com a incidência da denominada cláusula de *override* disposta no artigo 33 da Carta de Direitos e Liberdades, que preserva a tarefa de fórum de princípio ao Judiciário ao mesmo passo em que revela uma válvula de escape em caso de desacordo com seus ditames. (in: BATEUP, C. The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1146-1147. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr).

[209] "First, if the judiciary is indeed the superior institution to deliberate on issues of principle, why should the political branches of government be trusted to correct judicial mistakes* If one begins with the assumption that the political branches are primarily motivated by expediency rather than principle, as these theorists do, then it is difficult to justify why political actors should be able to overturn judicial decisions that are grounded in principle. The most common reason these scholars propose is that political oversight is required to guard against the possibility of judicial mistake". (in: The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1150. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr).

Essa crítica leva a uma outra vertente, ainda baseada no reconhecimento da vantagem de as Cortes julgarem com base em princípios, relacionada aos princípios e a articulação legislativa da política para criação de políticas públicas. Ao invés de se focar nos controles políticos exercidos pelo Legislativo, é preciso debruçar-se sobre a contribuição que ele pode dar devido a sua competência institucional para a elaboração da agenda política. Nesse sentido, os poderes políticos podem exercer suas competências, mas em observância às decisões do Judiciário baseadas em princípios. Haveria, então, um diálogo resultante da articulação das leis e políticas públicas elaboradas pelos poderes políticos e das questões de princípios decididas pelos Tribunais[210].

Mas essa perspectiva recai nos mesmos equívocos anteriores, ou seja, conferir ao Poder Judiciário uma capacidade supostamente superior para definir o conteúdo da constituição, deixando as respostas possíveis por parte dos poderes políticos como meras reações[211]. Em outras palavras, o problema é que o diálogo não seria equidistante, o Judiciário fala, o Legislativo escuta; o Judiciário inicia o processo de diálogo e o Legislativo só então responde, em uma reativa. Pouco restaria ao parlamento, que deveria se basear na compreensão dos direitos estipulada pela análise judicial[212].

Também, na concepção dialógica estrutural, há a *teoria do equilíbrio*. Nela, o papel da Corte seria o de fomentar amplo debate social sobre o sentido da Constituição, para assim conduzir a um equilíbrio sobre o seu significado

Christine Bateup, a partir do que lecionou Barry Friedman, Robert Post e Reva Siegel[213], faz sua análise sobre a *teoria do equilíbrio*, explicitando ser a que

---

[210] GODOY, M. G de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 2015, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. 2015, p. 157. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908.

[211] Na conclusão da crítica a essa concepção explicita Christine Bateup (2006) que: "While this vision of constitutional dialogue is thus an improvement on the theories of dialogue considered thus far, due to its description of more substantive forms of engagement between the parties and the substantive justification it provides for judicial participation in dialogue, it ultimately remains normatively deficient as a theory of dialogue due to its continued privileging of the judicial role." (in: The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1157. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr).

[212] SILVEIRA, R. D. C. DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. Tese (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 156. doi: http://dx.doi.org/10.26512/2016.03.T.21125.

[213] Para Friedman (1993) a margem de atuação das Cortes para decidir sobre direitos é ampla, mas não ilimitada. E, caso ocorra demasiado afastamento daquilo que pensam os demais poderes, é provável

melhor possibilita o diálogo institucional, ainda que não resolva a questão contra majoritária, porquanto compreende a interpretação da Constituição como tarefa compartilhada entre os Poderes, sem conferir primazia a nenhum deles, ressaltando a importância da participação de outros atores, dentre os quais, o povo[214].

Assim, o papel da Corte seria o de facilitadora e promotora do diálogo constitucional, não só institucionalmente, como também no âmbito da sociedade civil, de forma a criar um equilíbrio constitucional de forma concreta.

Disso, expõe-se que a *teoria do equilíbrio* pode não resolver totalmente a dificuldade contramajoritária, mas se mostra mais propensa a lidar com um papel específico e proveitoso do Judiciário no tocante à interpretação constitucional, especialmente pelo fato de perceber a importância e a atuação do povo, ampliando a atenção para além dos três poderes[215].

O problema estaria na sustentação da perspectiva que tenta promover a *teoria do equilíbrio*, para discernir a existência de diálogo, em um engajamento popular relevante nos debates sobre direitos. A participação popular e o interesse político têm declinado, como sustentou Christine Bateup, o que talvez enfraquecesse o potencial da opinião pública como voz dentro do diálogo constitucional. Assim, a despeito das respostas dadas por estas *teorias do equilíbrio* às questões estruturais, notadamente,

---

resistências efetivas por partes desses outros atores políticos, exigindo mudanças de posição dos juízes, sendo na sua visão uma das principais forças a controlar as decisões do tribunal a opinião pública. Já, para Post e Siegel (2009), mesmo num âmbito de equilíbrio, há determinados valores constitucionais fundamentais dos quais a Corte teria pouca permeabilidade a opiniões contrárias, ainda que de maiorias populares ou legislativas. Recomendando-se, assim, uma postura de autocontenção dos juízes, para que a Corte não viesse a ser concebida pela sociedade como a única capaz de interpretar a Constituição em última instância. (in: SILVEIRA, R. D. C. DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. Tese (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 158. doi: http://dx.doi.org/10.26512/2016.03.T.21125). Sobre o assunto: FRIEDMAN, B. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, v. 91, 1993, pp. 577-682. Disponível em https://repository.law.umich.edu/mlr/vol91/iss4/2. POST, R.; SIEGEL, R. Democratic Constitutionalism. *in*: BALKIN, J. & SIEGEL, R. (Orgs.). *The Constitution in 2020*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 25-34.

214 Nessa perspectiva, Bateup (2006) expõe que: "While equilibrium theory thus does not completely resolve concerns about the countermajoritarian difficulty, it is more successful than any of the theories previously examined in this Article in positing a substantive dialogic role for the judiciary which can justify its involvement in judicial review." (in: The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1163. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr).

215 BATEUP, C. The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr.

à dificuldade contramajoritária, e papel único e relevante conferido ao Judiciário, resulta a lacuna de como asseverar a existência de diálogos constitucionais em casos de que baixa representação política[216].

E, por fim, há a *teoria da parceria*, para aquilo que tange a concepção estrutural dos diálogos. Considera que diferentes órgãos estatais podem oferecer contribuições distintas da interpretação da Constituição, não havendo propriamente primazia da Corte[217]. Ou seja, é ratificada a ideia de que não há hierarquia entre os sentidos dados à Constituição pelos diferentes atores institucionais, não existindo, nesse quadro, prioridade da interpretação judicial.

Assim como a *teoria do equilíbrio*, a *teoria da parceria* também busca estabelecer um debate público na sociedade, mas, por outro lado, enxerga nos mecanismos institucionais a melhor forma de fortalecer os diálogos interinstitucionais. Nesse sentido, a *teoria da parceria* busca combinar a competência do Legislativo na criação de leis e políticas públicas com a expertise do Judiciário em interpretar e aplicar princípios, sem que haja preferência de um sobre o outro (como ocorre, por exemplo, na perspectiva que relaciona os princípios e a articulação legislativa para criação de políticas públicas), devendo-se atentar para as necessárias previsões normativas que promovam o diálogo entre os atores institucionais[218].

Com papéis distintos, mas interconectados, Legislativo e Judiciário não devem superestimar suas decisões, buscando conhecer os pontos de vista do outro. O diálogo iniciar-se-ia com o escrutínio de propostas de leis, no âmbito parlamentar, para saber se estão conforme a Constituição; seguir-se-ia com a Corte analisando casos concretos, com julgamentos realizados em bases jurídico-argumentativas e, finalmente, teria uma réplica do Legislativo, que, a depender do que e como tiver se manifestado a Corte, poderá ou não responder a decisão judicial. O papel do Judiciário seria então crucial, mas não seria superior ao do Legislativo. E a dificuldade

---

[216] SILVEIRA, R. D. C. *DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. Tese (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 159. doi: http://dx.doi.org/10.26512/2016.03.T.21125.

[217] BATEUP, C. The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1169. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr.

[218] GODOY, M. G de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 2015, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. 2015, p. 159. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908.

contramajoritária é melhor resolvida nessa perspectiva, uma vez que, não havendo primazia aos pontos de vista judiciais, restaria espaço suficiente para as decisões democráticas sobre direitos[219].

A conclusão de Bateup explicita então a *teoria de parceria* ofereceria qualificada visão dentre as diferentes teorias analisadas, isso porque, logra em fundamentar o papel que o Judiciário pode realizar ao diálogo constitucional, sem, contudo, lhe caracterizar um papel privilegiado. Mas, deixa de incluir a *teoria da parceira* os atores sociais.

Daí, porque, é proposto um modelo combinando características da *teoria do equilíbrio* com a *da parceria*[220] visando resolver as dificuldades democráticas ocasionadas pela revisão judicial, reconhecendo o valor que a Corte pode trazer ao debate, sem, no entanto, privilegiar o papel exercido pelos juízes, salientando a necessidade do aprofundamento sobre as especificidades que cada parte do diálogo constitucional, institucionalmente considerada, pode a ele trazer de forma a fomentar um debate social, permitindo um equilíbrio duradouro.

III.3 Capacidades institucionais e o diálogo interpretativo da Constituição

O debate acerca da tensão inerente entre democracia e constitucionalismo não é recente, sendo modernamente realizado, como explicitado anteriormente, em uma concepção dual de supremacia: do Legislativo ou do Judiciário. E as teorias dialógicas buscam apresentar a superação dessa centralidade institucional, do protagonismo dos atores públicos, expondo ser via possível para a atenuação da supremacia de uma das esferas de poder, na medida em que revelam uma faceta de um reequilíbrio da sua relação.

---

219 SILVEIRA, R. D. C. *DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. Tese (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 162. doi: http://dx.doi.org/10.26512/2016.03.T.21125.

220 Expõe Bateup (2006) que: “The most promising vision of constitutional dialogue and, consequently, the strongest normative account of the role of judicial review in modern constitutionalism emerge when the equilibrium and partnership understandings of dialogue are combined.” (in: The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006, p. 1175. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr).

Uma questão central que justificaria a necessidade de se pensar um processo dialógico entre as instituições, para maior legitimidade do processo de construção do significado da Constituição, abarcaria a ideia a ausência de um sentido único em um enunciado normativo. Ou seja, da leitura dos enunciados constitucionais não seria razoável considerar a presença somente de uma única norma jurídica, cujo significado é revelado no processo interpretativo por qualquer que seja o agente interpretativo. Adicionada a essa ideia existe outro fator que deve ser levado em conta no processo interpretativo constitucional, que é a existência de desacordos morais razoáveis, segundo tentou-se expor na segunda seção desta pesquisa.

Para além de se pensar sobre a própria teoria da interpretação judicial, teoria da decisão judicial, teorias da argumentação jurídica, entre tantas outras, que realizam contribuições para se alcançar uma norma jurídica perfeita, a questão sobre a interpretação e a construção do significado constitucional passa também pela reformulação a respeito do próprio desenho institucional e da separação de poderes, por isso a ideia da reflexão entre a evolução do constitucionalismo e incidência das teorias dialógicas na contemporaneidade.

Nesse sentido, as teorias dos diálogos se apresentam, pelo que se infere, para [re]pensar a leitura da teoria da separação de poderes. Por isso, alguns consideram que as teorias dialógicas imprimiriam substituição da leitura tradicional da separação de poderes, procurando evidenciar ao menos dois aspectos naquilo que diz respeito à formulação de decisões sobre casos controvertidos: (a) reconhecimento do caráter não definitivo das decisões, ou seja, temporalidade das decisões, parcialmente definitivas, tendo em vista a possibilidade de questionamentos pela e em outras esferas públicas; (b) as capacidades institucionais de cada ramo do poder potencializar ou inibir a tomada de decisão[221].

Como inicialmente exposto na seção III.2 deste estudo, um dos exemplos de institucionalização do diálogo entre os poderes, Judiciário e Legislativo, sobre a interpretação da Constituição é o Canadá. Considerado por alguns como a primeira

[221] Seria a ideia da última palavra provisória profundamente exposta por Conrado Hubner Mendes (2008) em sua pesquisa, explicitando sobre a provisoriedade das decisões com uma ideia de última palavra mitigada que se expressaria por meio do grau de durabilidade da decisão no tempo e não pela sua imutabilidade. (in: *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. doi: 10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952).

experiência de adoção do modelo das teorias dialógicas, a partir de sua Carta de Direitos e Liberdades. A estrutura jurídica canadense integrante do sistema de *commom law* e, portanto, observadora do princípio da soberania do Parlamento, apresentava um esgotamento institucional no que se referia à efetivação dos direitos fundamentais, decorrente da limitação de que seu substrato normativo era o positivismo anglo-saxão centralizado no cumprimento da norma restrita[222].

Para que ocorresse a ruptura com essa dinâmica era preciso que se formalizasse o compromisso com os direitos fundamentais, sem que tal fato resultasse na perda de espaço pelo Parlamento. A efetivação da Carta canadense tem, portanto, tríplice significado político-institucional que é, a proteção de direito, a ruptura do positivismo institucionalizado e a reconfiguração da separação dos poderes com equilíbrio na prevalência da soberania do Parlamento[223]. Destacadamente porque, sua Carta de Direitos e Liberdades elevou tanto os direitos fundamentais ao plano constitucional como o Judiciário ao patamar dos demais poderes[224].

O quadro canadense de desenho do equilíbrio entre as intenções de supremacia dos Poderes Legislativo e Judiciário funda-se sobremaneira em duas cláusulas de sua Carta de Direitos: (i) a seção 1 e (ii) a seção 33. A primeira demonstra a possibilidade de o legislador configurar o conteúdo dos direitos fundamentais preceituando, no entanto, que essa intervenção legislativa possui limites na exigência de razoável justificação[225].

Com a aprovação de sua Carta de Direitos o Canadá passou a contar com o instituto do controle judicial de constitucionalidade. Mas, do receio de se instituir um modelo de controle gerador da então criticada supremacia judicial não se reproduziu a base norte-americana do *judicial review*. Foi idealizado um modelo que viabilizava o diálogo entre a Corte e o Parlamento com a possibilidade de superação da decisão

---

222 SILVA, C. D. A. et. al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 61.

223 SOUZA, T. C. A *ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS: A manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil*. 2022, Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022. Disponível em http:hd.handle.net/1843/46699.

224 MENDES, C. H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.* Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. doi: 10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952.

225 SILVA, C. D. A. et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 62.

judicial por parte do Legislativo. O que se deu pela denominada seção 33, instituidora da cláusula não-obstante[226].

Desse quadro percebe-se, como assinalado, que a seção 33 na Carta de Direitos do Canadá teve a função de conciliar a soberania parlamentar com a ideia estadunidense de constitucionalismo, possuindo o Parlamento especial atuação frente ao Judiciário. Nesse sentido, a Corte canadense se apresentaria como uma primeira câmara legislativa, que inauguraria o debate institucionalmente acerca de uma matéria que poderia, inclusive, ser tratada novamente pelo Legislativo[227]. E uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei pela Corte, o papel de reconstrução daquele espaço normativo caberia ao Legislativo.

Assim, a função de dizer qual o significado da Constituição não estaria estabelecido de forma fixa e definitiva a uma instituição formal, decorreria de um processo contínuo e de capacidades institucionalizadas diversas.

Aqui relevante explicitar sobre o motivo da atenção das capacidades institucionais na construção dialógica, porquanto a atuação jurisdicional leva em conta a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, pois para que fossem editados tiveram de passar, obrigatoriamente, por um controle de constitucionalidade prévio, político. No entanto, tal presunção é relativa e pode ser afastada pelo intérprete desde que fiquem demonstradas razões para tanto. Da presunção de constitucionalidade das leis decorre um ônus argumentativo maior à Corte. Dessa forma, é preciso a presença de argumentos relevantes para sua declaração de inconstitucionalidade[228].

---

[226] VICTOR, S. A. F. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da constituição*. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 147. doi:10.11606/T.2.2013.tde-19022014-161546.

[227] SOUZA, T. C. A *ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS: A manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil*. 2022, Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022. Disponível em http:hd.handle.net/1843/46699.

[228] PESSANHA, R. B. V. *Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais*. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 223. Disponível em https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9237.

Diante disso, uma atuação baseada nas capacidades institucionais, deve superar os argumentos de respeito à separação de poderes. Afinal, tais argumentos devem ser o ponto de partida de uma decisão baseada nas capacidades institucionais.

Nesses casos, as capacidades institucionais do Judiciário aparentam superar as do Poder Legislativo, pois o processo político majoritário não tem sido um ambiente institucional adequado para o tratamento de questões sensíveis e relativas à proteção de direitos fundamentais. O resultado são decisões legislativas que, em geral, não se sustentam sob a análise das capacidades institucionais, pois inadequadas, uma vez que excluem grupos estigmatizados. Ou seja, do ponto de vista das capacidades institucionais, esse tipo de atuação, ainda que contramajoritária, tem como consequência o atingimento de um melhor resultado e não se constitui, de forma alguma, em um uso absurdo do argumento[229].

Em uma perspectiva da realidade brasileira, no que se refere à caracterização institucional do diálogo, Clève e Lorenzetto[230] expõem que possui caráter caracteristicamente normativo. Ou seja, consideram que o diálogo institucional efetivo entre as instituições é um projeto a ser consolidado por meio de uma modificação da compreensão das funções dos atores estatais. Não obstante, o desenho institucional brasileiro dispõe de mecanismos que podem contribuir para o seu aprimoramento dialógico.

A respeito da pretensão normativa das teorias dos diálogos no Brasil é importante realizar duas ponderações: (a) a ideia da perspectiva normativa está voltada para a análise metodológica do que se analisa, na medida em que, pode ser observado o que normativamente se pretende com a teoria; (b) o que não exclui a análise descritiva do fenômeno. Em outras palavras, ainda que para alguns teóricos, a leitura da prática no Brasil indique que não existam efetivos diálogos entre as instituições, há uma pretensão normativa que se verifica ou não no campo da realidade dada[231].

---

[229] GODOY, M. G de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 2015, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. 2015, p. 147. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908.

[230] in: Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. doi: http:// dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534.

[231] SOUZA, T. C. *A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS: A manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil*. 2022, Tese (Doutorado em Direito) –

III.4 A realidade brasileira contemporânea – exemplificação do que se realiza

As teorias do diálogo institucional, como visto, idealizam a formação de diferentes instâncias de discussão, ampliando a possibilidade de se chegar à solução possível. Busca-se, dessa perspectiva, evitar suposta dominância de uma instituição em detrimento das outras, a partir do incentivo do debate constitucional.

Nesse sentido, o objetivo da teoria dialógica é oferecer alternativa que permita maior debate público antes da manifestação final pelo ator político, nomeadamente o Poder Judiciário, a quem compete, no cenário brasileiro, conforme preceitua a Carta de 1988, a guarda da Constituição. Historicamente, a previsão buscou garantir a efetividade do texto constitucional após um período ditatorial de repressão.

A atuação da Corte constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal, desde então, tem consolidado sua legitimidade argumentativa, comumente determinando a palavra final em temas sensíveis afetos a questão de direitos fundamentais.

Em uma perspectiva voltada para as teorias dialógicas compreende-se o Supremo Tribunal Federal não como o detentor da última palavra sobre a interpretação da Constituição, e sim como o guardião de mais uma importante voz na definição do sentido constitucional. Com isso, suas decisões seriam, uma última palavra provisória[232]. A interpretação realizada, nesse ideário, não encerraria a política democrática, mas revelaria um estágio de um processo que pode se encerrar, ou continuar. Nessa instância, seria então preferível uma Corte mais comedida, qualificada como participante de um diálogo interinstitucional de construção do significado da Constituição. Sua atuação ativa deve servir não para se impor, mas

Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022. Disponível em http:hd.handle.net/1843/46699.

[232] MENDES, C. H. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. doi: 10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952.

para provocar reações, fazer com que o Poder Legislativo melhore seu desempenho deliberativo, para que incremente suas razões[233].

Exemplos relevantes são muitos da preocupação do Supremo Tribunal Federal em ampliar a exposição de suas razões.

Dentre alguns cita-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 que decidiu pela constitucionalidade do uso de células tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos[234]; a Arguição de Descumprimento de Prefeito Fundamental n. 54 que permitiu a interrupção da gestação de fetos anencefálicos[235]; ou mesmo, mais recentemente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709 que expôs dentre os fundamentos decisórios concreta exposição da relação entre Supremo Tribunal Federal e o Poder Executivo na implementação de políticas públicas de proteção aos povos indígenas frente à pandemia do Coronavírus (Covid-19)[236].

Obviamente, os exemplos indicados, não se prestam a esgotar o tema em estudo. São apresentados para o fim ilustrativo do comportamento contemporâneo do Judiciário brasileiro frente à temática em debate.

Mas, dentro dos limites do que se intenciona, busca-se explicitar não um estudo de caso, mas sim a reflexão, nesse momento, como o desenho institucional brasileiro permite a incidência do diálogo e quais os seus limites.

O Poder Judiciário nacional busca realçar o poder de superação de bloqueios estabelecidos no processo político, seja por mecanismos comunicativos ou coercitivos, na busca da proteção aos direitos fundamentais. Constatada a violação aos postulados constitucionais, abrem-se opções à Corte, variáveis em graus de provocação à atividade legislativa.

---

233 GODOY, M. G de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 2015, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. 2015, p. 171. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908.

234 ADI n. 3510/DF. Relatoria Ministro Ayres Britto. Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723.

235 ADPF n. 54/DF. Relatoria Ministro Marco Aurelio. Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334.

236 ADPF n. 709. Relatoria Ministro Roberto Barroso. Disponível em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962

Em primeiro lugar, há a conhecida técnica da interpretação conforme a Constituição que trata não apenas de preceito hermenêutico, mas de mecanismo de controle de constitucionalidade, equivalente à declaração de nulidade sem redução de texto[237]. A interpretação conforme decorre da supremacia das normas constitucionais e da presunção de constitucionalidade das leis, determinando que, na eventualidade de a norma permitir mais de uma interpretação, deve-se adotar aquela que melhor se amolda à Constituição.

Um segundo instrumento de diálogo é o chamado apelo ao legislador, ou aferição da lei ainda constitucional, em que a Corte admite a prospecção dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, conferindo prazo ao Legislativo para que edite nova norma, cuja vigência foi mantida por meio da modulação de efeitos. Nesses casos, após avaliação do interesse social e segurança jurídica, evita-se a retroção da declaração de inconstitucionalidade[238].

Ainda, tem-se como terceiro instrumento de diálogo a declaração de inconstitucionalidade por omissão legislativa, oriunda da lacuna inconstitucional do legislador, em visual ocorrência de descumprimento da obrigação constitucionalmente fixada. O reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão pode levar à autoaplicabilidade da norma; à declaração da omissão e constituição em mora do órgão omisso, bem ainda à necessidade de criação de norma específica para o caso concreto.

A ferramenta a ser utilizada nessa hipótese poderia configurar uma espécie de grupo de trabalho formado para encontrar uma solução adequada para a omissão em análise. Com base no acordo de vontades entre os representantes das instituições envolvidas com a questão, o grupo produziria uma conclusão, após concreta deliberação. Como pressuposto de implementação do diálogo, seria necessário o reconhecimento e consideração de todos os participantes numa posição de equivalência quanto à capacidade de interpretação da Constituição. Dessa forma, a interação entre as instituições poderia produzir uma concordância com relação à

[237] Diversamente, Elival da Silva Ramos (2010) considera que a interpretação conforme a constituição e a declaração de nulidade sem redução de texto não se confundem. Para ele, o primeiro instituto apenas declara a constitucionalidade de certa interpretação. Já, no segundo instituto, há expressa exclusão de variantes interpretativas consideradas inconstitucionais. (in: *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 299).

[238] NOVELINO, M. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

melhor forma de solucionar a questão da omissão inconstitucional com respeito à legitimidade e consideração aos direitos fundamentais.

Daí, desse cenário, tem-se a visualização de um comportamento consequencial do Legislativo, também largamente debatido que é a reação, e consequente reedição, pelo Parlamento, de lei com idêntico conteúdo àquele já tido por inconstitucional pela Corte, ou mesmo uma tentativa de o Legislativo alterar conteúdo analisado pelo Judiciário. O mesmo vale com relação à aprovação de emendas constitucionais com teor oposto ao decidido pelo Poder Judiciário.

Além disso, pode-se extrair uma função dialógica do instrumento contemplado no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, ao menos do nele contido. O dispositivo normativo define como competência do Senado Federal a suspensão, com efeito *erga omnes*, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. Para o Ordenamento brasileiro, o controle difuso de constitucionalidade produz efeitos, em regra, em relação às partes do processo, de modo que a previsão indicada constitucionalmente viabilizaria a extensão pelo Senado Federal dos efeitos da decisão a todos. Essa atribuição foi introduzida na realidade brasileira já na Constituição de 1934, com a finalidade de atribuir peso às conclusões dos Tribunais, considerando-as vinculantes para os demais órgãos judicantes, tal como ocorre no sistema norte-americano[239].

Apesar das divergências sobre o tema, em se entendendo que a atribuição do Senado Federal de suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal constitui um ato discricionário[240], poder-se-ia extrair daí verdadeira função dialógica.

Seguindo o raciocínio da discricionariedade do ato contemplado no artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988, poderia ser extraída dessa dinâmica uma interpretação conjunta quanto a definição de constitucionalidade de uma norma.

---

[239] NOVELINO, M. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

[240] Sobre a discricionariedade do ato de atribuição do Senado Federal pontua Clèmerson Merlin Clève: A competência do Senado consiste em competência discricionária de natureza política. Cuida-se, a resolução suspensiva, de ato político que empresta eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em caso concreto. Ao Senado cabe examinar da conveniência e oportunidade de considerar, em tese, suspensos os seus efeitos, de retirar o dispositivo legal ou regulamentar do ordenamento jurídico. Não está obrigado a editar resolução suspensiva. (in: *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 95).

Inexistindo preponderância de uma esfera de Poder sobre a outra, estas atuariam de forma coordenada, de acordo com o estabelecido na teoria da construção coordenada de Christine Bateup[241].

Em complemento da apresentação exemplificativa exposta, Luís Roberto Barroso[242] apresenta outros casos dos quais o diálogo institucional teve lugar no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Chama a atenção a perspectiva relativa à interpretação realizada do artigo 55, inciso VI e seu parágrafo segundo da Constituição Federal de 1988, no sentido de que caberia à Casa legislativa decretar a perda do mandato de parlamentar que sofresse condenação criminal transitada em julgado, o que resultou decidido na Ação Penal n. 565. Diante as considerações lançadas instou-se o Congresso Nacional a revisitar o tema, sendo que, pouco tempo depois, o Senado Federal havia aprovado Proposta de Emenda Constitucional superadora do tratamento deficiente da matéria. Mas, ainda no encerramento de 2014, a Proposta encontrava em tramitação na Câmara dos Deputados. Tempos após, em julgamento de outro caso, um Congressista foi criminalmente condenado (Ação Penal n. 396) sendo então submetida a questão da perda do seu mandato à Casa Congressual, que deliberou pela não cassação. Judicializada essa conclusão, o Supremo Tribunal Federal, liminarmente, considerou em nova interpretação de que na ocorrência de prisão em regime fechado, a perda do mandato deveria se dar por declaração da Mesa parlamentar e não por deliberação política do Plenário. Ocorre que, antes da definição do julgamento do caso posto, a Câmara dos Deputados deliberou pela cassação.

Do exemplificado, percebe-se, que o diálogo depende da cultura jurídico-política do País. No quadro brasileiro, instituições políticas direcionam, elas próprias, ao Judiciário, a deliberação de questões de agenda política sensíveis, evitando legislar sobre questões controversas. Não obstante, mesmo em sua acepção formal, ou seja, enquanto uma potencialidade, o diálogo ainda se mostra relevante por fazer recair sobre o Poder Legislativo o ônus da decisão judicial. A teoria dialógica tem,

---

241 in: The Dialog Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. N. 71, 2006. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr.

242 in: A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, pp. 23-50, 2015, p. 46. doi: 10.5102/rbpp.v5i2.3180.

dessa forma, a vantagem de explicitar responsabilidades e esclarecer os posicionamentos de cada ator estatal.

Desse modo, visualiza-se que a prática dialógica não é estranha à realidade institucional brasileira, possibilitando esclarecer posicionamentos de cada Poder sobre as matérias político-jurídicas relevantes. A teoria dialógica cria, desta maneira, para cada instituição, um ônus argumentativo que, se não atendido, permite legítima reação por parte de outra instituição, pelos meios constitucionalmente previstos – não se trata de desobediência à decisão judicial, mas de enfrentamento constitucionalmente assegurado.

A contribuição das Cortes para um diálogo coletivo e democrático advém justamente da posição institucional que ocupam, ou seja, da sua competência para receber os pleitos daqueles que se consideram tratados de forma inadequada pelo processo majoritário de discussão e decisão[243].

Mas, como se visualiza, reconhecer as contribuições das teorias dos diálogos constitucionais para a prática adjudicativa, implica em reconhecer que os atores do processo deliberativo assumirão compromissos e guiarão seus comportamentos deliberativos por razões públicas, considerando que suas decisões possuem tão somente um caráter temporário e datado, que poderão ser superadas por novas razões e por outros atores.

No contexto brasileiro o potencial dialógico entre os diversos atores de poder é relevante. A colaboração institucional entre Judiciário, Legislativo e Executivo permitirá a construção de sentidos constitucionais que melhor contribuirão para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Nessa visão, foi pelo diálogo institucional que se possibilitou, por exemplo, aperfeiçoamentos na utilização do ferramental das medidas provisórias ao curso dos últimos anos, incrementando o nível de governança da política democrática brasileira[244] .

---

[243] GODOY, M. G de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 2015, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. 2015, p. 175. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908.

[244] VICTOR, S. A. F. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da constituição*. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 181. doi:10.11606/T.2.2013.tde-19022014-161546.

A Constituição além de se qualificar como documento-norma reflete as condições políticas do País, sendo certo que o exercício dialógico constante pelos diferentes atores sociais certamente poderá incrementar os resultados frente aos largos desafios vivenciados enquanto sociedade. Ademais, soluções gestadas na lógica dialógica tendem a ser mais perenes, por abarcarem uma compreensão alargada dos interesses em debate, equacionando as tensões entre os atos de governo e os atos jurisdicionais, na lógica do *judicial review*[245].

Roberto Garagarella[246] é ávido defensor de um constitucionalismo dialógico, desde que os mecanismos de participação sejam, para além da defesa de renovação do Poder Legislativo. Na sua percepção, novas forma de participação no âmbito da jurisdição constitucional fomentam as relações dialógicas das Cortes com diversos segmentos da sociedade que antes não eram ouvidos, exemplificando que as audiências públicas e a admissão dos *amicus curie* são iniciativas de celebração. Mas que, no contexto da América Latina, os ferramentais demandam aperfeiçoamento, resultando em sua percepção que o Brasil, como exemplifica, não teria uma Corte dialógica, mas que eventualmente utiliza de ferramentas dialógicas.

III.5 Neoconstitucionalismo e diálogo constitucional: reflexão do protagonismo judicial

É intrigante o movimento circular de uma dissertação, ao mesmo tempo em que parece caminhar para o final, há novos questionamentos surgindo e daí uma vastidão de argumentos em verdadeiro ciclo discursivo e acadêmico.

É preciso deixar expresso o argumento que se direciona, ao encerramento da seção, aparentemente, ao menos para fazer com que dele repercuta outras

---

[245] VICTOR, S. A. F. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da constituição*. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 147. doi:10.11606/T.2.2013.tde-19022014-161546.

[246] Sustenta o autor que: "En la actualidad, por tanto, no puede decirse algo así como que las Cortes de Colombia, Argentina o Brasil son Cortes "dialógicas." Más bien, se trata de Cortes que eventualmente –y sin anoticiarnos de cuándo, en qué casos, por qué razones- utilizan herramientas dialógicas". (in: El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los freno y contrapesos. *Revista Argentina de Teória Juridica*. Buenos Aires, n. 14, n. 2, diciembre, 2013, p. 24. Disponível em http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf.).

inquietações, já que é inegável que a cada vez que se ilumina um ponto é provável que se sombreie outros. Portanto, como uma tentativa de arremate, expõe-se a partir das características do constitucionalismo contemporâneo a pertinência da interação dialógica entre os Poderes públicos buscando demonstrar as bases justificadoras daquilo que é considerado como supremacia da função jurisdicional nessa moldura atualmente vivida.

O neoconstitucionalismo, marcada ideologia do século XX, expôs duas ideias que percorreram trajetórias distintas: o constitucionalismo, baseado na tradição liberal que remonta ao final do século XVII, expressado na ideia de poder limitado pelo direito e respeito aos direitos fundamentais e a democracia traduzida na ideia de soberania popular, que é consolidada ao longo do século XX. Para arbitrar as tensões muitas vezes existentes entre ambos os quesitos – direitos fundamentais e soberania popular – das democracias contemporâneas instituíram Cortes constitucionais, atribuindo-lhes a função interpretativa da Constituição.

A determinação da instituição política responsável pela última palavra na interpretação da Constituição consiste em questão lógica e pré-constitucional de desenho institucional normativo. Sendo que, em sociedades plurais contemporâneas o direito possui função moral de relevo que é a resolução de divergências fixando coercitivamente os parâmetros impostos pela ordem jurídica. Em verdadeira demonstração de sua função estabilizadora que se dá sobremaneira por uma Constituição escrita. Por isso, na ocorrência de a Constituição abrir-se em interpretações amplas para solução de determinada situação alguma instituição deve ter o poder de definir coercitivamente o seu sentido[247]. E no caso brasileiro, resultou determinado ao Poder Judiciário, destacadamente ao Supremo Tribunal Federal, a função de guardião e intérprete da Constituição.

Disso, pelo aqui contextualizado, é de se reiterar que o neoconstitucionalismo identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional nas últimas décadas, dentre elas, o pós-positivismo, a formação do Estado Constitucional de Direito no pós Guerra e, no caso brasileiro, a

[247] PESSANHA, R. B. V. *Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais*. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, p. 366. Disponível em https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9237.

redemocratização institucionalizada pela Constituição Federal de 1988 com o conjunto de novas percepções, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação, os seus standards. A semântica do neoconstitucionalismo, logo, tem um caráter descritivo de uma nova realidade, mas, também, normativo, ou seja, há um endosso a essas transformações [248].

Como assinalado, no Brasil, essa movimentação não foi diferente. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foram firmados embates teóricos e judiciais a fim de se alcançar a efetividade das normas constitucionais. Os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 envolveram o esforço da teoria constitucional para que o Poder Judiciário assumisse o seu papel e alcançasse concretização aos princípios, regras e direitos inscritos na Constituição[249], superando-se a clássica visão da função atribuída ao ator estatal, em superação do positivismo.

A jurisdição constitucional a despeito de suas limitações pode ser um mecanismo, e assim o é, não apenas aceitável, mas valioso para a realização do autogoverno democrático, destacadamente, porque, permite atenuar distorções intrínsecas da democracia representativa[250], tornando-a mais palatável para pessoas imersas em uma cultura individualista. E a interferência judicial sobre as decisões das

[248] BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, pp. 23-50, 2015, p. 28. doi: 10.5102/rbpp.v5i2.3180.

[249] Luís Roberto Barroso (2015) em aprofundamento explicita que no Brasil, sob a vigência da Constituição de 1988, o Judiciário paulatinamente deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro poder político. Com a redemocratização, aumentou a demanda por justiça na sociedade e, consequentemente, tribunais foram crescentemente chamados a atuar, gerando uma judicialização ampla das relações sociais no país. Esse fato é potencializado pela existência de uma Constituição abrangente, que cuida de ampla variedade de temas. No fluxo desses desenvolvimentos teóricos e alterações institucionais, e em parte como consequência deles, houve importante incremento na subjetividade judicial. (in: A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, pp. 23-50, 2015, p. 28. doi: 10.5102/rbpp.v5i2.3180).

[250] De se destacar, nessa perspectiva da atuação da jurisdição constitucional, a relação pontuada por Dieter Grimm (2006), ao lecionar sobre Constituição e Política, considerando que é antiga a percepção de que o poder necessidade de controle. Naturalmente, essa percepção precisa ser atualizada de tempos em tempos, de modo que não permaneça apenas como uma teoria abstrata na memória, e sim para que seja vivida como uma necessidade concreta. Os tribunais constitucionais se revelaram instrumentos particularmente efetivos desse tido de controle e, por isso, têm sido mundialmente reconhecidos. (in: *Constituição e Política*. Tradutor Geral do de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, 183).

instâncias eleitas deve sim estar em constante abertura de debate e crítica ou mesmo, revisão[251].

Relevante é a preocupação lançada por Flávia Danielle Santiago Lima em sua tese[252] de que a posição da Corte Constitucional aparentemente frente aos demais poderes e o eventual risco do ativismo exacerbado para esse complexo arranjo, nos quais as respostas judiciais podem colaborar ou não para um diálogo, resultaria na conclusão de que a expressão ativismo judicial representaria uma crítica metodológica à atuação judicial denotando uma preocupação institucional, numa interferência na atividade dos demais poderes.

Mas, ao aqui intencionado, é de se considerar, como pontuado por Eduardo Mendonça[253], que não existe coação irresistível que proíba determinada sociedade de superar decisões jurisdicionais que considere incompatível para o sistema político vigente. O fato de essa não ser tendência contemporânea, como destaca o autor, confere respaldo à tese de que há acomodação do controle jurisdicional no interior da democracia, e não suposições de que o sistema político estaria sendo usurpado em suas expressões volitivas em razão dessa atuação protagonista judicial.

Também, como expõe Luís Roberto Barroso[254], o que se deduz é que o modelo vigente não pode ser caracterizado como de supremacia judicial. O Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de ser o intérprete final do direito, nos casos que são a ele submetidos, mas não é o dono da Constituição. Ao contrário. O sentido e o alcance das normas constitucionais são fixados em interação com a sociedade, com os demais Poderes e com as instituições em geral. A perda de interlocução com a sociedade, ou ainda, eventual incapacidade de justificar suas decisões ou de ser compreendido, retiraria a legitimidade da Corte. Por outro lado, pretensões de hegemonia sobre os demais atores políticos sujeitaria o Supremo Tribunal Federal a

---

[251] MENDONÇA, E. A jurisdição constitucional como canal do processamento do autogoverno democrático. in: SARMENTO, D. (coord.) *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 176.

[252] in: *Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013, p. 275. Disponível em https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10958

[253] in: A jurisdição constitucional como canal do processamento do autogoverno democrático. in: SARMENTO, D. (coord.) *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 176.

[254] in: A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, pp. 23-50, 2015, p. 48. doi: 10.5102/rbpp.v5i2.3180.

uma mudança do seu desenho institucional ou na superação de suas conclusões por alteração no direito, competências que pertencem ao Congresso Nacional. Portanto, o poder da Corte é limitado. Limitado pelo Poder Constituinte.

Não há impedimento lógico a que uma sociedade opte por atribuir aos próprios órgãos eletivos a função de definição da última palavra interpretativa da Constituição, em virtude de compromissos para proteção. Também não há incompatibilidade ou natureza antidemocrática em que a opção seja direcionada ao Poder Judiciário, que apresenta função diversa de justificação de suas decisões[255]. Essa ideia se sedimenta quando se percebe as dificuldades ao conceito de vontade majoritária e de representação política. Por isso, não haveria base de sustentação a repetição discursiva de ausência de legitimidade democrática das Cortes.

Além disso. A realização das metas da Constituição demanda uma progressista hermenêutica constitucional, embasada no neoconstitucionalismo, a fim de se alcançar a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

A jurisdição constitucional ocupa posição proeminente dada sua atribuição de emitir provimentos provisoriamente finais[256]. Ou seja, detém o poder de dizer que a resposta certa é sua. Mas, isso não significa que os Tribunais devam exercer indistintamente essa função, sem fazê-la sem consideração pela diversidade sociopolítica e governamental. É de relevância para a manutenção das bases da teoria da separação dos poderes a deferência aos demais atores políticos[257].

---

[255] O próprio Dieter Grimm (2006) na análise que realizada sobre a relação entre Constituição e Política faz a advertência de que não se exclui a possibilidade de que um tribunal constitucional ultrapasse o limite legal imposto a ele e, sob o pretexto de aplicação constitucional, pratique ele mesmo realização política, na análise de casos específico. (in: *Constituição e Política*. Tradutor Geral do de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 11).

[256] Eduardo Mendonça (2015) ao refletir sobra a ideia de decisões provisoriamente finais expõe que a decisão judicial é apenas provisoriamente final, uma vez que a mudança de entendimento é possível e não deve ser vista como alto negativo. Ela pode se dar pela oscilação da própria jurisprudência ou por uma reação pelos outros Poderes, espontânea ou estimulada pela sociedade. E na medida que essa mudança tenha se processado por canais institucionais legítimos, não significa derrota da jurisdição constitucional. (in: A jurisdição constitucional como canal do processamento do autogoverno democrático. in: SARMENTO, D. (coord.) *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 151).

[257] Luís Roberto Barroso (2015) nessa temática leciona que "(...) embora não se possa falar, em certos casos difíceis, em uma resposta objetivamente correta – única e universalmente aceita -, existe, por certo, uma resposta subjetivamente correta. Isso significa que, para um dado intérprete, existe uma única solução correta, justa e constitucionalmente adequada a ser perseguida. E esse intérprete tem deveres de integridade – ele não pode ignorar o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis e os precedentes na matéria – e tem deveres de coerência, no sentido de que não pode ignorar suas próprias decisões anteriores, bem como as premissas que estabeleceu em casos precedentes". (in. A razão sem voto: o Supremo Tribunal

Mas, de igual forma, nessa análise crítica, é preciso desconstruir o discurso de protagonismo único do Poder Judiciário, em que há um superdimensionamento de sua legitimidade[258], porquanto a concretização dos comandos constitucionais pode caminhar em variados sentidos, tanto por divergências na apreciação da matéria técnica, quanto a partir de diferentes pontos de vista sobre o conteúdo dos direitos de uma sociedade diversa. O preenchimento das lacunas interpretativas e da apresentação do entendimento constitucional é uma atividade jurídica e política que precisa caminhar conjuntamente.

Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, pp. 23-50, 2015, p. 35. doi: 10.5102/rbpp.v5i2.3180).

[258] Oscar Vilhena Vieira (2008) em justificação da ascensão do Supremo Tribunal Federal, explicita que: "Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos legislativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias" (in: Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo. v.4, n. 2, p. 441-464. 2008, p. 445. (online).

CONCLUSÃO

Democracia e constitucionalismo são ideias que possuem forte relação conceitual entre si, sobremaneira quando se trata da concretização do contemporaneamente tido como Estado Constitucional de Direito, que tem, verdadeiramente, como estampa, a superação do Estado de Direito aliada à efetivação das bases democráticas com a concretização dos direitos fundamentais.

Mas, ainda que diretamente relacionadas, importante frisar que democracia e constitucionalismo apresentam características próprias e são elas, individualmente, que promovem, ao se juntarem, o desenho de um quadro de relevância para a desenvolvimento da sociedade. É dizer, a democracia pauta-se na lógica do autogoverno e da identidade de seus integrantes. O constitucionalismo estrutura-se na divisão das funções estatais de forma combativa a se evitar totalitarismos e abusos de poder. Há assim, em cada singularidade, o preenchimento do espaço necessário para que, conjuntamente, exista a movimentação e o avançar social.

O ponto de ligação é a Constituição. Sendo que os seus processos de construção, ao mesmo tempo em que buscam edificar uma nova comunidade política, demandam, em razão dos eventos históricos que determinaram o século XX, serem democráticos e garantir a continuidade da própria democracia. Disso percebeu-se que as diferenciações conceituais e dos institutos relacionados ao constitucionalismo e à democracia não endossam uma hierarquia, porque de fato não há, mas sim, uma circularidade pautada em um Estado que expressa a necessidade normativa que um instituto representa para o outro. Normatização, como percebida, exteriorizada pela Constituição.

Na evolução histórica do constitucionalismo, em suas diversas acepções, do antigo ao contemporâneo, há a marca comum sediada em limitar o poder e efetivar os direitos fundamentais. Mas, é no constitucionalismo contemporâneo, diante das premissas democráticas, que se percebe novo alcance desse movimento histórico,

seguindo-se com isso críticas e questionamentos diversos, notadamente sobre a posição e atuação dos atores políticos[259].

Historicamente, ao final da Segunda Guerra Mundial, a Europa continental remodelou-se institucionalmente, fazendo com o que o direito constitucional também se reconfigurasse, tanto quanto em seu objeto, como em seu papel, externando o protagonismo da Constituição na concretização de um Estado democrático.

Isso porque, após a Segunda Guerra, com a constatação de que o apego à legalidade exacerbada permitiu atrocidades de governos totalitários, percebeu-se a necessidade de a lei apresentar conteúdo valorativo para se legitimar como tal. Valores compartilhados socialmente imbuídos nas Constituições que, com algumas exceções, na época, eram consideradas apenas um documento simbólico[260]. Deu-se início a ideia da verificação da compatibilidade das leis com as normas constitucionais.

E concomitantemente a essas transformações dogmáticas, ocorreu larga mudança institucional, representada pela criação de Cortes constitucionais somada a uma ascensão do Poder Judiciário. Consolidava-se, assim, a partir do século XX, o constitucionalismo contemporâneo, o neoconstitucionalismo, em real superação ao Estado legislativo de direito. No Brasil, isso não foi diferente. Apenas o momento temporal, que se deu em outra base de consolidação, que foi a partir de 1988 com a promulgação da nova Constituição[261].

---

[259] Como buscado indicar ao curso da pesquisa, um traço característico do neoconstitucionalismo é a focalização ao Poder Judiciário. Em interessante exposição sobre tal ponto Daniel Sarmento (2009) considera que "O grande protagonista das teorias neoconstitucionais é o juiz. O Direito é analisado sobretudo a partir de perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem a sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa, do observador. (...). O juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais, o que expõe o neoconstitucionalismo a várias críticas (...)". (in. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 122).

[260] "Ao final da Segunda Guerra Mundial a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido" (in: BARROSO, L. R.; BARCELOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, v. 232, pp. 141-176, 2003, p. 147. Disponível em https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690).

[261] Relevante destacar o posicionamento de Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003) na apresentação histórica da perspectiva constitucional brasileira de 1988 ao considerarem que "A Constituição de 1988 foi o marco zero de um recomeço, da perspectiva de uma nova história. Sem as velhas utopias, sem certezas ambiciosas, como o caminho a ser feito ao andar. Mas com uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes, desde que tudo começou. E uma novidade. Tardiamente, o povo ingressou na trajetória política brasileira, como protagonista do processo, ao lado da velha aristocracia e da burguesia emergente" (in: O começo da história. A nova interpretação constitucional

De acordo com os quadros históricos, realmente coube à Constituição Federal de 1988, na realidade brasileira, a transformação do papel do Judiciário no sistema político brasileiro, pelo desenho institucional que promove, mas também por seus dispositivos materiais que permitem a tradução de demandas políticas na linguagem jurídica, tornando-as judicializáveis, diante de um texto analítico. A discussão sobre os conteúdos constitucionais encontra respaldo no texto vigente que, amparado por um projeto redemocratizante, positivou os mecanismos da democracia representativa e participativa[262].

Como exposto, o século XX foi cenário da superação de algumas concepções do pensamento jurídico clássico. Essas transformações chegaram ao Brasil após a redemocratização. Novos ventos surgiram, especialmente sobre o papel dos atores estatais na efetivação da democracia e dos direitos fundamenteis. E pelo apresentado ao curso dessa dissertação[263], destacam-se três das transformações que afetaram o modo como se pensa e se pratica o direito contemporaneamente: (i) superação do formalismo jurídico; (ii) advento de uma cultura jurídica pós-positivista e (iii) ascensão e centralidade da Constituição.

Além. Ao final do século XX, como resultado dessa nova movimentação constitucionalista, houve a remodelação das formas de hermenêutica do Ordenamento jurídico, concluindo-se que a intepretação jurídica é uma interpretação constitucional, devendo os intérpretes obrigatoriamente verificarem a compatibilidade dos textos e atos normativos ao que expõe e impõe a Constituição. Não diferente, toda construção normativa, o seu sentido e alcance devem integral observância à Constituição.

Por isso, o neoconstitucionalismo identifica uma série de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional nessas últimas décadas, que tem (i) como marco filosófico, o pós-positivismo; (ii) como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de Direito após a Segunda Guerra Mundial e (iii) como marco

---

e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, v. 232, pp. 141-176, 2003, p. 142. Disponível em https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690.)

[262] LIMA, F. D. S. *Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013, p. 189. Disponível em https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10958

[263] Dentro do campo teórico do neoconstitucionalismo, especificadamente, compreendido pela de superação do positivismo jurídico.

teórico, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem a força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma dogmática da hermenêutica constitucional, envolvendo novos standards.

Ocorre que, os embates e críticas são de diferentes frentes e fundamentos, a partir da percepção de protagonismos institucionais na definição do sentido da Constituição nessa sociedade contemporânea, tão complexa e plural, com anseios e pleitos das mais variadas espécies.

A discussão, que não é de toda recente, parte da consideração de que o protagonismo, transformou-se em supremacia, e que por desarranjos institucionais, virou soberania de um Poder. Mais abertamente, a discussão travada é sobre atuação do Poder Judiciário na determinação do sentido constitucional e sua conclusão como última palavra possível. Isso porque, supõe-se que esse comportamento descortina uma ilegitimidade democrática dos integrantes do Judiciário, nomeadamente do Supremo Tribunal Federal.

Dentre tantas críticas traz-se que, se a delimitação das funções entre os poderes se coloca como algo dinâmico, pelo que se organiza em conformidade com a prática e com as interações sucessivas entre cada um dos poderes, a existência de um lugar privilegiado ocupado pelas Cortes faz com que elas sejam potencialmente as delimitadoras de seu próprio poder político, de tal maneira que os controles externos a elas são pouco numerosos e, não raro, limitados. Há então pelas Cortes Constitucionais privilégios de exercício da última palavra que seria exercido à revelia do disposto no próprio texto constitucional.

Dessa crítica é que se buscou expor as teses defensivas e ofensivas à atuação maximalista e contida do Poder Judiciário em questões políticas e moralmente controvertidas, revelando-se, pela perspectiva teórica do constitucionalismo pós-positivista (neoconstitucionalismo), que o Poder Judiciário, em uma sociedade complexa, plural, diversa, possui ativo papel na solução dos desacordos sociais, devendo assegurar com autoridade a efetividade dos direitos fundamentais, inclusive, por vezes descompatibilizado com o entendimento majoritário.

A jurisdição constitucional, conforme assinalado, não é antagônica à democracia, mas, sua própria fomentadora. Sendo a decisão judicial mais uma voz, relevante, por sinal, no processo interpretativo do sentido constitucional.

Além disso, a atuação protagonista judicial, ou como alguns preferem, a supremacia judicial, desempenha importante função de estabilização e segurança da Constituição, conferindo resposta a conflitos e divergências. Ela, a jurisdição constitucional, como visto, não encerra o processo político, mas pode ser importante ferramenta de fomento ao debate dentro e fora das instituições.

E, nessa moldura, de acordo com o visualizado, o Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de ser o guardião e, consequentemente, nessa acepção, o intérprete final do direito, para aquilo que lhe é submetido, porque assim consta da Constituição Federal de 1988. Mas, não é a Corte Constitucional a detentora da Constituição. É mais um, dentre os diversos atores existentes, integrante importante e essencial para realização dos fins de um Estado Constitucional de Direito.

Daí a construção discursiva de crise institucional decorrente da atuação do Poder Judiciário, ou como tentam denominar de crise democrática pela supremacia judicial, ao menos na perspectiva do neoconstitucionalismo, não tem condão de sustentação, porque, como bem afirma Luís Roberto Barroso[264], o modelo constitucional vigente no Brasil não pode ser caracterizado como de supremacia judicial.

De igual modo, o contexto institucionalizado brasileiro, na visão de não ser o Judiciário o único ator capaz de interpretar o direito, se apresenta aberto à construção dialogada do sentido e sentimento constitucional.

É fato que as teorias dialógicas, na forma como se apresentam, buscam oferecer alternativa que permita maior debate público antes da manifestação final pelo ator político, isto é, o Judiciário, para assim concretizar a atuação dos personagens integrantes da democracia e com isso evitar desbalanceamentos das funções e atuações de cada ator.

---

[264] in. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, pp. 23-50, 2015, p. 46. doi: 10.5102/rbpp.v5i2.3180.

Excessos existem e denotam visual contrariedade ao sistema constitucional. Por isso também a ideia de uma construção de sentido constitucional dialogada. Considerando a proposta dialógica que a racionalização da atividade judiciária é exigida para que o Poder Judiciário continue atuando na efetivação do progresso social sem desqualificar o exercício do Legislativo e do Executivo em seus espaços próprios e definidos.

O Brasil tem um cenário institucional dialógico. Ou seja, a realidade demonstra a presença de práticas dialógicas, permitindo a participação e apresentação dos posicionamentos de cada Poder sobre as matérias políticas e jurídicas relevantes[265].

Portanto, na concepção neoconstitucionalista que expressa uma atuação ativa e maximalista, não rara, do Poder Judiciário, na busca da concretização do constitucionalmente normatizado, não haveria de se considerar por uma crise institucional oriunda de usurpações de poder pelo Judiciário, ou mesmo soberania frente aos demais atores. Tem-se sim um protagonismo, que ocorre diante do desenho que se realiza no arranjo político nacional. Não só isso. Visualiza-se prática dialógica pelo Judiciário brasileiro. Ocorre que, tal prática se apresenta da forma como intencionam alguns dos defensores das teóricas dialógicas? É de se responder que não. Mas, se percebe uma constância da abertura institucional para esse fim, inclusive com criação de ferramentais para tanto.

Por isso esse estudo, para tecer algumas reflexões sobre a circularidade teórica de constitucionalismo contemporâneo e a democracia, naquilo que concerne à atuação institucional do Poder Judiciário. Espero ter alcançado o objetivo, que não é conclusivo, porque, como dito, a cada nova resposta tem-se um novo questionamento de pesquisa.

---

[265] "A Constituição de 1988 tem sido valiosa aliada do processo histórico de superação da ilegitimidade renitente do poder político, da atávica falta de efetividade das normas constitucionais e da crônica instabilidade institucional brasileira. Sua interpretação criativa, mas comprometida com a boa dogmática jurídica, tem se beneficiado de uma teoria constitucional de qualidade e progressista. No Brasil, o discurso jurídico, para desfrutar de legitimidade histórica, precisa ter compromisso com a transformação das estruturas, a emancipação das pessoas, a tolerância política e o avanço social." (in. BARROSO, L. R.; BARCELOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, v. 232, pp. 141-176, 2003, p. 147. Disponível em https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, S. H. H. Presidencialismo de Coalizão: o Dilema Institucional Brasileiro, *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, 31, 1988.

ACKERMAN, B. *Nós o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008.

AMARAL JÚNIOR, J. L. M. Sobre a Organização de Poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de "O espírito das Leis". *Revista dos Tribunais*, vol. 868, pp. 53-68.

ARENDT, H. *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, pp. 23-50, 2015, p. 33. doi: 10.5102/rbpp.v5i2.3180.

_____. Countermajoritarian, Representative and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporany democracies. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). in*: Revista de Direito Constitucional e Internacional: Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 15, n. 58, janeiro-março/2007. (online).

_____. *Um outro País: Transformação no direito, na Ética e na Agenda do Brasil. 1*ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, L. R.; BARCELOS, A. P. de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, v. 232, pp. 141-176, 2003. Disponível em https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690.

BATEUP, C. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review,* v.71, p. 1.109-1.180, 2006. Disponível em http://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1378&context=blr.

BOBBIO, N. *As ideologias e o poder em crise*. (1982). Trad. João Ferreira. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 4ª ed., 1999.

BOBBIO, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de Política*, vol. 1. Trad. Carmen C. Varriale et al., coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11ª ed., 1998. (online).

BOBBIO, N. *O futuro da democracia*. 8ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

BRITO, J. S. Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático, in: Legitimidade e Legitimação da Jurisdição Constitucional. *Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

BUNCHAFT, M. E. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. in: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 38, p. 154-180, jan/jun. 2011. doi:

10.17.808/des.38.189. Disponível em https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/189/171

_____. O Reconhecimento do Casamento Entre Pessoas do Mesmo Sexo na Suprema Corte Norte-americana: uma reflexão à luz do debate entre constitucionalismo democrático e minimalismo judicial. *Direito Público*, *[S.l.]*, v. 12, n. 66, 2016. Disponível em https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2500/pdf.

CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CLÈVE, C. M. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). in: *Uma vida dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995.

CLÈVE, C. M.; LORENZETTO, B. M. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. doi: http:// dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534.

DAHL, R. A. *Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-maker*. In: http://epstein.wustl.edu/research/courses.judpol.Dahl.pdf. (online).

DALLARI, D. A. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

DANTAS, I. C.; FERNANDES, B. G. Constitucionalismo democrático: entre as teorias populares do constitucionalismo e um novo aporte do papel das cortes na democracia. *Revista da Faculdade de Direito UFPR,* Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 2, p. 61-88, maio/ago, 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i2.62962.

DWORKIN, R. *Levando os Direitos a sério*. 1ª ed. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Uma questão de princípios*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*. Trad. de Fernando Aguiar y de Maria Julia Bertomeu. Barcelona: Paidos, 2003.

ELY, J. H. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

FACHIN, L. E; SILVA, C. O. P. Democracia Representativa No Brasil: Breves Reflexões Sobre A Participação Do Povo Como Sujeito Político. *IUS GENTIUM, [S. l.]*, v.8, n. 1, p. 225-239, 2017. doi:10.21800/ius.gentium.voil.327 Disponível em https://revistasuninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/327.

_____. República, democracia e autonomia: entre pilares e lápides. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*. *[S. l.]*, v. 116, n. 1, p. 195-219, 2021. doi: 10.11606/issn.2318-8235.v116p195-219.

FACHIN, M. G. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito, [S. l]*, n. 1, p. 53-68, 2021. Disponível em https://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26.

FERREIRA FILHO, M. G. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

GALVÃO, J. O. L. *O Neoconstitucionalismo o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARDBAUM, S. O novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica. *In*: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARGARELLA, R. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los freno y contrapesos. *Revista Argentina de Teória Juridica*. Buenos Aures, n. 14, n. 2, diciembre, 2013, p. 24. Disponível em http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf.

GODOY, M. G de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. 2015, Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná. 2015. Disponível em http://hdl.handle.net/1884/39908.

GRIMM, D. *Constituição e Política*. Tradutor Geral do de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, J. *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: MIT Press, 1996.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, K. La Fuerza Normativa de la Constitución. In: *Escritos de Derecho Constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HIEBERT, J. L. Parliamentary Bills of Rigths: an alternative model? *The modern law review*, v. 69, n. 1, p. 7-28, 2006. Disponível em https://ssrn.com/abstract=875071.

HOGG, P. W; BUSHELL, A. A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perphaps the Charter isn´t such a bad thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*. v. 35, n. 1, pp. 75-124, 1997. Disponível em https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2.

KELSEN, H. *A jurisdição constitucional.* Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, F. D. S. *Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2013. Disponível em https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10958.

LOBREGAT, R. R. *A atuação do STF no processo legislativo*: crise entre poderes ou diálogo institucional?, 2019, Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. doi: 10.11606/T.2.2019.tde-04092020-175941.

LOEWENSTEIN, K. *Teoria de la Constituión*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

LORENZETTO, B. M. *Os caminhos do constitucionalismo para a democracia*, 2014, Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – Curitiba, 2014. Disponível em https://hdl.handle.net/1884/36517.

MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. *Os artigos federalistas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. (online).

MAIA, A. C. Sobre a Teoria Constitucional Brasileira e a Carta Cidadã de 1988: Do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. *Revista Quaestio Iuris, [S.l.]*, v. 4. N. 1. p. 1-86, abr.2011. ISSN 1516-0351. doi: https:// dx.doi.org/10.12957/rqi.2011.10212.

MENDES, C. H. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.* Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. doi: 10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952.

MENDONÇA, E. *A democracia das massas e a democracia das pessoas: uma reflexão sobre a dificuldade contramajoritária*. 2014. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

_____. A jurisdição constitucional como canal do processamento do autogoverno democrático. in: SARMENTO, D. (coord.) *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

MONTESQUIEU, C. L. S. *O Espírito das Leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília-DF: UnB, 1995.

NOVELINO, M. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

PESSANHA, R. B. V. *Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais*. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011, Disponível em https://www.bdtd.uerj.br:8443/handle/1/9237.

PETER, C. O. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, 2015, p. 62-87. doi: 10.5102/rbpp.v5i2.3094. Disponível em https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/3094.

POLI, V. J. *Das razões unilaterais à razão transversal e além: sobre a complementação do transconstitucionalismo por um critério de decisão para a proteção dos direitos fundamentais nos sistemas de justiça constitucional brasileiro e convencional interamericano*. 2016. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. doi: 10.11606/T.2.207.tde-05032021-162114.

POST, R.; SIEGEL, R. Democratic Constitutionalism. in: BALKIN, J. & SIEGEL, R. (Orgs.). *The Constitution in 2020*. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 25-34.

RAMOS, E. S. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Ativismo judicial. Parâmetro dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIEGEL, N. *A theory in search of a court, and itself: judicial minimalism at the Supreme Court bar*. Michigan Law Review, v. 103, pp. 1951- 2019, 2005. (online).

SILVA, C. D. A. et al. *Diálogos Institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, V. A. da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão política. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 250, p. 197-227, 2009, p. 204. doi: 10.12660/rda.v250.2009.4144.

SILVEIRA, R. D. C. *DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. Tese (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. doi: http://dx.doi.org/10.26512/2016.03.T.21125.

SOUZA, T. C. *A ILEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS: A manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil*. 2022, Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2022. Disponível em http:hd.handle.net/1843/46699.

STRECK, L. L. O constitucionalismo no Brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação jurisdicional*, v. 1, n. 1, p.11-28, 2013. Disponível em https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/23.

SUNSTEIN, C. R. *Designing democracy: what constitutions do*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. *Legal reasoning and political conflict*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

_____. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TAVARES, A. R. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

VICTOR, S. A. F. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da constituição*. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. doi:10.11606/T.2.2013.tde-19022014-161546.

VIEIRA, O. V. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo. v.4, n. 2, p. 441-464. 2008. ISSN 1808-2432, (online).

WALDRON, J. Judicial Review and Judicial Supremacy. New York University School of Law, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*. Working Paper n. 14-57, nov. 2014. p. 11. Disponível em http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2510550.

_____. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*. V. 115, p. 1346, 2005-2006. Disponível em http://hdl.handle.net/20.500.13051/9638.

WOLKMER, A C; ALMEIDA, M. C. Elementos para a descolonização do constitucionalismo na América Latina: O pluralismo jurídico comunitário-participativo na Constituição boliviana de 2009. *Crítica Jurídica*, n. 35, p. 23-44, 2013.