

## Judicial Review e Democracia: Caminhos para um Controle Dialógico de Constitucionalidade

*Judicial Review and Democracy:  
Paths to a Dialogic Control of Constitutionality*

Ranieri Lima Resende<sup>1</sup>

José Ribas Vieira<sup>2</sup>

**Resumo:** O artigo visa à identificação dos problemas fundamentais do *judicial review*, em contraposição a seu manifesto déficit democrático, na condição de ponto de partida para a busca de harmonizações

- 
- 1 Doutorando em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Membro Associado da Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional (SLADI-LASIL); Pesquisador Bolsista do Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg, 2008); Membro da International Law Association (ILA); Membro do Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição (IDEJUST); Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Observatório da Justiça Brasileira” (OBJ/UFRJ).
  - 2 Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRJ (2015-); Pós-doutorado pela Université de Montpellier I (França); Mestre e Doutor em Direito pela UFRJ; Mestre em Ciência Política pela Ohio University (EUA); Membro do Conselho Consultivo do Grupo de Estudos sobre Internacionalização do Direito e Justiça de Transição (IDEJUST); Coordenador do Grupo de Pesquisa “Observatório da Justiça Brasileira” (OBJ/UFRJ)

possíveis na doutrina da separação dos poderes. A análise do tópico do controle de constitucionalidade das leis à luz das teorias e práticas dialógicas surge em auxílio importante, na medida em que situa os demais poderes dentro da dinâmica processual-constitucional, em uma concepção nitidamente includente e não-monopolizante. Por fim, elementos vinculados ao constitucionalismo democrático se inserem com destaque na avaliação crítica da participação social para definir os significados da Constituição, por intermédio de mecanismos de caráter extrajudiciais e “endoprocessuais”.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Democracia. Direito constitucional comparado.

**Abstract:** The article aims to identify the fundamental problems of judicial review in contrast to its manifest democratic deficit, as starting point for the search for possible harmonizations in the separation of powers doctrine. The analysis of judicial review in the light of dialogic’s theories and practices provides an important support, because it puts the other state powers within the constitutional procedural dynamic, with a distinctly inclusive, and not monopolized, design. Finally, elements of democratic constitutionalism are included prominently in the critical evaluation of social participation to define the meaning of the Constitution, inside the judicial process and through non-judicial mechanisms.

**Keywords:** Judicial Review. Democracy. Comparative Constitutional Law.

## Introdução

Por intermédio de conexões entre algumas bases teóricas do constitucionalismo democrático, especialmente

vinculadas às teorias dialógicas, com o mecanismo do controle judicial de constitucionalidade, configurou-se possível formular questionamentos importantes acerca da atuação de outros poderes estatais e de entes sociais na formatação dos significados e dos “ressignificados” da Constituição, em franco contraponto à premissa do monopólio interpretativo dos tribunais supremos ou cortes constitucionais.

No lugar de produzir respostas precisas para o grave problema que cerca a atribuição político-jurídica de quem deverá definir a compatibilidade constitucional (ou não) das leis, a presente proposta centrou-se na busca por trilhas viáveis em prol da conciliação entre *judicial review* e participação democrática.

## 1. **Judicial review: elementos fundantes e déficit democrático**

Em seu clássico *Federalist Paper n.º 78* originalmente publicado em 1788,<sup>3</sup> Alexander Hamilton considerou a **supremacia constitucional** de forma conjugada com a obrigação de o Poder Judiciário fazer prevalecer a Constituição no lugar de uma norma estatutária inferior que se lhe configurasse contrária.

A partir de tal premissa fundamentou-se a célebre decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Marbury v. Madison*,<sup>4</sup> em que o *Chief Justice* John Marshall avançou para definir a competência recursal da Suprema Corte na condição de órgão de cúpula do Judiciário e, portanto, encarregado da atribuição de impedir que alterações normativas titularizadas pelo Legislador ou atos

3 HAMILTON, 2001, p. 403.

4 CORNELL..., 1803.

do Poder Executivo tornassem a Constituição **mera forma sem substância**. Verificada essa incompatibilidade entre os conteúdos normativos cotejados, na opinião de Marshall, seria imprescindível fazer prevalecer a ordem constitucional até mesmo na condição de **dever ético** impresso no juramento inaugural da judicatura exigido pelo Legislativo.

Entretanto, a instituição moderna do *judicial review* e a **doutrina da supremacia judicial** não foram estabelecidas pelo binômio “Hamilton-Marshall”, na medida em que se tratou de um processo histórico de construção institucional, acompanhado dos efeitos de um sistema político fragmentado em que, mesmo diante do esquema *checks and balances*, a Suprema Corte levara destacada vantagem em razão da forte aderência da cultura jurídica estadunidense.<sup>5</sup>

Portanto, diferente do que possa transparecer de algumas decisões oriundas de tribunais constitucionais ou de cortes supremas, a tese da supremacia judicial não decorre natural e necessariamente do pressuposto da supremacia da Constituição.<sup>6</sup>

Delineados alguns aspectos fundamentais da *judicial review*, evidencia-se possível questionar acerca do déficit democrático imanente ao próprio controle judicial das normas legislativas.

Uma das visões mais influentes acerca da Suprema Corte dos Estados Unidos identifica seu especial papel na **proteção de minorias contra a tirania das maiorias**, sob o viés da dinâmica processual complexa da produção legislativa e sua ulterior apreciação judicial.<sup>7</sup>

Entretanto, após uma análise mais apurada à luz das estruturas de tomada de decisão, configurou-se possível para

---

5 GRIFFIN, 1996, p. 96-99.

6 WHITTINGTON, 2007, p. 9.

7 DAHL, 1957, p. 282-283.

Robert A. Dahl identificar a Corte como uma **instituição extremamente anômala** do ponto de vista democrático, visto que foram bastante raras as situações em que tais maiorias legislativas se tornaram tirânicas e, nesses precisos momentos, o Tribunal interferira.<sup>8</sup> Exemplificam bem esse aspecto as discussões judiciais fundamentadas no direito natural de empregar crianças em fábricas e minas, ou no direito de empregar estivadores e trabalhadores portuários sem a proteção compensatória aplicável aos trabalhadores em geral.

Chama atenção obra de referência publicada originariamente em 1962 por Alexander M. Bickel,<sup>9</sup> na qual se denomina **dificuldade contramajoritária** a deficiência de legitimação democrática no processo de controle de constitucionalidade da atividade do Poder Legislativo, legitimado pelo crivo da eleição popular, por intermédio de um órgão judiciário cujos membros não tenham sido escolhidos necessariamente mediante processo eleitoral prévio.

Para tanto, considera-se que o *judicial review* seria, em verdade, um **instituto desviante da democracia**, especialmente diante do grau de imunização dos atos judiciais frente à interferência normativa legiferante, o que não ocorre com os atos de caráter administrativo.<sup>10</sup> O fenômeno da coisa julgada carregaria consigo, então, um **antigo diferencial sacralizante**<sup>11</sup> para o produto último da atividade jurisdicional.<sup>12</sup>

---

8 DAHL, 1957, p. 291-292.

9 BICKEL, 1986, p. 16-23.

10 BICKEL, 1986, p. 18-20.

11 THEODORO, 2009, p. 15.

12 Merece registro que no espaço das Comunidades Europeias a *res iudicata* perfectibilizada perante os sistemas nacionais deverá vir equilibrada com a sua legalidade à luz do direito comunitário (GROUSSOT; MINNSEN, 2007, p. 414-415), a revelar o caráter relativo e não absoluto da intangibilidade da coisa julgada.

Outro aspecto de destaque refere-se ao **enfraquecimento do processo democrático** a partir do aumento da intensidade da atuação contramajoritária do Judiciário,<sup>13</sup> na medida em que, embutido em um controle judicial de constitucionalidade forte encontra-se a diminuição da responsabilidade política dos titulares dos demais poderes estatais, que deixam de ter voz relevante na fixação dos significados da Constituição.

Aqui se perfaz necessário reconhecer que a supremacia judicial evidencia uma **premissa ideológica** construída com o propósito de persuadir os cidadãos a crer na sua imanência direta da Constituição,<sup>14</sup> o que se associa ao processo histórico de sedimentação do conceito.

Até mesmo os requisitos fundantes da certeza e da estabilidade atribuídos ao regime da supremacia judicial não resistem a maiores testagens, tendo em vista que atores políticos outros situados fora da estrutura judiciária podem encontrar-se também imbuídos dos **valores da previsibilidade e estabilidade**,<sup>15</sup> sem falar nas diversas ocasiões em que uma mesma Corte Suprema altera seu posicionamento originário, de modo a protagonizar um movimento de mutação constitucional em interregnos longos ou curtos.

A respeito do fenômeno palestrava Georg Jellinek ainda em 1906,<sup>16</sup> ao considerar que não apenas o Legislador apresenta-se capaz de provocar uma mudança na interpretação das leis e do texto constitucional suficiente a configurar uma **mutação**, mas também podem produzir semelhante fenômeno a prática parlamentar e administrativa e os próprios tribunais, por intermédio dos quais uma norma cons-

---

13 BICKEL, 1986, p. 21-23.

14 KRAMER, 2004, p. 233-234.

15 KRAMER, 2004, p. 235.

16 JELLINEK, 1991, p. 16.

titucional adquire um significado totalmente distinto do que possuía originariamente.

Um exemplo dessa hipótese procedimental na recente história constitucional brasileira pode ser identificado na surpreendente decisão do Supremo Tribunal Federal – STF adotada em 17 de fevereiro de 2016 no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292,<sup>17</sup> em que admitida a “possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau”,<sup>18</sup> fortemente questionável no tocante à sua contrariedade literal a uma das cláusulas perpétuas explícitas na Constituição de 1988 sob o alicerce das liberdades fundamentais individuais.<sup>19</sup>

A surpresa com a **mudança da jurisprudência constitucional** foi manifestada pelo próprio Presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, ao registrar que a nova decisão da Corte “*lhe causa a maior estranheza*”,<sup>20</sup> a recordar que ainda em 2009, **apenas sete anos antes**, o mesmo Plenário havia reforçado o entendimento de que não era admissível a “*execução antecipada da pena*”,<sup>21</sup> à luz de preceitos estruturantes da Constituição contidos nos artigos 1.º, III, e 5.º, LVII.<sup>22</sup>

A partir do reconhecimento aberto de que a alegação de estabilidade da Constituição pode ser assumida na **condição de mito**,<sup>23</sup> inclusive em face de evidentes situações de desapego do Poder Judiciário com relação ao próprio Poder Constituinte,<sup>24</sup> será necessário sair em busca de atores

---

17 VIEIRA; RESENDE, 2016.

18 SUPREMO..., 2016.

19 COLÓN-RÍOS, 2013, p. 524-525.

20 STF..., 2016.

21 BRASIL, 2010.

22 BRASIL, 1988.

23 SUNSTEIN, 2009, p. 3.

24 SAGÜÉS, 2006, p. 79-82.

políticos e institucionais que possam atuar na formatação dos significados constitucionais em sua dinâmica interativa.

## 2. Teorias dialógicas: visões constitucionais e interação

Se se configura inafastável a participação do Legislador na construção do que venha ser considerada a **parcela pública e real da Constituição**, de forma conectada com a teoria da democracia, demonstra-se essencial assimilar a conjugação de atores extrajudiciais no processo de interpretação constitucional,<sup>25</sup> para além do monopólio idealizado de tribunais supremos que avoquem para si a titularidade do brocardo “*potestas superiorem non recognoscens*”.

Não se trata aqui, importante registro, de desconsiderar ou minimizar o papel desempenhado pelo Judiciário em defesa da integridade e da própria “força normativa” da Constituição,<sup>26</sup> mas, em verdade, de buscar o afastamento de **premissas dogmáticas de caráter excludente** que visem evitar a participação ativa de outros poderes estatais ou entidades políticas em um processo histórico-constitucional de longa duração.

Um mecanismo interessante nesse sentido pode ser identificado no *Appellentscheidung* (Apelo ao Legislador)<sup>27</sup> adotado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, mediante o qual se adequou a estrutura da separação dos

---

25 HÄBERLE, 1975, p. 300-302.

26 SAGÜÉS, 2006, p. 17-20.

27 Apesar de o vocábulo “Apelo ao Legislador” não corresponder à tradução literal do termo “*Appellentscheidung*”, configura-se o mais próximo de seu significado em língua portuguesa sob o prisma do princípio da separação dos poderes.

poderes para que a decisão da Corte não se restringisse ao binômio tradicional da declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade de determinada norma, a viabilizar a **recomendação ao Legislador** para que proceda à correção ou adequação da lei dentro de determinado prazo,<sup>28</sup> sem que se decretasse seu comprometimento imediato no plano da eficácia.

Em julgamento realizado em 1999,<sup>29</sup> o *Bundesverfassungsgericht* considerou que a Lei Federal sobre a Compensação Financeira entre o Ente Federal (*Bund*) e os Estados (*Ländern*) permaneceria com suas vigência e aplicação transitórias até 31 de dezembro de 2004, com vistas a **proporcionar ao Legislador a oportunidade de editar uma nova legislação específica** com os ajustes necessários à sua compatibilização constitucional,<sup>30</sup> especialmente com referência ao disposto nos artigos 106 e 107, da Lei Fundamental alemã.<sup>31</sup>

Considerando que a atribuição de controle da produção legislativa pelo Tribunal Constitucional abarca a conjunta apreciação das omissões do Legislador,<sup>32</sup> outra dimensão interessante do mecanismo do *Appellentscheidung* reporta-se a seu uso diante da identificação de **faltas de matriz fundamental no dever de legislar**.

É o que se extrai de parte do julgamento finalizado em 2010 na referida Corte alemã,<sup>33</sup> quando foram identificadas falhas na legislação sobre assistência social quanto à definição dos parâmetros efetivos de um “mínimo existencial” destinado a viabilizar, de modo suficiente, a participação do indiví-

28 MENDES, 1992, p. 496-498.

29 DEUTSCHLAND, 1999.

30 SCHULZE, 2013, p. 75.

31 DEUTSCHLAND, 1949.

32 STERN, 1997, p. 15.

33 DEUTSCHLAND, 2010.

duo na vida social, cultural e política.<sup>34</sup> Para tanto, o Tribunal Constitucional concedera prazo até 31 de dezembro daquele mesmo ano para o Legislador adequar e complementar a norma sob trato, a partir de quando sua aplicação perderia o efeito à luz dos artigos 1(1) e 20(1), da Constituição,<sup>35</sup> os quais positivam a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana e o princípio do Estado Social, respectivamente.

A denominada **revisão judicial dialógica** possui características que buscam uma mais ampla harmonização do ponto de vista do constitucionalismo democrático, ao capitalizar as vantagens institucionais das Cortes em conjugação com a devida atenção à vontade política emanada do competente foro legislativo.<sup>36</sup>

Nesse ponto, ressalta-se a Carta Canadense de Direitos e Liberdades (1982),<sup>37</sup> diploma de caráter constitucional que prevê em sua Seção 33 a *notwithstanding clause* (cláusula “não obstante”), a autorizar que o Legislador Nacional ou Provincial mantenha efetiva a sua legislação por um interstício de até cinco anos, **ainda que tal norma seja qualificada incompatível com as disposições da Carta pelas instâncias judiciárias**.<sup>38</sup>

Apesar de evidenciar um instrumento digno de destaque no plano teórico-dialógico, em pesquisa quantitativa apurada entre 1997 e 2006, Hogg, Thornton e Wright não identificaram nenhum caso em que tenha havido o uso da faculdade legislativa prevista na Seção 33, quando decretada a invalidade de uma lei em face do conteúdo da Carta Canadense, a demonstrar que a objeção “anti-majoritária”

---

34 SCHULZE, 2013, p. 75-76.

35 DEUTSCHLAND, 1949.

36 TUSHNET, 2014, p. 112.

37 CANADA, 1982.

38 TUSHNET, 2014, p. 105-106.

ao *judicial review* não fora particularmente relevante no período.<sup>39</sup>

Entretanto, não se pode desconsiderar a ocorrência de alguma resposta emitida pelo respectivo órgão legislativo em cerca de 60% dos casos, a evidenciar a permanência dialógica entre os poderes, ainda que mediante a subsequente substituição da norma tida por inconstitucional ou a sua revogação expressa.<sup>40</sup>

Alerta Christine Bateup a respeito de **duas problemáticas estruturais** decorrentes do antagonismo entre sistema democrático e *judicial review*, sejam elas:<sup>41</sup> se haveria alguma teoria capaz de alcançar o objeto de resolver a objeção democrática ao controle de constitucionalidade pelo Judiciário e, posta a legitimidade de lado, se as diferentes teorias proporcionariam uma visão normativa do papel do *judicial review* na ambiência do constitucionalismo democrático.

Portanto, as **teorias dialógicas** surgem com a pretensão de suprir, ou equacionar, o citado déficit democrático dos exercentes da função jurisdicional, destacadamente nas hipóteses em que se julga a (in)constitucionalidade do direito legislado e são superadas, por assim dizer, as manifestações volitivas do Legislativo e do Executivo. Ainda com base em Bateup, as teorias dialógicas podem ser qualificadas em alguns tipos elementares, sejam eles calcados em teorias do método judicial e nas teorias estruturais do diálogo.

As teorias do método judicial situam-se centradas no **uso autoconsciente e autocontrolado** da faculdade potestativa decisória pelo próprio juiz (*self-restraint*), o qual poderá dar-se por intermédio de:

---

39 HOGG; THORNTON; WRIGHT, 2007, p. 53-54.

40 HOGG; THORNTON; WRIGHT, 2007, p. 51-52.

41 BATEUP, 2006, p. 1111.

- consulta ou aviso prévio ao órgão prolator da norma, acerca da possível inconstitucionalidade de determinada política governamental, antes de qualquer decreto de invalidade normativa;<sup>42</sup>
- mecanismo de base procedimental, no qual os juízes são estimulados a determinar se os órgãos governamentais resguardaram, suficientemente em suas deliberações, apenas os valores constitucionais tidos por substanciais, mediante diálogo em prol da elaboração de um significado constitucional adequado;<sup>43</sup>
- perfil minimalista de atuação dos juízes, forte na concepção das “virtudes passivas” defendida por Alexander M. Bickel,<sup>44</sup> em que se privilegia a carga de legitimidade das autoridades públicas popularmente eleitas, de modo a restringir a frequência e o grau de intervenção judicial nas políticas públicas para as hipóteses estritamente necessárias e importantes.<sup>45</sup>

As teorias estruturais do diálogo, por sua vez, concentram sua essência no caráter dinâmico do **processo de construção do significado normativo**, com a participação de outros atores constitucionais fora do espaço estreito e seletivo do Poder Judiciário.<sup>46</sup>

Essas estruturas teóricas podem ser embasadas na **construção coordenada da Constituição**, por intermédio do reconhecimento de que cada órgão estatal possui a capacidade de gerar uma interpretação autoritativa, sem a necessária centralidade judiciária, em uma orientação voltada para a opção constituinte originária por poderes estatais fragmentados e não hierarquizados entre si.<sup>47</sup>

Aqui cumpre registrar a disposição distintiva constante no artigo 102, *caput*, da Constituição brasileira, segundo a

42 BATEUP, 2006, p. 1123-1128.

43 BATEUP, 2006, p. 1128-1131.

44 BICKEL, 1986, Cap. 4.

45 BATEUP, 2006, p. 1131-1135.

46 BATEUP, 2006, p. 1136.

47 BATEUP, 2006, p. 1137-1140.

qual “*compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*” [grifou-se],<sup>48</sup> o que não está a estatuir a sua **exclusividade** na produção do significado constitucional, sem levar em consideração a relevância da vontade dos demais poderes ou de outros entes políticos. Percebe-se, pois, uma diferença substancial entre os sentidos de “guardar-proteger” e de “guardar-esconder”,<sup>49</sup> na busca do verdadeiro papel exercido pelo juiz constitucional.

O reconhecimento crítico de uma postura decisória dialógica no Supremo Tribunal brasileiro, ainda que tardia, pode ser identificado nos julgamentos sequenciais das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 4.425/DF e 4.357/DF. Em sua primeira fase finalizada em março de 2013, a Corte decretou a inconstitucionalidade do regime especial de precatórios instituído pela Emenda Constitucional n.º 62/2009, com destaque para a incompatibilidade da criação de nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública com princípios estruturantes da Constituição.<sup>50</sup>

Verificada a imprescindível modulação temporal dos efeitos do decreto de inconstitucionalidade, diante do alto impacto do julgamento nas contas públicas federais, estaduais e municipais, em sede de Questão de Ordem decidida em março de 2015,<sup>51</sup> o Tribunal fixou um **regime normativo de transição**, tendo por norte a sobrevida temporária de diversos dispositivos da Emenda Constitucional n.º 62/2009 com a definição de prazos para pagamento de débitos públicos inscritos em precatórios.

---

48 BRASIL, 1988.

49 DE GIORGI, 2015, p. 109.

50 BRASIL, 2013.

51 BRASIL, 2015.

Em dezembro de 2015, entretanto, quando do julgamento do recurso de embargos de declaração interposto pelo Congresso Nacional, os Ministros do STF se sensibilizaram com os argumentos vinculados à realidade dos fatos trazidos a lume pelo Legislativo Federal e por representantes de estados-membros acerca da falta de capacidade de pagamento dos entes públicos dentro dos prazos estipulados pelo Tribunal, a reforçar a importância da **solução legislativa do problema constitucional** por intermédio de proposta de emenda à Constituição em trâmite no Parlamento.<sup>52</sup>

Formalmente, o julgamento foi convertido em diligência para ouvir todos os interessados na causa, mas, implicitamente, o intuito centrou-se em oportunizar tempo para que o Congresso assumira o protagonismo na resolução do *conundrum* constitucional em torno do tópico dos precatórios.<sup>53</sup>

Vale o alerta de que a interpretação da Constituição não se configura um **ato pontual, a-histórico**, a esgotar-se apenas no que a norma subjetivamente pareça em conformidade com determinadas expectativas atuais, na medida em que se compõe da pré-compreensão de um passado constitucional, à luz dos princípios normativos que permitam alcançar a consciência histórico-cultural do acontecimento constitucional do qual somos participantes.<sup>54</sup>

Em meio a esse movimento cíclico, a post-compreensão da Constituição deverá ser alimentada também pelas

---

52 SUPREMO..., 2015.

53 É reveladora a fala do Ministro Gilmar Mendes manifestada durante a sessão de julgamento de 9 de dezembro de 2015, na qual assere em tom crítico ao posicionamento originário do Tribunal: “Havia um certo entusiasmo de que faríamos o paraplégico andar. E infelizmente o paraplégico não andou. Hoje temos uma situação pior do que ontem”, a acrescentar ainda que “raramente nos vimos tão atrapalhados com uma decisão como neste caso” (STF..., 2015).

54 ZAGREBELSKY, 2005, p. 90.

experiências e vontades dos **partícipes da realidade constitucional**, em uma clara postura inclusiva de base fundamentalmente democrática.

### 3. **Constitucionalismo democrático: outras vozes na construção do processo argumentativo**

Desponta a concepção de constitucionalismo democrático, na condição de modelo de análise da construção histórica dos direitos constitucionais, a partir da premissa de que a autoridade da Constituição possui dependência intrínseca e dinâmica com a sua **legitimação democrática**. Admitida a existência de uma tensão aberta ou implícita entre direito e política, é preciso avaliar o grau de aquiescência dos cidadãos no processo de assimilação dos significados constitucionais externalizados pela Corte.<sup>55</sup>

Um fenômeno bastante chamativo a esse respeito refere-se às repercussões externas ao julgamento da Suprema Corte estadunidense no caso *Roe v. Wade* (1973),<sup>56</sup> no qual fora definida a inconstitucionalidade das leis estaduais que criminalizavam a liberdade da mulher em interromper a gravidez dentro do primeiro trimestre de gestação, além de criar diversos requisitos constitucionais para a **legislação sobre aborto** aplicáveis ao segundo trimestre, e até mesmo proibitivos com relação ao terceiro período gestacional.

Consoante registram Post e Siegel,<sup>57</sup> nos anos anteriores à decisão da Corte no caso *Roe v. Wade*, a resistência à liberalização legislativa do acesso ao aborto era predominantemente católica, mas, no final da década de 1970, verificou-se

55 POST; SIEGEL, 2007, p. 374-375.

56 CORNELL..., 1973.

57 POST; SIEGEL, 2007, p. 412-415, 418.

um **movimento social de integração progressiva** entre os grupos católicos e protestantes consoantes em confrontar o conteúdo permissivo do precedente. Complementarmente, algumas associações civis mobilizadas passaram a recrudescer seu protagonismo, em sentido contrário até mesmo às liberdades mais gerais das mulheres.

No plano político-partidário, merece destaque a nova Plataforma do Partido Republicano (1980) que passou a prever expressamente o compromisso de envidar **esforços políticos dirigidos à indicação de juizes**, em todos os níveis do Poder Judiciário, que respeitassem os valores da família tradicional e a sacralidade da vida humana inocente.<sup>58</sup> Nos anos seguintes, a Presidência republicana de Ronald Reagan (1981-89) adotaria a alternativa de um discurso “pró-vida” contrário ao aborto, dirigido a deslegitimar a condição de detentora do monopólio sobre a Constituição da Suprema Corte.<sup>59</sup>

De outro lado, consoante relata Eskridge, houve forte reação dos movimentos sociais LGBT ao julgamento do caso *Bowers v. Hardwick* (1986)<sup>60</sup> em defesa coletiva e individual dos direitos gays,<sup>61</sup> o que abriu um **conflito direto com o precedente da Suprema Corte** que havia admitido a constitucionalidade de legislação estadual tipificadora da prática da sodomia consensual, ao não reconhecer a existência de um direito fundamental aos homossexuais moralmente reprováveis de acordo com o precedente, negando-lhes o status de cidadãos substancialmente iguais aos demais.<sup>62</sup>

---

58 POST; SIEGEL, 2007, p. 420.

59 WHITTINGTON, 2007, p. 84.

60 CORNELL..., 1986.

61 ESKRIDGE, 2000, p. 1406-1409.

62 ESKRIDGE, 2001, p. 864-865.

E para atestar até onde levou a interação entre as interpretações constitucionais do Tribunal e dos movimentos sociais LGBT engajados, **sob o viés do constitucionalismo democrático**, basta recordar a recente síntese decisória do caso *Obergefell v. Hodges* (2015),<sup>63</sup> no qual ficou explicitado o direito fundamental ao casamento às pessoas de mesmo sexo, de modo a vedar qualquer distinção, restrição ou empecilho à sua realização pelos Estados.

O fenômeno encontra algumas similaridades com o caso brasileiro, relativo ao julgamento conjugado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132/RJ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277/DF pelo Supremo Tribunal Federal,<sup>64</sup> mediante o qual houve o **reconhecimento explícito da união homoafetiva como entidade familiar**, nas mesmas condições da união estável heteroafetiva.

O destaque se situa na habilitação de cerca de quinze *amici curiae*, em sua esmagadora maioria entidades associativas de defesa dos direitos gays, que apresentaram suas razões argumentativas em memoriais escritos e mediante sustentação oral perante o plenário da Corte. Nesse ponto, o instituto do *amicus curiae* evidenciou-se um **mecanismo participativo de inspiração democrática** na dinâmica de significação (e ressignificação) da Constituição, ainda que de natureza eminentemente “endoprocessual”.

Se, no princípio, a atividade do amigo do tribunal estava endereçada especialmente a ajudar com neutralidade o órgão jurisdicional e proporcionar informações e dados vinculados às questões jurídicas envolvidas na causa, o instituto passou por mutações para converter o *amicus curiae* em um tipo de interveniente interessado e comprometido que

---

63 CORNELL..., 2015.

64 BRASIL, 2011.

argumenta juridicamente com vistas a um pronunciamento judicante favorável à posição que defende.<sup>65</sup>

Portanto, a abertura progressiva do instituto do *amicus curiae* identifica-se com a **maior participação de grupos sociais relevantes** que sejam abrangidos pela expansão dos efeitos jurídicos da decisão judicial, o que pode evidenciar-se na tradução a ser especificada pela Corte no tocante às normas interpretadas.

Outrossim, um questionamento estrutural se perfaz necessário: **seria mesmo necessário que o tratamento e a solução de tais problemas ficassem concentrados na arena do Judiciário?**

É possível compreender na linha de Jeremy Waldron,<sup>66</sup> para quem o debate nacional acerca de questões carregadas de forte tinta moral, como o aborto e os direitos gays, não precisaria estar circunscrito à Constituição e atrair a subsequente resolução autoritativa da Suprema Corte, desde que se estabelecesse a adequada e clara distinção pública entre o que fosse moralmente permitido e o que o governo tivesse o direito de proibir.

Infelizmente, transparece que a deficiente maturidade democrática e o fraco conteúdo argumentativo das discussões legislativas em torno de temáticas dessa natureza atraem a intervenção judicial de uma espécie de **superego da sociedade**,<sup>67</sup> com o intuito embutido de não apenas conduzir os debates na condição de mediador institucional, mas de atuar na posição de tutor dos próprios entes sociais envolvidos.

Demonstra-se imprescindível expandir a compreensão acerca o **papel dinâmico da democracia**, para muito além

---

65 BAZÁN, 2014, p. 25-26.

66 WALDRON, 1999, p. 290.

67 MAUS, 2000, p. 190.

de mero princípio constitucional,<sup>68</sup> integrado intimamente à legitimação do Poder Constituinte, estruturante da vontade da Constituição, e que se configure construído complementarmente em continuidade temporal ao seu próprio momento originário.

## Considerações Finais

Da breve exposição *supra*, configurou-se possível identificar alguns elementos a título de síntese, sejam eles:

- desmistificada a pressuposição necessária de que a supremacia judicial seja parte imanente ao projeto constituinte originário, admite-se a formatação histórica do *judicial review* em contraponto sensível ao sistema majoritário próprio da democracia;
- as teorias e os mecanismos dialógicos assumem importante papel na tentativa de resgate da interação dos poderes estatais extrajudiciais na dinâmica do controle de constitucionalidade da produção legislativa, com vistas a viabilizar que outros entes políticos participem na definição dos significados constitucionais alcançáveis;
- a contribuição oriunda do constitucionalismo democrático traz consigo a evidência de que a participação da pluralidade de atores sociais configura-se um fator fundamental dirigido a contrabalançar a alta carga volitiva dos tribunais constitucionais e das cortes supremas, especialmente quando inseridos em um sistema de *judicial review* de tipo forte.

## Referências

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. In: *Brooklyn Law Review*, New York, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006.

---

68 BERCOVICI, 2004, p. 23.

BAZÁN, Víctor. *Amicus curiae, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional*. In: *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 33, p. 3-34, jul./dez. 2014.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. In: *Lua Nova*, São Paulo, n. 61, p. 5-24, 2004.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2<sup>nd</sup> ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição (1988)*. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.425/DF*. Rel. Ac. Min. Luiz Fux. Rel. Min. Ayres Britto. Brasília, Acórdão de 14 mar. 2013. Diário de Justiça Eletrônico de 18 dez. 2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=191921993&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132/RJ*. Rel. Min. Ayres Britto. Brasília, Acórdão de 5 maio 2011. Diário de Justiça Eletrônico de 13 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 84.078-7/MG*. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, Acórdão de 5 fev. 2009. Diário de Justiça Eletrônico de 25 fev. 2010. Disponí-

vel em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.425/DF*. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, Acórdão de 25 mar. 2015. Diário de Justiça Eletrônico de 3 ago. 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307323948&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

CANADA. Parliament. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Section 33* [1982]. Disponível em: <<http://www.pch.gc.ca/eng/1355344632007/1355344738223#a33>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

COLÓN-RÍOS, Joel. Beyond Parliamentary Sovereignty and Judicial Supremacy: The Doctrine of Implicit Limits to Constitutional Reform in Latin America. In: *Victoria University of Wellington Law Review*, Wellington, v. 44, n. 3/4, p. 521-534, 2013.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Legal Information Institute. *Supreme Court: Bowers v. Hardwick* [478 U.S. 186 (1986)]. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/478/186>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Legal Information Institute. *Supreme Court: Marbury v. Madison* [5 U.S. 137 (1803)]. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/5/137>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Legal Information Institute. *Supreme Court: Obergefell v. Hodges* [576 U.S.

(2015)]. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/14-556>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Legal Information Institute. *Supreme Court: Roe v. Wade* [410 U.S. 113 (1973)]. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

DAHL, Robert A. Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. In: *Journal of Public Law*, Atlanta, n. 6, p. 279-295, 1957.

DE GIORGI, Raffaele. O desafio do juiz constitucional. Trad. Ricardo Barreto. In: *Campo Jurídico*, Barreiras, v. 3, n. 2, p. 107-120, out. 2015.

DEUTSCHLAND. Bundestag. Grundgesetz (1949). *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1949. Disponível em: <<https://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg/245216>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *Urteil vom 11. November 1999 - 2 BvF 2/98, 2 BvF 3/98, 2 BvF 1/99, 2 BvF 2/99* [BVerfGE 101, 158 (238)]. Disponível em: <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/11/fs19991111\\_2bvf000298.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1999/11/fs19991111_2bvf000298.html)>. Acesso em: 14 mar. 2016.

DEUTSCHLAND. Bundesverfassungsgericht. *Urteil vom 09. Februar 2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09* [BVerfGE 125, 175 (260)]. Disponível em: <[http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/02/l20100209\\_1bvl000109.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/02/l20100209_1bvl000109.html)>. Acesso em: 22 mar. 2016.

ESKRIDGE, Jr., William N. Equality Practice: Liberal Reflections on the Jurisprudence of Civil Unions. In: *Albany Law Review*, Albany, n. 64, p. 853-881, 2001.

ESKRIDGE, Jr., William N. No Promo Homo: The Sedimentation of Antigay Discourse and the Channeling Effect of Judicial Review. In: *New York University Law Review*, New York, v. 75, p. 1327-1411, 2000.

GRIFFIN, Stephen M. *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. Princeton: Princeton University Press, 1996.

GROUSSOT, Xavier; MINSSEN, Timo. Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality? In: *European Constitutional Law Review*, v. 3, n. 3, p. 385-417, out. 2007.

HÄBERLE, Peter. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation. In: *Juristenzeitung*, Tübingen, n. 10, p. 297-305, 16 maio 1975.

HAMILTON, Alexander. A View of the Constitution of the Judicial Department in relation to the Tenure of Good Behavior [n.º 78]. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. Indianapolis: Liberty Fund, 2001. p. 401-408.

HOGG, Peter W.; THORNTON, Allison A. Bushell; WRIGHT, Wade K. Charter Dialogue Revisited: or "Much Ado about Metaphors". In: *Osgoode Hall Law Journal*, Toronto, v. 45, n. 1, p. 1-65, 2007.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Trad. Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

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

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

MENDES, Gilmar Ferreira. O Apelo ao Legislador – Appellentscheidung – na Práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 114, p. 473-502, abr./jun. 1992.

POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. In: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Cambridge (MA), v. 42, p. 373-433, 2007.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la constitución*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006.

SCHULZE, Carola. Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung. In: FADEEV, Wladimir I.; SCHULZE, Carola (Eds.). *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Russischen Föderation und in der Bundesrepublik Deutschland: Rundtischgespräch an der Moskauer Staatlichen Juristischen Kutafin-Universität am 9. und 10. Oktober 2012*. Potsdam: Universitätsverlag Potsdam, 2013. p. 69-79.

STERN, Klaus. *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1997.

STF muda jurisprudência para permitir prisão depois da 2.<sup>a</sup> instância. In: *JOTA*, Brasília, 17 fev. 2016. Justiça. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/ao-vivo-sessao-plenaria-do-stf>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

STF vai reabrir discussão sobre precatórios. In: *JOTA*, Brasília, 9 dez. 2015. Justiça. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/stf-vai-reabrir-discussao-sobre-precatórios>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativo n.º 811*. Brasília, de 7 a 11 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo811.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias. *Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância, decide STF*. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>>. Acesso em: 18 fev. 2016.

THEODORO, Jr., Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. In: *Res Severa Verum Gaudium*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 15-30, jul. 2009.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p.105-116.

VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. Execução provisória – causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos? In: *JOTA*, Brasília, 20 fev. 2016. Opinião. Dispo-

nível em: <<http://jota.uol.com.br/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda-instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

WHITTINGTON, Keith E. *Political Foundations of Judicial Supremacy*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *História y constitución*. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

---

Recebido em 30/03/2016.

Aprovado em 25/07/2016.

**Ranieri Lima Resende**

Rua Moncorvo Filho, n.º 8, Térreo, Centro

20211-340 Rio de Janeiro, RJ, Brasil

E-mail: ranierilr@ufrj.br

**José Ribas Vieira**

Rua Moncorvo Filho, n.º 8, Térreo, Centro

20211-340 Rio de Janeiro, RJ, Brasil

E-mail: jribas@ufrj.br