

Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais

Judicial supremacy in Brazilian constitutionalism: risks to democracy and the alternatives of the theories of constitutional dialogue

Daniel Wunder Hachem¹

Eloi Pethechust²

Resumo: A experiência constitucional brasileira após a Constituição de 1988 caminhou para adoção de um modelo de supremacia judicial, no qual o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, tem a

1 Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná. Diretor Adjunto de Internacionalização da PUCPR. Professor Visitante da Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (2018/2020). Pós-Doutorado pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Bolsa CAPES Pós-Doutorado no Exterior - PDE - 2017). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Corpo Docente Estável e do Comitê Acadêmico do Mestrado em Direito Administrativo da Universidad Nacional del Litoral (Argentina).

2 Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor do Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil, Mediação e Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor do Curso de Pós-graduação Lato Sensu Família e sucessões: Direito Material, Processual e Questões Controversas da Universidade de Santa Cruz do Sul em parceria com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Professor do Curso de Graduação da Faculdade Estácio de Curitiba. Advogado.

prerrogativa de dar a última palavra sobre a atribuição de sentido às normas constitucionais. A pesquisa realizada tem por objetivo apontar os riscos e ameaças à democracia apresentados por esse sistema, bem como apresentar a existência de alternativas a esse modelo a partir das teorias dos diálogos constitucionais, demonstrando a possibilidade de incorporação de mecanismos de diálogo entre os diversos atores políticos e sociais envolvidos na tarefa de interpretar a Constituição como forma de conferir maior legitimidade democrática a esse processo.

Palavras-chave: supremacia judicial; judicialização da política; ativismo judicial; teorias dos diálogos constitucionais; controle de constitucionalidade.

Abstract: The Brazilian constitutional experience after the 1988 Constitution moved towards the adoption of a model of judicial supremacy, in which the Judiciary, especially the Federal Supreme Court, has the prerogative to give the last word on the attribution of meaning to constitutional norms. The research carried out aims to point out the risks and threats to democracy presented by this system, as well as to present the existence of alternatives to this model from the theories of constitutional dialogues, demonstrating the possibility of incorporating mechanisms of dialogue between the various political and social actors involved in the task of interpreting the Constitution as a way of granting greater democratic legitimacy to this process.

Keywords: judicial supremacy; judicialization of politics; judicial activism; theories of constitutional dialogues; constitutionality control.

Sumário: 1. Introdução; 2. Do esvaziamento das instâncias democráticas à supremacia judicial: a

tendência de fortalecimento do Poder Judiciário; **3.** O caminho traçado pelo sistema constitucional brasileiro: um modelo forte de controle jurisdicional de constitucionalidade; **4.** Os riscos e ameaças à democracia apresentados pelo modelo de supremacia judicial; **5.** As diferentes variações das teorias dialógicas em matéria constitucional; **6.** Conclusões; Referências.

1. Introdução

O sistema político brasileiro tem sido marcado por uma expressiva ampliação das competências do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, na interpretação e atribuição de sentido à Constituição. As diversas transformações dos mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade, notadamente após a Constituição de 1988, contribuíram para um significativo aumento da judicialização da política e das relações sociais, levando para a esfera do Poder Judiciário a tomada de decisão acerca de temas sensíveis para a sociedade brasileira. O fortalecimento do STF e as posturas ativistas tomadas pela Corte suscitam uma série de problemas relativos à legitimidade democrática dessa atuação, à ausência de mecanismos eficazes de responsabilização dos magistrados pelos seus excessos e de controle dos abusos cometidos pelo Poder Judiciário, entre outras dificuldades a serem enfrentadas.

Em face da disseminação e crescimento desse fenômeno de protagonismo judicial, presente em diversos países, surgem as chamadas teorias dos diálogos constitucionais, as quais propõem a adoção de modelos que apostam na interação dialógica do Poder Judiciário com outros poderes constituídos para fins de definição do significado das Constituições, sem reservar o monopólio dessa prerrogativa aos magistrados. Tais teorias visam a fortalecer o sistema democrático e conferir maior legitimidade para as decisões

a respeito do sentido das normas constitucionais, por meio do envolvimento de outros atores políticos e sociais nesse processo, tais como o Poder Legislativo ou o próprio povo mediante instrumentos participativos de democracia direta.

Diante desse cenário, o presente estudo tem por objetivos: (i) identificar os principais motivos que conduziram a uma supremacia do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes da República no constitucionalismo brasileiro; (ii) indicar os riscos que esse modelo apresenta à democracia; e (iii) apontar as teorias dos diálogos constitucionais como possíveis alternativas à supremacia judicial e aos problemas a ela inerentes.

2. Do esvaziamento das instâncias democráticas à supremacia judicial: a tendência de fortalecimento do Poder Judiciário

A primeira questão merecedora de atenção para os fins a que se propõe este artigo consiste na identificação das razões que conduziram, nas democracias contemporâneas, a uma expressiva tendência de fortalecimento do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais em matéria de definição do conteúdo das Constituições, em detrimento dos tradicionais espaços institucionais de deliberação democrática, tais como os órgãos legislativos do Estado. Cabe, ademais, identificar alguns dos aspectos perniciosos que esse fenômeno provocou em termos de legitimidade da atuação judicial na tarefa de definição no significado da Constituição.

Nas últimas décadas, tem-se observado que a democracia liberal “falhou”, de um modo geral, nos seus propósitos. O ideal democrático forjado na Antiguidade Clássica e retomado sob diferentes perspectivas em variados momentos históricos, segundo o qual as decisões políticas devem ser

alcançadas por meio de um processo deliberativo entre cidadãos iguais e livres, parece experimentar nos últimos tempos uma profunda crise de legitimidade, frente a uma crescente falta de credibilidade por parte dos cidadãos em relação à política e aos políticos.³

Nesse sentido, Chantal Mouffe denuncia, por meio de contundentes críticas aos modelos democráticos “agregativo” (proposto por Joseph Schumpeter e desenvolvido por Anthony Downs) e “deliberativo” (calcado nas distintas escolas capitaneadas por John Rawls e por Jürgen Habermas), que a democracia deliberativa tem levado, por meio da ideia de consenso racional e legitimidade, à exclusão e ao desinteresse de alguns grupos do processo democrático, desembocando em uma inevitável ausência de adesão popular aos valores democráticos.⁴

De igual modo, Luis Felipe Miguel, ao estudar os mecanismos que conduzem à exclusão dos indivíduos da arena política nas democracias liberais, demonstra que o pressuposto democrático de universalização da participação na esfera pública tem convivido com a dominação de um grupo social por outro, de modo que grande parte dos cidadãos têm sido excluídos dos processos decisórios. Segundo Miguel, a abertura de acesso aos espaços de deliberação pública, mediante a concessão de direitos formais e iguais a todos no quadro do modelo democrático liberal, não extinguiu o caráter de classe do Estado capitalista, existindo, por um lado, grupos pertencentes à classe dominante, que instrumentalizam o Estado ao seu favor, e por outro, os integrantes da classe dominada que, embora formalmente incluídos no debate democrático, estão materialmente excluídos do campo deliberativo político. Isso tem provocado, de um modo

3 MOUFFE, 2006, p. 165.

4 MOUFFE, 2006, p. 165-170.

geral, uma exclusão política estrutural e a dominação de classes sob regimes formalmente democráticos.⁵

Apresentando uma perspectiva semelhante, Alejandro Médici aponta que nas democracias contemporâneas tem se evidenciado uma tensão entre as ideias de democracia e Estado de Direito ou Estado Constitucional, a partir da percepção de que ambos apelam para princípios opostos. Isso porque os compromissos democráticos invocam a inexistência de limites à vontade soberana do povo, sendo o povo uma autoridade soberana. Já as ideias de Constituição levam a pensar em limites intransponíveis, capazes de resistir à pressão de quaisquer grupos, em especial os majoritários. À luz dessa contraposição, o autor sustenta que o modelo democrático e o Estado de Direito têm sido utilizados, na realidade, como uma forma de exército de poder por uma minoria, respaldados, por um lado, em um conjunto de ideologias e interesses (*v.g.*, representatividade, partidos, eleições, regras majoritárias) derivados do constituinte originário, e, por outro lado, legitimados em regras democráticas, como o voto popular da maioria mediante eleições periódicas. Em última análise, democracia e Estado de Direito seriam manejados como um mecanismo de afastamento do povo dos ideais democráticos.⁶

No âmbito global, alguns indicadores mostram que, especialmente na última década, tem surgido uma tendência de os sistemas políticos sofrerem abalos no componente democrático de seus governos, com um número crescente de pessoas questionando a democracia como um regime ideal.⁷ Basta observar, por exemplo, a crescente ascensão de líderes mediante discursos demagógicos, como Donald Trump nos

5 MIGUEL, 2014, p. 145-148.

6 MÉDICI, 2012, p. 61-70.

7 PLATTNER, 2015, p. 9-10.

Estados Unidos da América, Nigel Farage no Reino Unido e Beppe Grillo na Itália, em uma notável descrença da população nos ideais democráticos (pluralismo, liberdade, igualdade e justiça social).⁸ No Brasil, Jair Bolsonaro, ex-deputado federal que expressava posicionamentos claramente homofóbicos, racistas, misóginos, machistas, xenófobos, com manifestações claramente ofensivas à dignidade humana e subversivos aos princípios democráticos, conquistou um número expressivo de eleitores nas disputas eleitorais a ponto de ter sido eleito Presidente da República em 2018.

Na América Latina, um estudo capitaneado pela ONG chilena Corporación Latinobarómetro, subsidiado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento e pela Transparência Internacional, demonstrou que a população latino-americana tem acompanhado essa tendência mundial de ceticismo em relação à democracia.⁹ A pesquisa, que entrevistou 20.204 pessoas de 18 países da América Latina, realizada no ano de 2016, demonstrou que de 2010 até 2016 o índice de apoio à democracia na América Latina caiu de 61% para 54%, comprovando por meio de dados objetivos uma progressiva e contínua queda do apoio dos latino-americanos à democracia como regime de governo.¹⁰ O estudo também demonstrou, por meio da comparação entre o índice de apoio à democracia em diversos países da América Latina, que o Brasil se encontra com índice de 32%, o segundo mais baixo, à frente apenas da Guatemala, última colocada, com percentual de apoio à democracia de 31%. Na outra ponta, encontra-se a Venezuela, primeira colocada, com adesão de 77% da população ao regime democrático.¹¹

8 SEITZ, 2016.

9 CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2016.

10 CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2016, p. 9.

11 CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2016, p. 11.

Ainda, segundo o relatório, no Brasil, de 2015 para 2016, o índice de apoio à democracia caiu de 54% para 32%. Isso se deu, em boa parte, devido à ocorrência da segunda crise política mais importante do país desde o restabelecimento da democracia, que culminou com o *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff em maio de 2016,¹² e com a assunção, em 31 de agosto de 2016, do vice-presidente Michel Temer.¹³

Nas últimas décadas, a erosão na ideia de democracia nas sociedades ocidentais tem desembocado em diversas reações da população, como o apelo a líderes políticos demagogos, indiferença política, hiperconstitucionalização da vida¹⁴ e deslocamento da esfera deliberativa de poder para outras arenas institucionais, em especial para o Poder Judiciário. Em diferentes partes do mundo, tem-se notado uma atuação de Cortes Constitucionais e Supremas Cortes, em matérias de grande alcance político, em decisões sobre

12 CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2016, p. 7. Sobre o tema do impeachment no Brasil, ver: PERLINGEIRO, 2018; MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2019; SERRANO, 2015.

13 Nesse ponto, cumpre ressaltar que a instabilidade política na experiência latino-americana, no que diz respeito ao exercício completo do mandato dos presidentes, pode ser também constatada pelo número expressivo de dirigentes políticos que não conseguiram terminar o seu mandato. Do final da década de 1980 até hoje, foram 13 os governantes que não concluíram os seus mandatos: (i) Raúl Alfonsín na Argentina em 1989; (ii) Fernando Collor de Mello no Brasil em 1992; (iii) Jorge Antonio Serrano Elías na Guatemala em 1993; (iv) Carlos Andrés Pérez na Venezuela em 1993; (v) Abdalá Bucaram Ortiz no Equador em 1997; (vi) Raúl Cubas Grau no Paraguai em 1999; (vii) Alberto Kenya Fujimori no Peru em 2000; (viii) Fernando de la Rúa na Argentina em 2001; (ix) Gonzalo Sánchez de Lozada Bustamante na Bolívia em 2003; (x) José Manuel Zelaya Rosales em Honduras em 2009; (xi) Fernando Armindo Lugo de Méndez no Paraguai em 2012; (xii) Fernando Otto Pérez Molina na Guatemala em 2015; e (xiii) Dilma Rousseff no Brasil em 2016. Sobre o tema: TEIXEIRA; CASTILHO, 2018.

14 A desconfiança na democracia tem causado uma ampliação do escopo das Constituições e reforço do papel do Poder Judiciário como guardião dos compromissos constitucionais, contribuindo para o amesquinçamento do próprio sistema representativo. VIEIRA, 2008, p. 443.

políticas públicas e até mesmo em questões de alta indagação moral. O Poder Judiciário transformou-se em um importante interveniente do processo democrático.

Essa última tendência é denominada por Ran Hirschl de “juristocracia”. Em diversos países e entidades supranacionais, mudanças nas Constituições concederam aos órgãos jurisdicionais significativa parcela de poder das entidades representativas, principalmente a partir da adoção, pelos sistemas constitucionais, de um rol de direitos fundamentais e de algum tipo de mecanismo de ativismo judicial no âmbito do controle de constitucionalidade. Com isso, Cortes Superiores e Tribunais Supranacionais assumiram inegável relevância, ao se caracterizarem como órgãos dotados da prerrogativa de tomar decisões políticas. A partir dessa tendência mundial, cresce a aceitação da ideia de que a democracia não se resume à vontade da maioria. Nas chamadas “democracias constitucionais”, deixa-se de governar com base exclusivamente no princípio da soberania do Parlamento, admitindo-se a proteção jurídica de direitos das minorias no texto constitucional, inclusive contra a manifestação, no âmbito parlamentar, da vontade de maiorias eventuais eleitas. Essa perspectiva da democracia sustenta que a tutela do rol de direitos fundamentais das Constituições compete aos juízes, que são independentes das pressões dos partidos políticos.¹⁵

Tal transformação é marcada pela por uma visão de que a democracia não se limita à ideia de prevalência da vontade majoritária. Apoiar-se na noção de que restringir a vontade da maioria por meio do estabelecimento de um pré-compromisso com a blindagem de direitos e liberdades fundamentais é válido, uma vez que visa a proteger a esfera jurídica de indivíduos e grupos vulneráveis contra a possível tirania de maiorias políticas no Parlamento. Nesse

15 HIRSCHL, 2004, p. 1-2.

sentido, a constitucionalização de direitos e o controle de constitucionalidade, mesmo que restrinjam a vontade da maioria, não se revelariam como antidemocráticos, passando a ser largamente aceitos no pensamento constitucional contemporâneo.¹⁶

Esse deslocamento do poder deliberativo do âmbito das instâncias políticas tradicionais (*v.g.* Poder Legislativo e Executivo) para o Judiciário pode ser observado em diferentes casos concretos: (i) nos Estados Unidos da América, a última etapa do processo de uma eleição presidencial foi desenhado pela Suprema Corte no julgamento do caso *Bush x. Gore*; (ii) no Canadá, a Corte Constitucional foi convocada a analisar a constitucionalidade da possibilidade de os Estados Unidos realizarem testes com mísseis em território canadense; (iii) em Israel, a Suprema Corte deliberou sobre a possibilidade de construção de um muro com a Palestina; (iv) na Coreia do Sul, um presidente destituído por *impeachment* foi recolocado no cargo por meio de uma decisão da Suprema Corte;¹⁷ (v) no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, sem previsão legal expressa, reconheceu a união estável entre casais homossexuais como família, atribuindo-lhes efeitos jurídicos.¹⁸

No entanto, embora o avanço do Poder Judiciário sobre o espaço da política majoritária em alguns países tenha sido, de um lado, amplamente aplaudido, sendo crescente o número de pessoas que recorrem aos juízes para a solução de seus problemas individuais e os reconhecem como guardiões da ordem e do Direito¹⁹, de outro lado, tem sido severamente criticado em razão da ausência (ou ineficácia) de mecanismos de responsabilidade e de controle da atuação jurisdicional.

16 HIRSCHL, 2004, p. 2.

17 BARROSO, 2012, p. 23.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277-DF. Relator Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 05/05/2011.

19 GARAPON, 2001, p. 55.

Em alguns países, a absorção de novas competências pelo Poder Judiciário desassociada da imposição de limites e não sujeita a controles tem permitido abusos e a instalação de um superpoder, com preponderância em relação aos demais órgãos constitucionais.²⁰

Essa crítica pode ser observada, por exemplo, na obra paradigmática “Juízes Irresponsáveis” de Mauro Cappelletti, o qual denuncia como na Itália o problema da ausência de responsabilização dos juízes atingiu um nível tão dramático, que foi objeto de *referendum* popular nacional. Isso porque chegou-se a um ponto em que se tornou inconcebível manter no país um sistema judiciário carente de profissionalismo e completamente imune de responsabilidade perante as partes e terceiros prejudicados por atos ou omissões viciadas de culpa, em algumas situações gravíssima, dos juízes.²¹

Nesse mesmo sentido, Antoine Garapon aponta, a partir da perspectiva do sistema de justiça francês, como o Poder Judiciário tem adquirido um poder inédito no país e as distorções que isso tem causado no sistema de justiça. Segundo o autor, com crise de representatividade no modelo democrático liberal, a população passou a se socorrer do Judiciário como o “último redentor”. A justiça tornou-se um espaço de exigibilidade da democracia. No entanto, esse novo papel atribuído e incorporado por alguns magistrados tem levado a sérias distorções no sistema de justiça. Juízes despreparados para o exercício dessa função têm provocado exageros, por vezes mediante a desvirtuação da aplicação do devido processo legal, na busca da verdade. Assim, alguns magistrados, imbuídos de tamanho poder e sem responsabilidade, têm deixado de lado o julgamento jurídico e realizado julgamentos políticos, ocasionando sérias injustiças,

20 CARVALHO FILHO, 2014.

21 CAPPELLETTI, 1989, p. 7-14

iniquidades e representado uma grave ameaça para o Estado de Direito.²²

No Brasil, Claudia Maria Barbosa retrata o problema da (ir)responsabilidade judicial ao analisar o comportamento do então juiz federal Sérgio Moro em sua atuação na Operação Lava Jato e do Supremo Tribunal Federal frente à crise institucional instalada no país.²³ Para a autora, tanto o ex-juiz Moro, que exerceu sem limites e sem controle um papel de justiceiro, quanto a Suprema Corte, com omissões injustificáveis, ancoraram-se na independência judicial para entrincheirar condutas irresponsáveis e ilegais.²⁴

Diante do esvaziamento no modelo democrático tradicional, de um lado, e de uma justiça desviante e corrompida pelo poder, de outro, a doutrina e os sistemas constitucionais de diversos países têm apresentado diferentes respostas. Alguns pensadores sinalizam como caminhos alternativos a construção de novos modelos democráticos.²⁵ Outros afirmam a necessidade de retirada substancial da prerrogativa de interpretação e aplicação da Constituição das Cortes e a sua “devolução” ao povo, na defesa de um “constitucionalismo popular”.²⁶ Há ainda quem aposte na adoção de mecanismos de diálogos institucionais, propondo uma interação e um compartilhamento entre Poder Judiciário e instâncias políticas na busca por soluções de casos complexos que digam respeito à definição do sentido da Constituição. Essa última corrente será objeto de maior atenção nos tópicos subsequentes.

22 GARAPON, 2001, p. 55-56; 66-67; 70-71; 73-74.

23 KATZ, 2018.

24 BARBOSA, 2016, p. 80-83.

25 MÉDICI, 2012, p. 81-104; MOUFFE, 2006; GONZÁLEZ CASANOVA, 2002.

26 KRAMER, 2004; TUSHNET, 1999; GARGARELLA, 2006; GODOY, 2017; VIEIRA; EMERIQUE; BARREIRA, 2018.

3. O caminho traçado pelo sistema constitucional brasileiro: um modelo forte de controle jurisdicional de constitucionalidade

No Brasil, a adoção de instrumentos de controle de constitucionalidade teve início com o Decreto n. 848/1890, que em seu art. 3º conferiu competência aos magistrados federais para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de leis estaduais ou federais.²⁷ Instituiu-se, nesse momento, um primeiro passo rumo a um modelo de controle difuso e repressivo de constitucionalidade. No entanto, somente com a Constituição da República de 1891 é que o país incorpora um sistema de controle de constitucionalidade inspirado nos moldes do *judicial review* estadunidense. O texto constitucional previu a criação do Supremo Tribunal Federal (STF), com clara semelhança à Suprema Corte dos Estados Unidos, e lhe concedeu, entre outras atribuições, a de julgar recursos de decisões de última instância das Justiças dos Estados “quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição (...) e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas” (art. 59, §1º, “b”, da Constituição de 1891).²⁸

Inicialmente, tanto juízes quanto os ministros do STF deixavam de utilizar tal prerrogativa por entenderem que seria uma afronta à separação de poderes, uma invasão de uma seara destinada à deliberação política.²⁹ No entanto, tal

27 Decreto n. 848/1890: “Art. 3º. Na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte”. [grafia original]

28 KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 109.

29 Para uma visão contemporânea e crítica a respeito da separação de poderes, ver: CICHELERO; FERRI; NUNES, 2018; LIMA; VILLAS BÔAS FILHO,

barreira foi sendo paulatinamente superada com a atuação de Rui Barbosa nos *Habeas Corpus* n. 300³⁰ e 1.063³¹, e do Ministro Pedro Lessa, no julgamento do *Habeas Corpus* 3.527 (de 1914),³² os quais sustentaram que cabia ao STF a competência para declarar a inconstitucionalidade de leis elaboradas pelo Poder Legislativo e a inconstitucionalidade ou ilegalidade dos atos do Poder Executivo.³³

A partir de então, progressivamente o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro passou a sofrer um longo “processo de concentração” da interpretação do texto constitucional nas mãos do Poder Judiciário.³⁴ A Constituição Federal de 1934, além de manter o sistema de controle difuso de constitucionalidade, criou a primeira forma de ação direta de inconstitucionalidade, restrita à apreciação de constitucionalidade de lei que autorizasse intervenção federal. Já a Carta de 1937 inovou significativamente no sistema de jurisdição constitucional brasileiro ao admitir, em seu art. 96, parágrafo único, que após a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Judiciário, poderia o Presidente da República submetê-la novamente ao Parlamento quando a reputasse “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta”, caso em que a aprovação por 2/3 de cada casa legislativa conduziria à sustação dos efeitos da decisão judicial.³⁵ Tal dispositivo, que previa uma

2018.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n°. 300. V. vencedor Ministro Visconde de Sabará. Julgado em 3/ 4/1892.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n°. 1.063. V. vencedor Ministro Piza e Almeida. Julgado em 5/3/1898.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n°. 3.527. V. vencedor Ministro Amaro Cavalcanti. Julgado em 15/4/1914.

33 SILVA, 2009, p. 215.

34 SILVA, 2009, p. 215.

35 Constituição de 1937: “Art. 96 (...) Parágrafo único - No caso de ser declarada

forma de controle compartilhado de constitucionalidade, foi revogado em 1945³⁶ e não reinserido nas Constituições posteriores.³⁷ Por sua vez, a Constituição de 1946, por meio da Emenda n. 15 de 1965, criou a figura da “representação de inconstitucionalidade”. A representação somente poderia ser proposta pelo Procurador-Geral da República, diretamente no Supremo Tribunal Federal, para questionar em abstrato a constitucionalidade de qualquer lei.

De modo particular, a Constituição Federal de 1988 representou um significativo marco no processo de concentração, nos órgãos do Poder Judiciário, da prerrogativa de controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos. Instituiu a Ação Direita de Inconstitucionalidade – ADI e trouxe 6 novos legitimados para a sua propositura além do Procurador-Geral da República (art. 103, da CF/1988)³⁸. Também criou a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO (art. 103, §2º da CF/1988) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF/1988),³⁹ ambos voltados ao controle de omissões normativas que colocassem em risco a efetividade da Constituição, e a Arguição de Descumpri-

a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

36 A revogação foi feita por meio da Lei nº 18/1945, com base na prerrogativa conferida ao Presidente da República no art. 180 da Constituição de 1937.

37 CARDOSO, 2014.

38 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade (...): I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - partido político com representação no Congresso Nacional; VII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

39 HACHEM, 2009; VALLE, 2013.

mento de Preceito Fundamental – ADPF (art. 102, §1º. da CF/1988).

Além disso, em 1993 foi criada, por meio da Emenda Constitucional nº 3/1993, a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC (art. 103, da CF/1988),⁴⁰ cujo objetivo é provocar o STF a decidir sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal que esteja sendo objeto de controvérsia judicial relevante. Ou seja: diante de divergências entre juízes e tribunais no exercício do controle difuso e concreto de constitucionalidade, o STF passa a ter a competência para se manifestar em abstrato a respeito do tema e, a pretexto de conferir segurança jurídica ao sistema, concentra ainda mais em suas mãos a prerrogativa de dizer o sentido da Constituição. No ano de 1999, foi regulamentado o processo de controle abstrato de constitucionalidade no Brasil (ADI, ADPF e ADC) por meio das Leis n. 9.868/99 e 9.882/99, com uma clara inclinação concentradora e vinculante do controle de constitucionalidade nas mãos da Suprema Corte brasileira, conforme dicção do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999, e do art. 10, § 3º da Lei nº 9.882/1999. A última etapa desse processo ocorreu no ano de 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, que criou o instituto da súmula vinculante, permitindo que o STF, após reiterados julgados sobre matéria constitucional, atribua à sua interpretação consolidada “efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (art. 103-A, da CF/1988).⁴¹

Não apenas os dispositivos normativos caminharam nesse sentido, como a própria Suprema Corte brasileira in-

40 Sobre a ADC, a partir de uma perspectiva crítica, ver o debate entre: MAGALHÃES, 2017; LAURENTIIS, 2018.

41 MEDEIROS, 2013, p. 191-193.

corporou à sua jurisprudência uma autoimagem de guardiã primordial – e, por vezes, exclusiva – do significado constitucional. Assim, por exemplo, o Ministro Celso de Mello, em seu voto do julgamento do Mandado de Segurança n. 26.603, acentuou que a função institucional do STF de guarda da Constituição confere-lhe “o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental”.⁴² De igual modo, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 357.950, o Ministro Eros Grau asseverou que “o momento é propício para a afirmação de que, em verdade, a Constituição nada diz; ela diz o que esta Corte, seu último intérprete diz que ela diz”.⁴³

Essa compreensão de que o STF desfruta de uma posição mais do que privilegiada para resguardar a ordem constitucional levou à aceitação de que inclusive as emendas à Constituição podem ser objeto de controle por parte da Corte. No julgamento da medida cautelar na ADI nº 939, o Supremo Tribunal Federal pela primeira vez na história, de maneira concreta, assumiu para si a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda à Constituição com base no aspecto substancial, considerando que o Congresso Nacional havia extrapolado os limites materiais de alteração constitucional. A partir de então, o órgão judicial outorgou para si mesmo a competência de controlar a forma mais pujante de exercício de poder político dentro de um sistema constitucional: o poder de reforma à Constituição. Nessa esteira, o STF entendeu que, caso a uma emenda à Constituição viole o projeto original e básico definido pelo constituinte originário, nos termos do art. 60 da CF/1988 que

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 26.603. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. Julgamento em 04.10.2007.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 390.840/MG. Rel. Min. Marco Aurélio. Pleno. Julgado em 09.11.2005.

fixa limites formais, circunstanciais e materiais, ela poderia ser declarada inconstitucional pela Corte.⁴⁴

Tal peculiaridade faz com que autores como Virgílio Afonso da Silva concluem que “à luz da contraposição entre modelos ‘fracos’ e modelos ‘fortes’ de controle de constitucionalidade, ou seja, entre modelos que permitem maior e menor diálogo entre os poderes, o modelo brasileiro é considerado como ‘ultraforte’”, pois além de o STF contar com diversos mecanismos que a permitem avaliar a constitucionalidade dos mais diversos atos normativos, a Constituição possui um expressivo rol de dispositivos imodificáveis, denominados “cláusulas pétreas”, que impõem restrições ao Poder Legislativo no exercício do poder de reforma.⁴⁵ E assim, o poder da Corte se torna ainda mais vigoroso, por lhe ser permitido apreciar a compatibilidade das medidas tomadas pelo poder reformador – as emendas constitucionais – com o conteúdo material das cláusulas pétreas.

Oscar Vilhena Vieira chega a sustentar a existência de uma “supremocracia” no Brasil, referindo-se a “à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário” e à “expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes”.⁴⁶ Defende o autor que a posição institucional de extremo monopólio do STF em relação à sua condição de intérprete da Constituição o torna uma instituição singular em termos comparativos quanto a outras Cortes existentes nas democracias ocidentais, sendo a Suprema Corte Indiana a única no mundo que partilharia do mesmo status “supremocrático”, muito embora tenha diminuído suas atuações ativistas nos últimos anos.⁴⁷

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 939/DF. Rel. Min. Sydney Sanches. Pleno. Julgado em 15.12.1993.

45 SILVA, 2009, p. 217-218.

46 VIEIRA, 2008, p. 452-453.

47 VIEIRA, 2008, p.445.

É preciso reconhecer que a atuação do Poder Judiciário em questões sociais que não foram atendidas pelo Congresso Nacional, como no caso de direitos de minorias que reclamam proteção mediante uma atuação contramajoritária, ou mesmo com o propósito de frear atuações desviantes dos demais Poderes em relação à ordem constitucional, é muitas vezes necessária, desejável e benéfica para a própria democracia.⁴⁸ No entanto, esse modelo de supremacia do Judiciário sobre os demais órgãos constituídos no que toca à atribuição de sentido à Constituição possui deficiências que causam sérias distorções à democracia brasileira. É o que se analisará no próximo tópico.

4. Os riscos e ameaças à democracia apresentados pelo modelo de supremacia judicial

O modelo de supremacia judicial adotado contemporaneamente pelo constitucionalismo brasileiro, acompanhado de uma forte judicialização das demandas sociais e de uma postura ativista frequentemente adotada pelo Poder Judiciário,⁴⁹ suscita uma série de riscos e ameaças à democracia, o que exige uma reflexão crítica a propósito desse sistema e a busca por alternativas que possam solucionar alguns desses problemas. Entre os diversos riscos e aspectos problemáticos desse fenômeno, serão apontados aqui ao menos oito deles.⁵⁰

48 BARROSO, 2012, p. 23.

49 ARAÚJO, 2018.

50 As três primeiras objeções a seguir mencionadas são ressaltadas por Luís Roberto Barroso: (a) os riscos para a legitimidade democrática, (b) a politização indevida da justiça; e (b) os limites da capacidade institucional do Judiciário. BARROSO, 2012, p. 27-30.

(a) O *primeiro* problema consubstancia-se na ausência de submissão do conteúdo decisório proferido pelo Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – a mecanismos de controle popular de natureza democrática. Isso porque, por não ocuparem cargos eletivos, os magistrados não passam periodicamente pelo crivo do voto popular. Isso significa que os julgadores exercem um poder sem “responsabilidade social”, sem que possam ser destituídos de seus cargos pela vontade do povo.⁵¹ No entanto, “quem exerce poder em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática”,⁵² sob pena de se caminhar rumo a uma tirania.⁵³

(b) O *segundo* aspecto negativo diz respeito à possibilidade de os magistrados julgarem de acordo com sua vontade política própria. Vale dizer, quando existem várias decisões possíveis, todas balizadas nos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento vigente, o juiz pode vir a adotar decisões tendenciosas ou partidárias, em evidente afronta às decisões razoáveis tomadas pelo legislador ou sem compromisso com o sentimento social.

(c) O *terceiro* óbice refere-se à ausência de capacidade institucional do Poder Judiciário para tomada de certas decisões que demandem informação ou conhecimento específico, bem como sua inaptidão para mensurar eventuais efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados gerados a partir de

51 Segundo Mauro Cappelletti, a extinta União Soviética possuía nas cortes distritais juízes populares eleitos pelos cidadãos, os quais poderiam ser removidos por meio de deliberação popular. Nos Estados Unidos, alguns Estados preveem um processo de “recall”, no qual um número suficiente de pessoas pode, mediante petição, propor a remoção de um juiz. CAPPELLETTI, 1989, p. 44-47.

52 VIEIRA, 2008, p. 452-446.

53 Aqui o termo é adotado no sentido de governo com poder ilimitado, sem responsabilidade social.

suas decisões.⁵⁴ Exemplo emblemático concerne aos casos de decisões extravagantes no setor de saúde, mediante concessão de tratamentos ou medicamentos de alto custo, que põem em risco a própria continuidade de políticas públicas de saúde.⁵⁵

(d) Uma *quarta* crítica lançada à supremacia judicial no país diz respeito ao enfraquecimento do processo democrático surgido como efeito rebote da própria atuação ativista dos magistrados ao suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo. Na medida em que cresceu a atuação do Poder Judiciário, arrefeceu o debate e engajamento político do povo na arena política e nos espaços de deliberação democrática, tornando os cidadãos apáticos ao diálogo e à discussão popular, tão caros à democracia. O Supremo Tribunal Federal, com apenas 11 ministros, tem sido constantemente convocado a decidir em última instância questões de máxima relevância social, tais como (i) pesquisa com células-tronco embrionárias, (ii) cotas nas universidades, (iii) desarmamento, (iv) aborto de fetos anencefálicos, (v) demarcação de terras indígenas, (vi) reforma agrária, (vii) distribuição de medicamentos, (viii) lei de imprensa, (ix) lei de crimes hediondos; (x) poder da polícia de algemar, (xi) direito de greve de servidores públicos,⁵⁶ (xii) união estável homoafetiva, (xiii) financiamento de campanhas, entre outros, diminuindo a responsabilidade e interesse do povo quanto à fixação dos significados da Constituição.⁵⁷

54 BRANDÃO, 2012, p. 183-184.

55 Sobre exemplos dessas decisões judiciais que impactam fortemente no orçamento e prejudicam políticas públicas de saúde, ver: HACHEM, 2013, p. 351-353. Ver também sobre o tema: AVILA; MELO, 2018; DAL POZZO; MION, 2019; RIBEIRO; HARTMANN, 2016; MARIANO; FURTADO; ALBUQUERQUE; PEREIRA 2018.

56 VIEIRA, 2008, p. 451.

57 RESENDE; VIEIRA, 2016, p. 410.

(e) Uma *quinta* objeção à supremacia judicial consiste no fato de que o recurso excessivo ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis pelos grupos que foram derrotados na arena política tem tornado o STF, em diversas situações, uma “câmara de revisão de decisões majoritárias”,⁵⁸ fazendo com que a judicialização exagerada das questões políticas reduza a importância das instâncias de deliberação democráticas. Assim, por exemplo, no período do governo Fernando Henrique Cardoso o partido que mais questionou perante o Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade de leis aprovadas pelo governo foi o Partido dos Trabalhadores. Já na gestão de Luiz Inácio Lula da Silva, o Democratas (DEM) e o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) foram os que mais recorreram ao STF para questionar a constitucionalidade das leis aprovadas durante o seu mandato. Os governadores dos Estados também utilizam a Suprema Corte como sede de modificação dos resultados da esfera política, lançando mão de mecanismos de controle de constitucionalidade para barrar medidas aprovadas por seus antecessores ou pelas Assembleias Legislativas dos Estados.⁵⁹ Repare-se que no ano de 2016, de cada três leis questionadas no STF, duas foram julgadas inconstitucionais (total de 68, das quais 40 foram julgadas inconstitucionais).⁶⁰

(f) Um *sexto* fator pode ser citado, relativo às distorções no jogo democrático provocadas por esse fortalecimento do controle jurisdicional de constitucionalidade: a manipulação da agenda política nacional pelos ministros. A Corte não está obrigada a realizar julgamento cronológico dos processos. Logo, os ministros podem se utilizar de ferramentas como a definição da pauta de julgamento pelo Presidente

58 VIEIRA, 2008, p. 448.

59 VIEIRA, 2008, p. 448.

60 PEREIRA, 2017.

do STF e o voto-vista para postergar ou evitar a tomada de decisão.⁶¹ Um exemplo é a ADI n. 73, que dispunha sobre a inconstitucionalidade de um decreto que autorizava obras em parques estaduais, ajuizada em 1989 e julgada somente em dezembro de 2013.⁶² Por outro lado, a ADI n. 3.682, sobre aliança partidária, foi distribuída em 09.03.2006 e julgada definitivamente 14 dias depois em plenário.⁶³

(g) Uma *sétima* questão merece referência: o modo de deliberação dos ministros da Suprema Corte brasileira. Para Virgílio Afonso da Silva, a configuração do julgamento gera um *déficit deliberativo* nas decisões. Isso ocorreria, ao menos, por duas razões distintas. Primeiro, por praticamente não existir troca de argumentos entre os ministros antes ou durante as sessões de julgamento. Os julgamentos são públicos, televisionados e os ministros levam seus votos prontos para a sessão. Um ministro, após expor seu voto, dificilmente altera seu entendimento, pois em última análise estaria assumindo publicamente e em rede nacional que sua visão sobre o caso não é a mais acertada. Vale dizer, nas sessões de julgamento os ministros “não estão ali para ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal”. Em segundo lugar, por uma quase ausência de unidade institucional e decisória do Tribunal. Suas decisões são proferidas a partir da agregação de votos isolados, não de uma posição única da corte enquanto instituição. Como consequência denota-se uma “carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal” e uma dificuldade na “distinção entre os aspectos da decisão que são apenas argumentos auxiliares

61 O Regimento Interno do STF estabelece o prazo de 30 dias, porém os relatores sempre se valem do argumento de “acúmulo de serviço” para o seu descumprimento (art. 111, *caput*, do RISTF).

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 73. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 27/11/2013.

63 KOZICKI; ARAÚJO, 2015, p. 117-119.

para o voto, as *obiter dicta* e os motivos efetivos que levaram à decisão, as razões de decidir (*ratio decidendi*)”.⁶⁴

(h) Um *oitavo* aspecto negativo do fenômeno da “supremocracia” no Brasil e da concentração exacerbada de poderes nas mãos de 11 ministros para decidir a respeito da interpretação constitucional consiste na existência de decisões de cunho autoritário e atentatório a direitos fundamentais e aos alicerces mais básicos do Estado Democrático de Direito por parte do próprio STF. A Corte brasileira tem adotado posicionamentos embasados na vontade de maiorias de ocasião e na opinião pública muitas vezes forjada na desinformação, adotando a premissa de que “os fins justificam os meios”. Assim agiu no julgamento do *Habeas Corpus* 126.292 e na Medida Cautelar na ADC n. 43, ao admitir a execução da pena privativa de liberdade após condenação em segunda instância, mesmo antes do trânsito em julgado da decisão, em evidente afronta à literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição que assegura, como direito fundamental do cidadão, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁶⁵ De igual modo, na Ação Cautelar n. 4039, contrariou a jurisprudência sedimentada da Corte ao determinar a prisão de um Senador de forma preventiva, logo após a oitiva de gravação na qual ele afirmava ter influência sobre os ministros da Corte, sendo que a Constituição Federal institui em seu art. 53, §2º uma proibição à prisão de Deputados e Senadores, salvo em hipótese de flagrante de crime inafiançável, o que claramente não era o caso.

64 SILVA, 2009, p. 217.

65 HACHEM, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 23 jun. 2020.

Em face desses diversos aspectos problemáticos do modelo de supremacia judicial vigente atualmente na experiência constitucional brasileira, torna-se relevante a busca por sistemas alternativos, que possibilitem conferir maior legitimidade democrática às decisões a respeito da atribuição de sentido às normas constitucionais. Uma possível alternativa pode ser encontrada no terreno das teorias dos diálogos constitucionais.

5. As diferentes variações das teorias dialógicas em matéria constitucional

Na busca de soluções para o déficit democrático do modelo de supremacia judicial, parcela da doutrina tem sugerido a incorporação de arranjos institucionais no sistema político que ampliem o diálogo entre os poderes constituídos no que toca à interpretação constitucional.⁶⁶ Trata-se da adoção de mecanismos de ações e reações de diferentes atores institucionais a respeito do significado da Constituição, que se inserem em um debate que utiliza a metáfora dos “diálogos” para explicar tais interlocuções. Cumpre analisar as diferentes construções teóricas forjadas no Direito Constitucional como alternativas à supremacia judicial, desenvolvidas com o propósito de conferir maior legitimidade democrática aos sistemas de controle jurisdicional de constitucionalidade.

Existem distintas versões das teorias que se referem à existência de um diálogo para a identificação do significado constitucional, de modo que, embora compartilhem da premissa de que a última palavra sobre a interpretação da

66 BARBOSA; LIMA, 2018, p. 109-128; CUNHA; COSTA; VALLE, 2018, p. 193-216; LEAL; MORAES, 2018, p. 63-81; LIMA; GOMES NETO, 2018, p. 221-247; MANEIRO; PULCINELLI, 2017, p. 193-219.

Constituição não deve se encerrar em uma única instituição, cada qual apresenta características próprias, fazendo com que algumas delas sejam inclusive alvo de críticas quanto ao êxito em promover um genuíno diálogo. Christine Bateup desenvolveu um trabalho de sistematização que se tornou referência no tema, dedicando-se a analisar detidamente tais teorias para apontar suas semelhanças e ressaltar suas diferenças.⁶⁷ Em sua análise, identificou dois grandes grupos nos quais essas teorizações se enquadram: (a) *teorias do método judicial* (“theories of judicial method”); e (b) *teorias estruturais de diálogo* (“structural theories of dialogue”).

As (a) *teorias do método judicial*, fundadas no pressuposto de que o Poder Judiciário é a instância a partir da qual será deflagrado o diálogo, têm como característica comum sugerir o emprego de determinadas técnicas de julgamento, pelos magistrados, que lhes possibilitem ampliar o debate sobre a interpretação constitucional com os órgãos políticos do Estado. Sustentam que, na própria atividade de elaboração de suas decisões, os juízes devem “dialogar” com os demais atores institucionais, seja indicando os caminhos que reputam mais adequados para que a atuação política se mantenha dentro dos parâmetros constitucionais, seja adotando uma postura de autocontenção para possibilitar que o debate se desenrole entre os órgãos políticos e a sociedade na arena democrática. Possuem, portanto, uma natureza mais *normativa* (deontológica) do que *descritiva* (ontológica), já que pretendem afirmar como o comportamento judicial *deve ser*, em vez de simplesmente descrever como ele é.

Dentro dessa primeira categoria, encontram-se as (a.1.) *teorias do aconselhamento judicial* (“judicial advice-giving”), as quais defendem que compete aos magistrados adotar técnicas de interpretação e decisão por meio das quais

67 BATEUP, 2006.

eles possam elaborar recomendações aos demais Poderes, aconselhando-os sobre qual é a via correta para não incorrer em violações à Constituição.⁶⁸ Um juiz poderá fazer isso declarando uma lei inconstitucional e, na mesma decisão, indicando aos legisladores o que deveria ser feito no momento de elaboração de uma nova lei para não incidirem nos mesmos equívocos – traçando aos órgãos políticos aquilo que Eric Luna denominou de *constitutional road maps*.⁶⁹ Ou então, poderá o juiz reconhecer a constitucionalidade da lei no caso, e na mesma sentença: (i) encorajar os legisladores a alterarem a sua redação para afastar vagueza e ambiguidades dos enunciados legais; ou (ii) alertá-los de que no futuro a norma está sujeita a ser declarada inconstitucional.⁷⁰ Tais teorias, no entanto, permanecem centradas no protagonismo judicial, perpetuam a desconfiança em relação ao Legislativo e não resolvem o problema do déficit democrático do Poder Judiciário, já que não promovem efetivamente uma via de mão dupla mediante uma verdadeira troca de ideias entre os diferentes atores institucionais.⁷¹

Já as (a.2) *teorias centradas no processo* (“process-centered theories”) sugerem que aos juízes incumbe verificar se os agentes políticos observaram de forma suficiente, no processo de tomada de decisão sobre políticas públicas, valores constitucionais substantivos. Não seria o seu papel, tal como propugnam as teorias do aconselhamento judicial, explicar aos legisladores *como* resolver as questões constitucionais, mas sim averiguar se as normas constitucionais foram ou não levadas em conta pelos responsáveis pela elaboração de políticas públicas. Caso não tenham sido, competirá aos

68 BATEUP, 2006, p. 1123.

69 LUNA, 2000.

70 KATYAL, 1998.

71 MANEIRO, 2016, p. 76.

tribunais determinar aos órgãos políticos do Estado que *re-vejam* suas decisões, desta feita observando adequadamente os valores constitucionais durante o processo.⁷²

Há diferentes “regras centradas no processo”, como é o caso da doutrina do “*segundo olhar*” (“second look doctrine”), segundo a qual, nos casos em que o legislador agiu com pressa, falta de tempo ou de atenção, desrespeitando com isso direitos fundamentais, o papel dos juízes será o de fornecer uma interpretação provisória dos direitos em tese ofendidos, invalidando a lei e obrigando o legislador a realizar um *segundo olhar* sobre o tema, visualizando-o com os “olhos do povo”.⁷³ Se os legisladores se recusarem a acolher a interpretação judicial sobre o assunto e decidirem reeditar a legislação ofensiva à Constituição invalidada pelo Judiciário, a atuação judicial prévia terá contribuído para o incremento da *accountability* legislativa,⁷⁴ deixando nas mãos dos atores eleitos pelo povo a incumbência de resolver em última instância sobre a interpretação dos valores constitucionais, assumindo com isso os ônus políticos de sua decisão.

A proposta de se reconhecer a existência de um dever dos órgãos políticos de empreenderem uma segunda análise das decisões por eles tomadas, levando em conta valores constitucionais em tese desrespeitados, atribui também às instâncias políticas um papel no diálogo constitucional, às quais caberá responder à manifestação anterior dos tribunais – diferentemente das teorias do aconselhamento judicial, que conferem apenas ao Judiciário um papel ativo na definição do significado constitucional. As teorias centradas no processo admitem que os atores políticos estão também habilitados a interpretar a Constituição, embora estejam sujeitos,

72 BATEUP, 2006, p. 1128.

73 CALABRESI, 1991, p. 104.

74 BATEUP, 2006, p. 1129.

muitas vezes, a não levar adequadamente em consideração os valores constitucionais em razão de fatores inerentes à política competitiva, como é o caso da pressão dos partidos políticos.⁷⁵

A categoria do (a.3.) *minimalismo judicial* (“judicial minimalism”) seria, na classificação formulada por Bateup, a terceira modalidade de teoria do método judicial. Distinguindo-se das duas teorias anteriores, o minimalismo não tem como cerne uma postura pró-ativa do juiz no processo dialógico com os demais atores institucionais; ao contrário, aposta nas “virtudes passivas” da Corte, propondo que em temas caracterizados por fortes controvérsias a respeito da interpretação constitucional, especialmente aqueles marcados por um acentuado desacordo moral, a melhor solução é a autocontenção judicial.⁷⁶ A opção dos juízes por não se imiscuírem em questões constitucionais altamente controversas funcionaria como um convite para instaurar um diálogo constitucional entre os órgãos políticos do Estado e a sociedade, estimulando tais atores a debaterem o assunto na esfera de deliberação democrática, como forma de amadurecer a discussão sobre a temática e conferir maior legitimidade à definição do sentido da Constituição. Um dos mais destacados defensores do minimalismo judicial atualmente é Cass Sunstein,⁷⁷ e, embora seja importante frisar que o autor não identifica essa corrente de pensamento propriamente como uma teoria de diálogos constitucionais, outros autores fazem esse enquadramento.⁷⁸

O segundo grande grupo de teorias identificado por Bateup é o das (b) *teorias estruturais de diálogo* (“structural

75 BATEUP, 2006, p. 1130.

76 MANEIRO, 2016, p. 78.

77 SUNSTEIN, 2001.

78 É o caso de HEISE, 2000, p. 77-79.

theories of dialogue”), cujo ponto de convergência consiste no reconhecimento de que, dentro dos sistemas constitucionais, há mecanismos institucionais ou políticos aptos a possibilitar que atores políticos reajam a decisões judiciais quando delas discordarem, de sorte que o diálogo ocorrerá no momento em que tais instrumentos de reação forem empregados, suscitando um processo dinâmico de interação entre juízes e demais atores institucionais.

A primeira espécie dessas teorias é a das (b.1) *teorias da construção coordenada* (“coordinate construction theories”), as quais propugnam que o significado da Constituição é fruto de uma construção compartilhada por diferentes atores institucionais, sejam eles tribunais ou órgãos políticos do Estado, incumbindo a cada um dos Poderes realizar a interpretação constitucional de forma independente em relação aos demais, sem que haja uma hierarquia entre eles. Seria uma decorrência do sistema de *checks and balances*.⁷⁹ Uma crítica comumente dirigida a essas teorias, principalmente às suas manifestações mais antigas que sustentavam que cada ente detinha autonomia para realizar sua própria interpretação constitucional na sua esfera de competência,⁸⁰ é a de que, inexistindo uma delimitação sobre quais temas da Constituição incumbiria a cada Poder interpretar de forma definitiva e proferir a última palavra, cada órgão defenderia uma visão distinta sem possuir autoridade para se sobrepor às demais, gerando um conflito interpretativo.⁸¹

Afastando essa ideia de que seria necessário definir qual órgão detém “autoridade interpretativa” em cada caso, as versões mais contemporâneas da teoria sustentam que

79 BRANDÃO, 2012, p. 275-276.

80 Apontam os autores que um dos precursores dessa linha de pensamento foi James Madison. Nesse sentido: BATEUP, 2006, p. 1137.

81 Nessa linha: LIPKIN, 2006.

não se trata de identificar quem terá autoridade última para dizer qual é o sentido da Constituição: este será construído a partir do resultado das interpretações dos diferentes atores institucionais, que poderão divergir entre si em um processo de controles recíprocos.⁸² Em outras palavras, o processo de construção do significado constitucional é mais complexo do que uma simples decisão proferida por uma Corte, já que, enquanto não houver um mínimo acordo sobre a interpretação da Constituição, as instâncias democráticas se manifestarão, expedirão novas deliberações e atos normativos contrários às decisões já proferidas pelos tribunais, em um processo dinâmico de interpretação – e controles recíprocos – que somente alcançará um nível de estabilização, ainda que provisório, quando um mínimo de acordo semântico for atingido.⁸³ Assim como os tribunais freiam a atuação dos órgãos políticos quando reputam seus atos contrários à Constituição, também os atores políticos podem se contrapor à interpretação constitucional realizada pelo Judiciário, controlando-o por meio de outros mecanismos. Seria o caso, por exemplo, de uma decisão de um tribunal que declarasse a inconstitucionalidade de uma lei, seguida de aprovação de uma nova lei pelo Poder Legislativo que desafiasse a interpretação constitucional anteriormente atribuída pelo Judiciário, contrariando-a.

Outra crítica formulada às teorias da construção coordenada, já em sua vertente mais atual, é a de que essa racionalidade de competição entre os Poderes a respeito do significado constitucional aproxima-se mais a uma guerra interpretativa do que à ideia de diálogo, eis que em última análise a interação entre as instituições se resumirá a uma queda de braço na qual o vencedor será aquele que lograr

82 DEVINS; FISHER, 1998.

83 MENDES, 2008, p. 133-134.

fazer prevalecer o seu entendimento. Inexistiria nesses processos uma autêntica deliberação entre os atores institucionais; ao revés, haveria uma sobreposição de falas enviesadas, na qual um interlocutor é incapaz de ouvir o outro e ser persuadido com seus argumentos, já que sua preocupação se limita a fazer prevalecer a sua compreensão sobre o conteúdo constitucional.⁸⁴

As (b.2) *teorias dos princípios judiciais* (“theories of judicial principles”)⁸⁵ podem ser explicadas a partir das seguintes premissas: (i) os juízes detêm uma especial capacidade institucional para resolver questões de princípios, diante do seu isolamento político e de sua atribuição de interpretar os temas constitucionais a partir de casos concretos; (ii) os legisladores possuem uma capacidade institucional privilegiada para interpretar a Constituição nas questões que envolvem políticas públicas; (iii) embora caiba ao Judiciário a tarefa precípua de conferir significado aos valores constitucionais nas questões envolvendo princípios, ao Legislativo compete, em virtude de sua capacidade institucional, verificar se a decisão fornecida pelo juiz se encontra adequada sob a perspectiva política, cabendo-lhe reagir à decisão se a resposta for negativa; (iv) em tais circunstâncias, o diálogo poderá se desenvolver por iniciativa dos órgãos políticos, seja como correção a um erro ou excesso eventual dos juízes (falíveis, como quaisquer outros agentes), seja como uma reação a uma divergência entre Legislativo e Judiciário a propósito dos objetivos de implementação de políticas públicas.⁸⁶

84 BATEUP, 2006, p. 1142.

85 Alguns autores traduzem a expressão “theories of judicial principles” como “teoria dos princípios jurídicos” (v.g., MANEIRO, 2016, p. 81). A tradução mais adequada, todavia, parece ser “teoria dos princípios judiciais”, já que “princípios jurídicos” em inglês seria “legal principles”. O nome da teoria, ao utilizar o termo “judicial”, faz referência à atividade dos juízes.

86 BATEUP, 2006, p. 1143-1157.

A autora situa nessa categoria a precursora teoria dos diálogos institucionais desenvolvida por Peter Hogg e Allison Bushell e seguida por Kent Roach.⁸⁷ No Direito canadense, seria um exemplo dessa concepção a teorização feita por tais autores a partir das interações empreendidas entre Judiciário e Legislativo com base na seção 1 (“limitation clause”) e na seção 33 (“override clause”) da Constituição, que ensejam a possibilidade de reações legislativas após a declaração de inconstitucionalidade de leis pelos tribunais. Nos Estados Unidos, exemplos desse controle político das decisões da Suprema Corte pelo Congresso seriam a reedição de leis invalidadas pela Corte, a capacidade de delimitar a sua esfera de tomada de decisões com o objetivo de restringir seus efeitos, a possibilidade de emendar a Constituição, a indicação de novos magistrados à Corte, entre outros.⁸⁸

As teorias dos princípios judiciais, portanto, ao mesmo tempo em que reconhecem a função privilegiada do Judiciário de decidir a propósito de matérias relacionadas a princípios constitucionais, admitem que o Legislativo, na sua incumbência de elaborar políticas públicas, possa divergir dos tribunais em suas interpretações. Contudo, diferentemente das teorias da construção coordenada que negam a existência de uma hierarquia entre os atores aptos a interpretar a Constituição, as teorias dos princípios judiciais ressaltam o papel de destaque do Judiciário nessa seara.

Entre as várias críticas apontadas às teorias dos princípios judiciais (como, por exemplo, a impossibilidade de comprovação empírica da capacidade superior dos juízes para lidarem com questões de princípios), a mais importante segundo Bateup seria a existência de uma insuperável contradição interna: se os defensores dessa teoria pressupõem que Judiciário é uma instituição superior para fins de resolver

87 HOGG; BUSHELL, 1997; ROACH, 2001, p. 486.

88 BATEUP, 2006, p. 1146.

questões de princípios, seria um contrassenso admitirem que os órgãos políticos do Estado possam controlar os equívocos dos juízes. Ademais, para que os órgãos políticos fossem capazes de identificar em quais casos a interpretação judicial da Constituição está equivocada, seria necessário recorrer a uma teoria interpretativa apta a apontar objetivamente a existência desses erros, o que atualmente não existe.⁸⁹

As (b.3) *teorias do equilíbrio* (“equilibrium theories”) sustentam que não há uma hierarquia entre o Judiciário e outros atores políticos e sociais no que diz respeito à interpretação constitucional, rechaçando uma suposta superioridade dos juízes para o exercício dessa tarefa. O papel das Cortes seria o de atuar como um catalisador de questões merecedoras de discussão e, com isso, deflagrar um amplo debate nacional sobre o significado constitucional. Os tribunais seriam, pois, facilitadores de um diálogo constitucional, já que suas posições gerariam reações da opinião pública, as quais por sua vez influenciariam futuramente a tomada de decisões das Cortes, notadamente em casos de discordância popular, aptos a suscitar mudanças de orientação interpretativa dos juízes. Tais teorias defendem que a atribuição de sentido à Constituição deve se dar por meio de um processo de deliberação a longo prazo entre diversos atores (entre eles, o povo),⁹⁰ marcado por um debate aberto à persuasão, ao convencimento, à troca de argumentos e ao aprendizado em relação a distintas compreensões do sentido constitucional. O passar do tempo conduziria à formação de um equilíbrio constitucional, gerado pela aceitação, pelos diversos participantes do debate, do significado enfim atribuído à Constituição.⁹¹

89 BATEUP, 2006, p. 1148-1150.

90 MANEIRO, 2016, p. 83.

91 BATEUP, 2006, p. 1157-1159.

Nesse ponto, as teorias do equilíbrio constitucional distinguem-se das teorias de construção coordenada, uma vez que não associam a ideia de diálogo a uma batalha dos diferentes intérpretes sobre quem possui a melhor e última palavra a propósito da Constituição, como se os interlocutores fossem adversários em uma disputa. Antes, elas pressupõem a ocorrência de um debate de cunho efetivamente deliberativo, calcado na argumentação persuasiva, entre atores judiciais e não judiciais, aí incluída também a sociedade.

Finalmente, as (b.4) *teorias da parceria* (“partnership theories”) baseiam-se no reconhecimento de que os diferentes Poderes do Estado podem contribuir de distintas formas ao diálogo constitucional, sem que haja uma primazia do Poder Judiciário na interpretação da Constituição. Admitem que atores judiciais e não judiciais podem contribuir igualmente para a tomada de decisões a respeito de questões constitucionais, cada qual fornecendo sua contribuição e aprendendo dialogicamente com os aportes conferidos pelos demais agentes,⁹² tendo como resultado respostas mais adequadas do que aquelas formuladas por cada órgão de maneira isolada e baseada apenas em sua própria perspectiva institucional. Confiam na promoção de um efetivo debate entre os diferentes intérpretes, dando enfoque aos mecanismos institucionais como via adequada para a realização do processo de deliberação pública sobre o significado constitucional.

Tanto juízes quanto legisladores podem aprender reciprocamente com a visão do outro, visto que cada qual está apto a apresentar valiosas contribuições ao debate constitucional a partir de uma perspectiva distinta. Se de um lado o relativo isolamento dos juízes em relação às pressões políticas confere a eles uma liberdade maior para identificar os casos em que leis impõem restrições a direitos constitucionais indevidas e decorrentes de interesses escusos, de outro o

92 CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 199.

Poder Legislativo detém maior expertise para tratar de questões que envolvem o atingimento de objetivos político que exijam restringir direitos, com apoio em dados, informações e experiências próprios dos órgãos políticos do Estado.⁹³

Um dos mecanismos existentes para a promoção dessa interlocução entre o Judiciário e Legislativo em matéria de interpretação da Constituição é a previsão da cláusula do “não obstante” (“notwithstanding clause”) na seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá. Embora o mecanismo também seja referido pelas teorias dos princípios judiciais, a perspectiva aqui é diferente: enquanto aquelas partem da premissa que o Judiciário é uma instância privilegiada para decidir questões envolvendo princípios constitucionais, cabendo ao Legislativo reagir com o propósito de realizar um controle político corretivo dos equívocos judiciais, as teorias da parceria enxergam o aludido mecanismo como uma ferramenta institucional de interlocução dialógica, que se desenvolve em um espaço de argumentação, escuta, persuasão e convencimento (e não simplesmente de correção).

6. Conclusões

O modelo tradicional de democracia liberal, baseado na ideia de um processo de deliberação pública travado na arena política por meio da participação de cidadãos livres e iguais, encontra-se em crise. A falta de confiança dos indivíduos na política e nos seus representantes, somada à exclusão da classe dominada dos espaços decisórios, tem provocado o esvaziamento de instâncias democráticas como os órgãos legislativos, culminando em uma redução da participação política e uma diminuição da credibilidade no regime democrático.

93 BATEUP, 2006, p. 1170-1171.

Esse fenômeno tem caminhado rumo a uma tendência, nas democracias contemporâneas, a um deslocamento do poder decisório tradicionalmente confiado a órgãos representativos para os tribunais, mediante a incorporação de declarações de direitos fundamentais nas Constituições e instrumentos de controle jurisdicional de constitucionalidade. Passa-se a franquear ao Poder Judiciário prerrogativas de tomada de decisões a respeito de assuntos até então reservados à esfera política, em uma perspectiva de “democracia constitucional”, na qual se admite a imposição de limites à vontade da maioria para fins de proteção de direitos da minoria, reconhecendo-se a legitimidade da atuação judicial contramajoritária como meio de proteção dos direitos fundamentais.

O fortalecimento do Poder Judiciário vem acompanhado de diversos problemas, entre os quais a ausência de responsabilidade dos juízes e a impossibilidade – em grande parte dos sistemas políticos – de realização de controles jurídicos e sociais sobre a atividade abusiva e irregular dos magistrados, gerando uma inexistência de limites à sua atuação, passível de gerar riscos à democracia. Além disso, a carência de legitimidade democrática para a tomada de uma série de decisões sobre o sentido da Constituição, principalmente em relação a temas que envolvem fortes desacordos morais na sociedade, tem apontado para a necessidade de alternativas à concentração de poderes nas mãos do Judiciário.

Nesse cenário, o sistema brasileiro de controle jurisdicional de constitucionalidade se desenvolveu rumo à formação de um modelo ultraforte. Da Constituição de 1891 à Constituição de 1988, o Poder Judiciário – e em especial o Supremo Tribunal Federal – foi se fortalecendo cada vez mais com a adoção de mecanismos cumulativos de atribuição de poderes aos tribunais em matéria de controle de constitucionalidade. Atualmente, o ordenamento jurídico nacional admite: (i)

controle jurisdicional concreto, concedido a todos os juízes e tribunais de forma difusa, tal como no *judicial review* estadunidense; (ii) controle jurisdicional abstrato, concentrado nas mãos do Supremo Tribunal Federal, suscetível de provocação por um amplo rol de legitimados ativos e mediante diversos instrumentos processuais; (iii) eficácia *erga omnes* e efeito vinculante das decisões do STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade; (iv) possibilidade de atribuição de tais efeitos a súmulas vinculantes, representativas do entendimento reiterado da Corte sobre matéria constitucional em casos concretos; (v) reconhecimento da prerrogativa do STF de controlar a constitucionalidade de emendas à Constituição que tenham desrespeitado limites formais, circunstanciais e materiais fixados no próprio texto constitucional.

Tais características forjaram um modelo excessivamente forte de controle jurisdicional de constitucionalidade, a ponto de se falar em um governo do Supremo Tribunal Federal. O resultado da criação de tantos instrumentos foi um processo de excessiva judicialização da política, somado a uma postura ativista da Corte, alvo de diversas críticas. Entre elas, destacam-se os riscos dessa atuação para a legitimidade democrática das decisões tomadas, a politização indevida da justiça e a existência de limites das capacidades institucionais do Poder Judiciário para esse tipo de atividade. Agregam-se a isso os problemas da utilização do controle jurisdicional de constitucionalidade como tentativa de reverter derrotas sofridas nas instâncias de deliberação política, a manipulação da agenda nacional pelos Ministros ao pedirem vistas de processos por longos períodos ou ao inserir em pauta rapidamente determinados feitos, a ausência de um modelo de julgamento efetivamente deliberativo entre os magistrados nas decisões colegiadas e a tomada de decisões de última instância atentatórias a direitos fundamentais e ao Estado de Direito.

Para solucionar alguns dos riscos à democracia acarretados pela supremacia judicial, uma possível saída consiste na incorporação de mecanismos de diálogos entre os poderes constituídos para a atribuição de significado à Constituição, retirando do Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de dar, com exclusividade, a última palavra sobre a interpretação constitucional. As teorias dialógicas desenvolvidas pela doutrina do Direito Constitucional são diversas, permitindo a incorporação de diferentes elementos para fortalecer a legitimidade democrática do processo de definição do sentido das normas constitucionais.

Referências

ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018.

AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.54934.

BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018.

BARBOSA, Claudia Maria. Moro e o STF: da independência à irresponsabilidade. In: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Marcio; RAMOS FILHO, Wilson (Org.). **A resistência ao golpe de 2016**. Bauru: Canal 6, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, New York, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277-DF. Relator Min. Ayres Britto. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 05/05/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 73. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 27/11/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 939/DF. Rel. Min. Sydney Sanches. Pleno. Julgado em 15.12.1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n°. 1.063. V. vencedor Ministro Piza e Almeida. Julgado em 5/3/1898.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n°. 3.527. V. vencedor Ministro Amaro Cavalcanti. Julgado em 15/4/1914.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n°. 300. V. vencedor Ministro Visconde de Sabará. Julgado em 3/ 4/1892.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 26.603. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. Julgamento em 04.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 390.840/MG. Rel. Min. Marco Aurélio. Pleno. Julgado em 09.11.2005.

CALABRESI, Guido. The Supreme Court 1990 term – Forward: Antidiscrimination and constitutional accountability (what the Bork-Brennan debate ignores). **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 105, p. 80-151, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito - RECHTD**, São Leopoldo, p. 218-227, jul/set. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. **Revista de informação legislativa**, v. 51, n.º. 202, p. 159-179, abr./jun. 2014.

CICHELERO, César Augusto; FERRI, Caroline; NUNES, Eduardo Brandão. From an idealized separation of powers to its practical problems in the Rule of Law. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 15-40, jan./abr. 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. DOI: 10.5380/rinc.v2i3.44534.

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. **El declive de la democracia - Latinobarometro 2016**. Santiago, 2016. Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>>. Acesso em 22 jun. 2020.

CUNHA, Carlos Renato; COSTA, Valterlei A. da; VALLE, Maurício Dalri Timm do. O sobrestamento legislativo de decisões do STF: diálogo constitucional e o papel do judiciário como ator com poder de veto no Brasil. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 74, p. 193-216, out./dez. 2018.

DAL POZZO, Emerson Luís; MION, Ronaldo de Paula.

Controle jurisdicional das políticas públicas de saúde através da inclusão de medicamentos na relação de medicamentos essenciais do Sistema Único de Saúde. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 199-228, jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1113.

DEVINS, Neal; FISHER, Louis. Judicial exclusivity and political instability. **Virginia Law Review**, Charlottesville, v. 84, p. 83-106, 1998.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre *The People Themselves*, de Larry Kramer. **Revista de libros de la Fundación Caja Madrid**, Madrid, n. 112, abr. 2006. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf>>. Acesso em 22 jun. 2020.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo. Democracia, liberación y socialismo: tres alternativas en una. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, n. 21, p. 147-156, set./dez. 2002.

HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, p. 340-399, jan./jun. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). **Revista Colunistas - Direito do Estado**, Salvador, n. 86, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 23 jun. 2020.

HEISE, Michael. Preliminary thoughts on the virtues of passive dialogue. **Akron Law Review**, Akron, v. 34, n.1, p. 73-106, 2000.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The *Charter* dialogue between courts and legislatures (or perhaps the *Charter of Rights* isn't such a bad thing after all). **The Osgoode Hall Law Journal**, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

KATYAL, Neal Kumar. Judges as Advice-givers. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 50, p. 1709-1824, 1998.

KATZ, Andrea Scoseria. Making Brazil work? Brazilian coalitional presidentialism at 30 and its post-Lava Jato prospects. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 77-102, set./dez. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i3.60965.

KOZICKI, Katya; ARAÚJO, Eduardo Borges. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 36, n. 71, p. 107-132, jul./dez. 2015.

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

LAURENTIIS, Lucas Catib De. Tenho medo, do medo, do

medo da ADC: uma resposta a Breno Magalhães. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 73, p. 141-162, jul./set. 2018. DOI: 10.21056/aec.v18i73.958.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valetina de. “Diálogo” entre Poderes no Brasil? Da inconstitucionalidade da regulação da vaquejada à vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro: uma análise crítica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 63-81, jan./abr. 2018.

LIMA, Fernando Rister de Souza; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Separação dos poderes e complexidade social – uma releitura sistêmica. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 189-220, jan./abr. 2018.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Autoconterção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a) s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018.

LIPKIN, Robert Justin. Which Constitution? Who decides? The problem of judicial Supremacy and the interbranch solution. **Cardozo Law Review**, New York, v. 28, n. 3, p. 1055-1132, 2006.

LUNA, Eric. Constitutional road maps. **Journal of Criminal Law and Criminology**, Chicago, v. 90, n. 4, p. 1125-1250, 2000.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Aspects de droit financier sous-jacents au processus d’impeachment au Brésil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n. 3, p. 647-667, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.57889.

MAGALHÃES, Breno Baía. Quem tem medo da ADC? Os 20 anos da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a judicialização da política no STF. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 217-261, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.479.

MANEIRO, Renata de Marins Jaber. **Mandado de injunção, diálogos constitucionais e o papel do STF**. Curitiba: Juruá, 2016.

MANEIRO, Renata de Marins Jaber; PULCINELLI, Eliana. Litígio estratégico, vinculação de precedentes e abertura ao diálogo constitucional na construção do provimento jurisdicional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 193-219, maio/ago. 2017.

MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emanuel Teófilo; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; PEREIRA Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Diálogos Sanitários Interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56027.

MEDEIROS, Orione Dantas de. O controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. Do modelo híbrido à tentativa de alteração para um modelo misto complexo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, n. 200, p. 189-210, out./dez. 2013.

MÉDICI, Alejandro. **La Constitución horizontal: teoría constitucional y giro decolonial**. [s.l.]: Centro de estudios jurídicos y sociales Mispat, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. 2008. 267 f. Tese de Doutorado em Ciência Política - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008.

MIGUEL, Luis Felipe. Mecanismos de exclusão política e os limites da democracia liberal: uma conversa com Poulantzas, Offe e Bourdieu. **Novos estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 98, p. 145-161, mar. 2014.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 25, p. 165-175, jun. 2006.

PEREIRA, Robson. De cada três leis, duas foram julgadas inconstitucionais pelo STF em 2016. **Conjur**. 29.05.2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-29/cada-tres-leis-duas-foram-julgadas-inconstitucionais-2016>>. Acesso em: 29 jun. 2020.

PERLINGEIRO, Ricardo. Impeachment e devido processo legal. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 151-167, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55114.

PLATTNER, Marc F. Is democracy in decline? **Journal of Democracy**, Washington, v. 26, n. 1, p. 5-10, jan. 2015.

RESENDE, Ranieri Lima; VIEIRA, José Ribas. Judicial review e democracia: caminhos para um controle dialógico de constitucionalidade. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 113, p. 405-430, jul./dez. 2016.

RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivan Alberto. Judicialization of the right to health and institutional changes in Brazil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 35-52, set./dez. 2016. DOI: 10.5380/rinc.v3i3.48160.

ROACH, Kent. Constitutional and Common Law dialogues between the Supreme Court and Canadian legislatures. **Canadian Bar Review**, Ottawa, v. 80, n. 1-2, p. 481-533, mar./jun. 2001. p. 486.

SEITZ, Max. 2016 foi realmente um ano difícil para a demo-

cracia? **BBC Brasil**. 28 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38447192>>. Acesso em 30 jun. 2020.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Dos requisitos jurídicos para a instauração do processo de impeachment do Presidente da República. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 2, p. 189-213, maio/ago. 2015. DOI: 10.5380/rinc.v2i2.44517.

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

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

TEIXEIRA, João Paulo Allain; CASTILHO, Natalia Martinnuzzi. Desafios ao constitucionalismo na América Latina: uma visão geral sobre o “novo golpismo”. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 303-323, set./dez. 2018.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press. 1999.

VALLE, Vanice Lírio do. Mandado de injunção, um enredo em andamento: seis personagens à procura de um autor. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 155-185, jan./mar. 2013.

VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. Constitucionalismo popular: modelos e críticas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 277-302, set./dez. 2018.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008.

Concepção e desenho da pesquisa: a ideia foi concebida por Daniel Wunder Hachem a partir de discussões em sala de aula na Pontifícia Universidade Católica do Paraná sobre os problemas atuais da supremacia judicial e o excesso de poderes conferidos ao Supremo Tribunal Federal; o desenho da pesquisa e a estruturação dos tópicos foram propostos por ambos os autores em conjunto; Coleta e processamento dos dados: o levantamento bibliográfico foi feito por ambos os autores; Análise e interpretação dos dados: os textos em português e os tópicos 1, 2 e 3 foram lidos e redigidos por Eloi Pethechust, ao passo que os textos em inglês e os tópicos 4, 5 e 6 foram lidos e redigidos por Daniel Wunder Hachem; Detalhamento da colaboração na elaboração do texto final: após a redação dos tópicos 1, 2 e 3 por Eloi Pethechust e dos tópicos 4, 5 e 6 por Eloi Pethechust, ambos revisaram a redação elaborada pelo coautor. (Texto informado pelos autores)

Recebido em 25/09/2020

Aprovado em 20/11/2020

Daniel Wunder Hachem

E-mail: danielhachem@gmail.com

Eloi Pethechust

E-mail: pethechust@hotmail.com