

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

RUAN ESPÍNDOLA FERREIRA

**POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS TEORIAS DOS DIÁLOGOS
INSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: UM ESTUDO
SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO**

Uberlândia

2014

RUAN ESPÍNDOLA FERREIRA

**POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS TEORIAS DOS DIÁLOGOS
INSTITUCIONAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: UM ESTUDO
SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.**

Dissertação de mestrado apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Uberlândia, como requisito
parcial à obtenção do título de mestre em
direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Garrido da
Silva

Uberlândia

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

F383p
2014

Ferreira, Ruan Espíndola, 1988-

Possibilidade de aplicação das teorias dos diálogos institucionais no ordenamento brasileiro : um estudo sobre inconstitucionalidade por omissão / Ruan Espíndola Ferreira. - 2014.

259 f. : il.

Orientador: Alexandre Garrido da Silva.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Direito constitucional - Brasil - Teses. 3. Direito - Filosofia - Teses. I. Silva, Alexandre Garrido da. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

RUAN ESPÍNDOLA FERREIRA

**Possibilidade de aplicação das teorias dos diálogos institucionais no ordenamento
brasileiro: um estudo sobre a inconstitucionalidade por omissão**

Dissertação de mestrado apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Uberlândia, como requisito
parcial à obtenção do título de mestre em
direito.

Área de concentração: Direito Constitucional

Uberlândia, 25 de Fevereiro de 2014.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva – FADIR/UFU

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges – FADIR/UFU

Prof. Dr. José Ribas Vieira – PUC/RJ

Aos que nos fazem questionar e sorrir

AGRADECIMENTOS

Ao terminar uma tarefa tão árdua como escrever uma dissertação, o sentimento, além de êxtase, é de gratidão àquelas pessoas mais próximas.

Aos meus pais, Dona Linda, minha passarinha, e Sr. Wilmar, meu cabeça de cotonete, por todo o apoio durante esta caminhada, sobretudo pela confiança e esperança que depositaram em mim.

Ao Felipe, meu irmão de coração, por representar o melhor da amizade que uma pessoa pode ter.

Ao Puff, igualmente irmão, que verdadeiramente esteve ao meu lado nos momentos mais difíceis.

Ao Tórpe, que reapareceu e possui forte influência na minha vida.

À Tainah, minha princesa, pelo constante apoio.

À Lu, que ocupa espaço tão importante em minha vida, em tão pouco tempo de convivência e que me faz, todos os dias, acreditar na esperança de um mundo melhor.

A todos os meus amigos que aprendi a respeitar e admirar no decorrer dos últimos anos.

Ao meu orientador, professor Alexandre Garrido, jovem professor com um futuro bastante promissor, por toda a paciência e dedicação ao longo da orientação dessa dissertação, bem como da iniciação científica e monografia de graduação.

Aos Professores Alexandre Walmott e Fernando Martins que teceram importantes considerações sobre a minha pesquisa.

À Isabel, por toda a dedicação, amizade e peculiar carinho que sempre teve a todos os alunos e professores do CMDIP.

A todos os colegas do CMDIP que apontaram valiosas dicas no decorrer da minha pesquisa e das disciplinas do curso.

A todos os alunos e colegas professores da UNIPAC, FUCAMP e ESAMC.

A todas aquelas pessoas que estiveram presente na minha vida, mas quis o destino que por um motivo ou outro não mais estão.

A todos os familiares, em especial ao meu avô, Sr. Jerônimo, à minha avó Dona Nenzinha, não mais presente, à minha outra avó, Dona Lourdes, aos meus tios Bacuri, Edmar, Sérgio, Lázara, Dalva e Maria Rita, Eleidie, Fausto, César, Gorete, e Wesley, pessoas por quem nutro profunda admiração.

A todos vocês, o meu mais sincero agradecimento e gratidão.

*Quando o populacho se mete a raciocinar,
tudo está perdido*

(Carta de Voltaire a Donilaville, 1776)

RESUMO

O presente trabalho discorre sobre a jurisdição constitucional sob o enfoque das teorias dos diálogos institucionais. Objetiva mostrar que o conceito polissêmico dos diálogos institucionais permite encontrar traços de sua incidência no ordenamento brasileiro, sobremaneira na inconstitucionalidade por omissão. Pretende, de forma específica, analisar a relação entre o Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional na interpretação do texto constitucional e na inconstitucionalidade por omissão. Intenta ainda analisar a proporção entre diálogo institucional e decisionismo na omissão inconstitucional, bem como analisar a omissão inconstitucional sob a ótica do poder de agenda do Supremo Tribunal Federal. Por fim, pretende analisar as técnicas de decisão em que o Supremo Tribunal Federal deixe espaço para a intervenção de outros órgãos estatais para a concretização da Constituição. A metodologia usada é a dedutiva e os métodos de pesquisa selecionados são, sobretudo, o bibliográfico e as pesquisas legislativa e jurisprudencial. Encontrou-se, após detida análise sobre os diálogos institucionais, que elas possuem conceito amplo, apesar de seus dois pontos centrais: a atuação como teoria empírica, em que sempre haverá interação, maior ou menor, entre os Poderes; e teoria normativa, em que essa interação é desejada por gerar resultados com menor propensão ao erro e mais democraticamente legítimo. Com isso, consegue-se encontrá-las no ordenamento jurídico brasileiro, sobremaneira no que se refere à inconstitucionalidade por omissão.

Palavras-chave: Teoria dos diálogos institucionais. Separação dos poderes. Legitimidade. Omissão inconstitucional

ABSTRACT

This paper discusses the judicial review under the focus of theories of institutional dialogues. Main objective, aims to demonstrate that the weak systematization of institutional dialogues allows to find points of their incidence in the Brazilian, specifically the unconstitutionality by omission. Aims, specifically, to analyze the relationship between the Supremo Tribunal Federal and Congress in interpreting the Constitution and in the unconstitutionality by omission. It also aims to analyze the relationship of institutional dialogue and decisionism in unconstitutional omission and analyze the unconstitutional omission from the perspective of the agenda power of the Supremo Tribunal Federal. Finally, aims to analyze technical decision in which the Supremo Tribunal Federal leaves room for the intervention of other state power in implementing the Constitution. The selected research methods are mainly bibliographic and legislative and jurisprudential research. It also used the deductive method. It was found, after detailed analysis on the institutional dialogues, they have a meager systematization, despite its two central points: the performance as an empirical theory, in which interaction will always be, more or less, among the Powers; and normative theory, that this interaction is required for generating results with less prone to error and more democratically legitimate. Thus, can be found them in the brazilian legal system, greatly as regards the unconstitutionality by omission.

Keywords: Theory of institutional dialogues. Separation of powers. Legitimacy. Unconstitutionality by omission.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT – Atos de Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADI/MC – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Medida Cautelar

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AI – Ato Institucional

CF – Constituição Federal

CRA – Constitutional Reform Act

DJ – Diário de Justiça

EC – Emenda Constitucional

HRA – Human Rights Act

MI – Mandado de Injunção

MI/QO – Mandado de Injunção – Questão de Ordem

Min. Rel. – Ministro Relator

NZBORA – New Zeland Bill of Rights Act

PEC – Proposta de Emenda Constitucional

RAE - Região Administrativa Especial

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

WRV – Weimarer Reichsverfassung

LISTA DE TABELAS

<i>Tabela 1. Decisão no interior dos diálogos institucionais</i>	101
<i>Tabela 2. Utilidade majoritária do exercício da revisão judicial.</i>	110
<i>Tabela 3. Localização de cada país em cada critério</i>	116
<i>Tabela 4 Problemas das formas de diálogos institucionais existentes</i>	147

LISTA DE FIGURAS

<i>Figura 1 Esquema padrão dos diálogos institucionais na visão de Linares</i>	101
<i>Figura 2 Diálogo pela via interpretativa</i>	102
<i>Figura 3 Diálogo pela forma superadora</i>	102
<i>Figura 4. Rodadas procedimentais</i>	105
<i>Figura 5. Diálogo no interior da decisão: virtudes passivas.....</i>	118
<i>Figura 6. Diálogo no interior da decisão: virtudes ativas - aconselhamento</i>	120
<i>Figura 7. Teorias do aconselhamento - constitutional road maps</i>	123
<i>Figura 8. Teorias do centradas no processo - segundo olhar</i>	124
<i>Figura 9. Teorias da construção coordenada</i>	126
<i>Figura 10. Teorias dos princípios jurídicos.....</i>	127
<i>Figura 11 - Teorias do Equilíbrio</i>	128
<i>Figura 12. Teorias da parceria</i>	130
<i>Figura 13. Fusão Dialógica</i>	130
<i>Figura 14. Sistema canadense: uso preventivo da cláusula não obstante.....</i>	134
<i>Figura 15. Sistema canadense: uso repressivo da cláusula não obstante</i>	134
<i>Figura 16. Réplica do Knesset mediante reforma do texto da Lei básica flexível</i>	137
<i>Figura 17. Sistema israelense: uso preventivo da cláusula não obstante.....</i>	138
<i>Figura 18. Sistema inglês: soberania parlamentar com declaração de incompatibilidade ..</i>	140
<i>Figura 19. Sistemas neozelandês e australiano: mandato interpretativo</i>	146
<i>Figura 20. Proposta de justiça constitucional</i>	148
<i>Figura 21. Sistemas da constituição de 1937.....</i>	151
<i>Figura 22. Sistema brasileiro: exemplo prático.....</i>	152
<i>Figura 23. Sistema Chinês.....</i>	153
<i>Figura 24. Sistemas da Macau e Hong Kong.....</i>	157
<i>Figura 25. Diálogo institucional no RE 197.917-8/SP</i>	162
<i>Figura 26. Diálogo institucional na ADI 295-MC/DF</i>	167
<i>Figura 27. Diálogo institucional nos MIs 444-QO/MG, 592/SP e 721/DF</i>	172

<i>Figura 28. Diálogo institucional na ADI 2240/BA</i>	<i>175</i>
<i>Figura 29. Diálogo institucional no art. 52, X.....</i>	<i>179</i>
<i>Figura 30. Diálogo institucional nas súmulas vinculantes</i>	<i>183</i>
<i>Figura 31. Diálogo institucional na PEC 03/2011</i>	<i>186</i>
<i>Figura 32. Diálogo institucional na PEC 33/2011: Modificação do art. 102</i>	<i>190</i>
<i>Figura 33. Diálogo institucional na PEC 33/2011: Modificação do art. 103-A</i>	<i>190</i>
<i>Figura 34 Poder de agenda na inconstitucionalidade por omissão</i>	<i>208</i>
<i>Figura 35 Omissão total - Autoaplicabilidade.....</i>	<i>209</i>
<i>Figura 36 Omissão total - estabelecimento de prazo.....</i>	<i>210</i>
<i>Figura 37. Omissão total - morosidade do congresso</i>	<i>210</i>
<i>Figura 38 Omissão total - criação da norma.....</i>	<i>211</i>
<i>Figura 39. Omissão parcial - Declaração de inconstitucionalidade da norma existente</i>	<i>212</i>
<i>Figura 40. Omissão parcial - morosidade do Congresso</i>	<i>212</i>
<i>Figura 41. Omissão parcial - Extensão de benefícios.....</i>	<i>213</i>
<i>Figura 42. Omissão parcial propriamente dita</i>	<i>213</i>
<i>Figura 43. Sentenças interpretativas.....</i>	<i>220</i>
<i>Figura 44. Sentenças aditivas</i>	<i>222</i>
<i>Figura 45. Sentenças aditivas de princípios</i>	<i>223</i>
<i>Figura 46. Sentenças substitutivas</i>	<i>224</i>
<i>Figura 47. Sentença de inconstitucionalidade sem efeito ablativo</i>	<i>231</i>
<i>Figura 48, Sentença de inconstitucionalidade de ablação diferida.....</i>	<i>232</i>
<i>Figura 49. Sentença de apelo</i>	<i>232</i>
<i>Figura 50 Sentença de aviso</i>	<i>233</i>
<i>Figura 51. Diálogo institucional - MIs 670/ES; 708/PB e 720/PA.....</i>	<i>243</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
1 ASPECTOS FILOSÓFICOS DE LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A SUA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A DEMOCRACIA E A SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	23
1.1 A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES POLÍTICAS: PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO.....	24
1.1.1 Inclinação ao Judiciário: John Rawls, Ronald Dworkin e Robert Alexy	26
1.1.1.1 Consenso sobreposto em John Rawls.....	26
1.1.1.1 Dworkin e a leitura moral da Constituição	29
1.1.1.2 Alexy e a representação argumentativa	33
1.1.2. Inclinação contrária ao Judiciário: Habermas e Waldron.....	37
1.1.2.2 Habermas e o agir comunicativo	37
1.1.2.1 Waldron e as vantagens epistemológicas do Legislativo	41
1.1.2.3 A visão de Linares: a insuficiência do procedimentalismo e substancialismo radicais e os procedimentalismo e substancialismo débeis	45
1.2 REPENSANDO A SEPARAÇÃO DE PODERES	47
1.2.1 A abordagem clássica: do surgimento da doutrina da separação dos Poderes até Montesquieu	48
1.2.2 A ascensão do Poder Judiciário enquanto Poder independente e autônomo: a Constituição americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791	54
1.2.3 A insuficiência teórica da tripartição de poderes: as teorias do governo misto, da constituição equilibrada e dos freios e contrapesos.....	58
1.2.4 A inexistência de uma doutrina fundamental sobre a separação dos poderes: o surgimento da judicialização e ativismo judicial.....	61
2 DA INSUFICIÊNCIA DA LEGITIMIDADE EXPERTISE DOS MODELOS TRADICIONAIS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AO SURGIMENTO DAS TEORIAS DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS	66
2.1 MODELOS TRADICIONAIS DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL	66

2.1.1 O caso <i>Marbury v. Madison</i> : dos fundamentos do <i>judicial review</i> aos dias atuais e afirmação do controle de constitucionalidade	66
2.1.2 Kelsen v. Schmitt: o nascimento da jurisdição constitucional na Europa.....	70
2.1.3 Argumentos em defesa aos modelos de supremacia constitucional	76
2.1.4 Argumentos críticos aos modelos de supremacia judicial.....	78
2.2 MODELO DE SUPREMACIA PARLAMENTAR DE WESTMINSTER	81
2.2.1 Argumentos em defesas dos modelos de supremacia parlamentar.....	82
2.2.2 Argumentos críticos aos modelos de supremacia parlamentar.....	83
2.3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: AFIRMAÇÃO E EXPANSÃO ...	84
2.3.1 Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal	96
2.3.2 Sentenças com fundamentação perfeccionistas	98
2.4 A NOVA PROPOSTA: TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS	100
2.4.1 Delimitando os termos: diálogos e instituições	101
2.4.2 Legitimidade democrática e a questão contramajoritária	107
2.4.2.1 Gradação da dificuldade contramajoritária.....	109
2.4.3 Diálogos no interior da decisão: virtudes passivas e ativas.....	117
2.4.4 Sistematização proposta por Bateup.....	121
2.5 APLICAÇÃO DAS TEORIAS DIALÓGICAS: EXEMPLOS HISTÓRICOS E ATUAIS	131
2.5.1 Constituição rígida, tradição parlamentar e as teorias dialógicas como solução possível: o modelo canadense.....	131
2.5.2 Leis básicas e desacordo constitucional: o modelo israelense	135
2.5.3 Carta de direitos humanos e transformações institucionais: os modelos inglês, neozelandês e australiano.	138
2.5.4 Proposta de Linares para fortalecer o diálogo institucional	146
2.5.5 Diálogos institucionais em contextos não democráticos: o Brasil de 37, China, Macau e Hong Kong.	148
2.5.6. Algumas possibilidades dos diálogos institucionais no Brasil: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o art. 52,X, CF, Súmulas vinculantes e a PEC 03/2011	158
2.5.6.1 Número de vereadores por município: RE 197.917-8/SP.	159
2.5.6.2 Regulação das medidas provisórias: ADI-MC 295/DF.....	163
2.5.6.3 Aposentadoria especial de servidores públicos envolvidos em atividade insalubre ou perigosa: MI 444-QO/MG e seus desdobramentos MI 592/SP e MI 721/DF.....	168
2.5.6.4 A criação do Município baiano de Luís Eduardo Magalhães: de ADI 2240/BA	173

2.5.6.5 O art. 52, X, CF e a atuação do Senado Federal: a possibilidade de diálogo institucional e a mutação constitucional.....	176
2.5.6.6 Súmulas vinculantes	182
2.5.6.7 As propostas de emenda constitucional 03/2011 e 33/2011: a insatisfação do Poder Legislativo	184
3 A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: ASPECTOS TEÓRICOS E O CARÁTER DIALÓGICO	192
3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	192
3.2 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: ASPECTOS TEÓRICOS E PROCESSUAIS	194
3.3 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NA VISÃO DAS TEORIAS DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: O <i>PODER DE AGENDA</i> DO PODER JUDICIÁRIO	205
3.4 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO CARÁTER DIALÓGICO: AS SENTENÇAS INTERMEDIÁRIAS	214
3.4.1 Sentenças normativas e a pretensão perfeccionista	215
3.4.2 Sentenças transitivas ou transacionais: relativizando a força das sentenças	225
3.5 A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NA ÓTICA DAS TEORIAS DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	234
3.5.1 As categorias de análise: mandados de injunção sobre a greve dos servidores públicos	234
3.5.2 Justificativa metodológica	236
3.5.3 Amostra de casos: mandados de injunção 670/ES, 708/PB e 712/PA	236
3.5.4 Resposta(s) dialógica(s): a interação entre os poderes	240
CONCLUSÃO.....	245
REFERÊNCIAS	250

INTRODUÇÃO

A jurisdição constitucional, em época de acanhamento legislativo e de profunda proliferação dos direitos fundamentais, está associada ao discurso quase sempre passional da legitimidade democrática das decisões judiciais. Procurando diminuir essa tensão, o presente trabalho tem por objetivo mostrar a influência das teorias dos diálogos institucionais de jurisdição constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, sobremaneira por intermédio da inconstitucionalidade por omissão.

Especificamente, pretende analisar a relação entre Supremo Tribunal Federal e demais esferas do Poder na elaboração do sentido da Constituição, bem como a relação entre o Supremo Tribunal Federal e demais Poderes tendo como base a inconstitucionalidade por omissão; pretende ainda analisar a proporção entre diálogo institucional e decisionismo na omissão inconstitucional; a omissão inconstitucional sob a ótica do poder de agenda do Supremo Tribunal Federal e, por fim, as técnicas de decisão em que o Supremo Tribunal Federal deixe espaço para a intervenção de outros órgãos estatais para a concretização da Constituição.

A importância da temática é especialmente significativa para o estudo de possíveis alternativas ao modelo tradicional de jurisdição constitucional que confere às supremas cortes a palavra final em questões interpretativas em disputa na sociedade.

A observação dos arranjos institucionais tem como objetivo possibilitar um exercício de imaginação institucional de formas alternativas de controle de constitucionalidade das leis, dotadas de um caráter mais dialógico e cooperativo, diferentemente dos modelos tradicionais de jurisdição constitucional que estimulam o unilateralismo decisório, o ativismo judicial e o protagonismo institucional do Supremo Tribunal Federal na definição de temas e questões profundamente controversos e complexos na sociedade brasileira.

A adoção da visão dialógica para o controle de constitucionalidade por omissão, seja na ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou no mandado de injunção, em suma, em questões estruturais do Estado Constitucional, permite a produção de decisões dotadas de mais alto grau de eficácia do problema, tanto por solucionar as falhas institucionais existentes

no Judiciário para questões de políticas públicas, quanto por pressionar politicamente o Legislativo à adoção da medida constitucionalmente determinada.

Adverte-se, também, que as teorias dos diálogos institucionais permitem nova forma de analisar o controle de constitucionalidade em que a última palavra não seja dada somente ao Judiciário, mas na construção cooperativa entre os Poderes instituídos. A bem da verdade, é uma interpretação do controle de constitucionalidade em que não há a última palavra. Nesse sentido, pode-se tomar a supremacia judicial como algo diverso de um fim em si mesmo. Trata-se, na verdade, de um mecanismo de maior segurança proveniente da rigidez institucional do Judiciário. Assim, permite a análise do guardião da Constituição de modo mais aberto à sociedade e aos demais Poderes.

No que se refere à inconstitucionalidade por omissão, a ausência de última palavra garante a construção coordenada do sentido da Constituição. Associa, de um lado, a ênfase na tutela jusfundamental pelo Poder Judiciário; e, por outro lado, a capacidade institucional do Legislativo em deliberar sobre o plano macro em relação às políticas públicas.

Deste modo, vê-se a possibilidade de construir uma proposta alternativa de atuação do Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação da Constituição, cujas principais características serão o seu caráter dialógico e institucionalmente cooperativo.

O marco teórico da nova abordagem constitucional é a expansão da jurisdição constitucional, de modo que dificilmente se encontra uma questão política, moral, econômica ou científica que não possa ser levada à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. Inúmeros fatores jurídicos, políticos e sociais corroboram esta percepção do atual funcionamento da complexa relação entre os Poderes de Estado em nosso sistema jurídico marcado pela expansão da judicialização da política.

Percebe-se, assim, que não há espaço político vazio de Constituição, isto é, não há questão controvertida para a qual o texto constitucional não possa oferecer uma diretriz valorativa ou principiológica que circunscreva, em último caso, as opções político-normativas deliberadas e aprovadas pelo Poder Legislativo ou implementadas pelo Poder Executivo.

Ao mesmo tempo em que cresce o número de temas levados à apreciação do Poder Judiciário, vê-se o concomitante surgimento de novos atores políticos. Assim, o modelo tradicional de jurisdição constitucional, mostra-se insuficiente, visto que questões constitucionais não permanecem restritas ao âmbito judiciário, mas transpõem os limites dos tribunais e atingem o segmento que lhe dá suporte: a sociedade.

Com o surgimento dos novos atores político-jurídicos e a complexidade das demandas constitucionais, a interpretação constitucional não deve se limitar ao Judiciário.

Começa-se, então, a questionar a legitimidade das decisões tomadas pelo Judiciário, visto não possuírem legitimidade democrática, problema que recebe o nome de questão contramajoritária.

A jurisdição constitucional de um grupo restrito de países, notadamente as antigas colônias britânicas, adotou uma forma peculiar de jurisdição constitucional que, ao mesmo tempo em que mantinha os direitos fundamentais protegidos em relação às deliberações políticas, conseguiriam sanar a falta de legitimidade do Poder Judiciário. É este o contexto em que surgem as teorias dialógicas, entendidas como o modo que a sociedade e atores políticos respondem ao exercício do Poder Judiciário. Ademais, elas se preocupam com dois problemas da teoria constitucional: de um lado, a efetivação da constituição; de outro, a legitimidade democrática dos órgãos que a aplicam.

Dada a semântica aberta do conceito, associado à falta de requisitos para a caracterização das teorias dialógicas, é possível encontrar traços dos diálogos institucionais em outros ordenamentos, superando os limites da tradição de governo parlamentar. À primeira vista, nota-se a presença das teorias dialógicas na inconstitucionalidade por omissão, ocasião em que o Judiciário atuará como poder de agenda¹ em questões estruturais.

A inconstitucionalidade por omissão é decorrente da abstenção, inércia ou silêncio do poder público que deixa de praticar determinado ato exigido pela Constituição. Só se caracterizará quando houver o dever constitucional de ação. As recomendações feitas pelo Judiciário, após a caracterização da omissão inconstitucional, poderão fixar parâmetros gerais aos quais a autoridade deverá se sujeitar. Ademais, as restrições fixadas pelos juízes acerca da maneira de operar e do conhecimento técnico necessário, coadunarão num ciclo de intervenções que se transforma numa relação de supervisão de grande duração entre o juiz e a instituição. Com uma função estrutural, há a exigência de nova dinâmica na relação entre os Poderes constituídos, o que implica uma reflexão crítica acerca do enfoque tradicional que concebe o princípio da tripartição dos Poderes, no sentido de viabilizar a implementação constitucional, privilegiando a prevalência constitucional.

O diálogo poderá ser acentuado em decorrência das diversas técnicas de decisão usadas pelos tribunais que deixam espaço aberto para a atuação dos demais Poderes. Elas relativizam o tradicional padrão da constitucionalidade/ inconstitucionalidade. O diálogo poderá ser caracterizado em duas situações: de um lado, quando o Judiciário adotar sentenças

¹ O tema será devidamente trabalhado no item 3.3, mas já se adianta que a agenda política é feita por atores com capacidade de obrigar a autoridades representativas (Congresso e Executivo) a abordar e conferir uma solução a certos problemas. Cf. Linares (2008, p. 510).

normativas², que soluciona temporariamente a questão ao mesmo tempo em que possui uma forte carga coercitiva ao Legislativo, que poderá facilmente modificá-la. Modificando, ou não, percebe-se o diálogo, pela possibilidade de revisão do Legislativo sobre o assunto; de outro lado, adotando uma postura mais contida, as sentenças transitivas³ podem ser caracterizadas como dialógicas, a partir do momento em que o Judiciário relativiza o binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade, recomendando ao Poder Legislativo que solucione inconstitucionalidade da norma.

A ideia das teorias dialógicas é polissêmica, de modo que abre a possibilidade de sua exportação do contexto onde foram inicialmente criadas, ou seja, dos países da comunidade britânica para os demais ordenamentos. Justamente pela polissemia, é interessante dimensionar até que ponto pode-se encontrar traços das teorias dos diálogos institucionais no Brasil, em decorrência da ausência da tradição de governo parlamentar. O problema é aumentado devido a existência do art. 102 da Constituição Federal de 88 que confere, precipuamente, a guarda da Constituição ao Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, o problema que se tem é verificar a possibilidade, devido às dificuldades institucionais, da existência das teorias dialógicas no ordenamento brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988.

Usando-se de uma metodologia comparativa, serão selecionados sistemas jurídicos de países representativos dos modelos de jurisdição constitucional, para a posterior comparação dos modelos dialógicos naqueles países. Esses sistemas serão selecionados com a finalidade de notar seus traços no ordenamento brasileiro. Especificamente, o mecanismo institucional dos países de modelo forte de jurisdição constitucional, em que se permite em menor grau a interferência de outros poderes ou ramos da sociedade no exercício da jurisdição constitucional, será usada com a finalidade de notar a abertura dialógica proveniente de técnicas de decisão e da inconstitucionalidade por omissão; enquanto os mecanismos de países de modelo fraco de jurisdição constitucional, mais aberto à interferência dos demais poderes e setores da sociedade, será usada para notar a influência da estrutura do diálogo institucional.

Os métodos de pesquisa selecionados para o desenvolvimento da dissertação são, sobretudo, o bibliográfico e as pesquisas legislativa e jurisprudencial. Será usado o método

² Sentenças normativas, como será mostrado no item 3.4.1, são aquelas que criam norma geral e vinculante. Dividem-se em: sentenças interpretativas ou conforme a Constituição; sentenças aditivas; sentenças aditivas de princípio; sentenças substitutivas.

³ Sentenças transitivas, como será mostrado no item 3.4.2, são aquelas que deixam espaço para a relativização da supremacia constitucional. São divididas em: sentença de inconstitucionalidade sem efeito ablativo; sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida; sentenças de apelo; sentenças de aviso.

dedutivo partindo das análises bibliográficas e mecanismos institucionais sobre as teorias dialógicas, passando pela verificação das teorias dialógicas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal até coadunar com a análise específica das teorias dialógicas tendo como objeto a inconstitucionalidade por omissão.

A presente dissertação estará dividida em três capítulos, com a finalidade de encontrar traços das teorias dialógicas no ordenamento brasileiro. No primeiro capítulo pretende-se trabalhar a relação existente entre a democracia e direito no plano da jurisdição constitucional, de acordo com a visão de autores clássicos. Os autores serão divididos em dois grupos: de um lado, aqueles que dão ênfase à atuação do Poder Judiciário na interpretação constitucional, tais como John Rawls, Ronald Dworkin, e Robert Alexy; de outro lado, autores que têm uma visão crítica da atuação do Poder Judiciário, sobretudo pela falta de legitimidade democrática, entre os quais se destacam Jürgen Habermas, Jeremy Waldron e Sebastián Linares. Pretende-se, também, trabalhar o tema da separação dos Poderes, numa perspectiva histórica e doutrinária com o intuito de perceber a constante interação entre eles. Ademais, esta parte será importante para concluir a inexistência de uma teoria fundamental sobre a separação dos poderes, sendo esta o fruto da evolução histórica e dependente de importantes questões políticas e institucionais. O objetivo do primeiro capítulo é fazer uma análise bibliográfica crítica acerca das principais teorias filosóficas que dão base para a jurisdição constitucional, servirá também de plano teórico para o surgimento das teorias dialógicas.

O segundo capítulo pretende fazer uma análise crítica sobre a jurisdição constitucional, constatando a sua insuficiência de legitimidade democrática com a consequente proposta das teorias dos diálogos constitucionais. Para tanto, num primeiro momento, será destinado a discorrer acerca dos modelos de supremacia constitucional, o seu surgimento na modalidade difusa no caso *Marbury vs. Madison*, o seu surgimento na modalidade concentrada no debate entre Kelsen e Schmitt, e os principais argumentos favoráveis e contrários à supremacia do Judiciário como responsável para a fiscalização constitucional. Num segundo momento, será destinado a discorrer sobre os modelos de supremacia parlamentar, utilizando como exemplo o modelo inglês de *Westminster* e os principais argumentos favoráveis e contrários aos modelos de supremacia parlamentar. Far-se-á, também, uma análise da evolução da jurisdição constitucional no Brasil com a finalidade de mostrar a existência de uma jurisprudência ativista do Supremo Tribunal Federal. Constatando que ambos os modelos possuem falhas, pretende-se sugerir o uso das teorias dialógicas, momento em que se discorrerá seu conceito e suas principais características. O

capítulo se encerra diante de exemplos, em jurisdições estrangeiras e no Brasil, de como as teorias são aplicadas.

O terceiro capítulo será destinado a discorrer sobre a inconstitucionalidade por omissão como exemplo de diálogo institucional no Brasil. Primeiramente será feita a análise histórica, num segundo momento, será feita uma análise teórica da inconstitucionalidade por omissão, trabalhar-se-á também, ainda de forma teórica, a inconstitucionalidade por omissão na ótica das teorias dialógicas, sobremaneira como objeto do poder de agenda do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, serão analisadas as técnicas de decisão como fomentadoras da interação entre os Poderes. Nesse sentido, pretende-se demonstrar que a inconstitucionalidade por omissão é uma forma de aplicação das teorias dialógicas no ordenamento brasileiro. Por fim, analisar-se-á a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com o objeto dos mandados de injunção que almejam a concretização do direito de greve dos servidores públicos, com a finalidade de demonstrar essa interação entre os Poderes, que caracteriza as teorias dialógicas.

1 ASPECTOS FILOSÓFICOS DE LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: A SUA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A DEMOCRACIA E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

O Estado Democrático de Direito, percebido logo no art. 1º da Constituição Federal, representa a síntese de conceitos que, em certas medidas, podem se chocar. Isso, pois, no Estado Democrático, à primeira vista, prevalecerá a vontade da maioria, a soberania popular; enquanto no Estado de Direito, prevalecerá a juridicidade do poder e o respeito pelos direitos fundamentais. Portanto, de um lado, o poder da maioria poderá subverter as regras que disciplinam o conteúdo dos direitos fundamentais; e de outro lado, a cristalização de determinados princípios poderá acarretar certa asfixia da vontade popular.

A função do Estado Constitucional, para Canotilho, (2003, p. 100), será o de harmonizar a possível tensão entre a proteção aos direitos fundamentais e à soberania popular, pois, segundo o autor (CANOTILHO, 2003, p. 99):

Estado de direito e democracia correspondem a dois modos de ver a liberdade. No Estado de direito concebe-se a liberdade como *liberdade negativa*, ou seja, uma “liberdade de defesa” ou de “distanciação” perante o Estado. É uma *liberdade liberal* que “curva” o poder. Ao Estado democrático estaria inerente a *liberdade positiva*, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a *liberdade democrática* que legitima o poder. [...]. O coração balança, portanto, entre a vontade do povo e a *rule of the law*.

O ciclo se torna vicioso a partir do momento em que a relação de tensão é necessária, não podendo optar, por exemplo, pela democracia em detrimento da segurança da proteção aos direitos fundamentais. Nesse sentido, a Constituição, na tentativa de harmonizar os pontos colidentes, consagra a forma a ser observada para a manifestação da vontade majoritária, ao mesmo tempo em que dispõe sobre os conteúdos mínimos que devem ser respeitados pelos atores políticos.

O ponto nevrálgico se dá em estabelecer os limites da legitimidade de cada um deles. Neste capítulo, essa relação pretende ser debatida. A relação entre democracia e direitos fundamentais é um dos principais pontos da filosofia política e da teoria constitucional, que será trabalhado tendo em vista a visão de autores como: Ronald Dworkin, Robert Alexy,

Jeremy Waldron, Jürgen Habermas e Sebastián Linares, cada um deles trabalhado em um tópico.

Ainda na tentativa de legitimar a jurisdição constitucional, a visão sobre a função e as capacidades institucionais de cada Poder esbarra em um ponto central que é pouco trabalhado na teoria constitucional: o longo e tumultuado percurso que envolve o debate sobre a separação dos Poderes, juntamente com outras teorias afins, como a da constituição equilibrada, freios e contrapesos e governo misto, que será trabalhado da segunda parte deste capítulo.

1.1 A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES POLÍTICAS: PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO

As sociedades são plurais, pois as pessoas que a habitam possuem diversos planos de vida e se utilizam de diferentes meios para alcançá-los. O pluralismo também chega aos campos político e jurídico, de modo que há, assim, diversas formas de interpretá-los.

Nesse sentido,

Quando hoje se fala em pluralismo ou de concepção pluralista de sociedade, ou coisa semelhante, entendem-se mais ou menos claramente essas três coisas. Antes de tudo, uma constatação de fato: nossas sociedades são sociedades complexas. Nelas se formaram esferas particulares relativamente autônomas, desde os sindicatos até os partidos, desde os grupos organizados até os grupos não-organizados, etc. em segundo lugar, uma preferência: o melhor modo para organizar uma sociedade desse tipo é fazer com que o sistema político permita aos vários grupos ou camadas sociais que se expressem politicamente, participem, direta ou indiretamente, na formação da vontade coletiva. Em terceiro lugar, uma refutação: uma sociedade política assim constituída é a antítese de toda forma de despotismo, em particular daquela versão moderna do despotismo a que se costuma chamar de totalitarismo. (BOBBIO, 1999, p. 16).

O pluralismo indica que as sociedades estão marcadas por um profundo desacordo em muitos níveis: quais as concepções de vida são mais valiosas, o que se entende por justiça, como determinar, epistemologicamente, o que é justiça, o procedimento legítimo para tomar decisões coletivas e o desacordo jurídico a respeito de como interpretar o direito pelos procedimentos legítimos. (LINARES, 2008, p. 30).

Alguns desacordos, no entanto, permitem alcançar um consenso básico, que Rawls (1971) chama de pluralismo razoável, ou seja, as pessoas divergem de modo radical em relação a nossas convicções básicas, mas fazem isso a partir de certa adesão de concepções razoáveis. As ideias de justiça, em um contexto plural, se dá por meio do consenso sobreposto

(RAWLS, 1971), concepção ampla e razoável que permite que cada indivíduo chegue a aderir a concepção pública de justiça.

Os desacordos, no entanto, de uma concepção de bem e justiça requerem uma resposta institucional, para que as pessoas atuem coletivamente. O desacordo sobre questões substantivas e a necessidade de atuar coletivamente formam o que Waldron (2001, p. 102) chama de circunstância da política. Reconhecer-se parte de uma coletividade, significa reconhecer interesses comuns e que há necessidade de atuações coletivas politicamente relevantes para que se evite o desacordo (LINARES, 2008, p. 31). Como há necessidade de ações coletivas, as questões procedimentais passam a ocupar lugar relevante para o filosofia política. Assim,

A pergunta relevante nestes momentos é a seguinte: assumido o pluralismo e os desacordos, que razões temos pra pensar que as decisões coletivas merecem respeito e obediência por parte daqueles que estão em desacordo? Ou, mais concretamente, que critérios outorgam legitimidade política a tais decisões em circunstâncias políticas? Tradicionalmente são identificados dois critérios: 1. Quem e como deve tomar as decisões políticas? Esta é a questão da autoridade e procedimento. 2. Qual o conteúdo justo e correto das decisões políticas? Esta é a questão da justiça substantiva. (LINARES, 2008, p. 31).⁴

Na tentativa de elucidar tais questões, trabalhar-se-á com John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Jeremy Waldron, Jürgen Habermas e Sebastián Linares. A escolha dos autores se dá, pois além de serem clássicos, possuem posicionamentos diferentes que em muitos pontos se colidem e se assemelham. Ronald Dworkin, por exemplo, possui um posicionamento sobre democracia que vai além da escolha pela maioria, lhe inserindo valores morais, ao mesmo tempo em que coloca a Suprema Corte como um fórum de princípios, de modo que os juízes possuem a atividade de concretizar a democracia constitucional. A sua visão substancialista se contrapõe à visão procedimentalista de Habermas, em que ao Judiciário é deferida tão somente a legitimidade de interferir nos direitos que mantenham os indivíduos no mesmo patamar de igualdade democrática. Portanto, com esses dois primeiros autores está-se diante do embate teórico entre os substancialistas e os procedimentalistas. A contribuição de Alexy está em enxergar a legitimidade de atuação do Poder Judiciário por meio do discurso jurídico. Waldron, por sua vez, possui uma visão diferente em relação aos

⁴ No original: “La pregunta relevante en estos momentos es la siguiente: asumido el hecho del pluralismo y los desacuerdos, ¿qué razones tenemos para pensar que las decisiones colectivas merecen respeto y obediencia por parte de aquellos que están en desacuerdo? O, más concretamente, ¿qué criterios otorgan legitimidad política a tales decisiones en las circunstancias de la política? Tradicionalmente, se han identificado dos tipos de criterios: 1. ¿Quién y cómo deben tomarse las decisiones políticas? Ésta es la cuestión de la autoridad y el procedimiento. 2. ¿Cuál es el contenido justo o correcto de las decisiones políticas? Ésta es la cuestión de la justicia sustantiva.”

demais, uma vez que é um crítico da legitimidade da atuação do Poder Judiciário em matéria de revisão judicial, dando maior ênfase à atuação do Poder Legislativo.

1.1.1 Inclinação ao Judiciário: John Rawls, Ronald Dworkin e Robert Alexy

Nesta parte, serão analisadas as principais ideias de John Rawls, que trabalha a ideia de consenso sobreposto legitimador da decisão pela Corte Constitucional, Ronald Dworkin, expoente do substancialismo e que faz a leitura moral da Constituição, e Robert Alexy, com a teoria da representação argumentativa, que legitima a atuação do Poder Judiciário. Em comum, os autores tentam legitimar a decisão sobre a interpretação da Constituição atribuída ao Poder Judiciário.

1.1.1.1 Consenso sobreposto em John Rawls

John Rawls é um dos principais expoentes do liberalismo filosófico e político americano, temas que são trabalhados sobremaneira em “A teoria da Justiça” (1971) e “Liberalismo Político” (1993) obras sistematizadas por Gargarella, que servirá de base teórica para a confecção do presente tópico.

Para a concepção liberal encampada por John Rawls, a noção de uso público da razão é usada para definir aquilo que é denominado de elementos constitucionais essenciais, que são de dois tipos: princípios fundamentais que revelam a estrutura geral do Estado no processo político, tais como competências dos Poderes e alcance das regras das minorias, e direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania, que as minorias deverão respeitar, como os direitos ao voto e à participação política, liberdades e garantias do Estado de Direito. (BINENBOJM, 2010, p. 77).

As liberdades fundamentais, no entanto, gozam de caráter especial, de modo que a sua prioridade implica na sua possível negação somente em favor de outra liberdade fundamental. Ademais, para Rawls, os direitos fundamentais são associados ao valor da liberdade, no sentido de autodeterminação do indivíduo. Nesse sentido, deverá o Estado assegurar as liberdades básicas para que cada indivíduo tenha a capacidade de ter a sua concepção de bem e a sua concepção de justiça. Todavia, a concepção individual de justiça não significa que os indivíduos sejam incapazes de adotar uma visão política de justiça, visto se aplicar somente à estrutura de base de uma democracia constitucional moderna (AGUIAR, 2003, p. 253), em que:

A concepção política da justiça é uma concepção moral, porém “elaborada em uma relação a um objeto mais específico”: “as instituições políticas, sociais e econômicas”. Em suma, trata-se de uma concepção que se refere à estrutura básica da sociedade, e que não se estende, por exemplo, a normas sobre nossa conduta pessoal ou ideias de vida. (GARGARELLA, 2008, p. 230).

Portanto, o traço básico da concepção política da justiça, foca-se no acordo social. Assim, com a prática do uso público da razão, os indivíduos de uma comunidade compartilharão os valores políticos básicos, por meio do consenso sobreposto, que

Aparece como a única forma de permitir, em um contexto “pluralista”, cada indivíduo chegue a aderir à concepção pública da justiça: esse consenso só pode ser alcançada uma vez que a concepção pública em questão apareça como razoável, ao mesmo tempo como verdadeira aos olhos de todos (GARGARELLA, 2008, p. 231)

É assim, pois, que os valores serão escritos na Constituição, e estarão acima das disputas políticas baseadas no princípio majoritário. A inserção das liberdades fundamentais no corpo constitucional se faz, na verdade, por meio de possível crítica que a ideia de consenso sobreposto receberia, ao afirmar que seria uma ideia utópica. Nesse sentido, o consenso sobreposto é alcançado por meio de aproximação, o denominado consenso constitucional, em que

Chega-se a incorporar certos princípios de justiça como única forma de encerrar permanentes e destrutivos enfrentamentos civis (...). em uma segunda etapa, os princípios da justiça são incorporados à constituição, e reconhecidos muito mais a contragosto, chegam a ser aceitos por diferentes concepções rivais: passa-se então a uma situação em que “a aquiescência inicial a uma constituição que satisfaz [certos] princípios liberais transforma-se em um consenso constitucional no qual tais princípios são ratificados” (GARGARELLA, 2008, p. 233-234)

Portanto, o consenso constitucional é um consenso não suficientemente profundo e amplo, que não atinge princípios essenciais, nem se baseia em certas ideias sobre a sociedade e as pessoas, ao mesmo tempo que não implica ter alcançado uma concepção pública compartilhada. Todavia, “estabelece certos procedimentos eleitorais básicos destinados a refrear os enfrentamentos políticos na sociedade; e garante certos direitos e liberdades políticas muito básicas”. (GARGARELLA, 2008, p. 234.)

Numa fase posterior, os cidadãos adquirem confiança uns nos outros e o consenso se mostra mais profundo, amplo e específico. No que se refere à especificidade da segunda etapa do consenso, é de se ressaltar que é uma transição forçada. De um lado, pois os diferentes grupos políticos terão que transcender sua concepção de bem e recorrer às razões públicas que possam ser atraentes para os demais, necessitando, pois, do apoio da maioria, o que os obriga a formular certa concepção política da justiça, ao desenvolver ideias que possam ser

aceitáveis para os demais. Por outro lado, os cidadãos tenderão a enxergar por demais limitadas as liberdades contidas na constituição, de modo que tenderão a se mobilizar para ampliá-las, seja modificando a constituição, seja determinando a legislação. E para conseguir ampliar o rol de liberdades constitucionais, deverá convencer o restante da sociedade, de modo a adotar uma concepção política de justiça (GARGARELLA, 2008, p. 234 – 235).

Ademais, a ideia de consenso sobreposto está intimamente ligada à ideia da “razão pública compartilhada”, por meio da qual é possível conferir uma “explicação de como pode ser possível estabelecer uma constituição justa e estável em uma sociedade pluralista” (GARGARELLA, 2008, p. 236). A sua defesa é para sugerir a quais tipos de razões se devem recorrer, quando da modificação de determinada norma ou mesmo da constituição. A ideia seria que “quando o que está em jogo são questões tão básicas como as citadas, não convém que os cidadãos ou os diferentes grupos ou partidos políticos apelem para razões que os demais não possam aceitar razoavelmente” (GARGARELLA, 2008, p. 237). O contrário seria violar o princípio da legitimidade, pois agiria em desacordo com a constituição, cujo conteúdo coloca todos os cidadãos como livres e iguais, podendo-se exigir o cumprimento de todos os cidadãos.

A Constituição, de toda forma, assumirá o caráter de “Constituição-garantia”, adotada numa etapa anterior ao consenso sobreposto, que especifica um procedimento político, com a finalidade de proteger as liberdades fundamentais, deixando o resto a cargo do Legislativo. Assim, Rawls defende o papel do *judicial review* e da Corte Constitucional. Por um lado, pois “os juízes se veem forçados a desenvolver uma concepção política da justiça à luz da qual interpretar a constituição vigente” (GARGARELLA, 2008, p. 235). Ademais, atuam como

Instituição exemplar da razão pública, cumprindo-lhe evitar que a Lei Fundamental seja corroída pela legislação de maiorias transitórias ou “por interesses estreitos, organizados e bem posicionados, muito hábeis na obtenção do que querem”. Embora contramajoritário em relação à lei ordinária – de vez que pode vir a anulá-la – o papel da Corte Constitucional não pode ter a pecha de antidemocrático. Isto porque sua autoridade lhe é conferida pela vontade superior do povo, cristalizada nos princípios insculpidos na Constituição (BINENBOJM, 2010, p. 80, 81.)

A Corte Constitucional explicita o conteúdo da razão pública através dos argumentos razoáveis, de modo a desempenhar papel educativo e pedagógico para a cidadania ao situar valores constitucionais no centro do debate político (BINENBOJM, 2010, p. 82).

1.1.1.1 Dworkin e a leitura moral da Constituição

Dworkin é considerado um dos principais expoentes do substancialismo, corrente que valoriza o conteúdo material das Constituições, atribuindo-lhes um papel diretivo, de modo que o direito avança em esferas outrora alheias à discricionariedade política e o Poder Judiciário assume um relevante papel na efetivação constitucional. Suas principais obras, usadas neste trabalho, são “Taking rights seriously” (78), “direito e liberdade” (2006) e “uma questão de princípio” (2005).

Dworkin pretende demonstrar que comunidades verdadeiramente democráticas não apenas admitem, como também pressupõem a salvaguarda de posições contramajoritárias⁵, que tem como força obrigatória os princípios, exigidos pela moralidade política. Isso, pois, para o autor, numa comunidade há o compartilhamento de princípios, que são densificados nas normas jurídicas, mas que têm o condão de transcendê-las. Assim, os sentidos são aferidos pela legislação, e não dela decorrentes. Os direitos fundamentais, na mesma esteira, são considerados direitos morais, reconhecidos no seio de uma comunidade política, que têm como característica principal a igualdade entre todos os cidadãos.

A Constituição e seu sistema de direitos fundamentais incorporam os princípios morais, com a qual a legislação infraconstitucional deverá ser compatível. É nesse sentido, que Dworkin (2006) advoga a leitura moral da Constituição⁶, que “insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional” (2006, p.2) e que devem ser “compreendidos da maneira mais naturalmente sugerida por sua linguagem: referem-se a princípios morais abstratos e, por referência, incorporam-nos como limites aos poderes do Estado” (2006, p. 10). Nesse sentido, a interpretação da Constituição também é uma questão de tradução, por encontrar uma linguagem atual que permite descobrir o que os autores pretenderam dizer. Para tanto, a história é um elemento essencial, para se captar as circunstâncias em que ela estava inserida quando confeccionou a Constituição (2006, p. 12).

A obtenção desses ideais através de uma leitura moral deve estar fundamentada em convicções não-pessoais, de uma exigência de integridade constitucional, mediante a harmonização entre historicidade e coerência das decisões judiciais (DWORKIN, 2006, p.

⁵ Importante ressaltar que Dworkin (2006) reconhece a premissa majoritária, uma vez que a decisão por maioria é um processo decisório, uma escolha política, cuja justificação está no objetivo de que as decisões, que emanem do processo político, sejam as decisões queridas pela maioria dos cidadãos. Todavia, os direitos individuais não podem ser colocados em xeque pela decisão majoritária quando lhes afetarem de modo a infringi-los. Nesse sentido, não há razão para entender como necessária a ligação entre justa e tomada pela maioria.

⁶ O autor (DWORKIN, 2006, p. 10) conceitua a leitura moral como a análise feita pelo Poder Judiciário que serve à confrontação do direito moral individual ou de uma minoria diante de atos que o infringem.

15). Assim, a leitura moral é a aplicação fundamentada de ideias políticas e jurídicas comprometidos em concretizar os ditames principiológicos contidos na constituição, sobretudo em defesa dos direitos individuais⁷ das minorias.

Deve-se atentar, todavia, que Dworkin (2006, p. 14,15) estabelece dois limites à leitura moral da Constituição:

Em primeiro lugar, de acordo com essa leitura, a interpretação constitucional tem de partir do que os autores disseram; e, do mesmo modo que nossos juízes sobre as palavras de amigos e desconhecidos têm de basear-se em informações específicas sobre eles e sobre o contexto em que foram ditas, o mesmo vale para nosso entendimento do que os autores disseram. Por isso, sem dúvida alguma, a história é um fator pertinente. Mas só é num sentido particular. Consultamos a história para saber o que eles pretendiam *dizer*, e não quais *outras* intenções eles tinham, o que é uma questão muito diferente [...]. Em segundo lugar, mas na mesma ordem de importância, a interpretação constitucional sobre a leitura moral é disciplinada pela exigência de integridade constitucional [...]. Os juízes não podem dizer que a Constituição expressa suas próprias convicções. Não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressam um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhes pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado.

As consequências práticas da tese levantada por Dworkin influenciará toda a sua teoria político-constitucional. O seu conceito de democracia, como não poderia ser diferente, será relido em consonância com os princípios morais contidos na constituição. Nesse sentido, o autor lança o conceito de democracia constitucional.

Para Dworkin (2006, p. 27), a decisão da maioria não é necessariamente uma decisão justa. Há a necessidade de considerar o ideal de igualdade substancial entre os indivíduos. A concepção constitucional da democracia prega que as leis que não respeitem as condições democráticas dos cidadãos não devem prevalecer pelo mero fato de terem sido aprovadas pelo processo político, que considera a legislação fruto da decisão da maioria. Mas, ao contrário, deverão prevalecer as leis que respeitarem as condições básicas que tomem conta de cada indivíduo.

Dworkin (2006, p. 47) sustenta que nem sempre se encontra presente na aprovação de uma lei uma decisão que leve em consideração os princípios morais, o que é diferente do encontrado nas decisões judiciais, em que há amplos debates sobre a moralidade política. As

⁷ Uma leitura mais ampla de Dworkin permitiria aplicar a sua teoria além dos direitos individuais, englobando todos os direitos fundamentais. Vale lembrar que a tradição constitucional americana, liberal por excelência, possui resistência em alocar os direitos sociais no grupo dos direitos fundamentais.

leis aprovadas majoritariamente podem não concretizar as condições democráticas e, com isso, abre-se a legitimidade para a sua revisão pelo tribunal.

Com essa constatação, Dworkin sustenta que a revisão judicial da legislação emanada do processo político montada sob a premissa majoritária não é antidemocrática, mas é a medida que se impõe para garantir ao cidadão os seus direitos morais. Assim, a intenção do autor é contrapor a concepção constitucional de democracia da democracia comum, aquela que é emanada do processo político baseada na maioria dos votos.

A premissa majoritária é uma tese a respeito dos resultados justos de um processo político: “insiste em que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos” (DWORKIN, 2006, p. 24). Por outro lado, afirma o autor:

Vou defender agora uma explicação – que chamo de concepção constitucional da democracia – que efetivamente rejeita a premissa majoritária. Segundo essa explicação, o fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados e racionais não é nem uma meta nem uma definição da democracia. O objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito. É certo que essa explicação alternativa do objetivo da democracia exige uma estrutura de Estado muito semelhante à exigida pela premissa majoritária. Exige que as decisões políticas do dia-a-dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares. Porém, a concepção constitucional requer esses procedimentos majoritários em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria. Por isso, não opõe objeção alguma ao emprego deste ou daquele procedimento não-majoritário em ocasiões especiais nas quais tal procedimento poderia proteger ou promover a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia; e não aceita que essas exceções sejam causa de arrependimento moral (DWORKIN, 2006, p. 26).

A ideia é que a democracia está sujeita a barreiras, denominadas “condições democráticas” (DWORKIN, 2006, p. 26), que conferem igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias respeitam a premissa igualitária, a norma deverá ser aceita por todos. Por outro lado, quando não ocorre, “não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas” (DWORKIN, 2006, p. 27).

A excepcionalidade da visão de democracia para Dworkin influenciará, também, na legitimidade do exercício do *judicial review*, de modo que a Suprema Corte possuirá um status de foro de princípios morais em que os direitos serão debatidos.

A ideia de “direito como trunfo” é uma metáfora em que o autor defende a prevalência de direitos morais a serem opostos a governos de maioria e mesmo contra a lei por essa maioria emanada (DWORKIN, 1978, p. 84 ss.), com isso, o autor pretende que a existência de um direito de uma minoria deva prevalecer, mesmo que oposto a uma decisão da maioria que seja de interesse da comunidade⁸.

Nesse sentido, no campo da jurisdição constitucional, a noção de princípio também é de suma importância, visto que permitirá a distinção entre o que se trata de argumentos de princípio e argumentos de política. Estes são argumentos baseados na ótica do resultado, enquanto aqueles “constituem uma exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Os argumentos de princípios são baseados em direitos, que devem ser assegurados ainda que contra fins coletivos tidos como desejáveis pela maioria” (BINENBOJM, 2010, p. 89). Nesse sentido, a jurisdição constitucional exerce questões de princípio, fundamentais para o exercício da democracia e insensíveis à escolha ou preferência da população, por se tratar de interpretativos morais da comunidade. Nesse sentido, a jurisdição constitucional seria o fórum do princípio por excelência, uma vez que os juízes, por sua formação e independência, são considerados mais aptos para resolver questões de princípios, enquanto os parlamentares e governos são mais qualificados, em decorrência da legitimação popular, para escolher as políticas públicas que melhor atendam ao interesse da coletividade (BINENBOJM, 2010, p. 90).

Encontram-se nos tribunais os pressupostos necessários para a democracia, ou seja, por igualar a sociedade. A responsabilidade dos juízes seria a de inserir a dimensão de princípio na esfera pública, resgatar um tipo de reflexão diferente, conferir densidade moral às decisões políticas. A figura do juiz, nesse sentido, está relacionada à figura do personagem mítico Hércules.

A Corte, pois, é um fórum de princípios, que decide sobre os pressupostos materiais da democracia sem os quais o processo majoritário perde a sua legitimidade. Nesse sentido, os juízes não são representantes dos segmentos da sociedade, mas do ente supra-individual que é a comunidade política livre autogovernada.

Dworkin (2006, p. 50), acredita que a revisão judicial está sujeita à condição que busque respostas corretas, de modo que, quando erra, tais decisões são antidemocráticas. Afirma:

A democracia, de fato, fica prejudicada quando um tribunal dotado de autoridade toma a decisão errada a respeito das exigências das condições

⁸ O autor, com isso, está criticando a concepção filosófica do utilitarismo.

democráticas – mas não fica mais prejudicada quando uma legislatura majoritária toma uma decisão constitucional errada que continua de pé. A possibilidade de erro é simétrica. Assim, a premissa majoritária é confusa e deve ser abandonada (DWORKIN, 2006, p. 50).

Portanto, Dworkin não está muito preocupado com o erro da Corte, o que poderia acontecer tanto com o legislador quanto com o juiz. Importa, antes, o compromisso institucional, não a resposta. A legitimidade da Corte não está com a resposta correta, mas com a atividade de buscar a resposta com base nos princípios que legitimam a democracia. Nesse sentido, não basta a decisão ser tomada pela maioria, é necessário que essa decisão democrática não tolha as liberdades e garantias da minoria.

1.1.1.2 Alexy e a representação argumentativa

Os limites e a forma da interpretação constitucional é um dos temas centrais na obra do jusfilósofo alemão Robert Alexy (1993, 2005, 2011), que tem como plano de fundo a sua teoria sobre os direitos fundamentais, sobremaneira a ponderação exercida na colisão entre princípios. Quando das críticas recebidas sobre a sua teoria dos direitos fundamentais (1993), Alexy as rebate, encaixando a ponderação “em uma teoria do constitucionalismo discursivo, que enlaça o conceito de ponderação com os de direitos fundamentais, de discurso, de jurisdição constitucional e de representação” (2011, p. 155). O constitucionalismo discursivo, assim, é a teoria que nasce da junção de cinco conceitos: direito fundamentais, ponderação, discurso, jurisdição constitucional e representação. Nesse sentido, afirma que na base da ponderação está uma fórmula do peso e que uma jurisdição constitucional que satisfaça essa fórmula com argumentos, cumpre as exigências de uma legitimação democrática, caso consiga ser uma representação argumentativa do povo.

Em “A Teoria dos Direitos Fundamentais” (1993), o autor sustenta a aplicação dos direitos fundamentais por meio do princípio da proporcionalidade, uma vez que a estrutura normativa de tais direitos é principiológica. Os direitos fundamentais são tidos como mandados de otimização e possuem a estrutura de princípios⁹ que colidem com outro direito fundamental, quando concretizados. Com base nisso, Alexy desenvolve uma teoria de base argumentativa, pois o peso das razões justifica a decisão.

⁹ Deve-se ressaltar que, para Robert Alexy (1993), tanto os princípios quanto as regras são consideradas normas, de modo que não há superioridade entre uma e outra, ficando a diferença tão somente entre o grau axiológico e normativo.

A ponderação ocupa papel central na interpretação dos direitos fundamentais. É integrante do princípio da proporcionalidade¹⁰, cujos subprincípios são expressão da ideia de otimização. “Interpretar direitos fundamentais na luz do princípio da proporcionalidade significa trata-los como mandamento de otimização, ou seja, como princípios no sentido teórico-normativo e não como meras regras” (ALEXY, 2011, p. 156).

É no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que se encontra a possibilidade da ponderação, uma vez que concerne frente às realidades jurídicas, enquanto os outros, frente às realidades fáticas. Afirma o próprio Alexy (2011, p. 156):

As possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário. O ponto decisivo para a relação de ponderação e exame de proporcionalidade é que a ponderação compõe-se de nada mais que da otimização relativamente a princípios em sentido contrário. O terceiro princípio parcial contém, com isso, um mandamento de ponderação. Ele pode ser formulado na regra seguinte: quanto maior é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro. Essa regra pode ser designada como “lei da ponderação”.

A lei da ponderação mostra que esta se decompõe em três passos: no primeiro, tem-se a comprovação do grau do não cumprimento ou prejuízo do outro princípio; posteriormente, comprova-se a importância do cumprimento do princípio oposto; por fim, comprova-se se a importância do cumprimento do segundo princípio justifica o prejuízo ou não cumprimento do primeiro (ALEXY, 2011, p.158).

Nesse sentido, o autor (p. 159) chega a fazer uma fórmula matemática da ponderação¹¹:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

Em que I significa o peso abstrato; G , a importância do cumprimento do princípio e S , a intensidade do não cumprimento do princípio perdedor

A fórmula do peso expressa que o peso concreto de um princípio é um peso relativo. Isso ela faz pelo fato de ela definir o peso concreto de um princípio

¹⁰Para Alexy (1993; 2011) a proporcionalidade possui três subprincípios: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro estabelece que o fim perseguido pelo estado deve ser um fim legítimo (compatível com a constituição), ao mesmo tempo que a medida deve contribuir para atingimento dos fins constitucionais; A adequação estabelece que dentre as várias medidas possíveis que atingem o mesmo objetivo com a mesma intensidade, o estado deve preferir aquela que traz menos ônus, que restringe com menor intensidade os direitos dos cidadãos; por fim, a proporcionalidade em sentido estrito estabelece que a comparação de custo/benefício, devendo a medida ser adotada se for verificado que é benéfica

¹¹ A fórmula demonstrada é a que Alexy denomina de fórmula completa, a simplificada é a seguinte: $W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$. Em que “ I_i ” representa a intensidade da intervenção no princípio “ P_i ”, ao passo que “ I_j ” representa a importância do cumprimento do princípio, em sentido contrário, “ P_j ”. “ $W_{i,j}$ ”, por fim, representa o peso concreto de “ P_i ”.

pelos cocientes de intensidade da intervenção nesse princípio (P_i) e pela importância concreta do princípio, em sentido contrário (P_j) (ALEXY, 2011, p. 160).

A fórmula do peso de Alexy é essencialmente racional. “A racionalidade de uma estrutura inferencial depende, essencialmente, da questão, se ela enlaça premissas que, outra vez, podem ser justificadas” (ALEXY, 2011, p. 160). Nesse sentido, a fórmula do peso não seria uma estrutura de argumentação racional se o seu conteúdo estivesse fora do âmbito da racionalidade. O que lhe confere conteúdo é dado por sentença que “promove uma pretensão de correção e pode, como conclusão de um outro esquema inferencial, ser justificada em um discurso” (ALEXY, 2011, p. 161). O que se percebe é uma estrutura racional de fundamentação da correção de uma sentença jurídica por meio do discurso. Os elementos fundamentais da estrutura são sentenças e proposições, as quais são justificadas por argumentos, com isso se percebe que a fórmula do peso é uma forma de argumentação.

O terceiro conceito que forma o sistema conceitual do constitucionalismo discursivo é o discurso. A estreita relação dos direitos fundamentais com a argumentação exalta a importância do discurso. “Ponderação sem discurso não é possível e as formas de argumento ou esquemas inferenciais do discurso abarcam, necessariamente, a estrutura da ponderação, como ela é tornada explícita pela fórmula do peso” (ALEXY, 2011, p. 161).

A jurisdição constitucional, quarto conceito do constitucionalismo discursivo, para Alexy (2011, p. 162), é expressão da hierarquia mais elevada da constituição e, consequentemente, dos direitos fundamentais diante da lei ordinária. A sua base lógica é o conceito de contradição: a declaração de inconstitucionalidade implica na contradição da lei com o referencial constitucional. A essa contradição normativa corresponde uma contradição no plano das sentenças sobre as normas, uma vez que a sentença a explicita. Tal contradição demonstra que a jurisdição constitucional é argumentativa ou discursiva.

Ademais, prossegue Alexy (2011, p. 162) afirmando que a jurisdição constitucional é mais que a afirmação sobre a declaração da constitucionalidade, mas é também a competência de deixar sem validade os atos inconstitucionais do parlamento. Portanto, significa dizer que a atividade dos tribunais constitucionais não só possuem caráter discursivo, mas também fundado na autoridade. É esse o principal problema da relação entre jurisdição constitucional e democracia.

Para Alexy (2011, p. 162) a jurisdição constitucional é exercício de poder estatal. Em um estado democrático, em que todo o poder emana do povo, a jurisdição constitucional somente será legítima se compatível com a democracia. Nesse sentido, está-se diante do problema que denominado questão contramajoritária, que decorre da ausência de legitimação

democrática dos juízes de um tribunal constitucional em invalidar uma norma que foi produzida pelos legisladores democraticamente eleitos para aquela finalidade. A solução do problema está na representação argumentativa, quinto conceito do constitucionalismo discursivo.

Alexy (2005, p. 99) afirma que a jurisdição constitucional só pode se legitimar se compatível com a democracia. Dessa forma, além da legitimidade advinda das urnas, a forma de conciliar a jurisdição constitucional com a democracia é considerando que aquele é uma forma de representação do povo.

Nesse sentido, a representação argumentativa é a forma de solucionar a legitimidade das decisões da Corte separadas do sufrágio universal, e, consequentemente, é a forma de solucionar o problema geral do controle de constitucionalidade (ALEXY, 2005, p. 100). Trata-se de uma relação que contém duas variáveis: o representante e o representado. O conceito de democracia não seve se reduzir à questões decisionistas, mas deve abarcar também o argumento, o que torna a democracia deliberativa (ALEXY, 2011, p. 163).

A democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio da tomada de decisão publica. Desse fundamento, a união entre o povo e o parlamento precisa ser determinada não somente por decisões, que encontram expressão em eleições e votações, mas também por argumentos. Desse modo, a representação do povo pelo parlamento é, simultaneamente, volicional ou decisionista e argumentativa ou decisionista (ALEXY, 2011, p. 163).

No que se refere à representação em um tribunal constitucional, para Alexy (2011, p. 164), ela é puramente argumentativa. A representação e a argumentação não são compatíveis. O conceito ideal de representação deverá abarcar a ideia de substituição, mas deverá ser também orientada por um ideal, o que significa que “representação é definida pela união de uma dimensão normativa, uma fática e uma ideal” (p. 164). Na representação democrática, caso de representação racional, o ideal é a de correção, por meio da argumentação.

A existência de argumentos bons ou plausíveis é suficiente para a deliberação, mas não para a representação. Para tanto, faz-se necessário que o tribunal promova a pretensão de que os seus argumentos sejam internalizados por determinada sociedade, bem como que um número suficiente de cidadãos aceite esses argumentos como corretos. Com isso, há duas condições fundamentais de representação argumentativa autêntica: a existência de argumentos válidos e a existência de pessoas racionais capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos ou corretos, tão somente por serem válidos ou corretos (ALEXY, 2011, p. 165).

Nesse sentido, o constitucionalismo discursivo é a tentativa de institucionalização de razão e correção. Se existem argumentos válidos e pessoas racionais, então razão e correção

serão institucionalizadas melhor com jurisdição constitucional do que sem ela (ALEXY, 2011, p. 165).

Por esse motivo, Alexy sugere que o Tribunal Constitucional, desde que respeitado o espaço do legislador, atue como forma de proteção aos cidadãos de eventuais abusos dos representantes políticos, exercendo importante papel de instância de reflexão do processo político. O fato de os magistrados encontrarem-se vinculados institucionalmente às normas da argumentação jurídica, bem como aos princípios da publicidade e da motivação da decisão, permite maior controle da jurisdição constitucional e, conseqüentemente, legitima a atuação dos juízes.

1.1.2. Inclinação contrária ao Judiciário: Habermas e Waldron

Jürgen Habermas e Jeremy Waldron fazem algumas críticas à interpretação mais extensiva de um Tribunal Constitucional. O primeiro enfatiza o Poder Legislativo, sobremaneira no direito à participação. Habermas, por sua vez, numa visão procedimentalista¹², acredita que as Cortes devem atuar mais timidamente, analisando somente os pressupostos necessários que asseguram a participação de toda a comunidade política.

1.1.2.2 Habermas e o agir comunicativo

As bases da discussão de Habermas na relação entre direito e democracia está na sua teoria do agir comunicativo e, num segundo momento, na relação da jurisdição constitucional com os demais Poderes do Estado (HABERMAS, 1997, p. 297-298).

Para a teoria de Habermas, a formação democrática não tira a sua força legitimadora de convicções éticas consuetudinárias, mas de pressupostos comunicativos e procedimentos que permitem, durante o processo deliberativo, que venham à tona os melhores argumentos. Nesse sentido, os direitos fundamentais não são transcendentais, mas fruto da decisão recíproca de cidadãos livres e iguais em regular as suas vidas por intermédio do direito positivo (BINENBOJM, 2010, p. 107-108). Habermas (1997, p. 314 e ss.) não classifica os

¹² A visão procedimentalista enfatiza a visão instrumental da Constituição, em que ela estaria primordialmente voltada à garantia de instrumentos de participação democrática e à regulação do procedimento de tomada de decisões. Ao Judiciário caberia assegurar a observância desse processo.

direitos individuais como valores, visto apresentar caráter deontológico, mas como princípios, que são normas. Assim, afirma:

Normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. (HABERMAS, 1997, p. 317)

Num outro passo, a ideia de constituição vista por Habermas é menos abrangente, vale dizer:

A constituição também não pode ser entendida como ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem prosseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (HABERMAS, 1997, p. 326).

Percebe-se, assim que numa sociedade pluralista, a fundamentação das normas jurídicas é resultado de um procedimento democrático que garanta a participação de todos na formulação do que se entende por Direito. Todavia, é reconhecido que a constituição deverá guardar um núcleo de direitos fundamentais, que, para a teoria de Habermas, irá substituir o caráter transcendental dos direitos fundamentais e lhe atribuir o caráter procedimental. É nesse sentido que a democracia é tida como centro do sistema de direitos fundamentais, que está pautado na ótica discursiva. Assim, Habermas (1997, p. 159 e ss.) agrupa cinco eixos de direitos fundamentais:

Para o primeiro grupo estão inseridos os direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação. Tais direitos exigem como correlatos necessários o segundo e o terceiro grupo, que são, respectivamente, os direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito e os direitos fundamentais resultantes da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração autônoma da proteção jurídica de cada indivíduo. Os três primeiros pontos não devem ser vistos somente como direito de defesa, mas como garantias da autonomia privada, que reconhece nos indivíduos os destinatários da lei e que adquirem a pretensão de instituir direitos e fazê-los valer reciprocamente.

No quarto grupo estão os direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances em processo de formação da opinião e da vontade, nos quais se exercita a autonomia política e através dos quais se cria o direito legítimo. Este quarto ponto terá reflexos na

interpretação na configuração política dos quatro grupos anteriormente arrolados, momento em que os cidadãos aparecem não somente como destinatários das leis, mas também como autores.

Por fim, a quinta categoria contará com os direitos fundamentais que proporcionam as condições materiais para o exercício dos direitos anteriormente arrolados, tais como “condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente na medida em que isso for necessário para o aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados” anteriormente (HABERMAS, 1997, p. 160). A sua inclusão é por se tratar de condição das demais liberdades civis e políticas.

É nesse sentido que Habermas procura associar os direitos fundamentais com a soberania popular, pois são condições necessárias que apenas possibilitam o exercício da autonomia política; “como condições possibilitadoras, eles não podem *circumscrever* a soberania do legislador, mesmo que estejam à sua disposição. Condições possibilitadoras não impõem condições àquilo que constituem”. (HABERMAS, 1997, p. 165).

Por se tratar de condições necessárias do processo democrático, os direitos fundamentais devem ficar imunes à vontade da maioria legislativa, visto esta não possuir a prerrogativa de inviabilizar o procedimento democrático. Eis que surge a importância da jurisdição constitucional:

O tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal *compreensão procedimentalista* como constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da constituição (HABERMAS, 1997, p. 326).

Portanto, o que se vê para Habermas, e que o difere de Dworkin, é que o Tribunal Constitucional atuará tão somente no sentido de garantir as mesmas condições de ação democrática a todos os indivíduos. A democracia e a participação não vêm carregadas com cargas axiológicas, mas todos necessitam estar no mesmo patamar de igualdade para que ajam de forma livre.

O modelo proposto por Habermas impõe ao juiz uma atitude voltada para a garantia de condições democráticas do processo legislativo, não para os resultados produzidos, de modo que

A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre seu ativismo ou automodéstia – não pode ser conduzido *in abstracto*. Quando se entende que a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se

trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na “comunidade dos intérpretes da constituição” –, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor (HABERMAS, 1997, p. 346-347).

É nesse sentido que Habermas procura transferir para a sociedade civil a ideia da interpretação constitucional. Os cidadãos, livres e iguais, decidirão qual a interpretação que deverá ser dada à Carta Constitucional, por meio do agir comunicativo.

Por *ação comunicativa* entendo uma interação simbólica e mediada. Orienta-se de acordo com *normas intersubjetivamente vigentes* que definem expectativas recíprocas de comportamento e que têm que ser entendidas e reconhecidas por ao menos dois sujeitos. (HABERMAS, 2007, p. 68).

O agir comunicativo, então, desenvolve-se num contexto em que os participantes estão inseridos, pois a participação do sujeito o afasta da posição de observador, vez que a comunicação visa implementar relações interpessoais em um mundo de vida. As interações, portanto, exigem que as ações sejam coordenadas dentro de um mundo intersubjetivamente compartilhado. Assim, a argumentação se justifica para a fixação de um caminho para a ação coletiva, coordenando as intenções individuais dos participantes e chegando a uma decisão comum. (BOTELHO, 2010, p. 97).

O Tribunal Constitucional, nesse sentido, é apenas mais um fórum de discussão, não sendo o principal, e o responsável por eliminar as barreiras das diferenças que existe entre os indivíduos. Trata-se de um espaço público, uma vez que importa na estrutura em que aqueles que agem de forma comunicativa estão inseridos, sendo que essa situação é por eles mesmos constituída mediante as interpretações negociadas cooperativamente. Assim, sempre que houver encontro entre os atores em que a liberdade comunicativa que uns concedem aos outros for alimentada, haverá movimentação em espaço público, constituída por intermédio da linguagem (HABERMAS, 1997, p. 92).

As Cortes Constitucionais, assim, devem se limitar a garantir as condições de igualdade entre os cidadãos, anulando somente as leis que não garantam essa condição isonômica. O seu papel é de vigiar o respeito e observância dos procedimentos democráticos necessários para a formação da opinião pública (HABERMAS, 1998, p. 99). Assim, por se tratar de um espaço público que interpreta a Constituição

O papel das Cortes Constitucionais não pode estar fechado, ensimesmado, sob pena de tornarem elas o mais autocrático dos poderes. É de se ressaltar que a exigência de fundamentação das decisões judiciais não torna a Corte Constitucional mais democrática, quando não há abertura à sociedade de intérpretes (BOTELHO, 2010, p. 212).

Ressalta-se que o papel da Corte não se resume a mera garantidora de direitos. A ela cabe vigiar a produção do direito em conformidade com os pressupostos normativos do processo democrático. Assim, a Corte abre-se à práxis argumentativa, fazendo a ligação necessária entre a interpretação constitucional e a realidade constitucional, sem, contudo, afastar-se a responsabilidade decisória. A essa atividade de última palavra, portanto, caberá ao próprio povo, enquanto legitimador da atividade constitucional, em espaço público. Portanto, a abertura à práxis pública tem o condão de não apenas legitimar a jurisdição constitucional, mas também de evitar um excesso de Poder ao Tribunal (BOTELHO, 2010, p. 218).

1.1.2.1 Waldron e as vantagens epistemológicas do Legislativo

Jeremy Waldron é um defensor dos direitos, mas não acredita haver superposição entre eles, tampouco na prevalência da jurisdição constitucional sobre os direitos, como amplamente defendido na teoria constitucional. Nas duas principais obras de Waldron que tratam sobre o desacordo moral (2001, 2003), há duas preocupações em comum: propõem-se em colocar a legislatura no centro da reflexão filosófica sobre o direito e evitam minimizar as consequências teóricas do desacordo em relação à justiça e aos direitos.

A primeira e singela frase da obra de Waldron “Nós somos muitos, e nós discordamos sobre justiça” (2003, p. 3), demonstra que o desacordo é algo inerente à sociedade, seja ele religioso, econômico, partidário, entre outros. Nesse sentido, o autor defende que a filosofia política deveria voltar-se mais a questões teóricas sobre autoridade e democracia, por serem mais importantes, do que o desacordo sobre a justiça. Dessa forma, portanto, o desacordo que é importante à filosofia política é aquele que se debruça sobre os direitos, que surge da necessidade de se conhecer como se chegar a uma decisão que tenha autoridade ao mesmo tempo em que respeite o princípio democrático para a resolução do desacordo social sobre direitos (WALDRON, 2003, p. 3).

Para o autor, o processo decisório para a resolução de conflitos é o Legislativo, vez que a formatação do Poder Legislativo como assembleia de representantes de uma sociedade plural faz com que suas decisões tenham autoridade para regras e decidir sobre o que significam os direitos sobre os quais os cidadãos discordam. Grande parte de sua teoria tem

por base a defesa da legislação diante da ascensão da teoria do *judicial review* e o seu exercício pelos tribunais:

Quando cidadãos ou seus representantes discordam sobre quais direitos nós temos ou o que esses direitos envolvem, parece como um insulto dizer que isso não é algo que a eles seja permitido decidir através de processos com decisões majoritárias, mas que o assunto (os direitos) será designado em substituição a um pequeno grupo de juízos para decisão final. É particularmente insultante quando os cidadãos descobrem que os juízes desacordam entre eles sobre exatamente as mesmas linhas que os cidadãos paralelamente discordam, bem como os juízes também tomara as suas decisões nos tribunais por maioria de votos. Os cidadãos podem se sentir bem se desacordos sobre essa matéria são resolvidos contando-se cabeças, desde que as cabeças contadas sejam as suas próprias ou as de seus parlamentares sujeitos à responsabilização¹³. (WALDRON, 2003, p. 15) (tradução nossa)

Jeremy Waldron (2003, p. 232) entende que a participação popular é o direito dos direitos. E isso é o centro da participação e do sistema de representação, tanto na eleição dos parlamentares, quanto nas votações sobre decisões dentro do parlamento (2003, p. 250). É por meio da legislação que se rege os inúmeros desacordos sobre direitos.

Com isso, Waldron (2003, p. 30) sustenta que o legislativo não pode ser criticado de forma genérica, colocado como lar de troca de favores e corrupção, da mesma forma que não se pode vincular leis feitas pelo parlamento com esse tipo de comportamento. Ademais, a sua tentativa é demonstrar que o erro é inerente a qualquer instituição, o que, por si, não deve suprimir a atividade de revisão judicial do legislativo e atribuí-la ao Poder Judiciário.

A legislação, principalmente a legislatura, parece não ser o foro correto para o direito a ser buscado pelos cidadãos, vez que há uma conotação pejorativa de foro político, desconectando-se do direito (WALDRON, 2003, p.2). Todavia, a base para a teoria de Waldron é o desacordo social sobre direitos, sendo um fato que requer e embasa a necessidade de que exista um regramento que solucione legitimamente os desacordos entre os indivíduos.

O direito, para o autor, serve como limitador para a discordância existente entre os indivíduos sobre direitos. Tal limitador tem uma autoridade que lhe permite reger e prever soluções aos desacordos, ao mesmo tempo em que obriga os cidadãos.

¹³ No original: “When citizens or their representatives disagree about what rights we have or what those rights entail, it seems something of an insult to say that this is not something they are to be permitted to sort out by majoritarian process, but that the issue is to be assigned instead for final determination to a small group of judges. It is particularly insulting when they discover that the judges disagree among themselves along exactly the same lines as the citizens and representatives do, and that the judges do their decision, too, in the courtroom by majority voting. The citizen may well feel that it disagreements on these matters are to be settled by counting heads, then it their heads or those of their accountable representatives that should be counted.

Isto posto, como base para a autoridade legal, um indivíduo não deveria ser surpreendido em se deparar, de tempos em tempos, diante de uma obrigação legal de participar de uma estrutura legal que ele, pessoalmente, considera como indesejável em termos de justiça (pagar impostos, por exemplo)¹⁴ (WALDRON, 2003, p. 7).

Nesse sentido, o autor procura apresentar a legislação como fonte legítima do direito, tendo a sua dignidade no seu viés essencialmente ligado ao modo de decisão democrática. Assim, com base no desacordo social sobre o que é o direito, o que seria a estrutura a moldar os comportamentos sociais, a legislação surge como verdadeiro resultado de um foro de embate, derivada da sua estrutura de assembleia e das suas discussões ideológicas feitas pelos partidos políticos. A legislação é fruto de um sistema político que o autor denomina de “contexto de desacordo cacofônico¹⁵” (WALDRON, 2003, p.9).

Nesse sentido, para Waldron (2003, p. 10), a autoridade da legislação não está ligada somente às suas normas procedimentais, mas também por ser emanada de um órgão representativo, formada por centenas de componentes que enveredam seus esforços para concretizar a lei.

Ademais, Waldron elenca quatro requisitos para que a legislação seja digna: a existência de instituições democráticas; a existência de instituições judiciais; o compromisso da sociedade com direitos; e o desacordo sobre os direitos na sociedade.

As legislações têm como base para sua autoridade o fato de terem sido aprovadas pelo princípio majoritário. Justamente por isso, é essencial o reconhecimento da existência da discordância sobre direitos na sociedade para que haja o consentimento com a legitimidade das decisões legislativas majoritária.

Nesse sentido, trata-se de um mecanismo em que existe a vontade majoritária, mas deverá haver, também, a vontade da minoria discordante de aquiescer à decisão, mesmo que de forma relutante, garantindo-lhes, também, a certeza de que não foram excluídos do processo ou não tiveram suas vontades ouvidas e consideradas (WALDRON, 2003, p. 195)

Um dos pontos essenciais para Waldron que levam à dignidade da legislação é o consentimento dos indivíduos que o processo democrático legislativo acarreta. A legitimação da decisão majoritária repousa no fato da decisão não requerer nenhuma opinião desprezada ou menosprezada, facultando que todas sejam sopesadas no ato decisório. Nesse sentido, a decisão legislativa é digna, pois autoriza uma igual consideração universal, não criando

¹⁴ No original: Given this as basis for legal authority, a person should not be surprised to find himself from time to time under legal obligation to participate in scheme that he himself regards as undesirable on ground of justice (to pay taxes, for example)

¹⁵ No original: A context of cacophonous disagreement.

obstáculos ao exercício da participação ou limitando as questões que envolvam desacordos sobre direitos.

Waldron (2005, p. 103) defende o papel especial da participação numa teoria dos direitos, visto que se trata de um direito cujo exercício é apropriado em situações nas quais os detentores de direitos discordam sobre quais direitos eles têm. Os direitos à participação estariam no campo da teoria da autoridade, enquanto os demais estariam no campo da teoria justiça.

O direito à participação requereria uma defesa robusta, que seja uma resposta crível aos receios sobre os riscos que perdedores correm em se submeter a decisões majoritárias. Isso, pois, o processo político não determina apenas os objetivos sociais, mas também a distribuição dos direitos individuais. Assim, a exigência feita por Waldron de que se reconheça a participação como um direito já é parte da questão da autoridade. “As pessoas cujos direitos estão em jogo têm o direito de participar em termos igualitários de decisão” (WALDRON, 2005, p. 244.)

A atratividade da participação democrática decorreria do fato de ser uma solução baseada em direito para um problema de desacordo sobre direitos. Propicia uma forma de respeito à resolução do desacordo político que é a decorrência do respeito que tais direitos evocam. Não se poderia aceitar que, em questão de direito, a razão de juízes seja preferível à razão dos cidadãos, pois seria um preceito epistêmico perigoso. A ideia dos direitos humanos celebra a habilidade das pessoas decidirem responsavelmente sobre a relação entre seus interesses e os dos outros. É inegável, portanto, pensar numa pessoa como detentora de direitos e não a tomar como apta de identificar quais direitos ela tem. Não se pode afirmar que os direitos dos indivíduos são levados a sério, se a sua autonomia não o é. Assim, os detentores dos direitos é que devem decidir sobre quais são os seus direitos em caso de desacordo.

É nesse sentido que, para Waldron, a questão da revisão judicial é uma questão de procedimento, não de substância. Com um detalhe importante que o difere de Habermas, como se viu: em uma divergência entre Legislativo e Judiciário, a decisão deverá ser do juiz, independentemente do conteúdo, pois o importante é a autoridade da decisão. Decisão formal de revisão judicial é aquela que não prevê limites substantivos à decisão;

Nesse sentido a definição das instituições deve ser em termos procedimentais. Nesse sentido, portanto, não deveria haver limites substanciais para a decisão da Corte Constitucional, de modo que não seria uma corte contramajoritária, uma vez que todas as decisões são por maioria simples, independentemente do conteúdo de cada voto.

Esses pontos são importantes para debates modernos sobre direitos, cortes e constitucionalismo. A *judicial review* baseada em direitos é geralmente defendida apontando-se a possibilidade de que o procedimento democrático majoritário pode levar a resultados injustos ou tirânicos. E assim eles podem. Mas assim pode qualquer procedimento que procura solucionar o problema da escolha social em face do desacordo sobre o que é injustiça ou tirania. A prática americana da Suprema Corte (...) já levou a decisões injustas. Qualquer um cuja teoria da autoridade dá à Corte o poder de tomar decisões precisa – assim como qualquer democrata – enfrentar o paradoxo de que a opção que ele pensa ser justa pode não ser a opção que, por essa teoria da autoridade, deveria ser seguida (WALDRON, 2001, p. 247) (tradução nossa)¹⁶.

O que se vê em Waldron, portanto, é a atenção à atuação do Poder Legislativo, na tentativa de que seja recuperada a sua dignidade, perdida na teoria política e filosofia constitucional.

1.1.2.3 A visão de Linares: a insuficiência do procedimentalismo e substancialismo radicais e os procedimentalismo e substancialismo débeis

Sebastián Linares (2008b, p. 31 ss.) tece algumas considerações acerca do procedimentalismo e substancialismo que são importantes para o exame das teorias dos diálogos institucionais.

Acredita que o procedimentalismo radical, corrente que acredita que somente o procedimento político é capaz de gerar a legitimidade da decisão política, seja insuficiente. Afirmar (2008b, p. 31) que tal corrente crê que os desacordos substantivos são tão amplos, complexos e profundos que somente o procedimento político é capaz de gerar legitimidade de uma decisão. Acredita, ainda, que o procedimentalismo radical, cujo principal expoente é Sunstein, não consegue explicar a seguinte pergunta: “Por que pensar que as pessoas se colocarão de acordo em um procedimento legítimo?”, ou “Por que não pensar que o pluralismo e os desacordos continuarão mesmo com as concepções procedimentais legítimas”?

¹⁶ No original: “These points about Wollheim’s Paradox are quite important for modern debates about rights, courts and constitutionalism. Rights-based judicial review of legislation is often defended by pointing to the possibility that democratic majoritarian producers may yield unjust or tyrannical outcomes. And so they may. But so may any procedure that purports to solve the problem of social choice in the face of disagreements about what counts as tyranny. The American practice of allowing the Supreme Court to make the final decision (by majority voting among its members) on issues of fundamental rights has on occasion yielded to egregiously unjust decisions (...). Anyone whose theory of authority gives the Supreme Court the power to make decision must – as must any democrat – face up to the paradox that the option he thinks just may sometimes not be the option which, according to his theory of authority, should be followed” (WALDRON, 2001, p. 247).

O “procedimentalismo radical” se encontra aprisionado, então, em um dilema: ou nega que haja procedimentos mais legítimos que outros, o que equivale a renunciar a uma concepção de legitimidade política, ou aceita que existem considerações substantivas importantes envolvidas na própria noção de legitimidade procedimental, o qual se choca em uma concepção mista, é dizer, uma concepção que reconhece o valor tanto das considerações procedimentais como as substantivas (LINARES, 2008b, p. 33).¹⁷

O substancialismo radical, para Linares (2008b, p. 35) por sua vez, se preocupa exclusivamente com a correção substantiva das decisões, sendo indiferente a questão do procedimento. Não importa quem toma as decisões, o único ponto importante para valorar a legitimidade das decisões políticas é que ela cumpra os critérios de justiça. O ponto fraco da teoria radical é que torna irrelevante a ideia de autoridade e respeito às decisões políticas em uma sociedade pluralista. Assim,

O “substancialismo radical” se vê preso a um dilema fatal: ou nega as circunstâncias políticas e rechaça qualquer procedimento, entre eles o procedimento democrático, e então se converte em uma posição implausível, ou reconhece o valor do procedimento e então se prende a uma concepção mista, é dizer, uma concepção que reconhece o valor irrenunciável tanto das considerações procedimentais como substancialistas. (LINARES, 2008b, p. 34)¹⁸.

Para o autor (LINARES, 2008, p. 34), nem o procedimentalismo radical nem o substancialismo radical se sustentam como critérios exclusivos de legitimidade política. Ou se firmam em suas teorias e renunciam construir um critério de legitimidade política plausível, ou admitem o valor irrenunciável das considerações procedimentais e substancialistas e caem em uma concepção mista. Afirma, num segundo momento (2008b, p. 35) que a concepção mista, que leva em consideração questões procedimentais e substanciais, parece a mais adequada. Assim, o problema se dá em como resolver a aparente tensão entre ambas, não em qual teoria adotar.

Para Linares (2008b) Dworkin é considerado um substancialista moderado, por reconhecer que os direitos básicos devem limitar o procedimento democrático (LINARES, 2006 b, p. 36); enquanto Habermas e Waldron são considerados procedimentalistas moderados, por defenderem a tese de que o próprio procedimento democrático serve para

¹⁷ No original: “El ‘procedimentalismo radical’ está aprisionado entonces en un aciago dilema: o niega que haya procedimientos más legítimos que otros, lo que equivale a renunciar a una concepción de la legitimidad política, o acepta que existen consideraciones sustantivas importantes involucradas en la propia noción de legitimidad procedimental, lo cual colapsa en una concepción mixta, es decir, en una concepción que reconoce el valor tanto de las consideraciones procedimentales como de las sustantivas”

¹⁸ No original: “El ‘sustantivismo radical’ se ve atrapado en un dilema fatal: o se empecina en su posición, niega las circunstancias de la política y rechaza el valor de cualquier procedimiento, entre ellos el procedimiento democrático, y entonces se convierte en una posición implausible, o reconoce el valor de los procedimientos y entonces colapsa en una concepción mixta, es decir, en una concepción que reconoce el valor irrenunciable tanto de las consideraciones procedimentales como de las sustantivas”.

revisar as questões da justiça substantiva, ao mesmo tempo em que limita os alcances dos direitos fundamentais (LINARES, 2006 b, p. 37).

Posiciona-se junto à corrente habermasiana, uma vez que o substancialismo pressupõe um acordo robusto e completo para atingir a legitimidade política, enquanto o procedimentalismo pressupõe um acordo mínimo dos valores que pressupõem o procedimento democrático, como a dignidade e autonomia. Nesse sentido, ante uma sociedade pluralista, a possibilidade do consenso mínimo a partir do qual as decisões serão tomadas parece mais sensato que o acordo robusto já das decisões complexas (LINARES, 2008b, p. 40).

A adoção de uma ou outra teoria extravasa o campo filosófico possui implicações institucionais. O substancialismo débil se associa com um constitucionalismo forte ou robusto, que espera um espaço protegido de direitos que prevalecem frente às decisões tomadas pelas maiorias legislativas, traduzindo-se, pois, numa constituição rígida. O procedimentalismo débil, por sua vez, está associado a uma ideia de constitucionalismo débil, em que a vontade da maioria deve ter a última palavra, seja por meio dos representantes, seja por consulta popular. Significa, pois, em renunciar à ideia de constituição que contenha rigidez constitucional (LINARES, 2008b, p. 43).

Nesse sentido, quer parecer que o procedimentalismo débil contribui mais para o diálogo institucional, vez que fomenta o diálogo sobre o significado da Constituição, ao passo que o substancialismo tende a petrificá-lo. Todavia, a visão substancialista também poderá contribuir para uma interação dialógica entre os poderes, contanto que haja uma atitude proativa do Poder Legislativo em debater a decisão tomada, o que será visto no momento oportuno.

A discussão que envolve a relação direito e democracia não é o único problema que cerca a legitimidade da jurisdição constitucional. A possível usurpação de competência é outro ponto que constantemente vem à tona. Nesse sentido, no tópico seguinte será feita uma análise sobre a separação dos poderes.

1.2 REPENSANDO A SEPARAÇÃO DE PODERES¹⁹

Os principais argumentos trazidos na tentativa de coibir qualquer novel arranjo institucional passarão pela falta de legitimidade do Poder Judiciário na concretização do

¹⁹ Deve-se frisar que, embora se utilize, neste trabalho, o termo “tripartição do poder”, tecnicamente é uma expressão questionada, vez que se tem que o Poder é uno e um atributo do Estado. Cf. (TEMER, 2004, p. 118 ss.)

direito, o que Bickel (1986) chama de questão contramajoritária²⁰, ou na possível usurpação à teoria da separação dos Poderes. Para fins metodológicos, no presente tópico discorreremos sobre a teoria da separação dos Poderes, e no capítulo seguinte discorreremos sobre a questão contramajoritária.

1.2.1 A abordagem clássica: do surgimento da doutrina da separação dos Poderes até Montesquieu

Vile (1988) no capítulo intitulado “a fundação da doutrina” traz o surgimento e todo o percurso do estado da arte acerca da separação dos poderes, começando por Aristóteles e coadunando na Guerra Civil. Importante ressaltar que nem sempre a teoria separação dos poderes foi dividida em três funções, executiva, legislativa e judiciária, tal como conhecemos atualmente, e é importante perceber que as categorias que hoje formam a base do nosso pensamento sobre a estrutura do governo e sua operação são o resultado de um desenvolvimento gradual de ideias que reflete problemas relativos à natureza do governo. As raízes dessas ideias podem ser encontradas no Mundo Antigo, em que pensadores lutaram com problemas semelhantes, embora suas respostas tenham sido um pouco diferentes (VILE, 1998, p. 23).

Em Platão (2004) já se pode visualizar a intenção de limitação do Poder político para que ele não se concentre nas mãos de apenas um. Esteve entre os primeiros a falar sobre separação das funções da cidade quando discorreu sobre a *polis* perfeita, afirmando que deveria haver a distribuição de funções dos entes da comunidade, de modo que cada indivíduo deveria realizar a sua função junto ao grupo social. Platão, assim, esboça a ideia de uma descentralização do poder estatal, levantando uma corrente doutrinária baseada no equilíbrio. Ademais, firmou uma teoria em que a divisão das funções era necessário, embora não tenha dado contornos específicos a essa divisão. Somente mais tarde, com Aristóteles (1985), que foram dados os contornos específicos a uma distribuição de funções.

Aristóteles (1985), assim como Platão, também considerava perigoso atribuir o todo o exercício do Poder a apenas um indivíduo. Assim, em sua concepção, considerava a divisão

²⁰ BICKEL, *apud* BARROSO (2011, p.74): “A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (*judicial review*) é uma força contramajoritária em nosso sistema. (...) [Q]uando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. (...) O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial”.

do Governo do Estado nas funções deliberativa, executiva e judicial. A função deliberativa seria aquela que decide sobre os negócios do Estado por meio das assembleias composta pelos cidadãos. Entre as suas funções, estão as de decidir sobre a paz e a guerra, contrair alianças ou rompê-las, fazer as leis e suprimi-las, assim como prestar contas aos magistrados, dentre outras. As deliberações assembleares deveriam contar com a participação de todos os cidadãos, de maneiras distintas, a depender da natureza do Estado. O corpo deliberativo deveria ser o soberano do Estado.

A função executiva era composta por magistrados governamentais, que exerciam as deliberações sobre os negócios do Estado e sobre a aplicação de tais decisões. Por fim, a função judiciária, para Aristóteles, estava incumbida de resolver as querelas entre os particulares.

Há uma estreita relação entre a obediência do governo à lei e as funções de governo. A obediência do governo à lei pressupõe duas operações: a confecção e aplicação da lei. Com isso, Aristóteles (1985) se preocupava com duas ciências: a legislativa e a política. Quando, por outro lado, se fala em funções de governo, afastando-se da ideia de funções distintas para a visão de que estes devem ser confiados a grupos distintos de pessoas, é difícil se embasar em Aristóteles, pois na Constituição ateniense a participação direta de todos os cidadãos em todas as funções de governo foi oposta a tal doutrina. A grande preocupação dos teóricos antigos do constitucionalismo era alcançar um equilíbrio entre as diversas classes da sociedade e, assim, enfatizar que seus diferentes interesses, refletidos nos órgãos do governo, têm um papel a desempenhar no exercício das funções deliberativas, executivas e judiciais. A teoria característica da Grécia e Roma era a de governo misto, não a separação de poderes (VILE, 1998, p. 24). Percebe-se, por oportuno, que houve uma grande importância da teoria de Aristóteles para o surgimento da ideia do Estado de direito.

Durante muito tempo, o Monarca exerceu a função tanto de Executivo quanto de Judiciário, cenário que só foi mudar com a Guerra Civil. Antecedente da teoria da separação dos Poderes e que com ela guarda estreita relação, é a teoria do governo misto, a qual contribuiu para evitar a concentração do Poder nas mãos de um só, por meio da separação de agências. Da antiga doutrina do governo misto para a atual, dois passos foram importantes: a primeira se refere à restrição de funções específicas para determinadas agências, como forma de limitar o poder do monarca, criando, para tanto, o Poder Executivo; o segundo é o reconhecimento do Poder Judiciário independente dos demais poderes. E dois nomes possuem grande importância para a compreensão de tal teoria: Locke e Montesquieu.

John Locke, na sua obra, “Tratado sobre o governo civil” (2003) defende a existência de um Estado em que todos sejam livres para decidir sobre suas ações e dispor de seus bens como bem entenderem, para tanto, defende que o direito natural, ao reger a liberdade humana, assegure e imponha a cada indivíduo um juízo de valor, pois todos são iguais e criados por deus, de modo que seus direitos devem ser resguardados, não podendo ser lesados por ninguém. Quanto às funções do Estado, no capítulo XII, Locke (2003, p. 324-329) as dividiu em Legislativa, Executiva e Federativa.

O Poder Legislativo é supremo na comunidade civil, ao qual todos os demais são subordinados, pois é ele que define o modo com que a comunidade deverá utilizar a força para a sua defesa e a de seus membros. Locke impõe algumas limitações ao Legislativo, entre as quais, o fato de que as leis devem ser criadas para todos de forma equiparada, não devendo ser modificadas em benefício próprio; o de que as leis devem ter como finalidade o bem comum; a de que não deve haver imposição sobre a propriedade privada sem que haja o consentimento, individualmente ou pelos representantes; e, por fim, a de que a competência para legislar não pode ser delegada para aqueles a quem o povo não confiou.

O Poder Executivo, cuja existência é perene, é aquele responsável pela execução das leis internas. Associado a ele, mas de forma distinta, está o Poder Federativo, que é o responsável pela administração da comunidade, o relacionamento com os estrangeiros, a formação de alianças e decisões sobre guerra e paz. Locke fala ainda sobre a função de prerrogativa, que pode ser exercida pelo rei, mas somente em casos de exceção constitucional, como guerra e estado de exceção.

Apesar da contribuição de Locke, o nome mais relacionado com a teoria da separação dos poderes é o de Charles Louis de Secondat, conhecido como Barão de Montesquieu, na obra “O Espírito das Leis” (2009), sobretudo em seu livro XI, capítulo 6. A obra teve grande repercussão sobretudo pelo contexto político vivido nas colônias britânicas na América do Norte e na França, mas ressalta-se, desde já, que não se trata de uma inovação doutrinária, pois muito sobre o tema já fora falado por outros autores contemporâneos. No entanto, Montesquieu deu novas roupagens à doutrina, particularmente em relação ao Poder Judiciário. Portanto, sua doutrina não inova em relação à originalidade do tratamento, mas da maneira como foi tratada (VILE, 1998, p. 83).

Montesquieu, pautado na natureza humana, descreve três tipos de governo: a monarquia, em que só um governa, mas por meio de leis fixas e instituições; a república, em que o povo governa; e o despotismo, em que governa a vontade de um só. Cada um desses

tipos de governo seria movido por um princípio: o da monarquia é a honra, o da república é a virtude e o do despotismo é o medo.

Todavia, Montesquieu dedica maior parte dos seus estudos à monarquia, sobremaneira à britânica. Nesse ponto, Vile (1998, p. 91 e ss.) aponta uma incongruência na teoria de Montesquieu. Começa questionando qual a visão de Montesquieu sobre o governo misto e qual o governo que ele acredita que a Inglaterra possui. Isso, pois, no início do seu trabalho, quando discorre sobre os tipos de governo, ele não considerou o governo misto, de uma forma geral. Montesquieu escreve sobre os governos “moderados”, mas estas são as formas não corrompidas da monarquia e república. Em um ponto, ele parece dizer que a constituição mista é impossível, ou pelo menos que ele não tem conhecimento. Quando Montesquieu inicia no Livro XI a sua discussão sobre a Inglaterra, no entanto, ele adota abordagem muito diferente.

Continua afirmando (VILE, 1998, p. 91 e ss.) que nesta forma de governo o Poder Executivo deve estar nas mãos de um monarca, e o Poder Legislativo dividido entre nobres e o povo, cada um com suas assembleias e deliberações próprias. Esta é a constituição fundamental de um Estado livre: o corpo legislativo composto de duas partes, eles se verificam mutuamente pelo privilégio de poder rejeitar a proposta do outro. Ambos são restringidos pelo Poder Executivo, o qual, por sua vez, o é pelo Legislativo. Montesquieu segue imediatamente esta frase com uma referência a “estes três Poderes”, pelo qual ele parece significar Rei, Lordes e Comuns, em vez de Legislativo, Executivo e Judiciário. Tanto é que afirma

Eis então a constituição fundamental do governo de que falamos. Sendo o corpo legislativo composto de duas partes, uma prende a outra com sua mútua faculdade de impedir. Ambas estarão presas ao poder executivo, que estará ele mesmo preso ao legislativo. Estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente. (MONTESQUIEU, 2009, p. 78)

Ele rejeita totalmente a ideia de uma forma mista de Estado, por causa da impossibilidade lógica e prática da divisão do poder soberano, mas ele faz uma distinção entre formas de Estado e formas de governo, permitindo que a forma de governo pode ser diferente da forma do Estado em que opera. Montesquieu parece ver a Inglaterra nesta luz. Assim, ele se refere a ela como “uma nação que pode ser justamente chamado de república, disfarçada sob a forma de uma monarquia”²¹.

²¹ No original: “When he turn from the description of the monarchy to the discussion of English Constitution we must consider two difficulties. What were Montesquieu’s views on mixed government, and what from the

É neste contexto em que é escrito o capítulo sobre a constituição inglesa, o qual envolve a doutrina da separação dos poderes, mas, de acordo com Vile (1998, p. 95)

Não se trata de uma “doutrina”, nem é conveniente usar a expressão “separação de poderes”, muito embora Montesquieu afirme que a liberdade é perdida se os três poderes não são separados. O que Montesquieu têm a dizer sobre a separação dos poderes? Há notável grau de desacordo sobre o que Montesquieu disse. Há duas grandes correntes de interpretação do seu pensamento desde a última parte do século dezoito. Uma delas, em grande parte associada à Europa continental, apoiada por juristas, em vez de teóricos políticos, vê o que temos chamado de “doutrina pura da separação de poderes”, uma separação profunda de órgãos, funções e pessoas. A outra, representado principalmente pelos pais da Constituição americana, escritores franceses, como Benjamin Constant, no século XIX, viu alguma forma de separação parcial de poderes, que é a doutrina pura modificada por um sistema de freios e contrapesos. Alguns autores vão mais longe ao afirmar que o termo “separação de poderes”, quando aplicado ao pensamento de Montesquieu é um exagero ou má interpretação, que estava preocupado apenas com o estabelecimento da “não- confusão” de poderes, sendo que ele estava tentando estabelecer apenas a independência do Judiciário em relação ao Legislativo e Executivo, e não a separação de funções ou pessoas, ou que ele exigia apenas a integração harmoniosa dos poderes do governo²².

government did he believe England to have? Montesquieu's treatment of mixed government is characteristic of the problems of interpretation he presents. At the beginning of his work, when he enumerating the types of government, he did not consider mixed government at all. There is no direct mention of this idea which had been so important in English political thought for centuries, and which had also figured in the work of Hotman and others in France. Montesquieu writes of “moderate” governments, but these are the uncorrupted forms of monarchy and republic. At one point he seems to be saying that a mixed constitution is impossible, or at least that he knows of none that exists. Again the parallel with Bodin is striking. When Montesquieu turns in Book XI to his discussion of England, however, he adopts very different approach.

In this form of government the executive power should be in the hands of a monarch, and the legislative power committed to the body if the nobles and to that body which represents the people, each having their assemblies and deliberations apart, each separate views of interests. This is the fundamental constitution of a free state: The legislative body being composed of two parts, they check one another by the mutual privilege of rejecting. They are both restrained by the executive power as the executive is by the legislative. Montesquieu immediately follows this sentence with a reference to “these three powers”, by which he seems to mean King, Lords, and Commons, not legislature, executive, and judiciary. This is clearly a system of mixed government, and in the rest of Book XI Montesquieu refers to mixed systems in glowing terms, whether in reference to the Gothic constitutions of Europe, or the harmony of power in the government of Rome when it consisted of a mixture of monarchy, aristocracy and democracy. [...]. He rejects altogether the idea of a mixed form of *State*, because of the logical and practical impossibility of the division of the sovereign power; but he distinguishes between forms of *State* and forms of *government*, allowing that the form of government may differ from the form of *State* in which it operates, so that a monarchy may, in reality, operate as an aristocracy or democracy, and also that combinations of forms of *government* are possible. Montesquieu seems to view England in this light. Thus he refers to it as “a nation that may be justly called a republic, disguised under the form of a monarchy”, and again, se he says that England having been formerly subject to an arbitrary power, on many occasions preserves the style of it, in such a manner as to let us frequently see upon the foundation of free government the form of an absolute monarchy”

²² No original “This, then, the framework within which is set the famous chapter on the English Constitutions, which has had greater influence than any other part of “*De l’Espirít des loix*”, the chapter which further involves the doctrine of the separation of the powers. As with all the previous writers we have surveyed, it is still not a “doctrine”, nor does the term “separation of powers” appear in the text, although Montesquieu does assert that liberty is lost if the three powers are not separated. What does Montesquieu have to say about the separation of the powers? A remarkable degree of disagreement exists about what Montesquieu actually did say. Two broad streams of interpretation of his thought since the latter part of the eighteen century can be detected. One, largely associated with the continent of Europe, and with jurists rather than political theorists,

Há alguns indícios que faz parecer que esta segunda corrente está com a razão. A começar pelo fato de que a expressão usada por Montesquieu (2009, p. 75) é que “existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil” (MONTESQUIEU, 2009, p. 75). Portanto, para o autor, logo se vê que o que seria o Poder Judiciário é, na verdade, uma vertente do Poder executivo. Tanto é menosprezado, que assim afirma ser a sua função “Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Ao último, ele dá o nome de poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado” (MONTESQUIEU, 2009, p. 75).

Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, toma-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juízes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados. É até mesmo necessário que, nas grandes acusações, o criminoso, de acordo com a lei, escolha seus juízes; ou pelo menos que possa recusar um número tão grande deles que aqueles que sobrarem sejam tidos como de sua escolha. (MONTESQUIEU, 2009, p. 77).

É ainda mais enfático ao afirmar que dos três poderes, “o de julgar é, de alguma forma, nulo” (MONTESQUIEU, 2009, p. 77). Portanto, não apenas menospreza o Poder Judiciário, como também dá outros indícios da tentativa de não confusão entre os Poderes, ao afirmar:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares” (MONTESQUIEU, 2009, p. 75).

sees what we have called “the pure doctrine of separation of powers,” a thoroughgoing separation of agencies, functions and persons. The other, represented principally by the Fathers of American Constitution, French writers such as Benjamin Constant, and nineteenth centuries, has seen some form of partial separation of powers, that is the pure doctrine modified by a system of checks and balances. Some writers go further to claim that the term “separation of powers” as applied to Montesquieu thought is an exaggeration or misrepresentation, that he was concerned only with the establishment of the “non-confusion” of powers, that he was trying to establish only the judicial independence of the legislature and the government and not the separation of functions or persons, or that he demanded only the harmonious integration of the powers of government.”

Continua “o poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer”. (MONTESQUIEU, 2009, p. 76).

Portanto, percebe-se que embora tenha influenciado a teoria da separação dos Poderes, Montesquieu ainda vê um Judiciário tímido, não sendo considerado um Poder. Sua função era exclusivamente de julgar as querelas civis. Ademais, não se pode falar, em sua teoria, em um Poder independente e que compete de igual para igual com os demais, mas um Judiciário inferiorizado. O Poder Judiciário será alçado a Poder independente, na verdade, nas Constituições americana e francesa, como se verá no tópico a seguir.

1.2.2 A ascensão do Poder Judiciário enquanto Poder independente e autônomo: a Constituição americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791

O Poder Judiciário se alça como Poder independente e no mesmo patamar dos demais com a Constituição americana de 1787 e a base teórica para este fato parece estar bastante associada à obra “O Federalista”, conjunto de ensaios publicados na imprensa de Nova York, em 1788, com a finalidade de contribuir para que os Estados ratificassem a Constituição, fruto da Convenção de Filadélfia. Os artigos eram assinados por *Publius*, somente depois se descobriu que a obra foi escrita por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay.

Em seus artigos, os autores se preocupam em fundamentar o texto constitucional, tendo como principal desafio teórico o de desmentir os dogmas arraigados à tradição filosófico-política que vinha desde Maquiavel e vai à Rousseau que apontava para a incompatibilidade entre governos populares e os tempos modernos. Nesse intuito de superação da instituição do governo monárquico, os autores revisam a ideia de separação dos poderes.

Os diferentes ramos do Poder precisam ser dotados de força suficiente para resistir às ameaças uns dos outros, garantindo que cada um se mantenha dentro dos limites fixados constitucionalmente. Entretanto, um equilíbrio perfeito entre as forças opostas não parece possível em um governo. Para cada forma de governo, haverá um Poder mais forte, que coloca em risco a liberdade. Para as repúblicas, o Poder Legislativo é o maior risco para a liberdade, vez que poderá alterar as leis que regem todos os Poderes. Com esse fundamento, há necessidade de medidas adicionais para freá-lo. Uma das formas seria o Senado, que

constituiria uma segunda câmara legislativa, composta a por princípios diversos da Câmara dos Deputados.

Outra forma de deter o Legislativo, contudo, seria por intermédio do fortalecimento dos demais Poderes. O Judiciário, o mais fraco dos Poderes, por ser destituído da prerrogativa da iniciativa, merece cuidados especiais para que a sua autonomia seja mantida, descritas em diversos artigos, em especial no Federalista nº 78.

Antes, porém, já no Federalista nº 22, se antevia a importância que possui um Poder Judiciário numa federação, diferentemente do que ocorre na confederação. Afirma:

Há ainda uma circunstância que coroa os defeitos da confederação: a falta de um poder judicial. As leis são letras mortas sem tribunais que desenvolvam e definam seu verdadeiro significado e alcance. Para que os tratados dos Estados Unidos tenham alguma força, devem ser considerados como parte do direito vigente no país. Seu verdadeiro sentido, no que respeita aos indivíduos, deve ser determinado, como todas as demais leis, pelas decisões judiciais. Para que haja uniformidade nestas decisões, devem submeter-se, em última instância, a um Tribunal Supremo. E este tribunal deve instituir-se na virtude da mesma autoridade com que celebram seus tratados. Ambas condições são indispensáveis. Se existe em cada Estado um Tribunal com jurisdição de última instância, podem resultar tantas sentenças definitivas sobre o mesmo ponto como tribunais haja²³ (HAMILTON, 2003. p. 98).

No Federalista nº 78, Hamilton (2003, p. 352) discorre mais detalhadamente sobre o Poder Judiciário. A análise consiste em três pontos: na maneira de nomear os juízes, no tempo que duraria sua permanência nas cortes e na distribuição da autoridade judicial entre os diferentes tribunais e a relação entre eles²⁴.

Ao primeiro ponto, afirma que a forma de nomear os juízes há de ser a mesma que a da nomeação dos funcionários da União em geral (HAMILTON, 2003, 353)²⁵; ao segundo ponto, afirma que a permanência dos juízes em seus cargos duraria o tempo necessário para

²³ No original: "A circumstance which crowns the defects of the Confederation remains yet to be mentioned, the want of a judiciary power. Laws are a dead letter without courts to expound and define their true meaning and operation. The treaties of the United States, to have any force at all, must be considered as part of the law of the land. Their true import, as far as respects individuals, must, like all other laws, be ascertained by judicial determinations. To produce uniformity in these determinations, they ought to be submitted, in the last resort, to one supreme tribunal. And this tribunal ought to be instituted under the same authority which forms the treaties themselves. These ingredients are both indispensable. If there is in each State a court of final jurisdiction, there may be as many different final determinations on the same point as there are courts. There are endless diversities in the opinions of men. We often see not only different courts but the judges of the same court differing from each other. To avoid the confusion which would unavoidably result from the contradictory decisions of a number of independent judicatories, all nations have found it necessary to establish one court paramount to the rest, possessing a general superintendence, and authorized to settle and declare in the last resort a uniform rule of civil justice."

²⁴ No original: "The manner of constituting it seems to embrace these several objects: 1st. The mode of appointing the judges. 2d. The tenure by which they are to hold their places. 3d. The partition of the judiciary authority between different courts, and their relations to each other"

²⁵ No original: "First. As to the mode of appointing the judges; this is the same with that of appointing the officers of the Union in general"

cumprir as suas funções (HAMILTON, 2003, p. 353)²⁶. Continua afirmando que todos os juízes nomeados pelos Estados Unidos conservarão seus postos enquanto observarem boa conduta e obediência à Constituição (HAMILTON, 2003, p. 353)²⁷.

Com isso, começa a discorrer sobre a independência dos tribunais, que acredita ser essencial em uma constituição limitada, entendida como aquela que contém proibições expressas às autoridades legislativas. Tais limitações só podem se manter na prática através dos tribunais de justiça, que tem o dever de declarar nulo todos os atos contrários à Constituição. Sem isso, todos os direitos serão letras mortas (HAMILTON, 2003, p. 354)²⁸.

Assim,

O direito dos tribunais de declarar nulos os atos da legislatura, com fundamento de serem atos contrários à Constituição, há suscitado certas dúvidas como resultado da ideia errônea de que a doutrina que o sustenta implicaria a superioridade do Poder Judiciário frente ao Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos do outro necessariamente será superior àquela de quem procede o ato nulo (HAMILTON, 2003, p. 354)²⁹.

A isso, afirma que todo ato de uma autoridade delegada, contrário aos termos do mandato ao qual se exerce, é nulo. Assim, nenhum ato lesivo à Constituição pode ser válido (HAMILTON, 2003, p. 354)³⁰. A interpretação das leis é própria da incumbência dos tribunais. Uma constituição é uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles é incumbido, portanto, determinar seu significado, assim como o de qualquer lei que venha do Legislativo. E, se houver discrepância entre elas, deverá prevalecer a que possuir maior força obrigatória (HAMILTON, 2003, p. 355)³¹. Desse modo:

²⁶ No original: “As to the tenure by which the judges are to hold their places; this chiefly concerns their duration in office; the provisions for their support; the precautions for their responsibility”.

²⁷ No original: “According to the plan of the convention, all judges who may be appointed by the United States are to hold their offices during good behavior; which is conformable to the most approved of the State constitutions and among the rest, to that of this State”.

²⁸ No original: “By a limited Constitution, I understand one which contains certain specified exceptions to the legislative authority [...] Limitations of this kind can be preserved in practice no other way than through the medium of courts of justice, whose duty it must be to declare all acts contrary to the manifest tenor of the Constitution void. Without this, all the reservations of particular rights or privileges would amount to nothing.”

²⁹ No original: “Some perplexity respecting the rights of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the Constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power. It is urged that the authority which can declare the acts of another void, must necessarily be superior to the one whose acts may be declared void.”

³⁰ No original: “There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid.”

³¹ No original: “A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred”

Esta conclusão não supõe de nenhum modo de superioridade do Poder Judiciário sobre o Legislativo. Só significa que o poder do povo é superior a ambos. E se a vontade do legislativo, manifestada em suas leis, estiver em oposição à do povo, declarada na Constituição, os juízes deverão se governar por esta, em detrimento daquela. Deverão regular suas decisões pelas normas fundamentais (HAMILTON, 2003, p. 355)³².

Com isso, se percebe as bases teóricas do que seria o controle de constitucionalidade, iniciado no caso *Marbury v. Madison*, em 1803, como se verá no segundo capítulo. A ideia da independência do Poder Judiciário está intimamente ligada a um contexto histórico e à defesa de uma opção por forma de estado: o caos político americano pós-independência e a defesa da federação.

Na França também é possível encontrar um ponto de surgimento da teoria da separação dos Poderes, mas por motivos diversos. A experiência da teoria da separação dos poderes na França, seguiu linhas bastante diferentes do pensamento inglês e americano, a começar pelo fato de que a maior influência foi Rousseau, que critica claramente a ideia tanto da constituição mista quanto da constituição equilibrada.

Ademais, na França, a doutrina ocorreu como uma posição ideológica, enquanto nos Estados Unidos foi uma consequência lógica da situação revolucionária. Ademais, quando a situação política permitiu o ressurgimento das ideias mais antigas, a doutrina da separação dos poderes foi prontamente modificada. Na França, no entanto, doutrina foi mais intensa, devido às questões políticas, havendo na constituição francesa de 1791 uma divisão extrema dos Poderes a fim de tentar superar os problemas anteriores à revolução, sobretudo no que se refere ao Poder do Executivo (VILE, 1998, p. 195).

A Constituição de 1791 começou com uma arrebatadora abolição de todos os privilégios, proclamando que a soberania pertence ao povo, mas acrescentando que só seria exercido por meio de delegação aos seus representantes, à Assembleia Nacional, ao Rei, e ao Judiciário eleito. Os Poderes Legislativo e Executivo foram rigorosamente divididos, embora os ministros tenham sido autorizados a falar na Assembleia para ouvir os debates. A Constituição elevou Poder Judiciário a um nível de igualdade com o Legislativo e Executivo, a assembleia e o Rei foram expressamente proibidos de exercício qualquer função judicial, e os juízes tinham a intenção de ser independentes dos outros dois Poderes em virtude de sua eleição popular (VILE, 1998, p. 206).

³² No original: "Nor does this conclusion by any means suppose a superiority of the judicial to the legislative power. It only supposes that the power of the people is superior to both; and that where the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental."

Uma diferença importante entre a adoção da doutrina na França e nos Estados Unidos, é que, naquela, a estrita separação de Poderes descartou qualquer possibilidade de revisão judicial de atos legislativos, que foi o que ocorreu nos Estados Unidos. Na verdade, a assembleia constituinte inseriu na Constituição uma negação específica do direito de revisão judicial, e os tribunais foram proibidos de interferir no exercício legislativo (VILE, 1998, p. 208).

A base teórica da separação dos poderes na França foi de Benjamin Constant, cuja teoria mencionava quatro poderes: o Poder Executivo nas mãos dos ministros, o Poder Legislativo nas assembleias, o Poder Judicial nos tribunais, e o Poder Real nas mãos do rei, o qual, no Brasil Imperial, ficou conhecido como Poder Moderador. Constant, portanto, fazia uma distinção nítida entre o Poder Real e do Poder Executivo, que, para o autor, era a chave para toda a organização política. A monarquia constitucional tem a grande vantagem de criar um “poder neutro” nas mãos do rei, usado para manter a harmonia entre os outros três ramos do governo. Os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário cooperam entre si, cada um participa da sua própria maneira no governo, mas, em caso de discórdia, o Rei deve intervir para restaurar a harmonia. Os mecanismos usados para a manutenção da harmonia estão na prerrogativa de veto, na dissolução das assembleias, na demissão de ministros e no perdão (VILE, 1998, p. 209),

Essa tendência teórica da separação dos poderes foi concretizada, na França, tanto na Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 que afirmou em seu artigo 16: “toda sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição”.

Ocorre que, a doutrina da separação dos poderes, na sua origem, como afirma Matos (2010, p. 4616), “relaciona-se com um emaranhado de outros conceitos antigos e modernos, como os de *rule of law*, constituição mista, balança de poderes, soberania popular, conceito moderno-iluminista de lei, Estado-sociedade, direitos fundamentais e liberdade”, que passaremos a analisar sucintamente no tópico seguinte.

1.2.3 A insuficiência teórica da tripartição de poderes: as teorias do governo misto, da constituição equilibrada e dos freios e contrapesos.

A teoria da separação dos poderes, como dito, está intimamente relacionada com outras teorias, pois, como soa notório, a sua intenção não é repartir os poderes, mas evitar a concentração do Poder nas mãos de apenas um dos órgãos do Estado. Nesse sentido, debater-

se-á, neste ponto, as teorias do governo misto, da constituição equilibrada e dos freios e contrapesos.

A teoria do governo misto se distingue da doutrina da separação de poderes, mas estiveram intimamente ligados por longo tempo. Ambas estão preocupadas com a limitação do poder, instituindo verificações internas dentro do governo. A teoria do governo misto, que influenciou a doutrina da separação dos poderes, se baseia na crença de que os principais interesses da sociedade devem ser levados em consideração nas funções de governo para evitar que os interesses de alguns se sobreponham aos dos outros. Por outro lado, teoria da separação de poderes divide as funções de governo entre os seus setores e restringe cada um deles para o exercício de sua função. A teoria do governo misto teve como ponto central uma mistura de monarquia, aristocracia e democracia, e há uma tendência de equacioná-los, em algumas etapas do desenvolvimento da doutrina da separação de poderes, respectivamente, com os Poderes Executivo, Judicial e Legislativo. (VILE, 1998, p. 62.)

A mistura da monarquia, aristocracia e democracia era um caso particular de uma teoria geral do governo limitado, em que o povo exerce o controle sobre o monarca. No mundo antigo, a teoria do governo misto figurou principalmente na obra de Aristóteles e Platão, que enfatizaram a crença em moderação e compromisso, base da teoria. Assim, as classes, com os seus interesses potencialmente conflitantes, devem ser harmonizadas através de uma estrutura constitucional garantindo que cada classe pode desempenhar um papel no controle dessas decisões em que serão afetados seus interesses. (VILE, 1998, p. 70)

A importância da teoria do governo misto se dá na tentativa de evitar um governo arbitrário, por intermédio da descentralização do governo, e essa separação das agências é parte essencial também da doutrina da separação de poderes. Ambas tentam evitar o absolutismo e partem da prevenção da concentração do Poder em um único órgão do Estado. Ocorre que a doutrina da separação dos Poderes dá mais um passo e atribui funções distintas para as agências de governo. O problema da doutrina é que, nessa transição, os três órgãos do governo misto não correspondem aos três órgãos da separação dos poderes, visto que naquela são o rei, a aristocracia e a assembleia popular, não o executivo, legislativo e judiciário. (VILE, 1998, p. 75)

Assim, há duas etapas principais a serem observadas na transição da teoria do governo misto para a teoria da separação dos poderes. Em primeiro lugar, a insistência de que determinadas agências devem ter suas funções restritas, e, em segundo lugar, o reconhecimento de um Poder Judiciário independente, que vai tomar o seu lugar ao lado de rei, nobres e deputados. (VILE, 1998, p. 79)

A teoria da constituição equilibrada também se relaciona com a tentativa de evitar a concentração do Poder nas mãos de apenas um órgão. Em vez de servir de referência teórica para a modelagem de novas instituições legítimas, atua de modo empírico nas instituições existentes. A única modalidade de exercício desse poder de exceção estava na suspensão da garantia de *habeas corpus*. Mesmo assim, o rei era proibido de fazê-lo sem autorização do Parlamento (LYNCH, 2010, p. 70). Prossegue o autor afirmando que:

Essa interpretação da Constituição britânica como equilibrada teve um impacto enorme sobre a ideia que os políticos e os filósofos continentais formaram de um governo limitado pelas leis, respeitador dos direitos de cada qual – de sorte que a via inglesa passou a gozar de grande popularidade entre os adversários do absolutismo. (LYNCH, 2010, p. 70)

A doutrina da separação dos Poderes está bastante associada ao sistema de freios e contrapesos, segundo o qual todos os atos de determinado Poder são fiscalizados pelos demais, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência. A teoria ganhou espaço com a Constituição estadunidense, tendo como marco teórico a obra O Federalista, especificamente o de nº 51.

Madison (2003, p. 268 e ss.) começa questionando o que é necessário para a manutenção da prática da divisão dos poderes entre os diversos departamentos, como determina a Constituição. E pretende encontrar uma solução intragovernamental. Afirma que todos os poderes necessitam ter a sua vontade própria para que mantenha a divisão das funções, essencial para a manutenção da liberdade. Com isso, deve-se ter a ideia de que a interferência de uma função na outra deve ser a mínima possível, até mesmo porque a sua fonte legitimadora, o povo, é o mesmo para todos os poderes.

Assim, afirma:

A maior segurança contra a concentração gradual do Poder em um só departamento reside em dotar os que administram cada departamento de meios constitucionais e motivos pessoais para resistir às invasões dos demais Poderes. Os meios de defesa, nesse caso e em todos, devem ser proporcionais ao risco que ocorre. A ambição deve se por em jogo para contrastar à ambição. O interesse humano deve se entrelaçar com os direitos constitucionais do posto. Mas é impossível dar a cada departamento o mesmo poder de autodefesa. No governo republicano necessariamente predomina a autoridade legislativa. O remédio deste inconveniente consiste em dividir a legislatura em ramos diferentes, procurando por meio de diferentes sistemas de eleição e de diferentes princípios de ação, que estão tão pouco relacionados entre si como permite a natureza comum das suas funções e sua comum dependência da sociedade. Pode até ser necessário para proteger contra invasões perigosas tomar mais precauções. Como o peso do Poder legislativo exige que ele seja dividido, a fraqueza do executivo pode exigir, por outro lado, que ele deve ser fortalecido. Uma negativa absoluta no Legislativo parece, à primeira vista, ser a defesa natural

com a qual o magistrado executivo deve ser armado. Mas, talvez, não seria nem totalmente seguro, nem só suficiente. Em ocasiões normais, não pode ser exercida com a firmeza necessária, e em ocasiões extraordinárias, pode ser preferível.³³ (MADISON, 2003, p. 268)

O sistema de freios e contrapesos, do governo misto e da constituição equilibrada são, na verdade, construções teóricas que partem da premissa que o Poder não deve estar concentrado nas mãos de um só. A sua prática, no entanto, dependerão das variáveis políticas e históricas de cada país. Nesse sentido, não se tratam de teorias uniformes que são aplicadas da mesma forma em todos os países, mas conceitos polissêmicos adaptáveis de acordo com os contextos políticos.

Sabe-se ainda que pelo fato de a teoria da separação dos Poderes, do sistema dos freios e contrapesos, do governo misto e da constituição equilibrada comungarem do mesmo objetivo, em muitos casos e em muitos contextos, tem-se uma confusão doutrinária entre as quatro teorias. Por esse motivo, há grande dificuldade em se perceber uma teoria única e modelar da separação dos Poderes.

1.2.4 A inexistência de uma doutrina fundamental sobre a separação dos poderes: o surgimento da judicialização e ativismo judicial

A doutrina da separação dos Poderes é uma teoria construída ao longo dos anos e marcada pelas peculiaridades das instituições em seus contextos político e histórico. Não se trata, como dito, de uma teoria harmônica e homogênea. Nesse sentido:

Embora o princípio da separação de poderes seja amplamente difundido nas constituições ocidentais como dogma, e, embora a doutrina em direito constitucional, em teoria do Estado e em ciência política trate a respeito do tema superficialmente (como se não fosse necessário perder palavras com um assunto por demais claro e incontroverso), o tema, quando devidamente abordado, é complexo e controvertido. (MATOS, 2010, p. 1).

³³ No original: “But the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists in giving to those who administer each department, the necessary constitutional means, and personal motives, to resist encroachments of the others. The provision for defense must in this, as in all other cases, be made commensurate to the danger of attack. Ambition must be made to counteract ambition. The interest of the man, must be connected with the constitutional rights of the place. But it is not possible to give to each department an equal power of self defense. [...] In republican government, the legislative authority necessarily predominates. The remedy for this inconveniency is, to divide the legislature into different branches; and to render them, by different modes of election, and different principles of action, as little connected with each other, as the nature of their common functions, and their common dependence on the society, will admit. It may even be necessary to guard against dangerous encroachments by still further precautions. As the weight of the legislative authority requires that it should be thus divided, the weakness of the executive may require, on the other hand, that it should be fortified. An absolute negative on the legislature, appears, at first view, to be the natural defence with which the executive magistrate should be armed. But perhaps it would be neither altogether safe, nor alone sufficient. On ordinary occasions, it might not be exerted with the requisite firmness; and on extraordinary occasions, it might be perfidiously abused.”

Nesse sentido, desde que surgiram os três Poderes equipotentes e harmônicos como conhecemos hoje, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, e como marcos teórico e histórico temos o Federalista e as Constituições americana de 1787 e francesa de 1791, a forma como eles se relacionam não são frutos doutrinários, mas constatações empíricas. O histórico da doutrina da separação dos Poderes tinha uma defesa muito clara: impedir a concentração do Poder em apenas um órgão. Num segundo momento, após dividido o Poder, como eles se interagem, foi objeto de estudo dos autores clássicos com a finalidade de ilustrar a recíproca fiscalização entre eles.

A forma como as instituições se arranjam é alheio à teoria pura da separação dos poderes e seu estudo não é eminentemente político ou jurídico, mas é fruto de um prolongamento da relação entre as instituições ao longo da história, pois falar na separação dos Poderes é falar sobre a história interna da interação entre eles. Portanto, o ponto nevrálgico atualmente não é mais da teoria da separação dos poderes, mas da relação entre as instituições.

Ademais, o modo de interação entre os Poderes possui um escopo principal, que é evitar a concentração dos Poderes em apenas um órgão, que, coincidentemente, é o mesmo fundamento que legitima a sua divisão. Um poder ser superior ao outro não é, a princípio, problemático, contanto que haja a devida fiscalização. Inclusive, como disseram Montesquieu e Locke, o Legislativo, nas repúblicas, é o Poder mais importante. O problema, todavia, é quando a interação entre os Poderes não tem como objetivo a fiscalização, mas a maquiagem que legitima a concentração do Poder. O problema, frise-se, é quando os Poderes que deveriam se fiscalizar, apenas se interagem no sentido de permitir que um deles concentre os poderes.

Não se pode olvidar, ademais, que toda a relação entre os poderes, atualmente no contexto brasileiro, está sob a regência da Constituição e tem o escopo de efetivá-la. Dessa forma, a crítica à expansão do Poder Judiciário não pode ser referente ao suposto receio de que ele efetive a Constituição, mas poderia ser sob o receio de que ele adentre às esferas lhe são estranhas e, com isso, acabe por concentrar em suas mãos o Poder.

A ascensão institucional do Poder Judiciário é um fenômeno que ocorre nas democracias ocidentais desde o fim da Segunda Guerra Mundial e está intimamente relacionada com a ascensão da importância do texto constitucional, dando origem ao Estado Constitucional de Direito (BARROSO, 2011, p. 67). Nesse contexto de expansão do Poder Judiciário, dois fenômenos devem ser discutidos: a judicialização e o ativismo judicial.

Assim,

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2011, p. 68)

Está associada a dois fatores: de um lado a opção do Poder Constituinte em tornar jurídicas questões que até então estavam adstritas à esfera política, insculpindo-a no corpo constitucional. De outro lado, está fortemente associada à inafastabilidade da tutela jurisdicional, contida no art. 5º, XXXV³⁴. Portanto, à primeira vista, a judicialização é um fato do qual só se pode afastar mediante construções doutrinárias e hermenêuticas mais complexas. Nas palavras de Barroso (2011, p. 70-71):

A judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz européia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.

Como fenômeno correlato da judicialização, tem-se o ativismo judicial³⁵,

Expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma

³⁴ Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

³⁵ Barroso (2011, p. 37), explica que o oposto do ativismo judicial é a autocontenção judicial, por meio da qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos demais Poderes. “A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos”.

participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios (BARROSO, 2011, p. 70-71).

Portanto, o ativismo é uma atuação expansiva do Poder Judiciário que encontra obstáculos na invasão dos demais Poderes.

Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2011, p. 73).

Faz-se necessário esclarecer que apesar de ativismo judicial ter assumido uma conotação negativa, pode haver legitimidade na atuação do Judiciário, sobretudo quando atua em defesa dos direitos fundamentais e Estado de direito (BRANDÃO, 2012, p. 144).

Embora distintos no campo teórico, na prática, diante de um caso concreto, ativismo e judicialização são bastante ligados e os limites entre a opção do constituinte e a atuação expansiva do Poder Judiciário são bastante tênues. O principal ponto de convergência entre os dois conceitos é a infiltração da ideia de justiça no campo do direito que cedeu lugar à esfera da publicização da esfera privada (VIANA, 1999, p. 16).

Ambos os fenômenos sofrem severas críticas doutrinárias e, para o presente momento, a principal delas se refere à questão contramajoritária, abordada no início deste item 1.2. Nesse sentido, deve-se ressaltar que a inexistência de uma doutrina fundamental que elenque o campo de atuação de cada um dos Poderes dá abertura doutrinária para a judicialização/ativismo. O campo de atuação de cada Poder estar relacionado aos contextos históricos e políticos não impede a judicialização/ativismo, uma vez que tais fenômenos, como demonstrado, estão também relacionados a um contexto político, pois se trata de um fenômeno mundial.

O problema ocorre quando a atuação do Poder Judiciário tenta concentrar todo o Poder, ou seja, quando não há a fiscalização por parte dos Poderes Legislativo e Executivo. O problema da judicialização/ativismo não está em implementar a Constituição por parte do Poder Judiciário, mas está na inexistência de atuação por parte do Poder Legislativo em fiscalizá-lo.

Nesse sentido, as teorias dos diálogos institucionais ganham importante relevo. Ao fomentar a interação entre os Poderes Legislativo e Judiciário, impede a concentração de Poder nas mãos apenas de um, pois necessariamente dependerá/fomentará a resposta do outro

Poder como medida fiscalizatória³⁶. Portanto, o problema não está na atuação do Poder Judiciário, mas na ausência de atuação do Poder Legislativo. A ausência de legitimidade está, pelo menos a princípio, relativizada caso o Congresso atue da mesma forma que o Poder Judiciário, fiscalizando-o e com ele interpretando a Constituição.

³⁶ No item 3.4, ao falar sobre o Poder de Agenda do Supremo Tribunal Federal, voltar-se-á à atuação de fiscalização.

2 DA INSUFICIÊNCIA DA LEGITIMIDADE E *EXPERTISE* DOS MODELOS TRADICIONAIS DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AO SURGIMENTO DAS TEORIAS DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Apontados os traços filosóficos que são substratos da jurisdição constitucional, quais sejam, a legitimidade democrática e a separação dos poderes, este capítulo almeja discorrer especificamente sobre a jurisdição constitucional. Inicialmente, discorre-se sobre os modelos tradicionais de governo de supremacia constitucional e de supremacia parlamentar. Posteriormente, discorre-se sobre a jurisdição constitucional no Brasil, histórica e atualmente. Lança-se, então, as ideias básicas das teorias dos diálogos institucionais para, por fim, demonstrar os exemplos doutrinariamente existentes.

2.1 MODELOS TRADICIONAIS DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Será trabalhado, neste tópico, os primórdios do controle de constitucionalidade: o caso *Marbury v. Madison*, num primeiro momento, e o debate existente entre Kelsen e Schmitt, demonstrando a afirmação do controle de constitucionalidade e a expansão do Poder Judiciário. Posteriormente demonstraremos os principais argumentos favoráveis e contrários à supremacia do Poder Judiciário.

2.1.1 O caso *Marbury v. Madison*: dos fundamentos do *judicial review* aos dias atuais e afirmação do controle de constitucionalidade

Discorrer sobre o modelo americano de controle de constitucionalidade é discorrer sobre a origem da jurisdição constitucional, na sua primeira forma, a difusa. Grande importância possui o modelo americano à História do Direito Constitucional, visto que foi o primeiro a ser estruturado, precipuamente no caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), julgado em 1803.

Nas eleições de 1800, John Adams e seus aliados federalistas foram derrotados por Thomas Jefferson, tanto no legislativo, quanto no executivo. Os federalistas, maioria no congresso, articularam-se para manter o seu poder através do Poder Judiciário. Assim, em 1801 aprovaram a reorganização do Poder Judiciário federal que reduziu o número de ministros da suprema corte, para evitar a nomeação pelo presidente novo presidente, ao mesmo tempo em que criou 18 novos cargos para juízes federais, todos eles preenchidos por federalistas. Posteriormente, a 15 dias do término do seu mandato, uma nova lei autorizou o presidente a nomear 42 juízes de paz para o recém-criado distrito de Colúmbia, sendo assinado pelo Senado na véspera da posse de Jefferson. John Adams assinou os atos de investidura e encarregou o seu Secretário de Estado, John Marshall, a entregá-los aos nomeados. Todavia, não houve tempo hábil para tanto e alguns nomeados não foram empossados.

As medidas irritaram os opositores, que as consideraram ilegítimas, chamando-os, inclusive, de juízes da meia-noite, cujos principais argumentos estariam diante da ilegitimidade da lei criada pelo presidente derrotado, quanto pelo fato de tal medida amenizar a derrota eleitoral.

Com a posse de Jefferson, seu secretário de Estado, James Madison, recusou-se a entregá-las aos nomeados que não a haviam recebido. William Marbury, um dos indicados que não recebeu a nomeação, propôs ação judicial para ver reconhecido o seu direito ao cargo. A corte designou a sessão de 1802 para apreciar o caso, acontece que o Congresso, agora com maioria republicana, veio revogar a lei de reorganização do Judiciário federal extinguindo os cargos que foram ocupados e destituindo seus ocupantes. Para evitar questionamento perante a Suprema Corte, o Congresso suprimiu a sessão da Corte em 1802.

Neste ambiente, a Suprema Corte se reuniu em 1803 para julgar o caso *Marbury v. Madison*. Trata-se do primeiro caso em que a Constituição afirmou o seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando a aplicação das leis que, de acordo com a sua interpretação, fossem inconstitucionais. Vale ressaltar que tal interpretação foi feita de forma implícita, haja vista que não havia determinado dispositivo na constituição da época, de modo que ocorre logicamente do sistema.

Na interpretação constitucional, havia divergência entre republicanos e federalistas. Enquanto estes afirmavam que a extinção de cargos judiciais violaria a independência judicial, assegurada constitucionalmente, os republicanos afirmavam que a independência judicial fora usada de forma fraudulenta.

No desenvolvimento de seu voto, Marshall, que era secretário de Estado e agora Presidente da Suprema Corte, dedicou a primeira parte à demonstração de que Marbury tinha direito à investidura no cargo, considerando, pois, como ilegal a retenção por Madison dos atos de investidura. Na segunda parte, assentou que, se Marbury tinha o direito, necessariamente deveria haver um remédio jurídico para assegurá-lo. Na última parte, enfrentou duas questões distintas: se o *writ of mandamus* era a via própria e, em caso positivo, se a Suprema Corte poderia legitimamente concedê-lo. Respondendo afirmativamente à primeira questão, o *writ of mandamus* seria, portanto, ordem prática para determinado ato. Ao assumir a responsabilidade de expedir o *writ*, estava implícito no pensamento de Marshall que uma lei ordinária não poderia contrariar a Constituição, decorrente disso, então, nenhuma lei ordinária poderia outorgar novas funções à Suprema Corte, haja vista que, constitucionalmente, estava delimitada a sua função.

Assim, Marshall enunciou os três grandes fundamentos que justificam o controle de constitucionalidade, já levantados por Marshall no Federalista n. 78: a supremacia da constituição, a nulidade da lei que contrarie a Constituição e o Poder Judiciário como intérprete final da constituição.

O modelo americano de controle de constitucionalidade é difuso, quanto ao órgão, e incidental, quanto à forma do procedimento, o que permite a qualquer juiz ou órgão judiciário considerar uma norma como inconstitucional e não aplicá-la ao caso concreto, fazendo-o, portanto, incidentalmente. Depreende-se, daí, que o presente modelo pressupõe a existência de um caso concreto, não existindo de forma abstrata. Qualquer juiz ou tribunal poderá deixar de aplicar a norma quando considerá-la inconstitucional, todavia, devido à estrutura escalonada e efeito vinculante do sistema americano a Suprema Corte americana é o último arbítrio do significado da Constituição e do Direito Federal, os Supremos Tribunais dos Estados são os últimos árbitros do significado das Constituições e Leis estaduais.

No modelo americano, o Poder Judiciário é o fiscal da Constituição e da sua compatibilidade com os demais atos estatais, possuindo a competência para declarar nulos e írritos todos os atos contrários à Constituição.

Por ser incidental, o direito de declarar a inconstitucionalidade das leis surge quando uma das partes, ao fundamentar o seu direito, verifica a incompatibilidade de uma norma com a Constituição, acabando por provocar a Suprema Corte para que opte entre uma ou outra. “Inexiste no sistema americano uma modalidade de controle alheia ao conflito de interesse entre as partes. E, ainda que se admita a intervenção de determinadas autoridades no processo (...) traduz, tão somente, uma postura de terceiro interessado” (MENDES, 1990, p. 129).

Em relação aos efeitos do controle, tem-se que a lei, no caso concreto, julgada incompatível com a Constituição é nula, possuindo, portanto, efeito *ex tunc*. Isso se dá devido ao fato de que a inconstitucionalidade já existe no momento da confecção da norma, não havendo uma decretação de inconstitucionalidade, mas o reconhecimento da mesma (MENDES, 1990, p. 124). Isto, pois, os limites da atuação do Legislativo estão contidos no corpo constitucional, de modo que ao se confeccionar a norma incompatível com a Constituição, atuou-se com poder além do que lhe era garantido, de forma *ultra vires*.

Ademais, devido ao princípio do *stare decisis*, há à decisão proferida o caráter vinculante aos demais tribunais (ROSENN, 2007, p. 126). Devido a este princípio, acaba-se com dois problemas que, em tese, adviriam do modelo difuso de controle de constitucionalidade: o primeiro é o fato de não haver necessidade de se ajuizar uma ação todas as vezes que se quiser que uma lei não seja aplicada a um caso concreto por ser considerada inconstitucional, o que oneraria em demasia o Poder Judiciário. O segundo problema é a possibilidade de divergência acerca da inconstitucionalidade de uma norma ante os vários juízes ou tribunais. Isso, pois como cada juiz tem o poder para não aplicar uma norma, a opinião particular poderia divergir, e, conseqüentemente, o julgamento sobre a inconstitucionalidade de uma norma, também. Assim, com o princípio do *stare decisis* há a tentativa de acabar com as divergências e, por conseguinte, oferecer segurança jurídica (ROSENN, 2007, p. 126).

Adverte-se, ainda, que a “declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte frequentemente tem o efeito de invalidar não apenas a lei questionada, mas também todas as outras leis semelhantes, independentemente de terem estado perante a Corte” (ROSENN, 2007, p. 126).

Michael Rosenfeld (2009, p. 189-190) afirma que

A jurisdição no *Common Law* envolve a criação de lei pelo judiciário, porque, ao decidir um litígio surgido de eventos pretéritos, o juiz consuetudinário anuncia (ou especifica melhor) uma regra ou padrão aplicável a eventos futuros. Em outras palavras, compreendido funcionalmente, o Estado de Direito é tanto uma fonte de direito quanto uma abordagem das leis já existentes ou em evolução; visto descritivamente, ele inclui no presente o *Common Law*, as leis legisladas e a constituição, e permeia tanto a criação do direito (sejam legislativas, administrativas ou judiciais) e a interpretação da lei, bem como a aplicação da lei.

Nos Estados Unidos, portanto, foi esse o surgimento do controle de constitucionalidade e é assim que ele se mantém. Passa-se, neste momento, à análise do surgimento da jurisdição constitucional na Europa, especificamente por meio do debate ocorrido entre Kelsen e Schmitt.

2.1.2 Kelsen v. Schmitt: o nascimento da jurisdição constitucional na Europa

A teoria jurídica de Carl Schmitt está adstrita ao contexto histórico da república de Weimar, de modo que tentar transportá-la aos dias atuais, pode-se levar ao erro grotesco por não ser possível transpor os seus pressupostos teóricos e políticos necessários à compreensão de suas ideias. Sua teoria constitucional está bastante ligada à sua teoria política, a bem da verdade, está subordinada a esta (MAIA, 2007, p. 144-238). A sua teoria política, assim, está ligada à distinção de amigo versus inimigo, de modo que se pode deduzir que o guardião da Constituição deve estar apto a manter a unidade política (amigo) através de seu poder de decisão.

Carl Schmitt acredita ser possível apontar quatro conceitos de constituição: absoluto, relativo, positivo e ideal, sendo o positivo usado em sua teoria. Assim, a Constituição é uma decisão política sobre a forma de organização social e política de determinada comunidade (MARTINS, 1996, p. 77). Mais que isso, para o autor a Constituição só é válida quando “proveniente de um poder constituinte e estabelecida por sua vontade. A unidade e a ordenação de uma Constituição residem na existência da unidade política de um povo, ou seja, do Estado” (BERCOVICI, 2004, p. 196). Portanto, percebe-se que a Constituição deve ser proveniente de um ato de poder constituinte “que, por um único momento de decisão, contém a totalidade da unidade política” (SCHMITT, 2001, p. 20-22), falando-se, portanto, em uma decisão política fundamental. Dessa maneira, ainda, não se vê, no conceito de Constituição para Schmitt, um limitador ao poder estatal (SCHMITT, 2001, p. 50).

Sobre o caráter eminentemente político da Constituição é importante notar que, na Constituição de Weimar, Schmitt percebia duas partes: a primeira fundada em decisões, pois davam forma ao Reich, como sistema político da Democracia. A segunda parte, por sua vez, frequentemente criticada pelo autor, previa os direitos e deveres fundamentais dos alemães, que, para Schmitt, não tinha caráter político, mas, meramente, compromissos dilatórios, e “povoada de ‘valores’ dos mais diversos matizes ideológicos, uma vez que a Constituição tinha que atender aos vários partidos que tinham representação na Assembleia Constituinte de Weimar (1919)” (MAIA, 2007, p. 198). Dessa forma, tão somente a primeira parte tem caráter constitucional, visto que possuía caráter decisório.

Acerca da democracia concebida por Schmitt, vale ressaltar que possui um caráter identitário, de modo a fortalecer a unidade política de uma determinada sociedade, com pouca recepção ao outro, conseqüentemente, ao pluralismo. Quer parecer, na verdade, uma visão autoritária de democracia. Para o autor, guardar a Constituição significa a um só tempo “(i)

mitigar a força do *rechtsstaatlich*, que limita consideravelmente a decisão política fundamental, e (ii) reforçar o elemento político que já existe na República de Weimar, a democracia” (MAIA, 2007, p. 206).

Decorrente do conceito positivo de Constituição da teoria schmittiana, enxerga-se a diferença, para reforçar a lógica de sua doutrina, entre Constituição e leis constitucionais. A Constituição é a expressão política tomada pelo poder constituinte, enquanto as leis constitucionais têm validade decorrente da decisão política existente na Constituição. Vale dizer, sua validade repousa no arcabouço político da Constituição. “A noção de Lei Constitucional é formulada por Schmitt para designar uma anomalia liberal, contra a qual ele se confronta polemicamente” (MAIA, 2007, p. 193).

Antes de chegar à conclusão de quem deve ser o guardião da Constituição, Schmitt se preocupa em desqualificar os outros dois poderes, como possíveis guardiões da Constituição.

Schmitt é um grande crítico dos partidos políticos, pautado na lógica pluralista à época de Weimar, vez que por estarem contidos numa estrutura de rigidez institucional, acabariam por fazer o papel do Estado no que tange à proteção dos cidadãos, bem como na prestação dos serviços prestados. Em outras palavras, os partidos acabariam por fragmentar a sociedade em pequenos grupos, extirpando, portanto, o caráter político. Assim, a lealdade do indivíduo não seria ao Estado, mas ao intermediário dessa relação, o partido. Não se pode olvidar, também, que pelo caráter de “micro-Estado” dos partidos políticos e a sua natural inclinação por determinados ramos da sociedade, v. g., economia, cultura, etc., acabaria por modificar o caráter neutro do Estado, obrigando-o a intervir positivamente (MAIA, 2007, p. 116).

Dessa forma, o pluralismo acabaria por se demonstrar totalitário “primeiro porque anula todas as delimitações do político, depois porque transfere o monopólio da política do Estado aos partidos” (KERVEGÁN, apud: MAIA, 2007, p. 222), dessa forma, então, o pluralismo é antidemocrático, pois impede a identificação entre governante e governado (MAIA, 2007, p. 116).

Assim,

A essência democrática, que repousa sobre a identidade entre lei e vontade geral, sobre a identidade governante/governados, tem por substância a igualdade, não a liberdade. Mas a igualdade só é possível numa comunidade homogênea, em que o governo forte "expressa plenamente o poder político impedindo qualquer ameaça estrangeira à sua homogeneidade" (DYMETMAN, 2001, p. 115-134).

Por todos os pontos acima demonstrados, Carl Schmitt acredita ser negativa a assertiva de que o Parlamento deva ser o guardião da Constituição, pois “não há nenhuma força política capaz de se colocar acima das forças sociais que se digladiam no Parlamento” (BERCOVICI, 2003, p. 196).

Não acreditava, também, que o guardião da constituição poderia ser o Judiciário, pois não tinha o poder de decretar uma norma nula, de acordo com a Constituição de Weimar. Logo, não havia a proteção à constituição, mas a obediência a um de seus preceitos. Ademais, a averiguação da norma como constitucional não seria o suficiente para fazer frente ao pluralismo jurídico, não conseguindo, também, gerar identidade entre governante e governado (MAIA, 2007, p. 224).

Pelo fato de o caráter político da Constituição, para Schmitt, se sobressair ao caráter jurídico, o seu guardião deveria ser um órgão capaz de manter o caráter político da Constituição de Weimar, notadamente, a democracia. Schmitt acredita, então, ser o presidente do Reich o responsável por guardar a Constituição. Obviamente que não se trata de uma argumentação somente por exclusão aos demais poderes. Pelo contrário, trata-se do fechamento de uma cadeia de ideias coerentes, que passa desde o caráter autoritário de Constituição coadunando na sua ideia de democracia plebiscitária.

Num primeiro ponto, deve-se ressaltar o fato de que o Presidente do Reich possuía o poder neutro. Tal poder lhe conferia uma série de prerrogativas e independência perante o parlamento, tal como, conforme o art. 73 WRV, submeter a referendium lei aprovada pelo *reichstag*. A bem da verdade, o art. 73, é uma grande prerrogativa ao presidente do Reich, visto que, para Schmitt, a ligação da democracia com o parlamentarismo, não é uma ligação necessária. O plebiscito, portanto, conferido ao presidente do Reich, será a chave para manter o caráter político defendido na Constituição do Reich, a democracia, sem necessariamente haver a presença do parlamento, desfigurado pelo pluralismo. Será a figura plebiscitária, ademais, que garantirá ao presidente “conduzir a política independentemente dos partidos” (BERCOVICI, 2003, p. 197).

Assim, pautado no art. 41 WRV, Schmitt verá que o povo que escolhe o presidente do Reich e encontra nisso uma decisão política fundamental, ou seja, uma expressão política que será contraposta à pluralidade do parlamento (BERCOVICI, 2003, p. 197). Ora, se “constituição para ele é a decisão do poder constituinte do povo que dá forma a uma totalidade política, nada mais justo que o presidente do Reich, que é eleito pelo povo, proteja a Constituição” (MAIA, 2007, p. 234-235). O presidente do Reich, ademais, terá a

legitimidade para fazer a distinção entre amigo e inimigo, pressuposto da democracia identitária schmittiana.

Por fim, merece destaque as palavras de Schmitt (2001, p. 233-234) em síntese a todo o seu pensamento:

O fato de o presidente do Reich ser o guardião da Constituição corresponde, porém, apenas também ao princípio democrático, sobre o qual se baseia a Constituição de Weimar. O presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um “apelo ao povo”. Por tornar o presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e poderes plebiscitários, assim como político partidariamente neutro, a vigente Constituição do Reich procura tornar, justamente a partir dos princípios democráticos, um contrapelo ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder e defender a unidade do povo como uma totalidade política. (...). Em todo caso, a Constituição de Weimar empreende a tentativa de maneira muito consciente, mais precisamente com meios especificamente democráticos. Ela pressupõe todo o povo alemão como uma unidade capaz de ação direta, não mediada só por organizações sociais em grupos, que pode expressar sua vontade e que, no momento da decisão, despreza as divisões pluralistas, possa se exprimir e se fazer respeitar. A constituição busca, em especial, dar à autoridade do presidente do Reich a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão e agir, por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão. A esperança de sucesso de tal tentativa é a base sobre a qual se fundam a existência e a continuidade do atual Estado alemão.

Já Kelsen (2007, p. 130-131; 1998, p. 247; 2005, p. 161-165) vê na Constituição uma norma capaz de escalonar todas as demais normas do sistema jurídico, dando-lhe unidade. Assim, a Constituição é o fundamento do Estado, capaz de exprimir o equilíbrio das forças políticas no momento considerado (2007, p. 130).

De acordo com o autor (KELSEN, 2007, p. 131), a Constituição é a base de todas as normas produzidas. Ela limita e garante não somente a forma de sua criação, mas também o conteúdo da mesma. Portanto, já daí se consegue notar a diferença entre constituição formal e constituição material. “Esta significa a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais” (KELSEN, 1998, p. 247). Já a formal é meramente “um documento designado Constituição” (KELSEN, 1998, p. 247). A constituição, no estudo de Kelsen (2005, p. 182), deve ser vista do ponto de vista material. Não obstante, a forma de confecção da Constituição, exige uma maneira mais elaborada e complexa do que outra lei usual.

É aí, portanto, que se fundamenta o controle de constitucionalidade para Kelsen (LEAL, 2010), pois, em caso de conflito entre ambas as normas, a norma hierarquicamente superior derrogará a norma inferior (KELSEN, 1998, p. 228-231; 2005, p. 232-233). Desse

modo, percebe-se que, para Kelsen, o controle de constitucionalidade se fundamenta na preservação da constituição. Mais que isso, fundamenta-se na manutenção do Estado de Direito (*Rechtsstaat*) (MAIA, 2007, p. 341).

Caso não seja respeitada a hierarquia entre as normas, na visão de Kelsen (2007, p. 132), surge o fenômeno da inconstitucionalidade, a qual pode ser formal, quando desrespeitada a forma de sua confecção; ou material, quando tiver conteúdo divergente com o disposto na Constituição. Para Kelsen, a importância do controle de constitucionalidade se dá tanto por pressupostos teóricos, como jurídico-políticas. Teoricamente é importante, pois é o arcabouço que dá sustentação à sua teoria do escalonamento das normas, como visto acima. É também jurídico-politicamente importante, pois sustenta a ideia da constituição como limite, que é um marco do constitucionalismo moderno, por não ter havido no regime constitucional monarca. Sustenta-se na ideia de que não pode ser tão somente o legislador o criador do direito, visto que o juiz, ao aplicar, também o cria ao caso concreto (KELSEN, 2007, p. 251-252). Nesse ponto, chega a afirmar que uma Constituição, sem a anulabilidade das normas com ela incompatíveis, equivaleria a “anseio sem força obrigatória” (KELSEN, 2007, p. 178-179).

Dessa forma, seriam quatro as maneiras de se fazer o controle de constitucionalidade, para Kelsen (2007, p. 139 e ss.): preventiva ou repressiva, pessoais ou objetivas. A primeira, para o autor, tende a impedir que o ato seja produzido; já a repressiva, após a sua confecção, tende a impedir que produza efeitos no futuro, reparar o dano causado e substituí-lo por ato regular. As garantias objetivas, por sua vez, referem-se à nulidade ou anulabilidade de uma norma. É nulo o ato que não goza de qualquer suporte jurídico, não sendo necessário, para retirá-lo de cena, outro ato jurídico, de modo que qualquer pessoa ou juiz pode não aplicá-lo ao caso concreto, portanto, o que garante tal característica ao controle difuso de constitucionalidade; é anulável, por sua vez, quando o ordenamento jurídico reserva a certas instâncias a competência para analisar e decretar a inconstitucionalidade de uma norma. Vale ressaltar, que a anulação de uma norma, pela lógica jurídica, poderá produzir efeitos tanto *ex tunc*, quanto *ex nunc*. Todavia, por questões de segurança jurídica, é conveniente que produza efeitos *ex nunc*. As garantias pessoais, por fim, referem-se às garantias da responsabilização pessoal do órgão que aplicou a lei. Em relação a todas as garantias apresentadas, Kelsen (2007, p. 148) afirma que a “anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição”.

Kelsen passa, num segundo momento, a discorrer sobre quem deveria ser o órgão responsável por anular os atos em desconformidade com a Constituição. Acredita não ser o

parlamento, visto que “seria ingenuidade política contar que ele [parlamento] anularia um ato votado por ele próprio pelo fato de outra instância a ter declarado inconstitucional” (2007, p. 150). Por outro lado, Kelsen negava aos juízes a possibilidade de realizar esse controle, pois seria dar muito poder aos magistrados. Kelsen, então, defende a ideia de um órgão autônomo, com a tarefa exclusiva de realizar o controle de constitucionalidade: um Tribunal Constitucional.

Portanto, faz-se a necessidade de um órgão independente, não vinculado a qualquer outro poder, criado diretamente da Constituição, que tivesse o poder de anular as normas incompatíveis com o sistema constitucional. Os seus membros, de acordo com Kelsen (2007, p. 154), deveriam ser nomeados pelo legislativo, após apresentação pela Administração, havendo grande importância da presença do parlamento na escolha dos membros, com o fito de manter a lógica de que, como funcionaria como legislador negativo, deveria manter certa relação com o Parlamento, embora independente. Ademais, tal prática separava o Tribunal Constitucional dos demais órgãos de jurisdição, em que os seus membros eram nomeados pela Administração.

Para finalizar, ressalta-se que, na opinião do professor austríaco, o controle de constitucionalidade terá grande importância para as repúblicas democráticas, uma vez que a “elaboração constitucional das leis e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de forma regular” (2007, p. 181), de modo que a imposição da vontade da maioria contra as minorias pressupõe certos limites materiais, os quais estão contidos na Constituição. Em assim sendo, como a maioria é mais amplamente representada no parlamento, em tese seus representantes estarão de acordo com seus anseios. Portanto, atribuir a um órgão autônomo o papel de guardião da Constituição é a garantia de que todas as parcelas da sociedade serão respeitadas. É de grande importância, também, à manutenção da federação, visto que, à época, a Constituição Austríaca delimitava a competência de atuação em matéria legislativa dos estados e da União. Em assim sendo, a inconstitucionalidade correspondia à usurpação do poder ao órgão conferido constitucionalmente (2007, p. 183). Anular, portanto, um ato eivado de inconstitucionalidade é preservar os limites do poder destinado a cada estado e à União.

O modelo proposto por Kelsen foi vitorioso e é a forma de jurisdição constitucional em grande parte do continente europeu, com algumas modificações, no que se refere à maior participação da sociedade.

Tanto o modelo europeu, quanto o modelo americano de jurisdição constitucional encontram no Judiciário ou Tribunal Constitucional a última palavra sobre a jurisdição constitucional, o que é questionável ante a sua falta de legitimidade democrática. Vale dizer, os juízes dos tribunais não são eleitos para exercer a função de legisladores negativos (KELSEN, 2007). Mais que isso, não possuem também a legitimidade para exercerem a função de legisladores positivos seja ao declarar uma norma como inconstitucional e a referida declaração ter efeito vinculante aos demais tribunais; seja ao proferir uma decisão obrigando o poder público a tomar uma ação positiva ante a um determinado caso; acaba fazendo com que tenha a sua credibilidade democrática questionada.

Nesse sentido, serão analisados alguns argumentos favoráveis e contrários à atuação do judiciário e do legislativo no que se refere à jurisdição constitucional, notadamente decorrente da sua falta de legitimidade democrática.

2.1.3 Argumentos em defesa aos modelos de supremacia constitucional

Conrado Hübner Mendes (2011, p. 70 ss.) traz uma série de argumentos favoráveis à atuação das Cortes Constitucionais como guardião da Constituição. Destaca-se, primeiramente, que as cortes não são elementos naturais da democracia, portanto, percebe-se que os parlamentos são essenciais, mas insuficientes.

O primeiro argumento se refere ao fato de que a corte protege as precondições da democracia, a qual não se realiza simplesmente pela existência de um legislador eleito que toma decisões por regra de maioria, independentemente de outras condições, mas que uma agência externa ao parlamento pode desempenhar um papel de amparo a tais condições. (MENDES, 2011, p. 70). O presente argumento se divide em dois. De um lado, a corte assegura o processo de formação da vontade democrática, sendo legitimada a agir somente quando identificar “falhas no mercado político”, devendo fiscalizar a participação e combater eventuais discriminações, mantendo as bases igualitárias (MENDES, 2011, p. 71). De outro lado, a corte protege os direitos fundamentais e o conteúdo de justiça da democracia. Para a presente teoria, a democracia é o regime moralmente desejável, mas procedimentalmente incompleto, não podendo contentar-se somente com procedimentos formalmente igualitários (MENDES, 2011, p. 72).

O segundo argumento está relacionado com o fato de que a corte protege os direitos das minorias e impede a tirania da maioria. Trata-se de variação do tópico anterior, o presente preconiza que a democracia opera a partir da vontade da maioria, contanto que não reprima ou

tiranize a minoria. Portanto, para a presente teoria, há um limite à atuação da maioria, e o responsável por demarcá-la é a corte constitucional. (MENDES, 2011, p. 73).

A corte, como terceiro argumento, é emissária do povo genuíno e operacionaliza o pré-comprometimento. Para esta teoria, a produção do direito é dividida em dois momentos: o ordinário e o extraordinário. Neste, o Poder constituinte confecciona o direito, enquanto naquele, o legislador confecciona as normas infraconstitucionais. Nesse sentido, caberá à corte a revisão acerca dos conteúdos colidentes, devendo sempre prevalecer aquele escolhido pelo poder constituinte (MENDES, 2011, p. 74).

Como quarto argumento, tem-se que a decisão da corte pode ser rejeitada, ao final, por emenda constitucional ou por uma nova constituição que continua com o povo. Caso o povo demonstre insatisfação acerca da atuação da corte, ser-lhe-á lícito reformar a Constituição, visto possuir o poder constituinte. Nesse sentido, as emendas constitucionais seriam consideradas a válvula de escape que amenizariam os melindres majoritários dos que se opõem à revisão judicial (MENDES, 2011, p. 75).

O quinto argumento se refere ao fato de que a supremacia judicial é exigência do estado de direito, sendo, pois, tal exigência fruto da desconfiança pretérita ao estado de direito. Nesse sentido, estando a Constituição no topo do ordenamento, caberá à Suprema Corte a análise da relação entre a norma infraconstitucional com a Constituição, para prevalecer o império da Constituição. Não significa dizer que a Corte possui a exclusividade da interpretação constitucional, todas as instituições são legítimas para interpretá-la, significa, no entanto, que a interpretação pela Suprema Corte é feita de forma precípua. (MENDES, 2011, p. 76).

O sexto argumento se refere ao fato de que a corte é um agente externo que julga com imparcialidade. O julgador não poderia julgar a si mesmo. Ademais, preconiza que o Legislativo julgaria a seu próprio favor, caso tivesse que julgar certa norma que ele mesmo confeccionou (MENDES, 2011, p. 76).

Pelo sétimo argumento, sabe-se que a corte é um veto inerente à dinâmica da separação dos poderes. A dinâmica da separação de poderes pressupõe vetos que reduzam a velocidade do processo decisório, de modo a diminuir a tentação ao abuso (MENDES, 2011, p. 77).

A corte, como oitavo argumento, ao analisar um caso concreto, submete-o a uma racionalidade incremental e o insere dentro de sua jurisprudência. Dessa forma, para a presente teoria, a corte é mais apta a interpretar princípios e confeccionar jurisprudências, em casos concretos, através das normas gerais e abstratas criadas pelos demais poderes. A sua

legitimidade, nesse caso, não é advinda de critério democrático, mas de *expertise*. (MENDES, 2011, p. 77.78).

Sabe-se ainda, como nono argumento, que a corte é menos falível em questões de princípio e está mais próxima da resposta certa. O presente argumento guarda certa semelhança com o anterior, mas a ênfase está no estado de espírito e ambiente institucional necessários para a decisão sobre questões de princípio. Nesse sentido, o seu afastamento das pressões políticas confere ao juiz um julgamento (MENDES, 2011, p. 79).

O décimo argumento afirma que a corte promove uma representação deliberativa e argumentativa. Com isso, a legitimidade democrática deverá abranger também as decisões dotadas de boas justificativas compartilhadas por todos, momento em que é oportuna a atuação da corte por ser mais sensível a razões (MENDES, 2011, p. 81).

Como décimo primeiro argumento, tem-se o fato de que a corte é instituição educativa e promove o debate público. Além de julgar, a corte também educa, ao promover o debate público mais focado em argumentos e princípios do que em disputas partidárias ou estratégias de barganha. Sendo instituição com habilidade especial para decidir por meio da justificação pública e com base em princípios, acaba por estimular reações e decisões na mesma linguagem, o que enriquece a política (MENDES, 2011, p. 82).

O décimo segundo argumento afirma que a corte é parte integrante de um sistema democrático, não está à sua margem. Assim, para a presente teoria, há diversos critérios de legitimidade, de modo que deverá ser aferida pelo conjunto, não a componentes isolados (MENDES, 2011, p. 82).

Por fim, o último argumento, afirma que a corte é composta de membros indicados por autoridades eleitas, de modo que para a presente teoria, há um fio condutor de legitimidade democrática, à medida que os membros da Suprema Corte são eleitos pelos legisladores (MENDES, 2011, p. 82).

Demonstrados os principais argumentos, passa-se neste momento, à análise dos principais argumentos contrários ao modelo de supremacia judicial.

2.1.4 Argumentos críticos aos modelos de supremacia judicial

Os principais argumentos contrários à atuação das cortes constitucionais foram trazidos por Mendes (2011, p. 95 e ss.), que se passa a discorrer sucintamente sobre cada um deles.

O primeiro argumento se refere ao fato de que a corte não protege as precondições da democracia, pois não está fora da política. Dessa forma, para tal proposta, a teoria constitucional teria aprovado uma teoria conceitual rasteira em dois sentidos: a primeira é em relação ao conceito de justiça que defende a prevalência do legislador na resolução de dilemas morais, como se toda a teoria da supremacia do legislativo estivesse baseado em uma visão amoral, o que, de fato, é a confusão da teoria da autoridade com a teoria da justiça. Já a segunda se refere a uma noção de que cortes atuam como agentes imunes ao conflito ideológico e que podem garantir respostas certas na proteção dos direitos, o que se deve ressaltar que as cortes não estão fora da política e muitas vezes não são neutras, como se propõe (MENDES, 2011, p. 96).

Fala-se, ainda, como segundo argumento, que a corte não protege os direitos das minorias: uma vez que moralmente isso é controverso; e empiricamente, isso é falso. A referida linha de raciocínio acredita que não há nada necessariamente tirânico no fato e uma minoria perder constantemente no parlamento. Nesse sentido, corte e parlamento podem atuar de forma tirânica (MENDES, 2011, p. 97).

Como terceiro argumento, fala-se que a corte não é emissora do poder constituinte nem mecanismo de pré-comprometimento. Esse é um disfarce que encobre um agente político que faz escolhas morais controversas. Para tal linha de pensamento, o povo ter se comprometido a respeitar certos valores abstratos não traduz a possível ciência ante as implicações concretas. Ademais, poderá ocorrer dos juízes tomarem suas próprias decisões disfarçadas atrás da cada do poder constituinte (MENDES, 2011, p. 98).

Como quarto argumento, afirma-se que a corte, de fato, pode ter sua decisão rejeitada, ao final pelo poder de emenda ou por nova constituição. Essa dificuldade, porém, não se justifica, pois, para tal linha de raciocínio, a democracia não serve apenas para momentos de exceção, não devendo o povo ser chamado a se manifestar somente como válvulas de escape (MENDES, 2011, p. 99).

O quinto argumento é que a revisão judicial não é decorrência necessária do estado de direito e não deve ter exclusividade na interpretação da constituição. Interpretações do parlamento podem prevalecer. O fato de a Constituição ser suprema não necessita necessariamente da revisão por meio do Judiciário, mesmo porque leis inconstitucionais sobrevivem, quando não questionadas e a Constituição não tem a supremacia abalada. Nesse sentido, a revisão judicial se trata de conveniência prática (MENDES, 2011, p. 99).

A corte, como sexto argumento, não é um agente externo que julga com imparcialidade, pois não está fora da política. Alguém precisa decidir por último, e nenhum

dos possíveis candidatos a essa autoridade será neutro. Assim, para a presente teoria, a corte, ao julgar, não age como terceira não interessada, uma vez que o julgamento também lhe vinculará. Nesse sentido, a melhor autoridade é o parlamento, pelo valor moral que o alimenta e pela melhor capacidade de alcance de suas soluções balanceadas em terrenos controversos. (MENDES, 2011, p. 100).

Como sétimo argumento, tem-se que o controle de constitucionalidade não é mera decorrência da dinâmica da separação de poderes. Não há razão para que tenha a última palavra, pois esta dada à corte cria pontos negativos. De um lado, distorce a política pública, que será desconfigurada pela interferência judicial e perderá a racionalidade intentada pelo legislador; em segundo lugar, pois debilita a democracia (MENDES, 2011, p. 100).

O oitavo argumento se refere ao fato de que no controle de constitucionalidade, a corte não analisa exatamente um caso concreto diferente dos casos concretos que informam a deliberação de uma lei. Tal linha de pensamento combate o argumento de que a corte está em posição de vantagem em relação aos demais poderes para julgar, haja vista que o parlamento possui uma visão mais profunda que a corte, que enxerga pelo processo (MENDES, 2011, p. 101).

O nono argumento evidencia que a corte é igualmente falível em questões de princípio, e pessoas discordam sobre a resposta correta. Assim, a corte decidir questões de princípios poderá causar dois problemas. O primeiro é referente à questão de *expertise*, que não é questão neutra a partir da qual poderá o Judiciário tranquilamente decidir, o segundo é referente ao insulamento político, que poderá ser o problema, não a solução (MENDES, 2011, p. 101).

Por seu turno, o décimo argumento evidencia que a corte não promove uma representação deliberativa ou argumentativa. Juízes não representam, não são eleitos e sim uma elite profissional. Trata-se de um mito o fato de que a super racionalidade judicial é mais apta a decidir questões sobre a deliberação (MENDES, 2011, p. 101).

No décimo primeiro argumento, tem-se que a corte não é instituição educativa, nem promove um debate público melhor do que o legislador. Está presa a uma linguagem empobrecida, verborrágica, inflexível e amarrada a tecnicidades jurídicas. Com isso, há dois mitos em pensar no caráter educativo das cortes. O primeiro se refere à supor que os legisladores não justificam as decisões, o que seria típico do Judiciário; o segundo se refere ao fato de que a qualidade deliberativa do Judiciário, na prática, não existe. (MENDES, 2011, p. 102).

O décimo segundo argumento afirma que a corte integra um sistema democrático, mas não deve ter a última palavra, pois a democracia não é todos decidindo sobre tudo, de modo a haver a necessidade de delegação e distribuição de funções. Mesmo assim, deve-se pensar a legitimidade democrática do regime em bloco, de modo a haver instituições mais ou menos democráticas no interior deste bloco (MENDES, 2011, p. 103),

Por fim, o décimo terceiro argumento, afirma que a corte é composta de membros indicados por autoridades eleitas, mas este mecanismo não é suficiente para a prestação de contas democráticas. Com isso, a ponta de legitimidade democrática não é resultante da indicação pelo Legislativo, pois não é suficiente. Legitimidade democrática é questão de comparação, sendo necessário demonstrar que a autoridade dotada de última palavra é mais democrática que as alternativas. E não é o que se percebe com a atuação das cortes (MENDES, 2011, p. 103)

2.2 MODELO DE SUPREMACIA PARLAMENTAR DE WESTMINSTER

A experiência jurídica inglesa tem um ponto especial a ausência de constituição escrita. Importante ressaltar, neste ponto, que embora não haja um único documento escrito, formalmente denominado de Constituição, a Inglaterra é conhecida como um Estado Constitucional e constituída basicamente por duas espécies normativas. As convenções constitucionais, que são as regras de organização do Estado, que se desenvolvem na prática e cuja existência é determinada pelos precedentes dos órgãos políticos; e as leis constitucionais, estatutos normativos emanados do Parlamento e cujo conteúdo é reconhecido como constitucional, apesar da forma e estrutura de lei. Basicamente, são leis que garantem direitos e garantias fundamentais. (CYRINO, 2007, p. 28 ss.).

O modelo inglês, na verdade, possui uma constituição flexível, não possuindo qualquer superioridade aos demais atos normativos ordinários. Nesse sentido, o traço distintivo entre as leis constitucionais e as demais leis é simplesmente questão de conteúdo. Não se fala, portanto, em controle de constitucionalidade na Inglaterra (CYRINO, 2007, p. 31). Na Inglaterra, tem-se, na verdade, que o Parlamento é o senhor da Constituição.

Nesse sentido, o Parlamento é a principal instituição política inglesa, sendo certo que a sua soberania norteia todo o direito constitucional inglês. A noção de soberania parlamentar pode ser vista de um ponto de vista positivo, significando que o Parlamento pode editar lei com qualquer conteúdo; e de um ponto de vista negativo, significando que ninguém pode contrariar uma decisão do Parlamento (CYRINO, 2007, p. 32.).

O modelo de *Westminster* puro, com soberania parlamentar, foi bastante reduzido com as alterações havidas recentemente, como será visto no item 2.5.3, por hora, no entanto, passa-se a analisar os principais argumentos favoráveis e contrários ao modelo de supremacia parlamentar puro.

2.2.1 Argumentos em defesas dos modelos de supremacia parlamentar

Os principais argumentos dos defensores de governo de supremacia parlamentar também foram trazidos por Conrado Mendes (2011, p. 89 ss.), o qual soma pelo menos dois valores: a representação eleitoral e a regra da maioria para a promoção da igualdade nas deliberações.

O primeiro argumento se refere ao fato de que o parlamento representativo é o mais próximo que se pode chegar do ideal de democracia nos estados modernos (*second-best choice*). É manifestação do povo, ainda que indireta. Para esta ideia, a atuação do Poder Judiciário não é somente contramajoritária, mas também contrarrepresentativa (MENDES, 2011, p. 92).

O segundo argumento afirma que o processo de composição do parlamento representativo estrutura a competição pública. Para esse ponto, o ponto principal da democracia não é ter começado a governar indiretamente, mas o direito de qualquer cidadão votar e ser votado (MENDES, 2011, p. 93).

Em terceiro lugar, tem-se o argumento de que o parlamento representativo é um aperfeiçoamento da democracia direta, a representação eleitoral é uma *first-best choice*. A presente teoria enxerga na representação a capacidade de transformar a presença física em presença por meio de voz, conectar as esferas formal e informal da política e torna a democracia capaz de enxergar a longo prazo, de olhar o futuro e de aperfeiçoar-se continuamente (MENDES, 2011, p. 93).

O quarto argumento afirma que a atividade decisória do parlamento estimula o compromisso, a acomodação de extremos, não a polarização. Para tal linha de argumentos, o Parlamento tem melhor capacidade de coletar informações, obter laudos técnicos, considerar a multiplicidade de interesses em jogo, balancear interesses, fazer concessões e compromissos. Consegue, em suma, lidar com conflitos policêntricos de maneira mais eficaz, dentro da gama diversificada de ponderações necessárias às políticas públicas (MENDES, 2011, p. 94).

Para os defensores do quinto argumento, a objeção contra a supremacia do parlamento representativo ecoa preconceitos da tradição antidemocrática. Neste ponto,

aparece o conhecido argumento do despreparo e ignorância das massas (MENDES, 2011, p. 94).

O sexto ponto argumentativo alega que a regra da maioria é o único princípio de decisão coletiva que respeita o interativo da igualdade. Para tal argumentação, a regra da maioria deve prevalecer, por ser mais forte moralmente, o que a mantém integrada é a física do consentimento, resultante da moral da igualdade. (MENDES, 2011, p. 95).

Em sétimo lugar há o argumento de que a regra da maioria limita o poder. Para a presente teoria, o ciclo de votação é uma forma de impor limites ao poder, mantendo a estabilidade da democracia. Ademais, a tirania da maioria é menor em democracias do que em regimes não democráticos (MENDES, 2011, p. 95).

Por fim, o oitavo argumento afirma que as decisões sobre questões de justiça não devem ser sensíveis à intensidade de preferências. Para tal argumento, a intensidade da preferência, não tem qualquer relação sobre a justiça, ou seja, a maior ou menor intensidade da aceitação social, não terá maior ou menor impacto sobre a avaliação da sua correção (MENDES, 2011, p. 95).

2.2.2 Argumentos críticos aos modelos de supremacia parlamentar

Os defensores da supremacia judicial não se contentam em simplesmente defender a sua posição, mas também atacam o mito da sensação de autogoverno que o parlamento estimularia (MENDES, 2011, p. 83), por meio das teses a seguir.

A primeira corrente argumentativa afirma que o parlamento não é a encarnação essencial da democracia, mas a conversão de uma instituição que historicamente exerceu outros propósitos. Para esse argumento, a associação da democracia ao parlamento, é uma associação simbólica, uma vez que, historicamente, a essência do parlamento é antidemocrático e oligárquico (MENDES, 2011, p. 83)

A segunda linha de argumentação afirma que a dinâmica representativo-eleitoral incentiva um comportamento legislativo que barateia direitos fundamentais. Para a presente teoria, o Legislativo não levaria os direitos a sério, uma vez que possui incentivos mais imediatos, normalmente ligados à conveniência da política pública, em regra, vale dizer, se preocupam mais com os interesses imediatos de seus eleitores (MENDES, 2011, p. 84).

Já para a terceira linha de argumentação, a representação eleitoral não é o único tipo possível de representação. Trata-se de uma representação puramente agregativa, atomística, que pensa a política como mercado. Para a presente teoria, a representação não se satisfaz

simplesmente com as eleições, visto que esta se trata apenas de uma de suas modalidades. Ademais, reitera-se que a eleição não é capaz de criar um órgão suficientemente plural que reflita a diversidade da sociedade (MENDES, 2011, p. 85,86).

O quarto argumento afirma que as restrições ao parlamento eleito não resgatam argumentos da tradição antidemocrática. Simplesmente apontam problemas que incentivam o comportamento do legislador. Para o presente grupo, os tribunais constitucionais estão apenas num ambiente institucional mais adequado para a tomada de decisão (MENDES, 2011, p. 86).

O quinto argumento se refere à regra da maioria é insensível à intensidade de preferências. O procedimento majoritário não consegue captar a relevância que a matéria votada tem para cada pessoa, haja vista a quantidade de pessoas indiferentes à matéria (MENDES, 2011, p. 87).

Em sexto lugar, há o argumento de que a regra da maioria não tem a racionalidade que parece. Seu resultado é arbitrário. A vontade da maioria nem sempre é representada pela votação, a depender da ordem de votação. Nesse sentido, o que poderia ser a vontade da maioria, acaba sendo a tirania da minoria estrategicamente bem posicionada (MENDES, 2011, p. 87).

Por fim, o oitavo argumento afirma que o mundo não é bipartido entre maioria e minoria. Preferências políticas, ademais, não são estatísticas. Para a presente teoria, a divisão cairia no engodo de perceber que a divisão maioria/minoria é sempre estática, o que é um engodo (MENDES, 2011, p. 87,88).

Nos dois primeiros tópicos do presente capítulo procurou demonstra-se que a história, estrutura e principais argumentos favoráveis e contrários aos modelos de supremacia judicial e parlamentar. Ambos os conceitos possuem pontos positivos e negativos, de modo que os defensores de ambas as teses, em maior ou menos grau, possuem as suas razões. Este raciocínio será fechado no item 2.4, quando se falará acerca das teorias dos diálogos institucionais. Por ora, far-se-á um estudo sobre a jurisdição constitucional no Brasil.

2.3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: AFIRMAÇÃO E EXPANSÃO

Neste tópico analisar-se-á o percalço da jurisdição constitucional no Brasil, de maneira resumida, pois não se tem o objetivo de um balanço pormenorizado de mais de duzentos anos de jurisdição constitucional. “Nesse sentido, far-se-á um recorte

epistemológico para analisar as condições de expansão de poder político do Judiciário” (BRANDÃO, 2012, p. 89).

A Constituição de 1824 foi marcada pela ótica eminentemente liberal-burguesa e impregnada pelo constitucionalismo francês. A primeira assembleia constituinte foi instaurada em 03 de maio de 1823 e dissolvida por D. Pedro I em 12 de novembro do mesmo ano, demonstrando o caráter autoritário que ainda marcava a vida político-institucional. Com isso, o Imperador outorgou a Constituição de 25 de Março de 1824, que foi elaborada pelo Conselho de Estado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 236).

Um traço característico da Constituição imperial era a consagração de quatro Poderes: o Executivo, o Legislativo, o Judiciário e o Moderador³⁷, sendo este a principal inovação institucional da Carta Imperial, decorrente da teoria de Benjamin Constant (SARMENTO, 2010b, p. 9). O Poder Moderador era disciplinado dos arts. 98 a 101 da Constituição Imperial, que foram atribuídas competências ao Imperador que caracterizaram um modelo político centralizado, permitindo que o monarca pudesse intervir fortemente na esfera dos demais poderes permitindo ao monarca a interferência na esfera dos demais poderes estatais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 236).

O poder moderador, como já salientado, era uma singularidade brasileira, pois nem mesmo na França, pátria de Benjamin Constant, ele chegara a ser experimentado. De acordo com a Carta de 1824, o Poder Moderador era a “chave de toda organização Política”, sendo “delegado ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, para que vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos” (art. 98). (SARMENTO, 2010b, p. 10).

Ao Poder Judiciário era prometida independência, mas o Imperador possuía a incumbência de suspender magistrados por queixas contra eles recebidas. Na cúpula do Judiciário estava o Supremo Tribunal de Justiça que possuía competência circunscrita ao julgamento de recursos de revista, conflitos de jurisdição e ações penais contra autoridades (SARMENTO, 2010b, p. 10).

Não havia qualquer dispositivo em relação ao controle de constitucionalidade. O primeiro aspecto a chamar a atenção é ao fato de que a soberania era atribuída à Nação, não ao povo. Com isso, enquanto a soberania popular consiste no poder de o povo definir as

³⁷ Nas palavras de Pimenta Bueno (*apud* SARMENTO, 2010b, p. 11), o poder moderador “é a suprema inspeção da Nação, é o alto direito que ela tem e que não pode exercer por si mesma, de examinar o como os diversos poderes políticos, que ela criou ou confiou a seus mandatários são exercidos. É a faculdade que ela possui de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmonicamente com outros para o fim social, o bem-estar nacional: é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão; é enfim a mais elevada força social, o órgão político mais ativo, o mais influente de todas as instituições fundamentais da nação”.

instituições políticas, a soberania da nação consiste no poder de as instituições políticas excluïrem qualquer influencia externa a elas próprias. Com isso, a índole estatalista da soberania nacional define que a soberania é exercida exclusivamente pelos poderes instituídos (BRANDÃO, 2012, p. 91).

A absorção do poder constituinte pelos “poderes constituídos” se revelava na supremacia da Constituição: enquanto as leis eram consideradas *atos de soberania* que demonstra a *onipotência política* do poder legislativo (desempenhado pelo Parlamento e pelo monarca), na medida em que somente estariam constringidos pelos fluidos limites do direito natural, *a Constituição por si só é (era) pouco mais que um símbolo das esperanças lisonjeiras. É o frontispício grandioso do edifício representativo, que, para não ficar só em simples decoração isolada, demanda suas colunas de segurança (as leis).* (BRANDÃO, 2012, p. 91).

Com isso, diante da soberania da nação, do restrito papel atribuído ao Judiciário e da supremacia da lei em detrimento da Constituição, é inviável falar em controle de constitucionalidade das leis no império brasileiro, como acontecia no direito americano ou europeu (BRANDÃO, 2012, p. 92).

A queda da Monarquia se deu por processo de ruptura interna das instituições, o crescimento do movimento republicano associado a setores que até então apoiavam o regime, como a Igreja, os militares e a elite cafeicultora, insatisfeita com a falta de indenização após a abolição da escravatura, não mais o apoiavam foram os fatores determinantes Proclamação da República, em novembro de 1889.

Em 03 de dezembro de 1889 é editado o Decreto nº 29, que nomeava a Comissão de cinco juristas para a elaboração de anteprojeto da Constituição, a qual foi revisada por Rui Barbosa, que alterou fortemente seu conteúdo, inspirado na constituição estadunidense, conferindo-lhe caráter definitivo e promulgada em 24 de fevereiro de 1891 (SARMENTO, 2010b, p. 19).

Inspirada no modelo estadunidense, a Constituição de 1891 era federalista e presidencialista. O Poder Legislativo era bicameral, composto pela Câmara dos Deputados e Senado. O Poder Judiciário também foi organizado pela Constituição em bases federativas, sendo criada, pois, uma Justiça Federal e outra Estadual. O órgão de cúpula do Judiciário era o Supremo Tribunal Federal (SARMENTO, 2010b, p. 22).

O Judiciário parecia ganhar independência,

Na área judicial, outro ponto importantíssimo foi a previsão do controle de constitucionalidade das leis, que acabara de ser instituído pelo Decreto nº

848³⁸ do Governo Provisório, e passou a ter assento constitucional. o modelo adotado foi o norte-americano, do controle difuso e concreto: todos os juízes e tribunais exerciam o controle e podiam deixar de aplicar leis e outros atos normativos a casos concretos que lhes fossem submetidos, quando as normas contrariassem a Constituição (SARMENTO, 2010b, p. 22).

Acontece que a importação do modelo americano por Rui Barbosa foi seletivo. Embora se tenha adotado o modelo de controle difuso, em que qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma norma a um caso concreto por julgá-la inconstitucional, não foi importada a doutrina do *stare decisis*, que vincula os órgãos judiciais da decisão. Com isso, os efeitos somente para as partes, bem como o restrito acesso à Justiça na República Velha, montaram um cenário no qual os atos do Poder Público só se submetiam ao crivo da constitucionalidade quando colocassem em risco os interesses elitistas, ficando imunes os atos que atingia a população carente (BRANDÃO, 2012, p. 101).

Ocorre que a realidade política, conhecida como política dos governadores, em que havia acordo tácito entre Presidente e as oligarquias estaduais de não intervenção em sua devida área de atuação, foi conhecida como uma política bastante truculenta, coadunando num “presidencialismo imperial”, cujos poderes absolutos se manifestaram de diversas formas: prisões arbitrárias expulsões, cassações de opositores políticos, intervenções federais, dentre outros. Restaram, pois, anuladas, desde as bases, a legalidade republicana das instituições (BRANDÃO, 2012, p. 95).

Tais fatos tolheram por completo a possibilidade de expansão do Poder Judiciário:

Diante dessa realidade, parece natural o Judiciário não ter reunido as condições necessárias para controlar os atos produzidos pelos poderes políticos, sendo frequentes as mais diversas reações políticas a decisões indesejadas pelos governos de ocasião, como o descumprimento de decisões judiciais e os ataques institucionais à Corte (BRANDÃO, 2012, p. 95).

Merece destaque, também, que a Constituição de 1891 sofreu apenas uma emenda, que se caracterizou pelo viés centralizador e antiliberal, ampliando hipóteses de intervenção da União nos Estados e proibindo o controle judicial sobre a decretação do estado de sítio ou atos praticados na sua vigência (SARMENTO, 2010b, p. 26).

Percebe-se que a Constituição de 1891 foi refém aos fatores reais de poder, não possuindo força normativa para coordenar o processo político institucional, faltando, pois, sintonia com a base social, econômica e cultural. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 242). Ao longo da década de 20, as bases econômicas, sociais e políticas entraram em

³⁸ Assim dispunha o Decreto 848: “Art. 9º Compete ao Tribunal:[...] Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juizes dos Estados [...] b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;”

crise, surgindo o tenentismo, ganhando vulto a questão social e associado à crise econômica decorrente da quebra da bolsa de valores em 1929, fatores que acabaram por findar a república velha e coadunar com a Revolução de 1930 (SARMENTO, 2010b, p. 27).

Fruto da Revolução de 1930 foi a ascensão de Getúlio Vargas ao Poder e a aprovação da Constituição de 1934 que inaugurou o constitucionalismo social no Brasil, rompendo com o modelo liberal anterior ao incorporar uma série de temas que não eram objetos das constituições anteriores. Do ponto de vista institucional, manteve o federalismo, a separação dos poderes e o regime presidencialista, com significativas alterações. A respeito do federalismo, consagrou um modelo corporativo, em que se preveem competências privativas e concorrentes. No Poder Legislativo, algumas modificações ocorreram: o legislativo federal era unicameral e os seus componentes se dividiam entre os representantes do povo, eleito por sufrágio direto e universal, e os representantes das profissões, eleitos indiretamente pelas associações profissionais. O Senado não mais participaria do processo eleitoral ordinário, apenas colaboraria com a Câmara dos Deputados (SARMENTO, 2010b, p. 31 ss.).

No âmbito do Poder Judiciário foi mantida a estrutura federativa prevista em 1891. Foi criada a Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho, esta, na esfera do Poder Executivo. O Supremo Tribunal Federal passou a ser chamada de Corte Suprema³⁹ e a sua composição passou a ser de 11 ministros, em vez de 16. (SARMENTO, 2010b, p. 33).

Em relação ao controle de constitucionalidade, houve três inovações relevantes:

A instituição da reserva do plenário [...] (art. 179⁴⁰); a previsão da competência do Senado para suspender a execução de normas declaradas inconstitucionais pelo poder Judiciário (art. 91, inciso IV⁴¹) – mecanismo importante para aclimatar ao sistema jurídico brasileiro, em que os precedentes judiciais não eram vinculantes, importado dos Estados Unidos, país em que sempre houve a vinculação aos precedentes –; e a criação de um mecanismo de controle preventivo obrigatório de constitucionalidade das leis federais que decretam a intervenção da União nos Estados, nos casos de violação dos chamados princípios constitucionais sensíveis, previstos no art. 7º⁴² da Constituição.

³⁹ Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gonet Branco (2010, p. 1198) afirma, que foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional inspirada no modelo austríaco, a fundamentação, inclusive, referia-se diretamente à conferência de Kelsen sobre o desenvolvimento de uma justiça constitucional.

⁴⁰ Art 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

⁴¹ Art 91 - Compete ao Senado Federal: [...] IV: Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário;

⁴² Art 7º - Compete privativamente aos Estados: I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e coordenação de poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da

Quanto à declaração de inconstitucionalidade para a intervenção federal, tratava-se de um direito de veto, atribuindo-se à Suprema Corte o poder de declarar a constitucionalidade da intervenção e afirmar a constitucionalidade ou não da lei ou ato estadual. Tratava-se, outrossim, de ato eminentemente jurídico, não político (MDNES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1197). Ademais, havia expressa “ressalva à judicialização das questões políticas, dispondo o art. 68 que é vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1198).

Rodrigo Brandão (2012, p. 103) afirma que durante a Constituição de 1934 não conseguiu o Poder Judiciário atingir a sua independência, sobretudo decorrente da intervenção de Getúlio Vargas em reduzir o número de ministros, formando um bloco ultraconservador no órgão de cúpula do Judiciário.

Falar-se-á mais pormenorizadamente sobre a Constituição de 1937 no item 2.5.4, visto que contém uma possibilidade de diálogo institucional. De toda sorte, deve-se ressaltar que Francisco Campos, mentor intelectual do Estado Novo, considerava que o fracionamento do Poder entre departamentos estatais e entes federativos fomentava a divisão do país e a consolidação de privilégios de oligarquias locais. Para evitar tal problema, Campos postula a reabilitação dos poderes do Presidente da República, por ser o símbolo da unidade nacional, podendo mobilizar diretamente as massas. Com isso, a inexistência de garantias do acerto da interpretação constitucional, a atribuição da última palavra acerca da interpretação constitucional ao Judiciário torna presente o risco dos juízes venham decretar como única e legítima a sua filosofia social, motivo pelo qual as decisões do STF estariam sob a supervisão do Congresso. (BRANDÃO, 2012, p. 105).

O exposto já é suficiente para se concluir pela ausência das condições políticas para a expansão do Judiciário. De fato, diante (i) da prevalência de um arranjo institucional caracterizado pela forte concentração do poder político no Executivo federal, (ii) da afirmação de uma filosofia política autoritária e estatalista, e (iii) dos reflexos desses fatores no direito positivo e na *práxis* política do país, não é de causar surpresa que o STF, no período entre 1930 e 1945, tenha tido o menor grau de independência da sua história, tornando-se submisso ao governo. A consequência disso também disso também é previsível: houve um relevante refluxo da sua jurisprudência liberal, tendo o Tribunal se tornado um instrumento do regime, ao invés de ser um *locus* de proteção dos direitos do cidadão contra arbitrariedades do governo (BRANDÃO, 2012, p. 106).

O Brasil se reaproximara da democracia com a Constituição de 1946, que resgata as tradições liberais, ao sujeitar o estado de sítio à aprovação congressional, positivar os direitos

Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões;

fundamentais e recuperar o federalismo. Portanto, a Constituição de 1946 procurou conciliar o liberalismo com o Estado Social. (BRANDÃO, 2012, p. 108). O federalismo era bidimensional, comportando União e Estados, ao mesmo tempo em que foi assegurada ampla autonomia para os municípios. (SARMENTO, 2010b, p. 50).

Quanto à estrutura do poder político, adotou-se o modelo tradicional de separação dos poderes, com a tentativa de “restituir a dignidade ao Legislativo e ao Judiciário” (SARMENTO, 2010b, p. 50). O Legislativo foi estruturado em forma bicameral, com Câmara dos Deputados e Senado. No âmbito do Poder Executivo, reestabelece-se a figura do Vice-Presidente, eleito juntamente com o Presidente, mas não necessariamente estariam na mesma chapa. Quanto ao Poder Judiciário, lhe foi integrada a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral voltou a ser constitucionalizada. Instituiu-se um Tribunal Federal de Recursos, mas não havia a previsão da Justiça Federal. Na cúpula do Judiciário estava o Supremo Tribunal Federal, composto por 11 ministros com a indicação do Presidente após aprovação do Senado Federal. As garantias da magistratura foram prestigiadas (SARMENTO, 2010b, p. 51).

No que se refere ao controle de constitucionalidade, a Constituição de 1946 manteve o controle difuso, por intermédio do recurso extraordinário, mantendo a necessidade de maioria absoluta na decisão e a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso. A Constituição trazia nova roupagem à representação interventiva⁴³, devendo se subordinar à declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, em ação movida pelo Procurador-Geral da República (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1200).

Deve-se ressaltar, no entanto, uma verdadeira fragmentação do poder político que impediu a existência de uma democracia em que Presidente e Parlamento compartilhassem a sua influência no processo legislativo, por intermédio de coalizões estáveis. O que se viu em 1946, na verdade, foi o retorno das práticas oligárquicas, do autoritarismo, do liberalismo conservador e seletivo e de impasses decisórios causadores de instabilidades políticas (BRANDÃO, 2012, p. 109).

Portanto, apesar do modelo resgatado de controle de constitucionalidade, não se viu uma expansão do Poder Judiciário, ao contrário do que parecia, a representação interventiva não transformou o Supremo Tribunal Federal num árbitro final de grandes conflitos federativos, já que continuavam a ser resolvidos mediante decretação do estado de sítio pelo

⁴³ Embora fora introduzida na Constituição de 1934, o novo poder atribuído ao Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público da Federal, não se tratava de mera resolução de conflitos entre União e Estados (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1201).

presidente. O que se via era o Supremo Tribunal Federal promovendo a adequação dos ordenamentos jurídicos estaduais à Constituição Federal, como mero instrumento de centralização normativa (BRANDÃO, 2012, p. 109). Questões política e constitucionalmente relevantes não foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, mas no âmbito dos demais poderes.

O contexto político no Brasil, à época, era demasiadamente conturbado, com tentativas constantes de golpes. Apesar de a Constituição de 46 estabelecer o presidencialismo, com a renúncia de Jânio Quadros, para que Vice-Presidente, João Goulart, de posição política tendente à esquerda, que desagradava os setores mais conservadores da época, assumisse o cargo, foi necessária a edição da Emenda Constitucional nº 4, que estatuiu o regime parlamentarista de governo. O Executivo passara a ser exercido pelo Presidente e pelo Conselho de Ministros, o qual seria responsável pela edição da política do Governo e da administração federal. O regime parlamentarista perdurou por 14 meses no Brasil, voltando ao presidencialismo, após o plebiscito realizado em Janeiro de 63 (SARMENTO, 2010b, p. 57).

O presidencialismo, que pressupõe um Executivo forte, associada a uma série de atos de João Goulart que desagradaram aos militas e à classe mais conservadora da sociedade coadunou no Golpe de Estado de 1964, que, de imediato, estabeleceu o Ato Institucional nº 1, doravante AI-1, que mantinha a Constituição de 1946, e procurava-se se legitimar no Poder Constituinte Originário, fruto da “revolução vitoriosa.”⁴⁴

⁴⁴ Algumas partes do Preâmbulo do AI-1 merecem destaque: “A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação. (...) A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe. (...) O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo

A ditadura militar correspondeu à terceira fase da Constituição de 1946 e lhe fez algumas alterações no sentido de fortalecer o Executivo, como a facilidade na aprovação de Emendas Constitucionais, ampliação dos poderes presidenciais no processo legislativo e em conferir ao Presidente o poder de decretar estado de sítio. Foram suspensas, ademais as garantias de vitaliciedade e estabilidade, permitindo-se a demissão, dispensa e aposentadoria compulsória de quem tivesse atentado contra o regime instalado (SARMENTO, 2010b, p. 59).

Apesar do contexto autoritário, o Supremo Tribunal Federal à época teve atuação bastante proativa, colecionando exemplos de jurisprudência que mantinha a ordem constitucional. Acontece que com o AI-2 houve uma forte influência na sua composição, aumentando o número de ministros de 11 para 16, sendo as novas vagas preenchidas por ministros ideologicamente alinhado com o governo (BRANDÃO, 2012, p. 114).

Pouco após o AI-2, foi aprovada a Emenda Constitucional 16/65, que criara a representação de inconstitucionalidade, introduzindo no ordenamento brasileiro o controle abstrato de constitucionalidade, atribuindo como único legitimado o Procurador-Geral⁴⁵ da República, ao alterar o art. 101, I, “k”, da Constituição de 1965⁴⁶. Afirma Rodrigo Brandão (2012, p. 114) que enquanto a Representação Interventiva tinha o objeto de atos que decretassem intervenção federal nos estados, a Representação de Inconstitucionalidade não possuía restrições materiais significativas. Assim, além de aumentar a abrangência, estabeleceu os efeitos *erga omnes* a decisão.

Apesar da nova adoção do modelo misto de controle de constitucionalidade, que o fortalece, não se pode falar em expansão do Poder Judiciário, decorrente da hipertrofia do Executivo, impossibilitando as condições propícias para expansão do Judiciário.

Aliás, a circunstância de a legitimidade ativa para a RI ser exclusiva do Procurador-Geral da República, à época detentor de cargo de livre-nomeação e exoneração pelo Presidente e responsável pela chefia da advocacia da União, denotava que o propósito da instituição do controle abstrato no Brasil não fora o de fortalecer o papel do Judiciário de protetor de direitos fundamentais, senão de transformar o STF em instrumento do regime, notadamente para imunizar os efeitos de decisões judiciais indesejadas. (BRANDÃO, 2012, p. 115).

como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional. (...) Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação.”

⁴⁵ Deve-se destacar, como ensina Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1205) que houve grande divergência doutrinária acerca da discricionariedade ou não do Procurador-Geral da República em propor a representação de constitucionalidade.

⁴⁶ k) A representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;

Durante o regime militar, não houve um consenso ideológico homogêneo, havendo praticamente dois grupos ideológicos igualmente autoritários e despreocupados com os direitos humanos: havia uma linha dura, que se preocupava com a radicalização do regime a intensificação da perseguição dos opositores, que queriam se perpetuar no poder; e outra linha moderada, que, após o reestabelecimento da “ordem”, devolveria o poder aos civis e se preocupava com os excessos cometidos com os primeiros. Diante dessa divergência interna que erigiu a Constituição de 1967, a qual, a princípio tinha uma tendência mais moderada, mas que foi solapada pela tendência mais agressiva dos atos institucionais que a seguiram. (SARMENTO, 2010b, p. 62).

A Constituição de 67 adotou o federalismo bidimensional, ainda que com reduzida descentralização política. Na forma vertical, concentrou grande parte do Poder nas mãos do Executivo, em que o Presidente possuía mandato de quatro anos e possuía competência para edição de decretos com força de lei, em matéria de segurança e finanças. O Poder Legislativo era bicameral, com Câmara dos Deputados e Senado. Quando ao Judiciário, não houve grandes inovações, a sistemática do controle de constitucionalidade foi mantida, após as mudanças advindas da EC 16/65.

A Constituição de 1969⁴⁷ coincide em muito com a Constituição de 1967, tendo o mandato presidencial se ampliado de quatro para cinco anos, seus poderes foram fortalecidos, com ampliação do número de matérias em que incidia a hipótese de decreto-lei, ampliação de competência e hipóteses de iniciativa privativa de sua competência para o processo legislativo. No âmbito legislativo, diminuiu o número de Deputados Federais e Estaduais, foi criada a fidelidade partidária e imunidade parlamentar material. No que se refere ao Judiciário, a Constituição fixou em onze o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal (SARMENTO, 2010b, p. 71).

No que se refere ao controle de constitucionalidade, foi mantido o controle difuso, bem como o concentrado, advindo da EC 16/65. Já a EC 7/77 introduziu, juntamente com a representação de constitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgado ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o Supremo Tribunal Federal (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1205).

⁴⁷ Deve-se ressaltar que há certa divergência sobre se se trata de uma nova Constituição ou de Emendas Constitucionais à Constituição de 1967. Estamos de acordo com o Daniel Sarmiento (2010b, p. 71), que afirma se tratar de uma nova Constituição “Isto não apenas pela extensão das mudanças promovidas, como também pelo seu fundamento de validade. É que as emendas, como emanção de um poder constituinte derivado, têm o fundamento na própria Constituição que modificam. Porém, a assim chamada Emenda nº 1 não foi outorgada com fundamento na Constituição de 1967, mas sim com base no suposto poder constituinte originário da “revolução vitoriosa”, que se corporificava, mas não se exauria, nos atos institucionais editados pelos militares”.

Todo o histórico traçado até aqui, além de demonstrar as condições em que se desenvolveram o controle de constitucionalidade no Brasil tem a intenção de comungar da tese levantada por Rodrigo Brandão (2012, p. 115ss.) de que não se pode falar em supremacia judicial no Brasil antes de 1988. Nos períodos autoritários (1930 a 1945 e 1964 a 1988), pela clara hipertrofia do Poder Executivo, impedindo que o Judiciário exercesse com autonomia o controle de constitucionalidade. Nos períodos democráticos, no entanto, (1831 a 1930 e 1946 a 1964), devido ao contexto político conturbado, consubstanciado em constantes intervenções federais e decretações de estado de sítio, juntamente com a suspensão das garantias constitucionais, fez com que, diante da fragilidade das instituições, grande parte dos problemas sociais fossem resolvidos pelo Exército, em vez de pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, em boa parte de nossa história constitucional pré-1988 a Constituição consistiu em mero instrumento de organização do Estado (*frame of government*), já que as normas que transcendiam esse conteúdo específico tinham o seu sentido concreto determinado pelos poderes políticos, sobretudo através de leis, decreto-leis e atos administrativos. A Constituição, portanto, era basicamente um instrumento político de estruturação do Estado, despido de eficácia jurídica, fato que impedia que juízes e tribunais aplicassem diretamente a casos concretos ou a utilizassem como parâmetros para a verificação da validade das leis. *Não há, portanto, mínima plausibilidade em se falar em supremacia judicial no Brasil antes de 1988.* (BRANDÃO, 2012, p. 117)

A Constituição de 1988 é fruto de um processo de transição⁴⁸ de um regime autoritário para a democracia, mas, apesar de ideologias diversas foi possível a criação de uma Constituição compromissada com a democracia e direitos fundamentais, bem como com profunda alteração política, social e econômica. Trata-se de uma constituição longa e analítica, e, entre os fatores de expansão, consta a concepção social de constitucionalismo adotada pelo constituinte, a fórmula de elaboração da Constituição, que possuía oito comissões temáticas e vinte e quatro subcomissões; a cumulação de funções legislativas ordinárias e constituinte, e a pressão de *lobbies* com a finalidade de incluir suas intenções específicas em forma de regra, não de princípios. (SARMENTO, 2010b, p. 102).

Salutar lembrar que a Constituição Federal de 1988 tem dado azo a uma feliz história de sucesso, que conta com o mais longo período de estabilidade político-democrática, bem como pela resolução de problemas políticos pelos mecanismos institucionalizados (BRANDÃO, 2012, p. 118).

⁴⁸ A esse respeito, Daniel Sarmento (2010b, 79-102) faz um detido balanço das ideologias contidas durante a Assembleia Nacional Constituinte, demonstrando como interagiram os apoiadores ao antigo regime com os que eram contrários à ditadura.

Em seus traços gerais, possui um federalismo de terceiro grau, concedendo maior autonomia aos municípios ao elevá-lo a ente federativo, o Poder Legislativo ganhou força, aumentando a sua esfera de produção normativa, embora o Executivo também continue forte, possuindo uma grande importância em matéria legislativa e utilizando-se das medidas provisórias. Ocorreram mudanças profundas no Poder Judiciário, sendo reforçada a sua autonomia administrativa e financeira, além de ter ampliada a sua importância política. Foi ampliado o acesso à justiça, aumentando o número de ações individuais e coletivas para a tutela dos direitos, bem como foi dado novo perfil ao Ministério Público e Defensoria Pública (SARMENTO, 2010b, p. 108).

No campo do controle de constitucionalidade, uma profunda alteração ocorreu. Manteve-se o sistema misto, com controle difuso e concentrado de constitucionalidade. No campo do controle concentrado, alargou-se substancialmente dos legitimados⁴⁹, não mais se restringindo ao Procurador-Geral da República. O pluripartidarismo existente no novo sistema eleitoral, juntamente com a facilidade de qualquer partido ser legitimado a propor ação de controle de constitucionalidade, fez com que qualquer questão “política relevante se convolve em questão judicial⁵⁰” (BRANDÃO, 2012, p. 122).

Aumentou-se, também, o número de ações: além da Representação de Intervenção, proposta pelo Procurador-Geral da República e da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que substituiu a Representação de Inconstitucionalidade, criou-se também a Ação Declaratória de Constitucionalidade, cujo objetivo é declarar a constitucionalidade de uma norma cuja interpretação não seja pacífica entre os tribunais; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que aumenta o leque de normas levadas ao crivo do Supremo Tribunal Federal, por abranger normas municipais e de direito pré-constitucional, não abrangidas pelas demais ações. Foi criada também a ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁵¹. Todas essas

⁴⁹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

⁵⁰ Rodrigo Brandão (2012, p. 122) afirma “que o controle de constitucionalidade por partidos de oposição é claramente comprovado por números: enquanto no governo Fernando Henrique Cardoso os partidos de esquerda (oposição) foram responsável por 63,3% das ADIs, e os da direita (que compunham a “base aliada”), por 18,9%; com a eleição de Luis Inácio “Lula” da Silva para a presidência a relação se inverteu: os partidos de esquerda, agora no governo, propuseram 6% das ADIs, ao passo que os partidos de direita ajuizaram 73% das ADIs do período. Ainda mais emblemática é atuação do Partido dos Trabalhadores: enquanto no governo FHC foi líder isolado de ADI, respondendo por 57,3% das ações propostas neste período, no governo Lula não propôs uma ADI sequer”.

⁵¹ A ação direta de inconstitucionalidade por omissão será mais bem trabalhada no terceiro capítulo deste trabalho.

ações, juntamente com um alargamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com o intuito de permitir o controle de constitucionalidade de diversos atos normativos que antigamente não tinham a sua constitucionalidade apreciada, faz com que haja uma significativa expansão do controle de constitucionalidade no Brasil.

Ademais, percebe-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem aplicando os efeitos *erga omnes* também em sede de controle difuso de constitucionalidade⁵², que a doutrina vem chamando de transcendência dos motivos determinantes, que garante atribuição de eficácia geral não apenas ao dispositivo do julgado, mas também da tese jurídica principal (BRANDÃO, 2012, p. 144), de modo a aumentar ainda mais a importância do Supremo Tribunal Federal.

Todos esses fatores apresentados demonstram as condições em que surgiu a expansão do Judiciário enquanto Poder no Brasil. Passa-se, num segundo momento, a discorrer sobre exemplos de atuações ativistas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

2.3.1 Ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

O surgimento e a conceituação do ativismo judicial já foram discutidos no capítulo anterior, de modo que neste tópico serão apenas demonstrados alguns exemplos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a doutrina vem classificando como ativista. Metodologicamente, usaremos o cronograma de Rodrigo Brandão (2012) que divide o ativismo judicial nas seguintes hipóteses: afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado, criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão, invalidação de norma legal ou administrativa, criação ou alteração de norma constitucional, imposição de medidas concretas aos Poderes Legislativo e Executivo.

O primeiro grupo de hipóteses trazido por Rodrigo Brandão (2012, p. 144-152) se refere ao afastamento do sentido literal do dispositivo interpretado, são os casos de interpretação conforme à Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto⁵³. As hipóteses, inerentes à interpretação do texto consistem na redução ou extensão teleológica da norma

⁵² Este tema será mais bem trabalhado no item 2.5.5.5, ao discorrer sobre o art. 52, X, da Constituição Federal.

⁵³ Essas duas modalidades serão pormenorizadamente trabalhadas no item 3.4.1, para o presente momento é importante tão somente demonstrar a sua possibilidade ativista.

Podem ser consideradas manifestações de autorrestrrição judicial – na medida em que evitam a pura e simples declaração de inconstitucionalidade da norma –; por outro, podem também revelar um *ativismo judicial, nos casos em que o Tribunal, a partir de princípios constitucionais abertos, se afasta significativamente do sentido literal do dispositivo interpretado*. (BRANDÃO, 2012, p. 147).

Na hipótese de o Supremo Tribunal Federal criar uma norma infraconstitucional por omissão do Legislativo, dando efeito constitutivo à sentença, também há uma forma de ativismo⁵⁴. Os exemplos colhidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (indenização aos perseguidos pelo regime militar, art. 8º, §3º, do ADCT; imunidade de contribuição para a seguridade social em favor de entidades beneficentes de assistência social, art. 195, §7º, CF; direito de greve dos servidores públicos, art. 37, VII, CF; aposentadoria especial por trabalho em condições insalubres no serviço público, art. 40, §4º, CF) tinham em comum forte densidade normativa da norma constitucional em conceder determinado direito aos destinatários, o que se encontrava impedido por força de norma regulamentadora, de modo que o Supremo aplicou a analogia de leis incidentes em casos semelhantes. Portanto, vê-se uma postura mais ativista que no caso anterior, mas não se trata de um desenvolvimento superado da lei, mas imanente a ela (BRANDÃO, 2012, p. 153). Prossegue o autor (p. 154):

A princípio a supressão da “lacuna do direito” cabe ao legislador, pois em uma democracia representativa lhe compete a edição de normas gerais. Todavia, nas hipóteses anteriormente ventiladas, como a Constituição inscreveu os referidos direitos em normas de alta densidade normativa, e a efetividade dessas regras constitucionais vinha sendo prejudicada por mais de uma década de mora legislativa, o STF se julgou competente para, excepcional e temporariamente, substituir-se ao legislador e suprir tais “lacunas” mediante analogia.

Uma terceira hipótese de ativismo na jurisprudência do Supremo é a invalidação de norma legal ou administrativa com base em princípio constitucional abstrato. Não estaria, nesse caso, atuando como mero legislador negativo e fazendo o controle de constitucionalidade, mas, ao contrário, impondo a sua interpretação acerca do princípio em detrimento da interpretação já feita pelo Poder Legislativo. Assim, o Supremo Tribunal Federal “extrai de princípio constitucional uma norma concreta (regra) em substituição àquela eleita elo legislador ordinário. Ainda que tal postura possa ser legítima [...], não se pode negar a sensível dimensão criativa desta atividade” (BRANDÃO, 2012, p. 155). Nessa possibilidade, o Tribunal faz prevalecer a leitura que reputa mais adequada dos princípios constitucionais. E “como a interpretação constitucional somente pode ser superada pelo

⁵⁴ Este tema será mais bem debatido no item 3.5, 3.4.1 e 2.5.5.2, para o presente momento é importante tão somente demonstrar a sua possibilidade ativista.

Congresso nacional mediante aprovação de emenda constitucional [...], na prática teria exercido poder equivalente ao constituinte reformador” (BRANDÃO, 2012, p. 157).

É também ativista quando, a partir de princípio constitucional, extrai uma norma constitucional concreta, que pode adicionar um novo conteúdo à Constituição, ou modificar dispositivo constitucional preexistente. No primeiro caso, está-se diante de sentenças aditivas⁵⁵ e, no segundo, diante de sentenças modificativas, em que principal exemplo seria a mutação constitucional⁵⁶. Em ambas as hipóteses, estaria o Supremo exercendo o papel similar ao de constituinte reformador (BRANDÃO, 2012, p. 158).

É, por fim, ativista quando a “extração de princípio constitucional de medidas concretas a serem adotadas pelo Legislativo e pelo Executivo, destacando as hipóteses em que a efetivação dessas medidas implique significativo custo financeiro” (BRANDÃO, 2012, p. 161), como acontece com a implementação dos direitos sociais.

2.3.2 Sentenças com fundamentação perfeccionistas

Além dos exemplos demonstrados de aplicação direta de princípios, o Supremo Tribunal Federal também vem utilizando apenas argumentos estritamente jurídicos nas suas fundamentações, de modo que vem tomando corpo um modelo de decisão maximalista⁵⁷, em que os juízes resolvem casos difíceis com argumentações amplas e profundas, sobre questões morais, filosóficas e outros temas profundamente controvertidos.

De acordo com Cass Sunstein (2005, p.32)

Os perfeccionistas concordam que a Constituição é obrigatória, é, afinal, o que eles querem aperfeiçoar. Mas eles acreditam que a tarefa judicial é continuar fazer o documento tão bom pela interpretação de seus termos gerais de uma forma que lança seus ideais na melhor luz possível⁵⁸

Os juízes perfeccionistas normalmente são ambiciosos em suas decisões, além de pretenderem reconhecer novos direitos ou lhes conferir novos significados a partir da linguagem principiológica. “Os discursos de magistrados perfeccionistas tende a ser fortemente prescritivo, principiológico e marcado por uma propensão à moralização do Direito e da decisão judicial.” (SILVA, 2008, p. 110)

Ainda de acordo com Alexandre Garrido da Silva (2008, p. 111):

⁵⁵ Cf. o item 3.4.1.

⁵⁶ Cf. o item 2.5.5.5.

⁵⁷ Vale destacar que o perfeccionismo é uma espécie de maximalismo decisório (SILVA, 2008, p. 115).

⁵⁸ No original: “Perfectionists agree that the Constitution is binding; it is, after all, what they want to perfect. but they believe that the continuing judicial task is to make that the document as good as it can be by interpreting its broad terms in a way that casts its ideals in the best possible light”.

O enfrentamento de tais questões profundamente controvertidas na sociedade é realizado com o objetivo de delinear *standards* de orientação para casos semelhantes no futuro, possuindo, assim, amplos efeitos prospectivos. Votos ou decisões de magistrados perfeccionistas procuram posicionar-se sobre como serão decididas outras questões no futuro (relacionadas ou não com o caso), exercendo, assim, forte orientação e apelo persuasivo sobre a atuação dos demais poderes. O seu discurso é, em regra, fortemente abstrato, permeado por considerações axiológicas, preocupado com o futuro e também amplo, no sentido de abordar outros temas ou questões que não seriam indispensáveis para a solução do caso sob exame.

A amplitude da fundamentação, de acordo com Rodrigo Brandão (2012, p. 163) se vincula ao fato da não limitação ao uso de razões necessárias à resolução do caso em análise, mas se mostrarem inclinados a construir extensas teorizações a partir das quais são deduzidas regras para a resolução de casos futuros, demonstrando, pois, o seu caráter prescritivo. Já a profundidade se relaciona com a propensão a considerações abstratas e fortemente teorizadas que descem à raiz de questões complexas e controvertidas.

Rodrigo Brandão (2012, p. 165 ss.) elenca alguns exemplos de decisões perfeccionistas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nota certa similaridade entre o maximalismo e o ativismo, pois, via de regra, ambos os modelos não “se atraem por métodos mais rígidos de aplicação do direito, confiando na capacidade do juiz de engendrar amplas e profundas teorizações que otimizem o sentido dos princípios constitucionais”.

Mesmo quando são usadas razões amplas e profundas para a declaração da constitucionalidade há maior avanço do Judiciário do que na hipótese em que idêntico resultado é obtido mediante expediente minimalista. Por exemplo, se o Tribunal reconhece a validade de lei com base em ampla e profunda teorização sobre questões altamente complexas – como no caso em que o STF validou a pesquisa científica de célula-tronco embrionárias sobre o embrião, etc.. –, as abrangentes conclusões obtidas pela Suprema Corte, ao integrarem a *ratio decidendi* da decisão, não mais poderão ser revertidas pelo legislador ordinário⁵⁹ (BRANDÃO, 2012, p. 168)

Oposto ao maximalismo como modelo de interpretação constitucional e decisão judicial⁶⁰ está o minimalismo, cujos adeptos não gostam de teorias ambiciosas e não fazem muito mais que o necessário para resolver os casos, deixando, em muitos casos, questões controversas em aberto. (SUNSTEIN, 2005, p. 27).

Somando todas as críticas existentes ao modelo de supremacia constitucional, juntamente a uma ação ativista, que potencializa tais danos, o que reconhecidamente existe no Supremo Tribunal Federal, juntamente com todas as críticas existentes ao modelo de

⁵⁹ Voltar-se-á a este ponto novamente no terceiro capítulo deste trabalho.

⁶⁰ Além do perfeccionismo e minimalismo, encontram-se, também, na obra de Sunstein (2005) o fundamentalismo e o modelo majoritário. Os primeiros procuram fazer a interpretação do texto constitucional nos dias de hoje com os olhos de quando foi ratificada; o modelo majoritário, por seu turno, procura deixar questões controvertidas ao Poder Legislativo, eximindo-se da decisão.

supremacia constitucional⁶¹, passa-se, neste momento, a debater sobre a nova proposta dos diálogos institucionais.

2.4 A NOVA PROPOSTA: TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Luis Roberto Barroso (2005), ao discorrer sobre o neoconstitucionalismo, elenca três marcos que delineiam a sua configuração: o marco teórico, o pós-positivismo; o marco histórico, o final da Segunda Guerra Mundial e a consequente constitucionalização do direito nos países que dela participaram. Na América Latina, onde houve regimes autoritários, o marco histórico é a redemocratização, que trouxe consigo Constituições analíticas repletas de direitos fundamentais; já o marco teórico é a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

As teorias dos diálogos institucionais não se confundem com o neoconstitucionalismo, embora guarde certa semelhança em relação aos marcos acima apresentados. Vale dizer, o final da Segunda Guerra Mundial juntamente com a expansão da jurisdição constitucional contribuíram para a as “‘revoluções constitucionais’ [que] vêm sacudindo, inclusive, os últimos bastiões da democracia majoritária, tais como os sistemas políticos da África do Sul, Canadá, Israel e Nova Zelândia” (SILVA, 2008, p. 9).

Nesse sentido, historicamente, as teorias dos diálogos institucionais surgiram como medidas adotadas pelos países de tradição de governo parlamentar para satisfazer a pressão internacional, conferindo segurança à proteção dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que manteriam a sua tradição política de soberania legislativa. Vale dizer: mecanismos institucionais são criados após o final da Segunda Guerra na tentativa de assegurar a proteção aos direitos fundamentais ao mesmo tempo em que mantém a tradição de supremacia parlamentar.

A ideia dos diálogos institucionais altera, assim, última palavra acerca da interpretação constitucional, como visto na tabela. Ocorre que o termo diálogo institucional se tornou uma metáfora ubíqua na teoria constitucional, sobretudo no que se refere à interação entre Poder Judiciário e demais Poderes para a interpretação de direitos constitucionais. (BATEUP, 2006, p. 01). As batalhas entre defensores do Legislativo e do Judiciário, agora, cede lugar a uma convivência entre ambos, sem a necessidade de escolha por um ou outro (MENDES, 2011, p. 171).

⁶¹ Cf. item 2.1.4.

Tabela 1. Decisão no interior dos diálogos institucionais

	1. Inclinação por Juízes e Cortes	2. Inclinação por Legisladores e Parlamentos	3. Inclinação por ambos: diálogo institucional
Quem?	Corte	Parlamento	Ambos
Como?	<i>Inputs e Outputs</i> formais da decisão judicial	<i>Inputs e Outputs</i> formais da decisão legislativa	Combinação de ambos
Quando?	Por último	Por último	Alternadamente no tempo
Por que?	Juizes estão mais bem situados para decidir sobre direitos	Legisladores estão mais bem situados para decidir sobre direitos	A interação deliberativa eleva a capacidade epistêmica da democracia

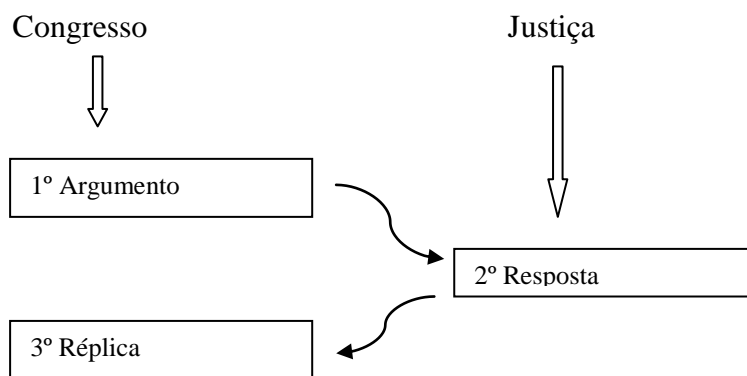
Fonte: MENDES, 2011, p. 161

Nesse sentido, faz-se necessário, primeiramente, delimitar conceitualmente a noção que este trabalho adota de diálogos e de instituições.

2.4.1 Delimitando os termos: diálogos e instituições

Por se tratar de termo ubíquo, é difícil conceituar ou, ao menos, restringir conceitualmente, o que se entende por diálogos institucionais. O seu surgimento enquanto teoria se deu pela análise de diversos casos práticos que, posteriormente, serviu como crítica à jurisdição constitucional, sobremaneira à sua legitimidade democrática.

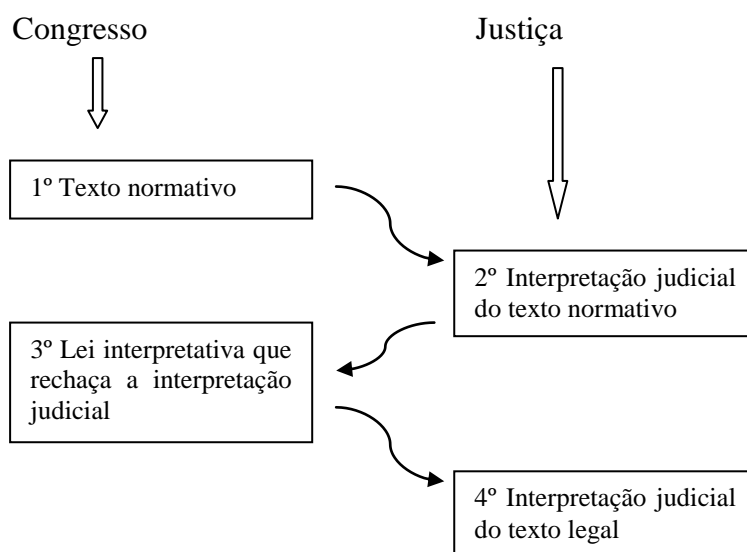
O diálogo institucional entre Cortes Constitucionais e o Congresso é chamado por Linares (2008b, p. 200) de diálogo “interorgânico”. Afirma que as formas de diálogo interorgânico podem ser muito variadas e, em princípio, todos os sistemas de justiça constitucional deixam margem para a deliberação entre a Corte e o Congresso. Ademais, há pelo menos um traço em comum para a configuração do diálogo, qual seja: o argumento, a resposta e a réplica. Este esquema permite uma resposta do Congresso, que poderá coadunar na mudança de opinião por parte dos juízes constitucionais.

Figura 1 Esquema padrão dos diálogos institucionais na visão de Linares

Fonte: própria

De toda forma, em países de supremacia constitucional, nota-se que há duas formas básicas de diálogos. A primeira, trazida por Linares (2008b, p. 203) se dá pela via interpretativa, em que o Judiciário interpreta atenua os alcances da norma por meios hermenêuticos, ou usando-se de técnicas de decisão que incentivarão o diálogo institucional. Nesse sentido, assim se caracterizaria o diálogo:

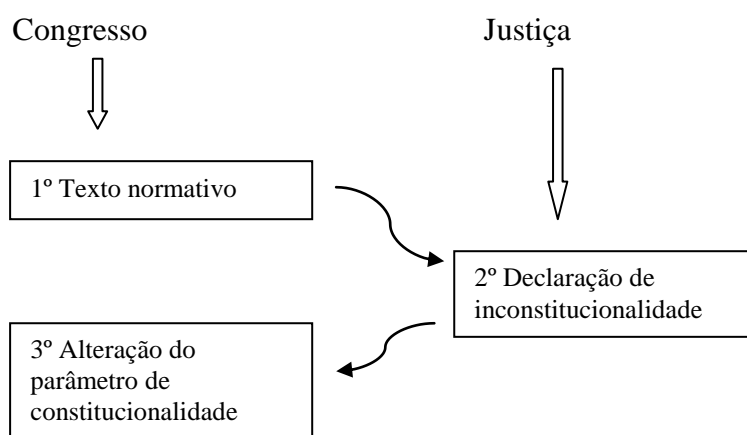
Figura 2 Diálogo pela via interpretativa



Fonte: LINARES, 2008b, p. 204.

Ademais, percebe-se caracterizado o diálogo quando, além da forma interpretativa, o Congresso utiliza de mecanismo para superar a decisão do Judiciário. Portanto, nesse caso, não seria uma mera interpretação conjunta do texto constitucional, mas uma forma de superação da decisão.

Figura 3 Diálogo pela forma superadora



Fonte: própria

No mesmo sentido, estão as formas deliberativa e adversarial. Pela primeira forma, há a intenção da persuasão, enquanto a segunda tem a intenção de imposição. A forma deliberativa é mais aberta ao diálogo institucional, pois a análise dos argumentos seguidos de desafios quando crenças de possuir a melhor alternativa, é maior a possibilidade de resposta criativa do que o modelo adversarial (MENDES, 2011, p. 210). Nas palavras de Conrado Hubner (2011, p. 191) “Sustento que a interação deliberativa entre os poderes tem um potencial epistêmico, ou seja, maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo”.

Desafios argumentativos constituem uma importante forma de interação dialógica entre os poderes. A decisão não tomada em formato peremptória, juntamente com um melhor argumento do outro Poder, pode levar a saídas institucionais em que a decisão seja constantemente revista.

Nesse sentido, cortes e parlamentos têm responsabilidades deliberativas, e podem desafiar-se mutuamente a exercê-las. Isso não é feito sem conflito, incerteza ou risco de erro. Interação entre corte e parlamento gera uma tensão virtuosa e permanente. Possibilita-se que o teste de legitimidade substantiva não seja simples censura social difusa, mas um mecanismo endógeno de controle. (MENDES, 2011, p. 203).

De todas as formas, percebe-se que:

O diálogo interinstitucional é forjado por dois componentes básicos: (i) o desenho institucional que o disciplina formalmente e (ii) a cultura política que o anima [...]. No entanto, priorizo um passo anterior. Quero demonstrar que, seja qual for a arquitetura institucional; (a) a interação no tempo (em variados intervalos, de acordo com o modelo) é incontornável, o que não é irrelevante para entender o problema da legitimidade, e (b) as concepções variadas de legitimidade que informam a respectiva cultura política interferem na realidade dessa interação (MENDES, 2011, p. 175).

No que se refere às instituições, este trabalho, por questões metodológicas, fará a análise tão somente das interações existentes entre os Poderes Judiciário e Legislativo. Não se nega que poderá haver interação também com o Poder Executivo ou até mesmo com a sociedade civil, mas não será objeto deste trabalho.

Ao associar as ideias de “diálogo” com “instituições”, dando origem aos diálogos institucionais, Rodrigo Brandão (2012, p. 224) enxerga duas tendências principais sobre os diálogos institucionais. A primeira consiste em teorias empíricas que sustentam que a prática da interação entre os poderes revela que o Judiciário não possui, de fato, a última palavra da interpretação constitucional. A segunda, por seu turno, consiste em teorias normativas

segundo as quais o Judiciário não deve possuir a última palavra, sob pena de haver grave lesão à democracia, separação dos poderes e capacidades institucionais.

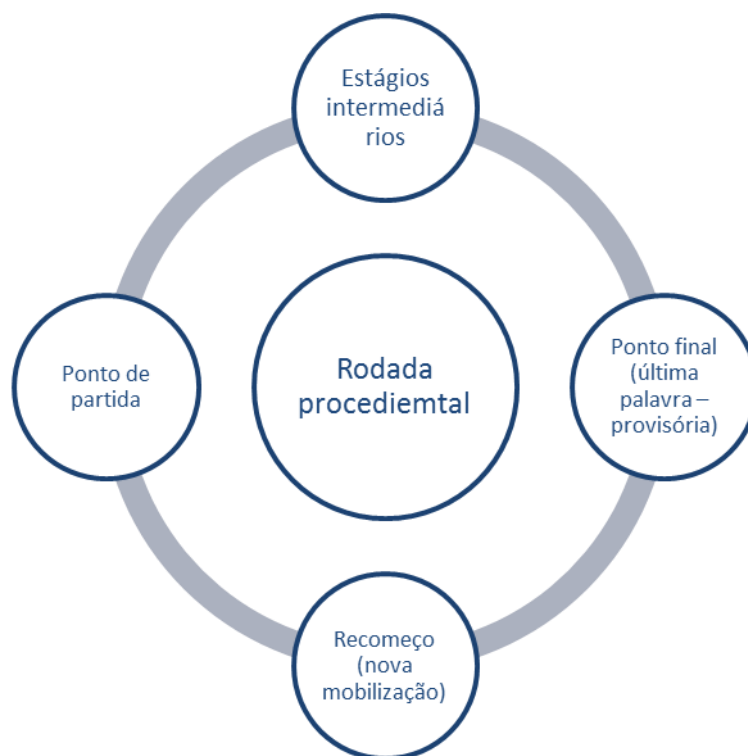
Nesse sentido, percebe-se que, para a primeira corrente, não se trabalha com “última palavra”, mas na sua provisoriedade. A depender do período mais ou menos extenso, visto que a resposta não será imediata, fica caracterizado o diálogo, a depender do desacordo vindo do outro Poder.

A inevitabilidade do diálogo, a sua manifestação em estado bruto, sem grande exigência normativa. Sempre haverá respostas, mais ou menos demoradas, mais ou menos frontais, mais ou menos custosas. [...]. O fato é que os poderes interagem ininterruptamente, mesmo após últimas palavras provisórias [...]. Escolhas institucionais não podem ignorar esses dois eixos (a finitude da rodada procedimental e a sempre possível continuidade da mobilização política) (MENDES, 2011, p. 188).

Alocar previamente a “última palavra provisória” é uma escolha indispensável, e não pode contar com mais do que uma expectativa probabilística do acerto. O eventual erro do outro Poder que a detém não faz essa decisão perder a autoridade. Torna, contudo, mais legítimo o desafio do outro Poder. Esse é o preço que instituições pagam quando não tomam decisões com justificativas razoáveis e transparentes (MENDES, 2011, p. 210). A última palavra provisória deverá estar com a instituição que possua melhor desempenho deliberativo, tanto por questão de argumento, quanto por questão de legitimidade para ser desafiado pelos demais poderes.

Uma perspectiva seria: prevalece, no final das contas, aquela que tiver a prerrogativa da última palavra provisória. Num sistema de controle de constitucionalidade, a corte, portanto. Todavia, se, em outra perspectiva temporal, há circularidade, e, se a instituição derrotada – nesse caso, o parlamento – poderá sempre reiniciar uma nova rodada, não caberia à corte deferir? No extremo de desacordo sincero, engendrado pela razão pública, seria possível sustentar que a instituição com o melhor pedigree deve ter um trunfo especial? (MENDES, 2011, p. 205).

Portanto, a última palavra provisória está necessariamente interligada com a ideia de “rodadas procedimentais” (MENDES, 2011), por intermédio das quais os poderes se desafiarão para discordar da decisão tomada. A última palavra provisória, ademais, não impede novas rodadas procedimentais, o que significa que a estabilização de determinado tema coletivo ocorreria somente a partir de alguma interpretação conjunta entre os dois poderes.

Figura 4. Rodadas procedimentais

Fonte: Apresentada pelo discente do mestrado em direito público Rodrigo Gama Croches na disciplina do Professor Alexandre Garrido da Silva

Deve-se ressaltar, assim, que o ponto fulcral das rodadas procedimentais é a possibilidade de reverter a decisão tomada pelo outro Poder⁶², empiricamente não há exata delimitação do poder de revisão judicial, tampouco da atuação do Poder Judiciário e Legislativo⁶³. Tais respostas dependem tanto de suas decisões judiciais quanto das do parlamento. O que está prefixado é a lógica flexível da separação de poderes, não as minúcias, que variarão no decorrer do tempo e de acordo com o contexto histórico e político, e essa lógica está intrinsicamente ligada com uma interação decorrente dos freios e contrapesos. Dessa forma,

Caso haja grande dificuldade de reversão das decisões de qualquer instituição política o sistema democrático perde, em boa medida, a sua capacidade de autocorreção, cristalizando decisões equivocadas, ou que, embora certas no momento de sua prolação, tornam-se com o tempo obsoletas ou geram consequências não antecipadas. Sobretudo se tal decisão “definitiva” for de lavra de órgão não sujeito a processos periódicos de aprovação popular, há o risco de ela, ao invés de promover a estabilidade social, estimular a polarização das disputas políticas (BRANDÃO, 2012, p. 279)

⁶² No item 2.5.5 discorrer-se-á sobre a possibilidade de reversão das decisões tomadas no controle de constitucionalidade brasileiro.

⁶³ Conforme foi visto no final do primeiro capítulo.

Deve-se ressaltar de antemão que

O fato do diálogo, por si só, não fornece uma justificativa positiva para a existência da revisão judicial (independentemente de todas as outras formas imagináveis). Claro que poderíamos especular uma instituição ideal que desempenhasse, eventualmente, a função da revisão de maneira mais legítima e competente que a corte. Talvez a corte não tenha os melhores incentivos ou a capacidade para cumprir o papel que a teoria da legitimidade esboçada aqui lhe atribui (MENDES, 2011, p. 174).

Nesse sentido, ademais, percebe-se que o diálogo institucional possui um instrumento/prerrogativa por meio do qual o Poder poderá questionar a legitimidade da autoridade. Com isso, caso haja omissão por parte do Poder e este se quede inerte, não parece que haverá substancialmente um diálogo entre os Poderes, mas apenas uma anuência para legitimar a autoridade. Da mesma forma, caso Corte ou Parlamento ajam de forma ativista, não parece problemático, contanto que o outro Poder também responda de forma proativa. Nesse sentido, “parlamentos e cortes têm legitimidade para serem ativistas à medida que se engajem no diálogo. Podem optar por deferir, por esperar, ou, em face de um bom novo argumento, por desafiar o outro poder” (MENDES, 2011, p. 192).

No contexto brasileiro, o que se propõe na verdade, não é uma contenção *sine qua non* do Poder Judiciário, pois há casos de acertos⁶⁴ na jurisprudência. A proposta é de uma atuação proativa do Poder Legislativo, que não seja permissivo e omissivo ante às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, possui meios legitimamente institucionais para agir, mas nem sempre o faz.

Com isso, o contexto da atuação do Poder Judiciário poderá influenciar a sua maior ou menor legitimidade (MENDES, 2011, p. 207). Casos como omissão do legislador, ativismo por parte da corte, constitucionalidade de lei aprovada por gerações anteriores poderão servir como termômetro para maior ou menor grau de atuação do Supremo Tribunal Federal, de modo que o importante para a caracterização do diálogo é a resposta por parte do Congresso Nacional.

Ademais, nada impede que a corte possa modular a intervenção e contenção a depender do desempenho do parlamento. Nesse sentido, ela pode, às vezes, ir além do mero “suplemento à competição”. Ela faz um juízo de ocasião, e opta por atos mais expansivos ou comprimidos (MENDES, 2011, p. 207). O objetivo será sempre a implementação do texto

⁶⁴ Ressalta-se que a expressão possui caráter ideológico, tratando-se, portanto, de uma opinião do autor. Todavia, em recentes julgados que são considerados mudanças jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal tem parecido conferir posicionamento mais liberal às suas decisões, como nos julgados da união homoafetiva (ADI 4277/DF, Min. Rel. Ayres Britto e ADPF 132/RJ, Min. Rel. Ayres Britto), da pesquisa com células-tronco embrionária (ADI 3510/DF, Min. Rel. Ayres Britto), entre outros exemplos.

constitucional, a forma ou o Poder que será o último a agir para realizá-lo não é o mais importante no debate.

Rodrigo Brandão (2012, p. 289) faz uma síntese das vantagens dos diálogos institucionais:

Em síntese, acredita-se que um modelo dialógico articular de forma mais proveitosa o autogoverno do povo e os direitos fundamentais do que os modelos de supremacia, já que: (i) provê múltiplos pontos de acesso aos interessados em determinada questão constitucional, na medida em que eles poderão atuar perante instituições diversamente representativas (sobretudo o Judiciário e o Legislativo), o que promove o pluralismo e a democracia; (ii) reduz a oportunidade de atuação unilateral de quaisquer “poderes”, intensificando os mecanismos de freios e contrapesos, fatos que tende a conter o exercício arbitrário do poder estatal [...] Ademais, tal modelo de “circularidade procedimental” (iii) torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos “poderes” contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado, circunstância que [...] tende a produzir decisões melhores, a forjar consensos políticos e a garantir segurança jurídica. Nessa esteira vale lembrar que a teoria dos diálogos constitucionais conduz os processos de interpretação constitucional a resultados provisórios, que se sujeitam permanentemente a críticas vindas da esfera pública, circunstância que, de acordo com a teoria da democracia deliberativa, lhes confere capacidade de autocorreção.

Ressalta-se, por fim, que a interação entre os Poderes acaba por diminuir a ausência de legitimidade democrática para as tomadas de decisões, que será trabalhado pormenorizadamente no tópico seguinte.

2.4.2 Legitimidade democrática e a questão contramajoritária

A questão contramajoritária levantada por Bickel (1986) parte do pressuposto da falta de legitimidade democrática que possui o Poder Judiciário em tomar decisões, uma vez que seus membros não foram eleitos pelo voto popular, tais quais os membros dos demais Poderes.

Vários autores tentam responder a essa crítica sobre a questão contramajoritária, como foi visto no primeiro capítulo, de um lado, autores que tentam defender a atuação da corte, ao passo que de outro lado há autores que tentam defender a atuação do parlamento. Com outras palavras, de um lado, há autores que se preocupam com o procedimento adotado para se chegar a tal decisão, ao passo que, de outro, há autores que se preocupam com o conteúdo das decisões proferidas.

Nesse ponto, é importante ressaltar, como demonstramos no primeiro capítulo, que as funções das instituições, em alguma medida, são cambiantes. “Das interações resultam acomodações contingentes e instáveis” (MENDES, 2011, p. 194), de modo que se consegue perceber que a legitimidade é flutuante no campo das instituições.

Nesse sentido, a decisão não é legítima *a priori*, mas ela é legitimada se o seu conteúdo compatível com a constituição, ou se com o *pedigree* da decisão tomada pela maioria da sociedade. E nesse campo de legitimação, está-se diante de uma tripla possibilidade de defesa. De um lado, caso se considere que as variáveis de legitimidade da democracia não se esgotam no procedimento, mas abrangem os resultados, passa a ser aceitável que o conteúdo das decisões subordine, em algumas circunstâncias, o procedimento, ou seja, que a instituição que tenha alcançado a resposta mais compatível com um critério substantivo de legitimidade tenha boas razões para prevalecer independentemente de seu *modus operandi*. (MENDES, 2011, p. 194). Assim,

Decisões legislativas serão mais legítimas que as judiciais se aquelas, e não estas, atenderem àquele critério moral (e vice-versa). Negam legitimidade *a priori*, pelo mero *pedigree* majoritário, ao parlamento, mas não aceitam passivamente qualquer ativismo judicial. É exatamente isso que entendo como justificativa da flutuação. Não se trata de pura subordinação do procedimento à substância, ou de negar dever de obediência a uma decisão judicial ou legislativa porque entendemos que elas violam um parâmetro moral. [...] sustento, apenas, que é desejável que poderes desafiem uns aos outros [...] desde que articulem razões de melhor qualidade. Não dissolvo a autoridade: decisões continuam obrigatórias, mesmo que delas discordemos. A democracia, contudo, tem a ganhar com um padrão como razão pública estimular o desafio deliberativo entre poderes. (MENDES, 2011, p. 195).

De outro lado, pode-se perceber que a democracia precisa de decisões acertadas sobre questões de princípio, o que, na prática, acabaria por denotar uma presunção de infalibilidade da corte. A terceira posição, entretanto, consciente da falibilidade das instituições procura uma saída que tenha mais probabilidade de alcançar respostas corretas (MENDES, 2011, p. 201).

Se o procedimento e conteúdo são componentes necessários da legitimidade, o arranjo institucional se revigora quando incorpora essa tensão. Assim, na perspectiva dialógica, o Legislativo ganha com o estímulo para demonstrar que respeitou as condições democráticas, ao passo que o Judiciário estimula o desafio entre procedimento e conteúdo (MENDES, 2011, p. 202).

Deve-se destacar, contudo, que a dificuldade contramajoritária pode ser atenuada ou aumentada a depender de múltiplas questões de política institucional, como se demonstrará no tópico seguinte.

2.4.2.1 Gradação da dificuldade contramajoritária

No item anterior foi trabalhada a questão de como as teorias dos diálogos institucionais podem atenuar a questão contramajoritária. Neste tópico será mostrado que poderá haver gradações da dificuldade contramajoritária. Nesse sentido, serão trabalhadas duas questões no presente tópico, ambas tendo Linares (2008b) como referência teórica. Na primeira parte, demonstraremos o grau de dificuldade contramajoritária decorrente da declaração de constitucionalidade de leis contemporâneas ou não contemporâneas. Num segundo momento, serão utilizados critérios institucionais e contextuais para propor uma escala gradativa da dificuldade contramajoritária, enxergando-a como uma tensão que admite níveis de intensidade. De toda sorte, deve-se ressaltar que a adoção de critérios que diminua a tensão contramajoritária não a extinguirá, embora tenha por escopo a atribuição de uma melhor qualidade democrática à jurisdição constitucional.

Em relação à contemporaneidade das normas declaradas inconstitucionais, Linares (2008b, p. 149) afirma que possui menos objeção democrática aquelas que não são contemporâneas⁶⁵. Em alguns casos a revisão judicial pode inclusive ser majoritária, sobremaneira em casos em que pode possuir utilidade ao governo para limpar obstáculos institucionais introduzidos pelos governos passados. Nesse sentido, portanto, o controle de constitucionalidade de leis não contemporâneas tende a servir à coalizão política dominante. São quatro as possibilidades em que se pode usar o controle de constitucionalidade em favor da maioria. A primeira se refere à possibilidade de reformar o *status quo* de acordo com a preferência da coalizão predominante, vetando leis antigas que atrapalhariam a reforma do ordenamento atual; a segunda possibilidade seria a reforma do *status quo* de acordo com a vontade de uma maioria democrática, mas que encontra dificuldades decorrente dos pontos de veto existentes por uma minoria política; a terceira possibilidade se refere à convalidar o *status quo* de acordo com a coalizão partidária dominante a qual, todavia, não possui respaldo jurídico, assim, a revisão judicial acabaria por invalidar leis antigas de modo a convalidar o atual sistema de fato; por fim, pode ocorrer de uma lei ter sido materialmente constitucional no momento de sua confecção, mas as situações especiais fazem surgir o questionamento acerca da sua constitucionalidade perante as novas especificidades não tendo sido debatida perante o legislador democrático.

⁶⁵ Lei contemporânea é aquela aprovada por aquela mesma legislatura, ao passo que lei não contemporânea foi aprovada em legislatura anterior.

Na tabela abaixo, vê-se quatro possibilidades em que se pode usar o controle de constitucionalidade em favor da maioria.

Tabela 2. Utilidade majoritária do exercício da revisão judicial.

	Propósito	Descrição
1º	Reformar o <i>status quo</i> em consonância com a coalizão política dominante	A revisão judicial veta leis antigas e decide os focos em consonância com a coalizão política dominante.
2º	Reformar o <i>status quo</i> em consonância com as maiorias democráticas	A revisão judicial veta leis antigas para avançar preferências de uma maioria democrática que não pode impor seu critério devido a pontos de veto minoritários no sistema jurídico
3º	Convalidar o <i>status quo</i> em consonância com a coalizão política dominante	A revisão judicial invalida leis antigas que caíram em desuso
4º	Delegar a decisão judicial – resposta da regulação de novos fenômenos – à coalizão política dominante	A revisão judicial declara incompatíveis leis antigas a novas suspeitas de não terem sido discutidas pelo legislador.

Fonte: LINARES, 2008b, p. 153

Não obstante a contemporaneidade ou não da norma declarada inconstitucional possuir maior ou menor grau de objeção democrática, variáveis institucionais também podem aumentar ou diminuir tal objeção, que varia de acordo com nove componentes: mecanismos de reforma constitucional, efeitos da sentença de inconstitucionalidade, procedimentos de seleção dos magistrados, restrições à declaração de inconstitucionalidade, faculdades interpretativas do congresso, direito de voz, vias de acesso à Corte ou Tribunal Constitucional, quantidade de pontos de veto efetivos, variáveis contextuais.

Metodologicamente, Linares (2008b) reduz a sua análise aos países latino-americanos e aos Estados Unidos da América, pois os modelos cumprem as condições básicas que dão origem à dificuldade contramajoritária, ao mesmo tempo em que os países latino-americanos, pela terceira onda de democratização, reformaram as suas instituições de justiça constitucional.

Quanto aos mecanismos de reforma constitucional⁶⁶, percebe-se que com as constituições flexíveis a objeção democrática tende a desaparecer, visto que o Congresso

⁶⁶ Preliminarmente, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre os tipos de Constituição adotados por Linares (2008b, p.57-61). As Constituições, para o autor, podem ser rígidas, quando adotam um procedimento diferenciado para a alteração da Constituição; ou flexíveis, quando adotam o mesmo procedimento de lei ordinária para a alteração da Constituição. As constituições rígidas podem ter rigidez supermajoritária, que adota, para a sua modificação, procedimentos reforçados e maiorias reforçadas; e de rigidez majoritária, que poderá adotar procedimentos reforçados, mas com maioria absoluta. As constituições de rigidez majoritária podem ser de rigidez majoritária forte, quando é alterada mediante convocação de constituinte específica; rigidez majoritária muito forte, quando alterada por referendun popular; ou rigidez majoritária moderada, quando há requisitos processuais destinados a incrementar a atenção deliberativa dos órgãos democráticos, como, por exemplo, as *cláusulas de enfrentamento* que tendem a apaziguar as urgências e prolongar os

poderá modificar o texto constitucional, ante a declaração de inconstitucionalidade. As constituições de rigidez supermajoritária intensificam a objeção democrática, ao dar ênfase a uma minoria que não deseja a reforma e violam o princípio da neutralidade pela sua inclinação em favor do *status quo*. As constituições de rigidez majoritária atenuam a dificuldade contramajoritária, pois contornam os problemas associados à neutralidade política, ao mesmo tempo que dão lugar a uma “objeção intertemporal”. As constituições de rigidez majoritária também adotam graduações, sendo as de rigidez majoritárias fortes mais custosas de reforma que as de rigidez majoritária fracas. Nesse sentido, o autor pontua o grau de objeção democrática. Atribui valor 0 (zero) às constituições de rigidez majoritárias moderadas; valor 1 (um) às constituições majoritárias fortes; valor 2 (dois) às constituições supermajoritária. (LINARES, 2008 b, p. 244-247). A Constituição Federal traz em seu art. 60, §2º⁶⁷ a necessidade de aprovação de três quintos dos parlamentares em cada casa, sendo classificada por Linares como constituição supermajoritária, de valor 2 (dois).

O segundo critério trazido pelo autor (LINARES, 2008 b, p. 248-250) é quanto aos efeitos das sentenças de inconstitucionalidade proferido pelas Cortes. As sentenças *erga omnes* possuem o maior caráter contramajoritário, uma vez que a lei será anulada para todos os casos, censurando por completo a vontade legislativa. As sentenças *inter partes*, por sua vez, possuem menor objeção democrática, uma vez que a norma continua sendo aplicada aos casos concretos, continuando vigente. Todavia, o autor faz a distinção, nas sentenças *inter partes*, entre as sentenças *inter partes* de precedentes não obrigatórios, que ocorre quando as sentenças *inter partes* não vinculam os demais juízes; e sentenças *inter partes* de precedentes obrigatórios, que ocorrem quando os juízes estão vinculados à declaração de inconstitucionalidade da Corte. Referente ao modelo brasileiro, no que se refere ao controle abstrato, o autor atribui o valor 2 (dois), por possuir efeito *erga omnes*; já referente ao controle difuso, o autor atribui o valor 1⁶⁸, por reproduzir precedentes obrigatórios.

debates, expressada, normalmente, com a aprovação da reforma constitucional em uma legislatura e a sua retificação na subsequente.

⁶⁷ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

⁶⁸ Nesse ponto, permita-se discordar do autor. Como será visto adiante, o texto e a tradição constitucionais apontam que a decisão do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade só possuirá efeitos *erga omnes* após a atuação do Senado Federal, como vem disposto no art. 52, X. Ocorre parte da doutrina defende que o dispositivo passa por mutação constitucional, sendo a decisão do Senado Federal meramente para dar publicidade à decisão do STF, de modo que a decisão já contaria com efeitos *erga omnes* desde a sua decisão. Nesse sentido, caso o autor entenda que o dispositivo constitucional não sofreu mutação constitucional, o valor deverá ser 0, visto que a sentença será *inter partes* até a decisão do Senado. Caso contrário, caso entenda que houve mutação constitucional, o valor atribuído deverá ser 2, pois já contará desde o início com efeitos *erga omnes*, devendo a atuação do Senado ser meramente de publicidade da decisão.

O terceiro critério (LINARES, 2008 b, p. 252-274) é quanto à seleção dos magistrados. Nesse caso, a intensidade da objeção democrática dependerá de dois fatores: de um lado a prestação de contas e, do outro, a independência do judiciário. O primeiro implica que se os juízes têm a última palavra em questões controvertidas de direito, devem ser responsáveis ante aos cidadãos, levando a sua vontade em consideração. Já o princípio da independência judicial reclama que os juízes deverão adotar decisões fundamentadas. Portanto, o modelo de seleção dos juízes deverá adotar a máxima prestação de contas à sociedade com a máxima independência judicial.

Nesse sentido, há algumas formas de seleção dos juízes constitucionais demonstradas pelo autor: poderá ser seleção por concurso, seleção por eleição popular, seleção política dos magistrados. A seleção política se subdivide em mecanismos cooperativos e mecanismos representativos. Os mecanismos cooperativos, por sua vez, se subdividem em mecanismos de única instância e mecanismos de dupla instância, em que a decisão sobre a escolha do magistrado se dá conjuntamente por mais de um órgão político.

As seleções por eleição e por concurso representam os dois extremos, que não conseguem conciliar a independência e a prestação de contas à sociedade. A primeira não garante independência política ao Judiciário, enquanto a segunda não garante que o juiz constitucional responda à sociedade. A seleção política dos magistrados, que parece a mais adequada a Linares (2008 b, p. 257) é aquela que há intervenção dos órgãos representativos na seleção dos juízes. A seleção política poderá ser cooperativa, a qual fomenta o diálogo e cooperação entre os distintos partidos e órgãos políticos, ao mesmo tempo em que incentiva que os juízes sejam eleitos por suas virtudes e qualidades, mais que por sua lealdade política. Será de uma única instância se o mesmo órgão que dele selecionar o magistrado o referendar e de dupla instância se forem órgãos políticos distintos. Já a segunda classe da seleção política, mecanismos representativos, pretende, através do diálogo, a busca do consenso entre as forças políticas, de modo que a seleção será daquela classe que tiver o melhor poder argumentativo.

No que se refere ao valor da objeção democrática, o autor atribuirá valor 0 (zero) quando o mecanismo apresentado exige acordo entre distintos partidos políticos, não dando espaço a “cotas”. Quando, todavia, exige acordo entre os partidos políticos, mas dá margem a acordos de “cotas”, será atribuído o valor 1 (um), pois se trata de modelo menos perfeito, deixando espaço para lealdade partidária e a consequente limitação da independência judicial. Quando, por fim, se tratar de um modelo em que somente um partido designe o magistrado, sem qualquer acordo, o valor atribuído será 2 (dois). Ao modelo brasileiro é atribuído nota 0

(zero), visto que há a conjugação de esforços do Senado Federal com o Presidente da República para a nomeação, conforme se vê pelo art. 101, parágrafo único da Constituição Federal⁶⁹.

O quarto critério apresentado por Linares (2008 b, 250-252), é a quantidade de juízes constitucionais necessários a conferir os efeitos. Isso, pois as normas possuem presunção de constitucionalidade, por terem sido feitas por legisladores democraticamente eleitos, de modo que quanto maior for a alargada for a diferença da votação, mais se preservará o caráter de preservação de constitucionalidade da norma, não possuindo a decisão a soma de opiniões particulares e, com isso, ganhando ar mais técnico de controle de constitucionalidade. Assim, se for por decisão unânime, menor a objeção democrática, merecendo valor 0 (zero). Se for maioria reforçada, terá valor 1 (um). Se for maioria absoluta, valor 2 (dois), sendo a maior objeção democrática, por menos preservar a presunção de constitucionalidade. No ordenamento brasileiro, há necessidade do quórum qualificado para instalação da sessão, conforme o art. 22 da Lei 9868/99⁷⁰, mas a decisão será tomada por maioria absoluta, de modo que o grau de objeção democrática no ordenamento brasileiro é 2 (dois).

O quinto critério (LINARES, 2008 b, p. 274-278) se refere à possibilidade de interpretação do Congresso. Ressalta-se que a capacidade interpretativa não se refere ao veto judicial, mas ao reconhecimento do Legislativo como intérprete constitucional, por se tratar de um Poder político. Vale dizer que “o emprego do *judicial review* é sempre precedido de uma interpretação constitucional, mas a interpretação constitucional nem sempre desemboca no *judicial review*”⁷¹ (LINARES, 2008 b, p. 275).

Nesse sentido, tanto para a matriz americana, quanto para a matriz europeia, o Judiciário ou o Tribunal Constitucional são os responsáveis pela última palavra sobre a constitucionalidade da norma, o que não quer dizer que sejam os únicos responsáveis pela interpretação constitucional, visto que todos deverão sê-lo. Assim, a faculdade do congresso em interpretar a norma é um significativo canal de diálogo com a justiça constitucional. Ademais, quando a justiça constitucional opta pela via interpretativa, sem invalidar a lei impugnada, tem o Congresso a possibilidade de responder à interpretação judicial.

⁶⁹ Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

⁷⁰ Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.

⁷¹ No original: “el empleo de la *judicial review* siempre va precedido de una interpretación constitucional, pelo la interpretación constitucional no siempre desemboca en la *judicial review*”

Nesse sentido, o valor da objeção democrática será medida pela possibilidade de interpretação parlamentar juntamente com a espécie de maioria exigida. Assim, constituições que reconhecem o direito do Congresso em interpretar a norma, por maioria absoluta, será reconhecido o valor 0 (zero). As constituições que guardam silêncio sobre a questão, terão valor 1 (um). Por fim, as constituições que impõem cláusulas supermajoritária, terão valor 2 (dois). Ao modelo brasileiro, o autor atribui a nota 1 (um), por ser omissa e o congresso poder interpretar a Constituição por meio de maioria absoluta.

Deve-se ressaltar, que há o controle preventivo de constitucionalidade, em que é possibilitada a faculdade interpretativa do Congresso, conforme se vê pelo art. 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados⁷²

O sexto critério apontado por Linares (2008 b, p.378-281) é referente à amplitude de pessoas que podem opinar e influenciar nas decisões acerca da inconstitucionalidade da norma. É considerado muito amplo, obtendo o valor 0 (zero) de objeção democrática, quando qualquer pessoa ou instituição pode opinar, incluindo os que tenham interesses, sendo considerado como exemplo a instituição do *amicus curiae*. O direito de voz é considerado moderadamente amplo, e a isso é atribuído valor 1 (um), nos casos em que o próprio Congresso é responsável pela defesa da constitucionalidade da lei ou por agentes designados pelo Congresso. Por fim, o direito de voz é restrito, e atribuído o valor 2 (dois), quando é o Poder Executivo ou Judiciário o responsável pela defesa da constitucionalidade da lei. O caráter contramajoritário incide ante o fato de não serem órgãos deliberativos, nem majoritários.

Ao ordenamento brasileiro é atribuído o valor 0 (zero), tanto por admitir a intervenção do *amicus curiae*⁷³, quanto pela presença do Advogado-Geral da União e Procurador da República⁷⁴, cujos cargos são aprovados pelo Senado.

O sétimo critério (LINARES, 2008 b, p. 282-289) demonstra a maior ou menor objeção democrática das Cortes. Às vias recursivas, próprias do modelo americano, em que a

⁷² Art. 32. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: IV - Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania: a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões; b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição; c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento

⁷³ Art. 7o Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade. § 2o O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

⁷⁴ Art. 8o Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

Corte não se vê obrigada a declarar a inconstitucionalidade em todos os casos julgados, ao mesmo tempo que poderá declarar a inconstitucionalidade de leis não contemporâneas, o que posterga a declaração de inconstitucionalidade, será atribuído o valor 0 (zero), por possuir a menor objeção democrática. Às decisões *sui generis*, em que o juiz suscita o incidente de inconstitucionalidade e remete o processo à Corte, será atribuído o valor 1 (um), pois o juiz se vê obrigado a julgar, todavia, poderá julgar leis não contemporâneas. Já às ações abstratas serão atribuído o valor 2 (dois), pois os juízes se veem obrigados a julgar os casos e somente de leis contemporâneas.

Ao modelo brasileiro é atribuída a nota 0 (zero), quando se leva em consideração o controle difuso pela via recursiva; e nota 2 (dois), quando se analisa as ações genéricas de inconstitucionalidade.

O oitavo critério (LINARES, 2008 b, p. 289-295) discutido pelo autor se refere ao estímulo dialógico que o veto pode ocasionar num sistema de freios e contrapesos, o qual é conduzido a relações cooperativas e deliberativas entre governo e oposição. Assim, os pontos de veto são considerados como um “ressorte para promover o diálogo e a argumentação, assegurando que não se poderá exercer o poder a menos que as decisões venham respaldadas por argumentos que podem ser aceitos por uma grande aliança” (SUNSTEIN, *apud*: LINARES, 2008 b, p. 291). Os pontos de veto, ademais, devem ser efetivos, que se traduz na possibilidade de persuasão política em relação a tais pontos controvertidos.

Nesse sentido, para a pontuação ao valor da objeção democrática serão levados em consideração os incentivos ao sistema eleitoral e a graduação de fragmentação legislativa. Assim, obterá o valor 2 (dois), o sistema que tendem a gerar um só ponto de veto efetivo; valor 1 (um), quando tiver apenas um ponto de veto; e valor 0 (zero) quando governos unificados. Ao modelo brasileiro, é atribuído o valor *dois*, por possuir como autoridades com poderes de veto a Câmara dos Deputados, o Senado e o Poder Executivo.

O nono critério se refere às variáveis contextuais, nesse ponto, levam-se em consideração situações contextuais que podem aumentar ou diminuir a objeção democrática. Assim, situações de evolução da representatividade juntamente com a cultura política, poderão influenciar a objeção democrática.

Finalizando e sintetizando o até aqui exposto, os critérios apresentados por Linares (2008b) para diminuir a objeção democrática, serão demonstrados na tabela abaixo, tomando como exemplos, como dito alhures, os países latino-americanos e os Estados Unidos da América. O grau de objeção democrática varia de 0 (zero) a 2 (dois), sendo 0 (zero) a menor

objeção democrática; e 2 (dois) a maior. Às variáveis contextuais, o autor não atribui valor de objeção democrática.

Como se verá na tabela a seguir, especificamente quantos ao sistema de jurisdição constitucional brasileiro, é perfeitamente possível observar que é alta a objeção democrática, quando somados os valores dos critérios apresentados por Linares (2008b), o que dá coro às críticas sofridas pelo atual protagonismo do Poder Judiciário. É de se ressaltar, entretanto, que, comparativamente, o Brasil ocupa a posição intermediária em relação aos demais países apresentados na tabela.

Tabela 3. Localização de cada país em cada critério

País	A	B			F	G	H	I	J			N
		C	D	E					K	L	M	
Argentina	2	--	--	0	2	0	1	0	--	--	0	1
Bolívia	2	2	1	1	2	1	2	1	2	1	--	1
Brasil	2	2	--	1	2	0	1	0	2	--	0	2
Chile	2	2	2	--	1	1	2	1	2	1	--	1
Colômbia	0	2	--	1	2	2	0	0	2	--	0	0
Costa Rica	2	2	2	--	2	0	0	1	--	1	--	1
Equador	2	2	--	--	2	2	2	1	2	--	--	1
El Salvador	2	2	--	1	1	1	0	1	2	--	0	1
EUA	2	--	--	1	2	0	1	0	--	--	0	1
Guatemala	2	2	--	1	2	2	1	0	2	--	0	0
Honduras	2	2	2	--	2	1	2	2	--	1	--	0
México	2	2	--	1	1	2	0	1	2	--	0	1
Nicarágua	2	2	--	--	2	1	0	2	2	--	--	0
Panamá	0	2	2	--	2	2	1	0	2	1	--	1
Paraguai	1	2	2	--	2	2	0	2	--	1	--	0
Peru	1	2	--	2	2	2	0	2	3	--	0	1
República Dominicana	2	2	--	0	2	0	1	2	2	--	0	1
Uruguai	1	0	0	--	2	1	1	1	--	1	--	2
Venezuela	2	2	--	1	2	2	1	0	2	--	0	1

Fonte: LINARES, 2008b. p. 302

Legenda	
A	Reforma Constitucional
B	Efeitos das sentenças
C	ADI
D	CI ou ADI sui generis
E	Via recursiva
F	Restrições à declaração de inconstitucionalidade
G	Seleção dos magistrados
H	Faculdades interpretativas do Congresso
I	Direito de voz
J	Vias de acesso
K	ADI
L	CI ou ADI sui generis
M	Via recursiva
N	Pontos de veto efetivos

Feito esse parêntese para discorrer sobre as gradações existentes na legitimidade democrática, volta-se o debate acerca das teorias dos diálogos institucionais, demonstrando a sua existência dentro das decisões.

2.4.3 Diálogos no interior da decisão: virtudes passivas e ativas

Conrado Hübner Mendes (2011, p. 107 ss.) divide as diversas teorias dialógicas em duas categorias gerais: a primeira propõe uma teoria da decisão judicial que leva em conta a interação com o legislador, tratando, pois, de uma demanda de que a corte reconheça e participe do diálogo; enquanto a segunda define o diálogo como produto necessário da separação dos poderes, decorrente do desenho institucional.

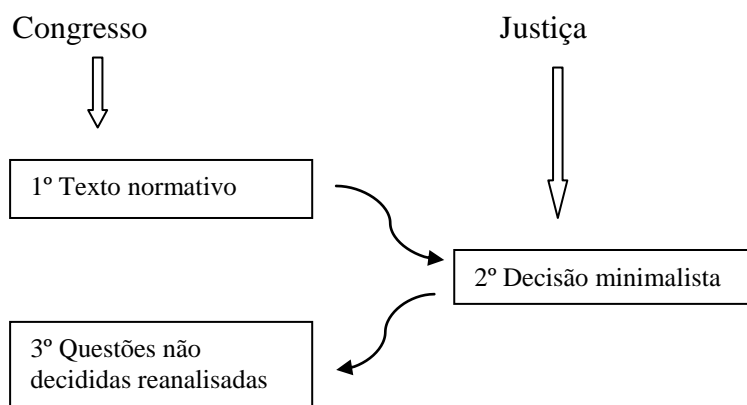
Há, nesse sentido, para quem defende o diálogo no interior da decisão, virtudes passivas e ativas, sendo a sua diferença de grau de atuação proativa da corte. Fala-se em virtudes passivas quando a atuação da corte é mais deferente, ao passo que se fala em virtude ativa quando a atuação da corte é mais ativista.

A primeira das virtudes passivas trazidas por Mendes (2011, p. 108), se refere à tese lançada por Bickel (1986) que acredita que a missão principal da Corte é defender a dimensão de princípio, para tanto, são necessárias práticas institucionais que o Judiciário possui maior capacidade de desenvolver. Nesse sentido, diante de um caso concreto, poderia a Corte decidir pela constitucionalidade, decidir pela inconstitucionalidade ou decidir por não decidir. “Lança mão de uma série de ‘técnicas de não decisão’, as chamadas virtudes passivas. São ferramentas processuais por meio das quais a corte evita emitir sua opinião sobre o caso, pois ela não pode estar obrigada a legitimar tudo aquilo que não considere inconstitucional” (MENDES, 2011, p. 111). Com isso, ao optar por não decidir, a Corte estimula o colóquio no seio da sociedade, o qual tende a gerar uma pressão por ação legislativa. Nesse sentido, a não decisão deve ser a regra, enquanto a decisão deve ser a exceção, utilizada em apenas três casos: “quando a Corte tem expertise especial no assunto; quando há informação e conhecimento confiável; quando seu senso político diz que é necessário” (MENDES, 2011, p. 114). A Corte, nesse caso, atuaria como estímulo para que o próprio Legislativo desse a interpretação à Constituição.

No mesmo sentido, o minimalismo é capaz de incentivar as virtudes passivas, exercidas quando os juízes se recusam a assumir a jurisdição por questão de prudência (SUNSTEIN, 1999, p. 39-40). Inspirado em Bickel, Sunstein cria um novo vocabulário “deixar coisas não decididas”, “acordos teóricos incompletos” e “uso construtivo de silêncio”,

que demonstra o seu apreço em deixar questões não decididas para que a sociedade a decida. Nesse sentido, o minimalismo pode ser promotor da democracia, não só no sentido de que ele deixa assuntos em aberto para a democracia deliberativa, mas também e principalmente no sentido de que garante importantes decisões são feitas por atores democraticamente responsáveis. O minimalismo, ademais, está conectado com a democracia porque deixa espaço para o processo democrático se adaptar para os desenvolvimentos futuros, para a produção de compromissos mutuamente vantajosos, e para adicionar novas informações e perspectivas para questões jurídicas (SUNSTEIN, 1999, p. 53).

Figura 5. Diálogo no interior da decisão: virtudes passivas



Fonte: própria

Ademais, o minimalismo é muito bem sucedido na resposta à dificuldade contramajoritária. Ao incentivar debate e deliberação nos poderes políticos, a utilização de técnicas minimalistas aumenta o espaço disponível para eles concretizarem resoluções democráticas para questões constitucionais, especificamente as questões de direitos, que são objeto de desacordo. Ao mesmo tempo, a teoria também responde às preocupações com a distorção política e debilidade democrática. Distorção política é reduzida, incentivando a resolução de questões constitucionais através dos canais democráticos, como as legislaturas devem tomar decisões independentes sobre o que a Constituição exige, em casos específicos. O problema da debilidade democrática também é reduzido com o uso de técnicas minimalistas que envia mensagens para os legislativos que não podem diferir das decisões dos juízes para resolver questões constitucionais difíceis e controversas (BATEUP, 2006, p. 29)

Além das virtudes passivas, em que o diálogo surge por uma atitude contida da Corte, pode atingir o mesmo objetivo, mas com uma atitude inversa: em vez de se restringir, pode a Corte ser proativa e aconselhar e recomendar ao Congresso. Nesse sentido, Katyal (1997, p. 1710) escreve um denso artigo no sentido de demonstrar como o Judiciário tem

usado uma forma de interpretação e técnicas de decisão para aconselhar os atores políticos. Nas palavras do autor (1997, p. 1710): “Aconselhamento⁷⁵ ocorre quando juízes recomendam, mas não determinam, uma determinada interpretação um caso ou controvérsia judicial⁷⁶.”

Nesse sentido do aconselhamento,

Juízes tomam decisões estreitas, mas adicionam a elas, por meio de *obter dicta*, conselhos de maior amplitude. Como o conselho é vinculado pelos *obter dicta* da decisão, e não pela sua *ratio*, tem maior flexibilidade e não é vinculante. Não deixa de propiciar, porém, alguma previsibilidade e direção, pois é dada *ex ante* (MENDES, 2011, p. 125).

O autor organiza uma tipologia de conselhos e discorre sobre cada um, tendo em comum que por intermédio dos conselhos, a Corte cria condições para que os poderes se interajam na solução de conflitos. Os principais tipos criados seriam: clarificação, autoalienação, personificação, exemplificação, demarcação, prescrição, educação e moralização.

Para Katyal (1997) a clarificação demonstra a “ambiguidade e as lacunas dos estatutos e oferece orientação para os poderes políticos para resolver a ambiguidade”⁷⁷ (KATYAL, 1997, p. 1716); A autoalienação, por sua vez, é uma estratégia de duas etapas, usadas quando o Tribunal não pode fazer o controle de constitucionalidade, por questões políticas, mas se usa do conselho para influenciar os demais atores políticos. Na primeira etapa, os tribunais deixam claro que outros Poderes precisarão examinar as questões, porque há uma lacuna entre o que é inconstitucional e o que os tribunais podem declarar inconstitucional. Na segunda etapa, os tribunais dão conselhos aos atores políticos sobre as dificuldades constitucionais encontradas no caso e podem sugerir determinadas ações⁷⁸ (KATYAL, 1997, p. 1717); Pela personificação, “a Corte define quais atores políticos possuem responsabilidade por quais atos⁷⁹” (KATYAL, 1997, p. 1717). Essas três formas apresentadas, ensaja a *accountability* popular.

⁷⁵ O autor afirma que aconselhamento é um termo demasiadamente amplo e que combina diversas hipóteses. Nesse sentido, defende o aconselhamento sobre matéria constitucional feito pela Suprema Corte (KATYAL, 1997, p. 1711).

⁷⁶ No original: “Advicegiving occurs when judges recommend, but do not mandate, a particular course of action based on a role or principle in a judicial case or controversy.”

⁷⁷ No original: “flags ambiguity and gaps in statutes and offers guidance for the political branches in resolving the ambiguity”

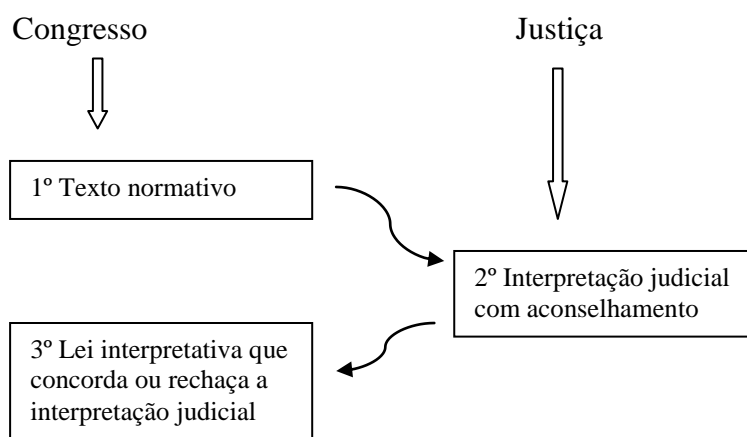
⁷⁸ No original: “is a two-step strategy for courts to provide counsel when they cannot use the power of judicial review. it is therefore particularly helpful in cases that are barred from binding judicial decision by ding of the political question doctrine, ripeness, mootness, military deference, and so on. In step one, the courts make clear that other branches will need scrutinize the issues because there is a gab between what is unconstitutional and what the courts may hole unconstitutional. In step two, the courts give advice ti relevant political actor about the constitutional difficulties engendered by the case and any suggest possible courses of action”

⁷⁹ No oringial: “The Court can give to define which political bodies have responsibility for which acts”.

Há, ainda, formas de aconselhamento baseadas na *expertise* e vantagens estruturais que são a exemplificação e demarcação. A primeira se refere a casos em que a “Corte usa o *judicial review* para derrubar um ato inconstitucional, mas, em seguida, fornece ao Congresso um método constitucional para chegar ao mesmo fim⁸⁰” (KATYAL, 1997, p. 1717); Na demarcação, por sua vez, os “tribunais defendem um ato como constitucional, mas informam aos poderes políticos que os estatutos que vão além da decisão, irão necessitar de trincheira de proteções constitucionais”⁸¹⁻⁸² (KATYAL, 1997, p. 1718).

Para a prescrição, os “tribunais não se limitam à substância do seu conselho para as questões constitucionais, mas expandem a discussão para incluir questões políticas”⁸³ (KATYAL, 1997, p. 1719). Para a educação, por seu turno, “é a forma como as Cortes tentam instruir a cidadania sobre várias matérias⁸⁴” (p. 1720). Por fim, a moralização se “refere a ocasiões em que a Corte expressa a moral em atos particulares ou em eventos⁸⁵” (KATYAL, 1997, p. 1720).

Figura 6. Diálogo no interior da decisão: virtudes ativas - aconselhamento



Fonte: própria

Todas essas formas de conselho podem ser usadas em conjunto com duas técnicas jurídicas: a descentralização, que maximiza a cortesia por meio do aconselhamento, e com a

⁸⁰ No original: “Exemplification refers to instances in which the Court use judicial review to strike down an act for its unconstitutionality, but then provides the legislature with a constitutional method to archive the same end”

⁸¹ No original: “Courts uphold an act as constitutional, but inform the political branches that statutes that go further than the one upheld will trench upon constitutional protections”

⁸² A sentença em questão se relaciona com as sentenças apelativas e de aviso, espécies de sentenças intermediárias, que serão vistas no item 3.4.2.

⁸³ No original” courts might not confine the substance of their advice to constitutional matters and might expand their discussion to include policy issues as well”.

⁸⁴ No original: “The way in which courts attempt to instruct the citizenry about various matters”.

⁸⁵ No original: “Moralization refers to occasions when courts express moral outrage at particular acts or events”.

penalização, que garante que os atores políticos ouvirão os conselhos da Corte (KATYAL, 1997, p. 1720).

Todas as formas de aconselhamento, guardando cada uma as suas peculiaridades, seguem mais ou menos o mesmo padrão:

Após análise de questões minimalistas e maximalistas, é importante observar que ambas podem fomentar o diálogo. Embora se reconheça que o minimalismo está mais apto a isto, visto que

[...] Os juízes minimalistas tentam restringir os seus pronunciamentos apenas àquelas questões consideradas indispensáveis para a justificação da decisão do caso sob exame, deixando, na maior medida possível, questões normativas contíguas, profundas e controversas em aberto. (SILVA, 2008, p.8.)

Portanto, o minimalismo fomenta o diálogo no sentido de que a atuação da corte é deferente, deixando espaços para atuação do Poder Legislativo. Por outro lado, é também perceptível que decisões maximalistas também podem fomentar o diálogo, no sentido de que a atuação da corte pode estimular o Legislativo a produzir uma resposta, utilizando-se do desafio e das rodadas procedimentais.

De toda forma, todas as teorias estudadas procuram, seja com uma atitude mais contida, ou mais proativa, mostrar uma interação entre os poderes a nível de decisão da interpretação constitucional. Ainda nesse campo, importante é a sistematização proposta por Bateup (2006), que será visto a seguir.

2.4.4 Sistematização proposta por Bateup

Na tentativa de reunir e sistematizar as diversas teorias de diálogos institucionais, Christine Bateup (2006) contribuirá de modo decisivo para a teoria constitucional contemporânea. A autora separa as diversas teorias dialógicas em dois ramos, com subdivisões, que são quanto ao método judicial, que se subdividem em teorias do aconselhamento, teorias centradas no processo e minimalismo judicial⁸⁶; e teorias estruturais do diálogo, as quais se subdividem em teorias da construção coordenada, teorias dos princípios jurídicos, teorias do equilíbrio e teorias da parceria. Fala, por fim, da fusão dialógica.

As teorias quanto ao método judicial, de acordo com Bateup (2006, p. 17) possuem como ponto em comum a provocação do Judiciário pelo uso consciente de técnicas que

⁸⁶ Este item já foi trabalhado no item anterior, motive pelo qual não será trabalhado novamente neste tópico.

permitem ao julgador estimular e encorajar amplo debate quanto ao sentido da Constituição entre os poderes políticos. As suas categorias são as teorias do aconselhamento e teorias centradas no processo.

Nas teorias do aconselhamento estão inseridas as teorias em que o Poder Judiciário se vale de técnicas de interpretação e, num momento posterior, recomenda ao legislativo que tome determinada decisão sem a qual a Constituição será violada. Nas palavras da autora (BATEUP, 2006, p. 17):

As teorias do aconselhamento sugerem que os juízes usem de uma variedade de interpretações dinâmicas associadas a técnicas de decisões, com o fim de recomendar determinadas ações para as instituições políticas e aconselhá-las de maneiras a evitar problemas constitucionais. Em termos gerais, todas as formas de aconselhamento, envolvem juízes orientando os demais poderes, por meio de pareceres não vinculantes. O objetivo principal destas técnicas é assegurar que as instituições políticas levem em consideração a visão do judiciário sobre o significado constitucional, que irá ajudá-los na elaboração de legislação nova assegurando que irá sobreviver a futuros desafios constitucionais.⁸⁷

Há dois momentos específicos em que se pode usar o aconselhamento, em casos concretos: num primeiro momento, o juiz invalida a legislação (declara a inconstitucionalidade) e aponta caminhos possíveis para corrigir o incidente inconstitucional, é o que a autora (BATEUP, 2006, p. 18) denomina de *constitutional road maps*, visto que o Judiciário aponta a direção correta a resolver o incidente de inconstitucionalidade. Num segundo momento, o Judiciário é encorajado a indicar a fragilidade e ambiguidade da solução existente, mas sem pronunciar a inconstitucionalidade da norma.

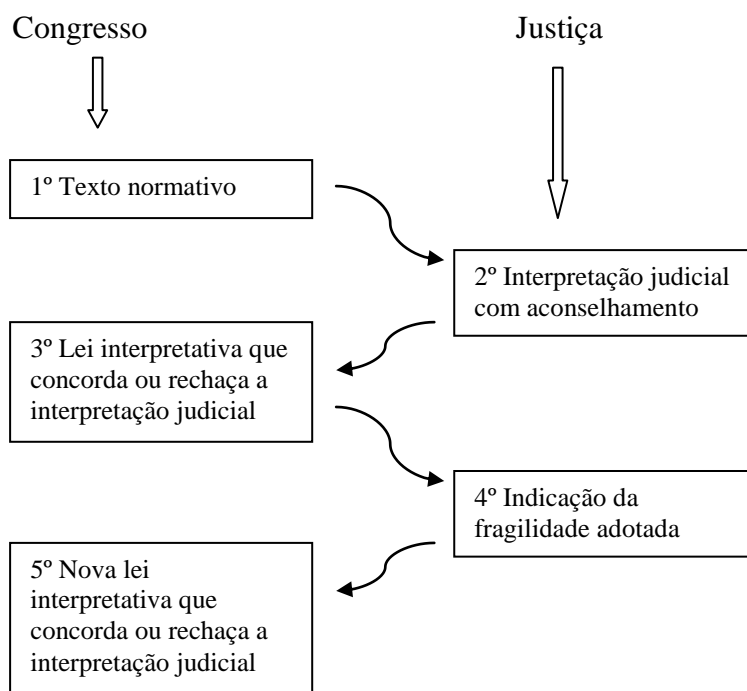
Inequívoca a semelhança das categorias apontadas com outra que já frequentam a doutrina nacional, a saber, o “apelo ao legislador” (importado da jurisprudência alemã), e ainda a pronúncia do chamado trânsito para a inconstitucionalidade. (SILVA, 2010, p. 93).

Os defensores da teoria do aconselhamento acreditam que o diálogo entre o Judiciário e os demais órgãos do poder propiciam a construção do significado da Constituição, tendo como ponto principal o fato de que os órgãos do poder estatal criam conjuntamente as soluções para determinados problemas constitucionais.

⁸⁷ No original, “Judicial advice-giving theories suggest that judges use a range of proactive interpretive and decision-making techniques in order to recommend particular courses of action to the political branches and to advise them of ways to avoid constitutional problems. In general terms, all forms of advice-giving involve judges counseling the political branches of government through the use of broad, yet non-binding, dicta. The principal aim of these techniques is to ensure that the political branches learn the judiciary’s views about constitutional meaning, which will assist them in drafting new legislation, or amending current legislation, so that it will survive future constitutional challenges.”

Ademais, as teorias do aconselhamento reescreve a forma como juízes falam aos atores políticos a forma de interpretar a Constituição. Como o juiz não irá de imediato declarar a norma inconstitucional, o aconselhamento é a forma como deverá estar a legislação para não ser declarada inconstitucional (BATEUP, 2006, p. 22).

Figura 7. Teorias do aconselhamento - constitutional road maps



Fonte: própria

Para além das teorias do aconselhamento, há também as teorias centradas no processo, para as quais o juiz deverá dar maior ênfase às considerações quanto à deliberação em decisões políticas que podem afetar valores constitucionais. Nas palavras da autora (BATEUP, 2006, p. 22-23):

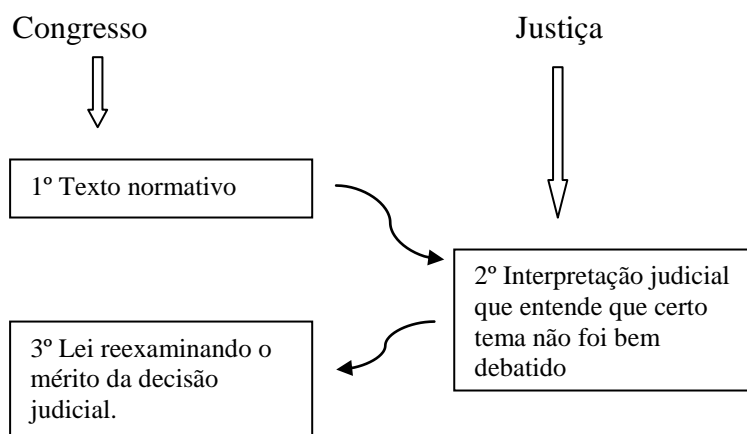
Em vez de os legisladores dizerem como resolver questões constitucionais, as regras centradas no processo somente procuram se certificar de que os atores políticos que promulgam as leis e deliberam acerca das políticas públicas, levem em conta as premissas constitucionais. Nas teorias centradas no processo, os juízes são encorajados a verificar se os atores políticos prestaram suficiente atenção ou deliberaram de maneira adequada sobre questões que afetam valores substantivos. Se for determinado que não, então o Poder Judiciário pode forçar as instituições políticas do Governo a reconsiderar as suas decisões com o nível adequado de atenção aos referidos valores.⁸⁸

⁸⁸ No original, “Rather than telling legislators how to resolve constitutional issues, process-centered rules merely seek to ensure that the political actors who enact statutes and make public policy decisions take constitutional considerations into account. In process- centered theories, judges are encouraged to determine whether political

Não se trata somente da preocupação formal quanto às regras processuais da deliberação legislativa, “essas teorias levam em conta como o Legislativo considera temas como direito fundamentais – oferecendo a cada matéria, a atenção, aprofundamento e maturação que sua complexidade reclame” (SILVA, 2010, p. 93).

Outra forma conhecida pela teoria citada é a doutrina do “segundo olhar”, de acordo com a qual o Judiciário entende que certo tema não foi tão bem tratado quanto deveria sê-lo, por motivos diversos (BATEUP, 2006, p. 23). Com isso, a busca pelo segundo olhar acentua o sentido dialógico das teorias centradas no processo, pois há “resposta de parte do Legislativo à pronúncia de inconstitucionalidade; e mais ainda, um segundo momento (possível) de apreciação judicial à nova solução legislativa cunhada pelo Parlamento.” (SILVA, 2010, p. 93).

Figura 8. Teorias do centradas no processo - segundo olhar



Fonte: própria

As teorias centradas no processo também possuem outras vantagens como teorias dialógicas. Em primeiro lugar, minimiza preocupações democráticas de legitimidade, devido ao aumento do espaço que é criado para os poderes políticos resolverem as questões constitucionais substantivas. Ademais, este entendimento de diálogo é mais atraente do que as do aconselhamento, uma vez que se baseia em premissas mais realistas sobre o funcionamento dos processos legislativos e políticos, de modo que, embora os atores políticos sejam capazes de interpretar a Constituição por si mesmos, podem não prestarem suficiente atenção nos valores constitucionais. Nesse sentido, os juízes servem apenas à função útil de se

officials have paid sufficient attention or adequately deliberated on policy judgments that affect substantive constitutional values. If it is determined that they have not, then the judiciary may force the political branches of government to reconsider their decisions with the appropriate level of attention to those values”.

engajar os ramos políticos em um diálogo sobre a importância de considerar valores constitucionais de uma forma fundamentada e consistente (BATEUP, 2006, p. 25).

Percebe-se nas teorias quanto ao método judicial uma prevalência da autoridade judiciária à compreensão do texto constitucional, embora seja decorrente do próprio *judicial review*. Outra crítica, também,

diz respeito à sua aposta na existência de uma vontade de colaboração e intercâmbio entre as estruturas formais de poder, de modo que o Judiciário efetivamente se veja sensibilizado a desenvolver uma pedagogia constitucional, e o Legislativo mostre-se aberto a receber essas mesmas lições, incorporando-as em suas deliberações (SILVA, 2010, p. 94)

Além das teorias quanto ao método judicial, Bateup (2006) também classifica as diversas teorias dos diálogos institucionais em teorias estruturais do diálogo, de acordo com as quais, o ponto central no diálogo não se encontra no método utilizado na construção da decisão judicial, mas na forma pela qual se pode confeccionar as relações entre as estruturas, através de mecanismos institucionais que oferecem determinada resposta à decisão que gerou o desacordo. Afirma (BATEUP, 2006, p. 32):

Teorias estruturais do diálogo são baseadas no reconhecimento de que mecanismos políticos coexistem no interior do sistema constitucional, o que permite os atores políticos responder as decisões judiciais em caso de desacordo.⁸⁹

Nesta compreensão, o diálogo sobre o significado constitucional surge quando esses mecanismos de resposta estão envolvidos, possibilitando um processo dinâmico entre juízes e outros atores constitucionais (BATEUP, 2010, p. 32). Afirma, ainda, que na medida em que é grande a dinâmica dialógica para esta teoria, há certo alívio referente às preocupações contramajoritárias. As teorias estruturais dividem-se em teorias da construção coordenada, teorias dos princípios jurídicos, a qual se subdivide em princípios e controle político sobre a corte e princípio e articulação legislativa da política, teorias do equilíbrio e teorias da parceria.

As teorias da construção coordenada reconhecem a construção da interpretação constitucional por diversos ramos do poder, em suas palavras (BATEUP, 2006, p. 33):

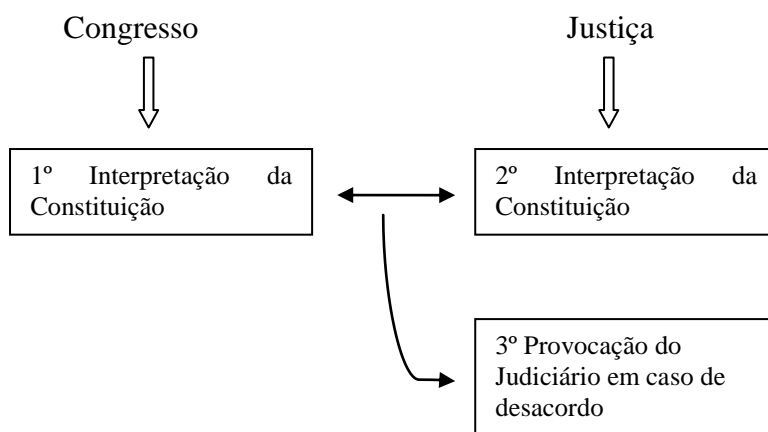
As teorias dialógicas de estrutura mais simples são as baseadas na construção coordenada com a Constituição. A teoria da construção coordenada é o projeto mais antigo da interpretação constitucional como um empreendimento compartilhado entre o curto e os ramos políticos do governo, tendo sido exposta pela primeira vez por James Madison. Embora reconhecendo que as questões de interpretação constitucional normalmente chegam ao Poder Judiciário no curso normal de governo, Madison rejeitou a

⁸⁹ No original, “Structural theories of dialogue are based in the recognition that institutional or political mechanisms exist within constitutional systems that enable political actors to respond to judicial decisions in the event of disagreement.”

ideia de que decisões judiciais tinham qualquer estatuto único, já que a Constituição não prevê qualquer autoridade específica para determinar os limites da divisão de poderes entre os diferentes ramos. Da mesma forma, Thomas Jefferson considerava que cada ramo do governo deve ser “coordenada e independente” uns dos outros, e que cada ramo tem responsabilidade inicial de interpretar a Constituição, uma vez que diz respeito às suas próprias funções.⁹⁰

Ensina, ainda, que a interpretação se dará pelos diversos poderes e que os demais, em caso de desacordo com sua interpretação, terão a prerrogativa de provocar o Judiciário. Ademais, este sistema é importante, pois é possível para todos os ramos do governo, incluindo o Tribunal, chegar a resultados inconstitucionais. Tendo em conta que as decisões do Tribunal são abertas ao escrutínio e contestadas pelos outros atores políticos, as decisões judiciais não são finais, mas, momentaneamente, a disputa é resolvida perante o tribunal (BATEUP, 2006, p. 35).

Figura 9. Teorias da construção coordenada



Fonte: própria

Ressalta-se que na medida em que todos os ramos do governo estão sujeitos a se equivocarem em suas interpretações, a fiscalização recíproca diminui a possibilidade de engano, ao mesmo tempo em que reconhece ao Judiciário a faculdade de provocar o debate sobre o significado e conteúdo da Constituição. Apenas se a interpretação for além dos limites colocados pela separação de poderes é que haverá controle sobre suas decisões. Não obstante,

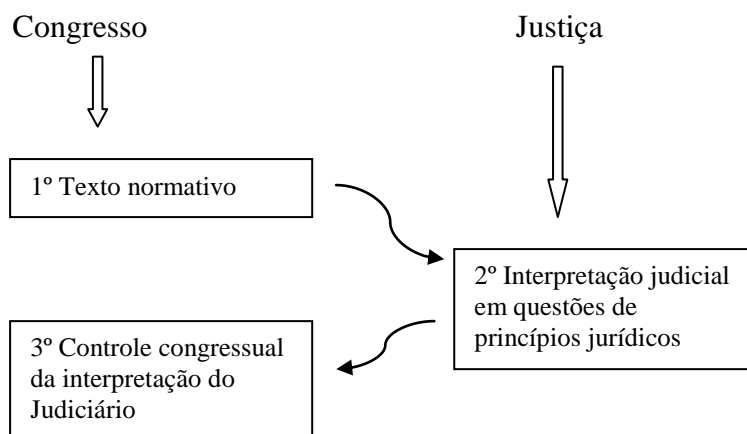
⁹⁰ No original: “The most straightforward structural theories of dialogue are those based on coordinate construction of the Constitution. Coordinate construction is the oldest conception of constitutional interpretation as a shared enterprise between the courts and the political branches of government, having first been espoused by James Madison. While acknowledging that issues of constitutional interpretation would normally fall to the judiciary in the ordinary course of government, Madison rejected the view that judicial decisions had any unique status, as the Constitution did not provide for any specific authority to determine the limits of the division of powers between the different branches. Similarly, Thomas Jefferson considered that each branch of government must be “co-ordinate and independent” of each other, and that each branch has primary responsibility for interpreting the Constitution as it concerns its own functions”

caso a inércia legislativa sobre determinada matéria seja especialmente grave, ou haja interesse em transferir para o Judiciário o ônus de decidir sobre determinada questão, ele permanecerá fora do controle dos poderes políticos (TAVARES; BERMAN, 2009, p. 2168).

As teorias dos princípios jurídicos propõem que o Judiciário possui competência institucional especialmente voltada para decidir questões relacionadas a princípios jurídicos. Para alguns doutrinadores, o diálogo é gerado na hipótese de erro na interpretação judicial de tais questões, havendo o controle pelos poderes políticos, fazendo surgir, assim, a presença do diálogo. Nas palavras da autora (BATEUP, 2006, p. 41.):

Em contraste com a teoria da construção coordenada, que não oferece papel especial ao Poder Judiciário no diálogo constitucional, as teorias positivas de princípio judicial propõem que os juízes possuem uma função dialógica privilegiada com base em sua competência especial em relação às questões de princípio. Alguns estudiosos afirmam que o diálogo é resultado dos poderes políticos verificando as interpretações de princípios dos tribunais em caso de erro judicial.⁹¹

Figura 10. Teorias dos princípios jurídicos



Fonte: própria

Dentro desse grupo de teorias, encontramos duas possibilidades: a primeira refere-se aos princípios e controle político sobre a Corte, sustentando que embora o Judiciário possua posição privilegiada para lidar com questões de princípios, o erro é uma possibilidade eminente e deve ser tomado em consideração. Com isso, o papel de fiscalizar o bom desempenho desta habilidade por parte dos juízes é atribuído aos poderes políticos (SILVA, 2010, p. 96).

⁹¹ No original, “In contrast to coordinate construction, which proposes no special role for the judiciary in constitutional dialogue, positive theories of judicial principle propose that judges perform a unique dialogic function based on their special institutional competence in relation to matters of principle. Some scholars claim that dialogue is generated as a result of the political branches checking the principled interpretations of the Court in the event of judicial error.”

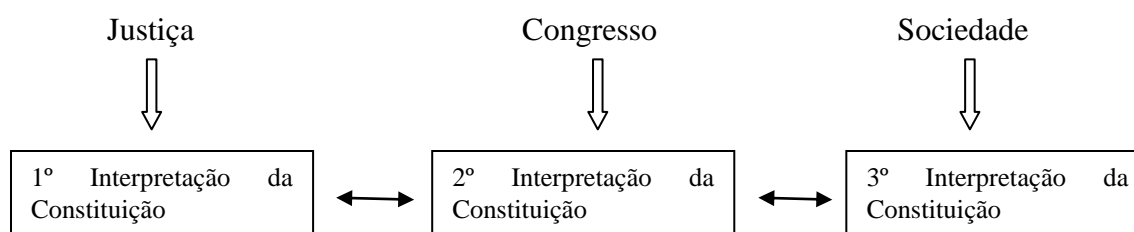
Já a segunda possibilidade, refere-se ao princípio e articulação legislativa da política e o foco é na contribuição do legislativo para a formação de um diálogo substantivo, devido à sua competência para lidar com a elaboração de políticas públicas. O diálogo, segundo esta perspectiva, surge quando o legislativo articula uma questão decidida pelo judiciário ampliando-a aos objetivos políticos (SILVA, 2010, p. 96).

As teorias do equilíbrio (BATEUP, 2006, p. 57):

Fornecem uma forma alternativa de conceber o papel judicial especial no diálogo constitucional que não privilegie as contribuições judiciais. Nessas teorias, este papel é descrito como de fomentar em toda a sociedade a discussão constitucional que acaba levando a um equilíbrio assente sobre o significado constitucional. Enquanto isso fornece uma conta muito mais promissora do diálogo constitucional que as teorias examinadas até agora, em última análise, continua incapaz de fornecer uma explicação completa do papel da revisão judicial no âmbito do sistema constitucional.⁹²

Na teoria estão inseridas as concepções que não reconhecem ao Judiciário qualquer capacidade especial para lidar com questões de direitos. Os juízes são apenas uma das instâncias de discussão, de maneira a permitir que a sociedade, como um todo, alcance a concepção que ela entenda como a melhor possível (SILVA, 2010, p. 97). Ocorre, todavia, que as decisões judiciais continuam a desempenhar uma função importante no sistema constitucional, no sentido de fomentar a discussão na sociedade sobre a interpretação da constituição. Como resultado, o Tribunal age como facilitador de discussão de toda a sociedade sobre valores constitucionais. Ao declarar seus próprios pontos de vista sobre o significado da Constituição, o Tribunal ativa canais e promove o debate social em curso, sintetizando diferentes, pontos de vista sobre significado constitucional e por articular o debate na sociedade (BATEUP, 2006, p. 58).

Figura 11 - Teorias do Equilíbrio



Fonte: própria

⁹² No original, “provide an alternative way of conceiving of the special judicial role in constitutional dialogue that does not privilege judicial contributions. In these theories, this role is described as one of fostering society-wide constitutional discussion that ultimately leads to a settled equilibrium about constitutional meaning. While this provides a much more promising account of constitutional dialogue than the theories examined thus far, it ultimately remains unable to provide a complete account of the role of judicial review within the constitutional system.”

Afirma a Bateup (2006, p. 64) que embora a teoria não resolva a dificuldade contramajoritária, é a que possui o maior sucesso num diálogo substantivo entre as instituições.

As teorias da parceria, por sua vez, (BATEUP, 2006, p. 70)

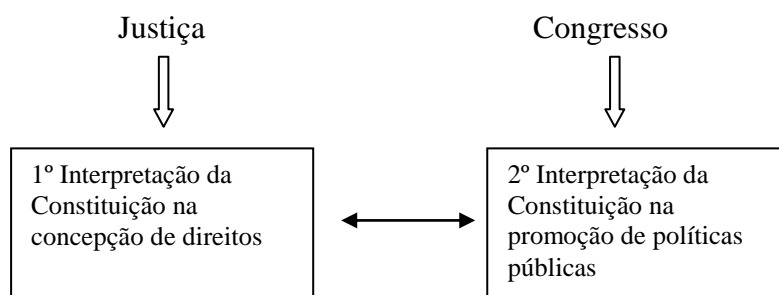
Centram-se no reconhecimento de que diferentes ramos do governo podem fazer contribuições distintas para o diálogo constitucional de uma maneira que não privilegia o papel judicial. Em vez disso, essa teoria reconhece que cada ramo de governo pode aprender com os insumos específicos dos outros ramos de uma ordem constitucional diversificada. O Judiciário e atores não-judiciais são, assim, concebidos como participantes iguais em termos de decisão que, dialogicamente, pode tanto contribuir para a busca de melhores respostas, como resultado de suas exclusivas perspectivas institucionais⁹³.

Trata-se, na verdade, da outra face da teoria do equilíbrio, que enxerga nos mecanismos institucionais a melhor maneira de fortalecer o diálogo institucional. Para a presente teoria, as contribuições do Judiciário e dos demais Poderes Políticos acerca do significado da Constituição são estruturalmente diferentes, de modo que o Judiciário, devido ao seu isolamento político, está num patamar de vantagem para identificar situações em que os objetivos fixados pelo legislador restrinjam indevidamente direitos individuais, sem que isso acarrete uma maior competência para resolver o desacordo sobre o significado dos direitos (SILVA, 2010, p. 99).

Assim, afirma Silva (2010, p. 99) A combinação da perspectiva legislativa, acostumada ao estabelecimento de políticas coletivas; e a judicial, destinada precipuamente à interpretação do significado individual das disposições de direitos, seria o caminho para que o diálogo possa servir como instrumento de fortalecimento dos direitos fundamentais. Tal concepção possibilita uma resposta satisfatória à objeção contramajoritária em um plano institucional, dado que a posição do Poder Judiciário não é considerada superior à dos demais poderes, mas são tidas como complementares.

Por fim, quanto ao plano normativo, afirma Bateup (2006, p. 76) que a teoria não é completa, pois ignora a dimensão social do diálogo em detrimento de aspectos institucionais. O seu melhor resultado será com a combinação das duas dimensões, na chamada fusão dialógica.

⁹³ No original, “Centers on the recognition that the differently situated branches of government can make distinct contributions to constitutional dialogue in a way that does not privilege the judicial role. Instead, this account recognizes that each branch of government can learn from the specific dialogic inputs of the other branches in an institutionally diverse constitutional order. Judicial and non-judicial actors are thus conceived as equal participants in constitutional decision-making who can both dialogically contribute to the search for better answers as a result of their unique institutional perspectives.”

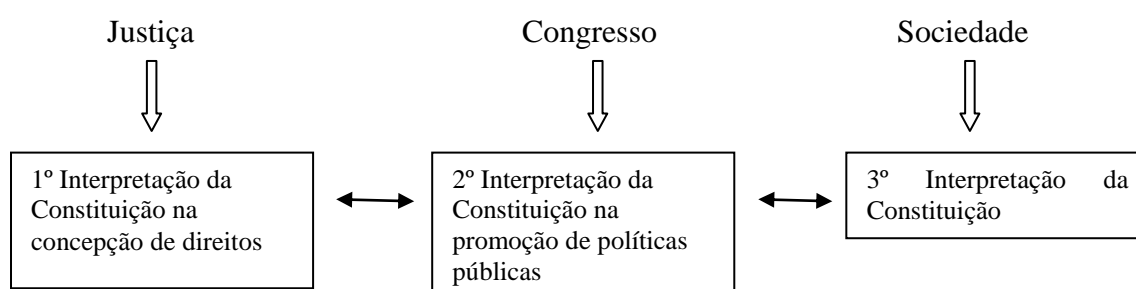
Figura 12. Teorias da parceria

Fonte: própria

Por fim, a fusão dialógica é a combinação das teorias da parceria e do equilíbrio, permitindo resolver a legitimidade democrática, ao mesmo tempo em que compreende os aspectos sociais e institucionais do diálogo. É a teoria preferida da autora, nas suas palavras (BATEUP, 2006 p. 76-77):

A visão mais promissora do diálogo institucional e, conseqüentemente, a maior consideração normativa do papel da revisão judicial no constitucionalismo moderno surgem quando os entendimentos equilíbrio e parceria do diálogo são combinados. Por um lado, esta síntese ajuda a resolver persistentes preocupações com a legitimidade democrática do modelo de parceria. Mais importante, esta visão combinada permite uma melhor compreensão dos diferentes aspectos institucionais e sociais do diálogo constitucional, e as várias formas originais em que diferentes atores participam na busca de significado constitucional.

À concepção institucional oferecida pelas teorias de parceria, a fusão dialógica acrescenta um exame do papel do Judiciário de facilitador da discussão dentro da sociedade dos temas centrais da Constituição. O resultado seria a possibilidade de se alcançar um consenso mais resistente e aceito pelos próprios cidadãos, algo que já era defendido pelas teorias de equilíbrio. (Silva, 2010, p. 100)

Figura 13. Fusão Dialógica

Fonte: própria

Acrescenta-se, ainda, que a presente teoria ocorre também no campo “micro”, haja vista que os juízes podem responder dialogicamente em casos individuais, para as contribuições do entendimento do legislador em relação ao sentido constitucional. Sobre este entendimento da compreensão do diálogo constitucional, há dois aspectos para o papel da *judicial review* na sociedade moderna. Primeiro: auxilia na produção de mais duráveis e amplamente aceitas respostas em relação a questões constitucionais ampliam o diálogo com a sociedade como um todo. Em segundo lugar, o controle jurisdicional, além de auxiliar na resolução de questões constitucionais em nível individuais, também fará parte de um diálogo global. No contexto de discórdia generalizada sobre o significado do direito, esse entendimento combinado oferece a melhor chance de produzir respostas para questões constitucionais que não são apenas satisfatórias no contexto da resolução de casos individuais, mas que também os adequados para o cidadão como um todo (BATEUP, 2006, p. 78).

2.5 APLICAÇÃO DAS TEORIAS DIALÓGICAS: EXEMPLOS HISTÓRICOS E ATUAIS

Neste tópico trabalharemos diversos exemplos em que são encontradas as teorias dos diálogos institucionais. Trata-se, como visto, de um termo polissêmico, mas, com os exemplos que serão trabalhados a seguir, é possível encontrar um traço em comum: a última palavra em relação à interpretação constitucional não é dada pelos juízes, mas admite-se participação legislativa, com a finalidade de evitar a supremacia judicial. Serão estudados tanto os casos clássicos, os países da *commonwealth*, quanto outras hipóteses em que se acredita estar presentes as teorias dos diálogos institucionais.

2.5.1 Constituição rígida, tradição parlamentar e as teorias dialógicas como solução possível: o modelo canadense

O Canadá foi a primeira experiência de adoção do modelo das teorias dialógicas, fazendo-o pela Carta Canadense de Direitos e Liberdades, que formou a primeira parte da Constituição de 1982. A estrutura jurídica canadense é integrante do sistema de *common law* e apresentava um esgotamento institucional em referencia a efetivar direitos fundamentais, decorrente da limitação de que seu substrato normativo era o positivismo anglo-saxônico de matriz austiniana, favorável ao respeito e cumprimento da norma estrita. Para que houvesse

uma ruptura com essa dinâmica, era preciso, primeiramente, que se formalizasse o compromisso com os direitos fundamentais, sem que com isso resultasse na perda de espaço do poder do parlamento. A efetivação da Carta canadense tem, portanto, um tríplice significado político-institucional: a proteção de direitos, a ruptura com o positivismo de raiz austiniana, e a configuração de outra separação de poderes com equilíbrio na prevalência do princípio da soberania do parlamento (SILVA, 2010, p. 61).

A Carta, ademais, foi essencial para que o Canadá pudesse se ver desvinculado da legislação inglesa, negociado pelo primeiro ministro Pierre Trudeau, o qual almejava uma Constituição assemelhada ao modelo americano. Todavia, devido à tradição fortemente parlamentar canadense, vários primeiros ministros provinciais se opuseram ao modelo original de Trudeau. Nesse sentido, fez-se necessário, à época, um arranjo institucional conciliatório.

O desenho canadense de equilíbrio entre as pretensões de supremacia dos Poderes Legislativo e Judiciário funda-se em duas cláusulas contidas em sua Carta de Direitos: a saber, a Seção 1 e Seção 33. A primeira demonstra a possibilidade de que o legislador configure o conteúdo dos direitos fundamentais, preceituando, no entanto, que essa mesma intervenção legislativa encontra limites na exigência de justificação razoável. Se, na enunciação da possibilidade da configuração legislativa do direito fundamental, o texto não traduz qualquer inovação radical, na subordinação explícita das constrições legislativas à justificativa razoável têm-se um elemento que a diferencia, pois o controle de constitucionalidade recai no cotejo com a proporcionalidade entre a justificação apontada como razoável e o conteúdo do preceito aprovado pelo Poder Legislativo. (SILVA, 2010, p. 62)

A Carta Canadense de Direitos e Liberdades garante os direitos e liberdades que se sujeitam apenas a limites razoáveis prescritos em norma, tal como pode ser comprovadamente justificado em uma sociedade livre e democrática.⁹⁴

A grande inovação, no entanto, se deve à Seção 33, pois

Alcançada na última hora, foi a inserção na Carta da cláusula “não obstante” da Seção 33 [...]. Essa cláusula capacitava os parlamentos provinciais e o federal a anular, por maioria simples, os direitos contidos na Carta por um período renovável de 5 anos (GARDBAUM, 2001, p. 17).

⁹⁴ No original: The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

Dessa forma, a Seção 33 teve a função de conciliar a soberania parlamentar com o modelo americano de constitucionalismo, possuindo o parlamento um poder especial em relação ao judiciário (GARDBAUM, 2001, p. 17). Nessa solução conciliatória, deve-se destacar que o corpo da Constituição canadense de 1982 se assemelha com a Constituição americana nos seguintes pontos: trata-se de lei suprema, em que qualquer outra lei com ela divergente não deverá prosperar; é uma carta petrificada, de modo que necessita de disposições diferenciadas para a sua modificação no que se refere às Seções 38 a 49 da Carta; é concedido aos tribunais o exercício do controle de constitucionalidade.

Todavia, a Seção 33, e é nesse ponto a solução conciliatória, rejeita exatamente a solução final adotada pelos americanos e confia ao Parlamento o poder de reverter a decisão do Poder Judiciário. Assim dispõe a Seção 33:

O parlamento ou o legislativo de uma província pode expressamente declarar em uma lei do parlamento ou do legislativo, conforme o caso, que uma lei ou uma sua disposição deve vigorar não obstante uma disposição incluída na Seção 2 ou nas Seções 7 a 15 desta Carta^{95,96}.

Vê-se, portanto, que o diálogo surge a partir do momento em que o Legislativo pode decidir pela não incidência da inconstitucionalidade de uma norma. Trata-se de um verdadeiro diálogo, em que ambos os Poderes contribuem para a interpretação do sentido da Constituição. Pela teoria de Bateup (2006), pois, tratar-se-ia da teoria do aconselhamento. A seção 33 do modelo canadense poderá ser usada tanto de forma preventiva, quanto de forma repressiva, ou seja, o Parlamento pode recorrer à cláusula não obstante no momento de aprovar a lei ou posteriormente a uma sentença de inconstitucionalidade. A forma preventiva reduz substancialmente os canais dialógicos, restando apenas à forma interpretativa. (LINARES, 2008b, p. 207).

Dessa forma, a oposição que só concordaria com a constitucionalização dos direitos fundamentais caso houvesse o “elemento básico da soberania parlamentar que garante aos legislativos (mais que aos tribunais) o poder máximo para determinar que a promulgação é ou

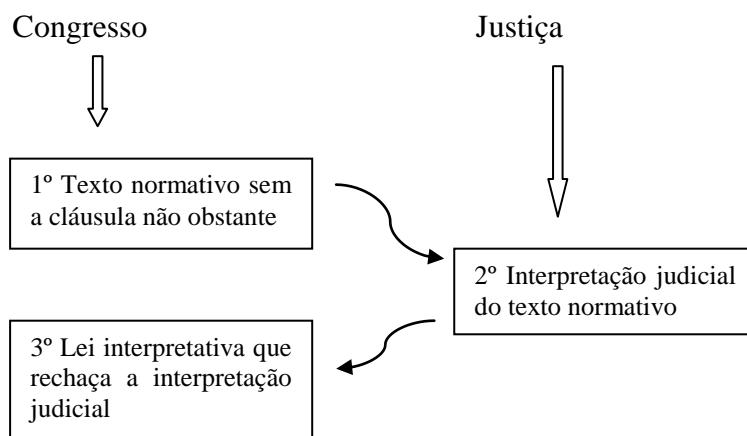
⁹⁵ No original: “Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or section 7 to 15 of this Charter”.

⁹⁶ Seção 7: Todos têm o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal e o direito a não ser privado dos mesmos, exceto se em conformidade com os princípios fundamentais da justiça.

Seção 15: (1) Todo indivíduo é igual perante e sob a lei e tem o direito a igual proteção e igual benefício da lei sem discriminação e, particularmente, sem discriminação baseada na raça, nacionalidade ou origem étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiência física ou mental. (2) Subseção (1) não impede qualquer lei, programa ou atividade que tem por objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagem por causa de raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade, deficiência física ou mental.

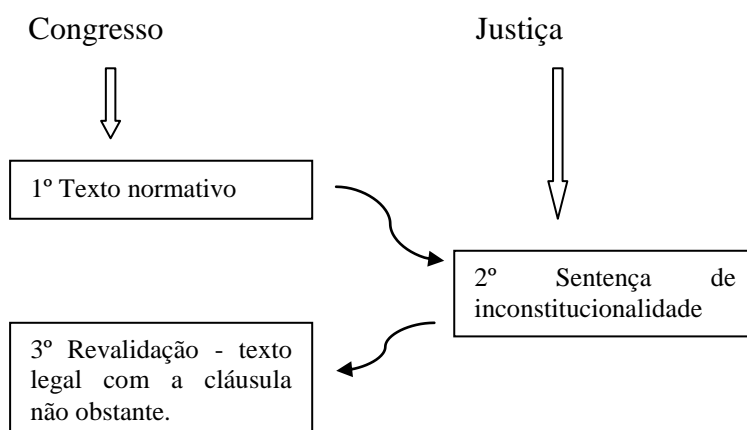
não direito nacional” (GARDBAUM, 2001, p. 19), teve suas aspirações conquistadas, ao mesmo passo que cabia ao Judiciário a declaração formal de inconstitucionalidade.

Figura 14. Sistema canadense: uso preventivo da cláusula não obstante



Fonte: LINARES, 2008b, p. 208.

Figura 15. Sistema canadense: uso repressivo da cláusula não obstante



Fonte: LINARES, 2008b, p. 208.

Nesse ponto, inicia-se um verdadeiro diálogo institucional, entre os tribunais e os legislativos, substituindo, assim, o “monólogo judicial do modelo norte-americano. Freios e contrapesos seriam importados para a própria função de proteção dos direitos” (GARDBAUM, 2001, p. 17).

Por fim, deve-se destacar que somente uma vez foi utilizada a Cláusula não obstante (GARDBAUM, 2001, p. 23), o que se nota, na prática, é que a tentativa canadense de fortalecer um diálogo institucional e democrático acerca da constitucionalidade de uma norma, não teve tanto sucesso, de modo que o legislativo apenas acata a declaração de inconstitucionalidade de uma norma por parte do Poder Judiciário.

2.5.2 Leis básicas e desacordo constitucional: o modelo israelense

Israel possui uma peculiaridade sobre o seu constitucionalismo, por não possuir uma Constituição. Entre os diversos fatores que contribuíram pela ausência do texto constitucional, podem-se destacar fatores beligerantes, bem como a ausência de consenso entre os diversos setores da sociedade sobre o texto constitucional (WEISBERG, 2008, p. 109-110). Silva (2010, p. 71) afirma, também, que um dos motivos para não se ter materializado a Constituição está na espera da diáspora, momento em que Israel se constituirá de maioria do povo judeu.

Não obstante a ausência de uma constituição escrita, há o embrião de uma constituição na Resolução 181⁹⁷ da Assembleia Geral das Organizações das Nações Unidas, a qual criou o Estado Israelense e o Estado Palestino. A Resolução dispunha que caberia ao Conselho Judaico Provisório a criação da Carta de Independência, a qual não teria status normativo, todavia, representaria a ideologia daquele povo.

Após a guerra de independência, caberia ao Comitê Constitucional confeccionar a Carta Política israelense. Todavia, devido, novamente, à falta de consenso sobre o conteúdo, foi postergada a sua confecção. Em razão deste fato, houve a Declaração Harari, que

Foi capaz de pacificar os partidos religiosos, que defendiam a supremacia da Halacha, a lei judaica, sobre qualquer sistema jurídico elaborado pelo Estado, e os partidos seculares, que defendiam a separação entre religião e Estado em Israel. A estabilidade foi conquistada por meio da não adoção de uma constituição escrita, reflexo da necessidade de se evitar decisões definitivas (ou, pelo menos, compromissos de longo prazo) a respeito de questões controvertidas sobre a própria natureza do Estado (TAVARES; BERMAN, 2009).

Em virtude do exposto, pactuou-se que a Constituição israelense seria feita de forma fragmentada, através das Leis Básicas⁹⁸, e que o órgão competente para a confecção das Leis Básicas seria o Poder Legislativo, que cumularia com a função constituinte, denominado *Knesset*. Israel adota uma democracia representativa com sistema parlamentarista de governo, lembrando o modelo inglês. O presidente exerce papel de chefe do Estado, com atribuições,

⁹⁷ Para o texto integral da resolução 181, cf: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/un/res181.htm>. Acesso em: 07/11/2010

⁹⁸ O Termo original é *Basic Law*, que alguns autores traduzem como “Leis fundamentais”. Com a devida vênia, optaremos pela tradução de “Leis básicas”, tanto por ser tradução mais fiel ao original, quanto por exprimir melhor a ideia de seu significado. Ademais, não leva o leitor ao engado de confundir com leis referentes a direitos fundamentais.

na maioria das vezes, simbólicas, e o primeiro ministro ocupa a chefia de governo e do gabinete. (SILVA, 2010, p. 71).

Cada Lei Básica, posteriormente, resultaria em um capítulo da Constituição israelense. A Declaração de Harari, vale destacar, era omissa no que tange ao modo de confecção das Leis Básicas. Nos dias atuais, são onze as Leis Básicas, a saber: O Knesset, 1958; Terra de Israel: terra do povo, 1960; presidente do Estado, 1964; Economia de Estado, 1975; O executivo, 1976; Jerusalém, a capital de Israel, 1980; O judiciário, 1984; Estado controlador, 1988; Dignidade da pessoa humana e sua liberdade, 1992; Liberdade de ocupação, 1994; O governo, 2001.

Por não possuir uma Constituição escrita e em virtude das influências internacionais para reconhecimento de direitos humanos, Israel, pautado em valores inerentes da democracia e em jurisprudência estrangeira acerca do tema, sobretudo na norte americana começou a realizar o controle dos atos estatais (WEISBERG, 2008, p. 121).

Três são as fases do controle dos atos estatais pela Suprema Corte israelense: No primeiro, modelo Kal Ha Am (1953) (WEISBERG, 2008, p. 120-123), somente os atos estatais passavam pelo crivo da Suprema Corte. Não havia, ainda, qualquer menção à Constituição e a Suprema Corte buscava limites da atuação do governo por valores intrínsecos à Constituição oral.

Num segundo momento, Modelo Bergman (1969) (WEISBERG, 2008, p. 123-126), houve a atuação do Judiciário sobre a forma de confecção das normas, pois à época havia as duas primeiras Leis Básicas e a primeira se referia à eleição e funcionamento do *Knesset*. Afirmava, também, que qualquer mudança na forma eleitoral deveria ser feita por maioria absoluta. Passou, então, a Suprema Corte a atuar, em matéria eleitoral, pautada na forma de confecção e modificação da norma, respaldada, portanto, nas duas Leis Básicas existentes até então e nos princípios intrínsecos à Constituição escrita. Com tal modelo, portanto, começa-se a distinção entre Leis Básicas e leis simples, tendo, aquelas, status hierarquicamente superior.

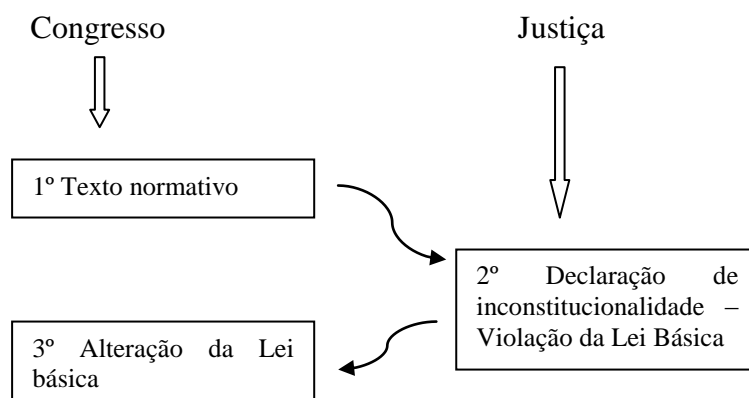
No terceiro modelo, denominado Banco Mizrahi (1995) (WEISBERG, 2008, p. 126-130), já é enxergado nas Leis Básicas conteúdo de Direitos Humanos, introduzido pelas Leis Básicas “Dignidade da pessoa humana e sua liberdade” e “Liberdade de ocupação”, de modo que tais conteúdos passariam a influenciar o controle de constitucionalidade de forma mais substantiva.

Com o aumento material para legitimar o controle de constitucionalidade, notadamente de matéria relacionada aos direitos humanos, associado ao papel proativo da

Suprema Corte israelense, houve o que a doutrina vem denominando de revolução constitucional.⁹⁹

O fenômeno da revolução constitucional é controverso até mesmo para o povo israelense, visto que o Knesset não a reconhece (WEISBERG, 2008, p. 130), ao mesmo tempo em que não há opinião unívoca dentro da Suprema Corte. Em uma decisão, a Suprema Corte invalidou um ato do governo que negara licença a uma empresa que visava importar carne congelada. O tribunal entendeu que a medida feria a liberdade de profissão, assegurada pela Lei Básica “Liberdade de Ocupação”. Em resposta ao ativismo exacerbado exercido pela Suprema Corte, o *Knesset*, na Lei Básica em questão, introduziu uma cláusula que o permitia legislar contrariamente ao disposto na referida Lei Básica, contanto que com aprovação de maioria absoluta do *Knesset*, com inspiração na Cláusula não obstante da Constituição canadense.

Figura 16. Réplica do Knesset mediante reforma do texto da Lei básica flexível



Fonte: LINARES, 2008b, p. 219.

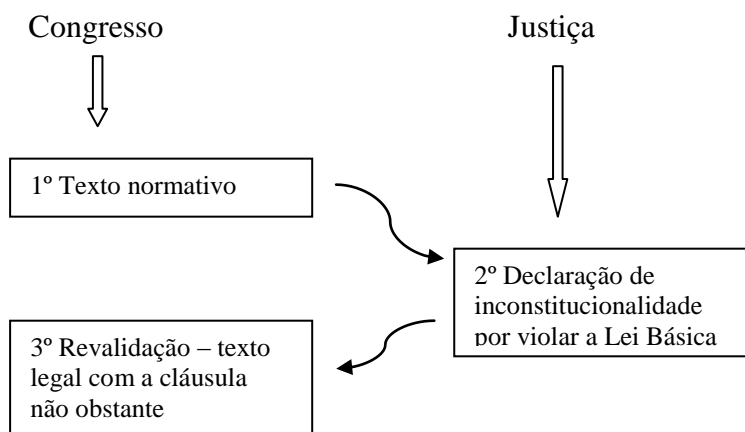
Aqui se assemelham ambos os institutos, visto que somente legislará o Knesset contra uma Lei Básica se a Suprema Corte tiver declarado que a norma e a Lei Básica se chocam. Dessa forma, legislar contra Lei Básica significa legislar contra uma atuação da Suprema Corte que tenha fundamentado um direito na Lei Básica.

Merece destaque, por fim, o fato de que no direito israelense poderá o *Knesset* legislar contra somente a Lei Básica “Liberdade de ocupação”, enquanto no direito canadense,

⁹⁹ O termo “Revolução Constitucional” foi utilizada pela primeira vez pelo Juiz Aharon Barak em um trabalho publicado em 1992, designando o efeito da aprovação pelo Knesset, nesse mesmo ano, de duas Leis Fundamentais, às quais foram atribuídas supremacia hierárquica e, conseqüentemente, natureza constitucional. A expressão tem presentemente um sentido mais amplo, designando tanto a alteração do sistema constitucional israelense, decorrente dessas leis, como a modificação da natureza da Suprema Corte Israelense induzida por elas. (Cf. TELES PEREIRA, 2007, p. 275)

poderá fazê-lo em qualquer circunstância. Portanto, o diálogo institucional no direito israelense é, materialmente, bem mais limitado que no direito canadense.

Figura 17. Sistema israelense: uso preventivo da cláusula não obstante



Fonte: LINARES, 2008b, p. 220.

No que tange ao diálogo institucional, percebe-se que o modelo israelense será assemelhado ao canadense, sendo, pois, a teoria dialógica do aconselhamento que garantirá a conjunta interpretação de uma norma.

2.5.3 Carta de direitos humanos e transformações institucionais: os modelos inglês, neozelandês e australiano.

Como foi dito no tópico 2.2, a Inglaterra não possui uma constituição formalmente escrita, de modo que o modelo inglês, flexível, não possui superioridade aos demais atos ordinários. Ocorre que em 1998 foi assinado o *British Human Rights Act*, doravante HRA, que acolhe os princípios fundamentais da Convenção Europeia, o qual entrou em vigor em outubro de 2000. Ademais, em 2005 foi aprovado o *Constitution Reform Act*, instalando em 2009 a Suprema Corte inglesa, rompendo com a secular tradição de subordinação do Judiciário confiada à Câmara dos Lordes.

Em 2005, foi aprovado o *Constitutional Reform Act*, CRA, que põe fim a mais de 1400 anos de história constitucional, com duas alterações principais: a criação de uma suprema corte e o esvaziamento das funções jurisdicionais da Câmara dos Lordes, a qual, composta por membros do Parlamento, possuía função de supremo tribunal de apelação (CYRINO, 2007, p. 39).

A criação da suprema corte foi aprovada na resolução 1342 da assembleia parlamentar do conselho europeu, que dispõe:

O tribunal deve ser subjetivamente livre de preconceitos ou preferências pessoais (...) ele também deve ser imparcial do ponto de vista objetivo, devendo haver garantias suficientes para excluir qualquer dúvida sobre este respeito¹⁰⁰.

O CRA não objetivava um julgamento justo e imparcial, pois isso já ocorria. O seu escopo, do ponto de vista de Cyrino (2007, p. 40) “era o incremento de confiança externa ao sistema constitucional britânico, alinhando-o com as concepções modernas de Estado”.

As mudanças sofridas no constitucionalismo inglês não se quedam ao CRA. A edição do HRA ampliou significativamente os efeitos do ingresso do Reino Unido na Comunidade Europeia. Sua promulgação deu-se por direta influência externa, com a finalidade de que os direitos humanos fossem garantidos uniformemente em toda a União Europeia (CYRINO, 2007, p. 35). A aprovação do HRA significa também o ponto mais alto acerca dos méritos e a possibilidade de incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos ao direito interno do particular (GARDBAUM, 2001, p; 188).

Vale ressaltar que

Apesar das inovações legislativas (...) a percepção geral é de que não obstante o fortalecimento institucional da jurisdição nesse campo, permanece um alinhamento ainda significativo com o Parlamento na compreensão e cunhagem do conteúdo da lei (SILVA, 2010, p. 83).

O HRA não altera a soberania do Parlamento, mas confere às cortes inglesas a autoridade para aferir a juridicidade da legislação que eventualmente entre em conflito com os direitos fundamentais consagrados pelo Estatuto (CYRINO, 2007, p. 35). E isso só ocorreu devido ao fato de o governo ter conseguido dar vigor aos direitos da convenção sem lhe ter dado caráter de lei suprema, ter petrificado os direitos ali existentes, bem como ter concedido aos tribunais qualquer função de *judicial review* (GARDBAUM, 2001, p. 191).

O HRA, referente à jurisdição constitucional, adota o mandato imperativo associado à declaração de incompatibilidade. O mandato interpretativo está contido na Seção 3 da HRA, que diz:

Seção 3: Interpretação da legislação. Na medida do possível, a legislação primária e legislação subordinada devem ser lidas e aplicadas de uma forma que seja compatível com os direitos da Convenção. Esta secção (a) aplica-se à legislação primária e legislação subordinada sempre adotada; (b) não afeta a validade, continuando a operação ou a execução de qualquer outra

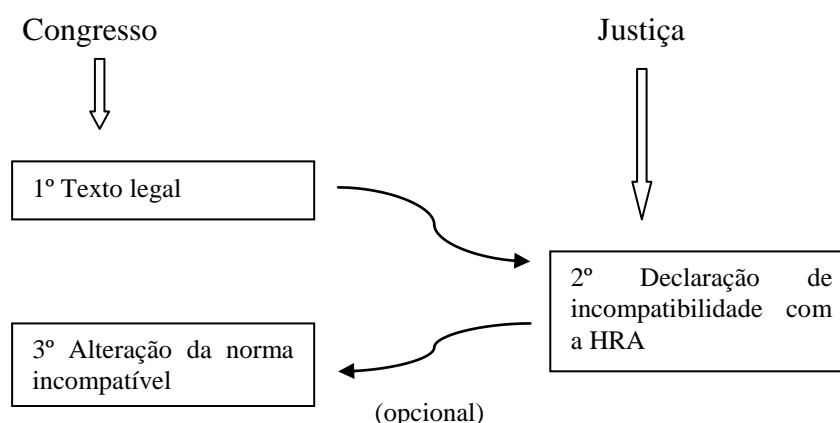
¹⁰⁰ No original: “The tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias (...) it must also be impartial from an objective viewpoint, that it must offer sufficient guaranties to exclude any legislative doubt in this respect”

legislação incompatível primária, e (c) não afeta a validade, operação contínua ou a execução de qualquer outra legislação incompatível subordinada se (desprezando-se qualquer possibilidade de revogação) da legislação primária evita a remoção da incompatibilidade¹⁰¹.

A obrigação interpretativa é uma presunção relativa em favor da interpretação compatível com os direitos da Convenção Europeia de Direitos Humanos, mas não é permitido aos juízes interpretações impossíveis, ou seja, quando não for possível a interpretação de acordo com o Convenção Europeia de Direitos Humanos, não será aplicada a Seção 3. Ademais, a obrigação interpretativa não possui o condão de invalidar a norma incompatível com o HRA, mas busca harmonizar o ordenamento jurídico através da atividade hermenêutica, garantindo efetividade ao HRA (SILVA, 2010, p. 84).

Caso, contudo, não seja possível usar-se do mandato imperativo para a harmonia do sistema, abre-se possibilidade para usar a declaração de incompatibilidade, disposta na seção 4, subseção 2, que vem assim: “Se o tribunal considerar que a disposição é incompatível com uma certa convenção, pode fazer uma declaração de que a incompatibilidade”¹⁰². Com isso, as leis posteriores ao HRA estão sujeitas a uma análise de compatibilidade com os direitos humanos consagrados pelo Parlamento em 1998. Ocorre que tal declaração de incompatibilidade não acarreta a nulidade da norma questionada, nem vincula as partes envolvidas, de modo que não se pode falar em inconstitucionalidade da norma incompatível com o HRA (CYRINO, 2007, p. 36).

Figura 18. Sistema inglês: soberania parlamentar com declaração de incompatibilidade



Fonte: LINARES, 2008b, p. 217.

¹⁰¹ No original, “Interpretation of legislation. So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights. This section (a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted; (b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility.”

¹⁰² No original, “If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility”

Deve-se ressaltar que a declaração de incompatibilidade não permite ao Judiciário deixar de aplicar determinada norma considerada incompatível, tampouco possui efeitos obrigatórios sobre o legislativo (SILVA, 2010, p. 85). Isso ocorre, pois o HRA está no mesmo patamar das demais normas.

Na prática, seus efeitos estão mais no campo político e social, haja vista o desconforto político e a pressão social gerada pela declaração de incompatibilidade.

Em verdade, o que se fez com o HRA foi fixar-se um compromisso entre: *de um lado*, a necessidade de se atribuisse aos direitos humanos algum significado maior que um mero reconhecimento de sua superioridade axiológica, e, *de outro lado*, o princípio da soberania do Parlamento. As leis declaradas incompatíveis poderão ou não ser mantidas pelo Parlamento, detentor da decisão sobre a vigência de seus próprios atos. Porém, estará ciente de que seu ato é contrário aos direitos humanos, o que gera, no mínimo, algum constrangimento político interno e externo (CYRINO, 2007, p. 36).

Silva, (2010, p. 86), ainda afirma que decorrente da declaração de incompatibilidade, a Coroa poderá vir a deflagrar o procedimento legislativo para a superação da incompatibilidade da norma com o HRA, conforme o disposto na Subseção 2, do *Remedial Action* da HRA:

(2) Se um ministro da Coroa considera que há fortes razões para prosseguir nesta seção, ele pode proceder a tais alterações à legislação que considere necessárias para eliminar a incompatibilidade (3) Se, no caso da legislação subordinada, um ministro da Coroa considera a) que é necessário alterar a legislação primária em que a legislação subalterna em questão foi feita, a fim de permitir a remoção da incompatibilidade, e (b) que há razões para prosseguir nesta seção, ele pode proceder às alterações à legislação primária, que considere necessárias¹⁰³.

Esse procedimento é denominado de “rastreamento rápido” e permite que determinado ministro emende a legislação incompatível submetendo à apreciação de ambas as casas do parlamento e por elas aprovadas (GARDBAUM, 2001, p. 190). Nesse sentido, ainda, sempre que um projeto de lei estiver sendo debatido no Parlamento, o ministro deverá emitir parecer por escrito antes da segunda leitura, para firmar seu ponto de vista, bem como demonstrar o desejo do governo em dar prosseguimento ao projeto. (GARDBAUM, 2001, p. 190,191).

¹⁰³ No original “(2) If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility (3) If, in the case of subordinate legislation, a Minister of the Crown considers a) that it is necessary to amend the primary legislation under which the subordinate legislation in question was made, in order to enable the incompatibility to be removed, and (b) that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the primary legislation as he considers necessary.”

Portanto, de acordo com Linares (2008b, p. 215), haverá o diálogo no modelo inglês em três oportunidades: na sanção da lei, que se trata de uma opinião; na declaração de incompatibilidade e no momento reexame parlamentar.

O modelo jurídico adotado pela Nova Zelândia, por sua vez, na tentativa de proteção aos direitos fundamentais, é fruto da conjugação da independência política da Inglaterra pelo Tratado de Waitangi, com a tradição parlamentar. Nesse sentido, no século XX houve forte pressão política para a aprovação da declaração de direitos, que pugnava pelo fortalecimento do poder judiciário ao lhe transferir a responsabilidade de declarar inválida lei que contraria os direitos ali contidos (SILVA, 2010, p. 76).

O primeiro projeto da declaração de direitos foi apresentado por Geoffrey Palmer e apresentava modelo de *judicial review* em que o Judiciário poderia anular norma colidente com a declaração de direitos. Ocorre que o projeto apresentado foi rejeitado em 1985, em decorrência da supremacia parlamentar já consolidada naquele país, vale dizer:

O Livro Branco foi recebido com oposição generalizada nos círculos jurídicos e políticos sob alegação de que aquilo era desnecessário e de que se afastava muitos das tradições jurídicas e políticas do país, as quais tinham forma muito semelhante às da soberania parlamentar britânica. Em consequência, o governo foi forçado a recuar e, por fim, reintroduziu uma versão emendada da declaração de direitos que foi promulgada em meio a amargas divisões partidárias. GARDBAUM, 2001, p. 183).

Nesse contexto, foi aprovado o *New Zealand Bill of Rights Act*, doravante NZBORA, de 1990, que possuía patamar hierárquico ordinário, desprovido, pois, de supremacia e rigidez (SILVA, 2010, p. 77). Devido ao fato de o NABORA não poder revogar nem mesmo a legislação anterior, afirma-se que possui menor força jurídica que as demais normas ordinárias (GARDBAUM, 2001, p. 183). Ademais, o NZBORA exclui a possibilidade de os juízes declararem inválidas leis que o contrariassem. Como se vê:

Seção 4: [Outros decretos não afetados] Nenhum tribunal poderá, em relação a qualquer dispositivo legal (se aprovado ou feito antes ou depois da propositura da presente Declaração de Direitos), - (a) tomar qualquer decisão que implique na tácita revogação ou anulação do dispositivo, ou, ainda, de qualquer forma invalidá-lo ou torná-lo ineficaz, ou (b) recusar-se a aplicar todas as disposições do decreto pelo simples motivo de que a disposição é incompatível com qualquer disposição da presente Declaração de Direitos¹⁰⁴.

Dessa forma, se percebe que a função da NZBORA é um mandato interpretativo. Embora possua status jurídico de norma ordinária, é uma lei estrutural que determina como as

¹⁰⁴ No original, “Section 4 [Other enactments not affected] No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights), (a) hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or (b) decline to apply any provision of the enactment by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.”

demais devem ser interpretadas, através de um conjunto de direitos substantivos (GARDBAUM, 2001, p. 184). Está positivada na Seção 6, que assim prescreve:

Seção 6: [Preferência de interpretação de acordo com a Declaração de Direitos] Onde quer que a um dispositivo legal possa ser dado um sentido consistente com os direitos e liberdades contidos nesta declaração de direitos, esse significado será preferido a qualquer outro¹⁰⁵.

Percebe-se, assim, que o mandato interpretativo terá uma grande conotação política, embora não se reconheça ao judiciário a possibilidade de interpretação da norma. Vale dizer, que o NZBORA protege os direitos nela contidos por intermédio do dever interpretativo que imposto aos tribunais pela Seção 6 e “do consequente custo político conferido aos parlamentares de promulgar uma medida que viole um direito tutelado com o qual não possa ser interpretado de maneira congruente”. (GARDBAUM, 2001, p. 184). O mandato interpretativo, ademais, direciona os tribunais a engajarem-se em dois atos: devem interpretar as proteções aos direitos substantivos e, em seguida, determinar se o dispositivo pode ser interpretado de uma outra maneira sem que isso ferisse a proteção dos direitos (SILVA, 2010, p. 80).

Nesse sentido, vê-se que ao mesmo tempo em que a NZBORA protege a soberania parlamentar, por não haver qualquer questionamento às suas decisões, ela também transfere poderes importantes aos tribunais com a finalidade de proteger direitos fundamentais ao interpretar o significado das leis, de maneira diversa dos cânones da interpretação jurídica até então conhecidos e utilizados (GARDBAUM, 2001, p. 185).

Nesse ponto, percebe-se, pois o diálogo institucional, que será potencializado em decorrência da Seção 7, que assim dispõe:

Seção 7: [Procurador-Geral reportar ao Parlamento] Sempre que um projeto de lei é introduzido na Casa dos Representantes, o Procurador-Geral deverá (a) no caso de um projeto de lei do Governo, ou (b) em qualquer outro caso, o mais rapidamente possível após a introdução do projeto de lei, chamar a atenção da Casa dos Representantes sobre qualquer disposição do projeto de lei, que parece ser incompatível com qualquer dos direitos e liberdades contidos na presente Declaração de Direitos¹⁰⁶.

¹⁰⁵ No original, “Section 6 [Interpretation consistent with Bill of Rights to be preferred] Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning.

¹⁰⁶ No original, “Section 07 [Attorney-General to report to Parliament] where Bill appears to be inconsistent with Bill of Rights Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall, (a) in the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or (b) in any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bill, bring to the attention of the House of Representatives any provision in the Bill that appears to be inconsistent with any of the rights and freedoms contained in this Bill of Rights.”

Portanto, percebe-se o diálogo a partir do momento em que é conferido ao Procurador-Geral a possibilidade de “chamar a atenção” dos representantes políticos de todos os projetos de lei que tenham sido contraditados com um dispositivo do NZBORA. Vê-se, portanto, na figura do Procurador-Geral o mediador e fomentador do debate existente entre o Legislativo e o Judiciário.

Não obstante, devido ao fato de o Judiciário não possuir a capacidade de invalidar uma norma colidente com a NZBORA, mas, por outro lado, ser o responsável por sua interpretação, vê-se o direcionamento dos tribunais no sentido de interpretar as proteções aos direitos subjetivos e, posteriormente, definir se o dispositivo pode ser interpretado de maneira consistente com sua interpretação das prestações de direitos (SILVA, 2010, p. 80).

Já decidiu o Tribunal de Recursos, inclusive, que a NZBORA deve ser interpretado de maneira mais ampla possível e tendo sempre um propósito e que o seu status de lei ordinária não lhe retira a importância do significado (GARDBAUM, 2001, p. 186).

Ademais, como afirma Silva (2010, p. 80), percebe-se que o governo neozelandês tem trilhado vários passos no intuito de tornar mais aceitável a declaração de direitos, promovendo a educação e orientação da sociedade. É nesse sentido que o Ministério da Justiça neozelandês promove o Guia do Ministério da Justiça para a Declaração de Direitos da Nova Zelândia.

Já a Austrália, que possui forte cultura parlamentar, teve aprovada, em 2006, a *Charter of Human Right and Responsibilities Act*, que possui forte inspiração no HRA britânico (DEBELJAK, 2007). A cultura parlamentar também conduziu a uma participação bastante moderada do controle judicial, “sem prerrogativa de invalidar os instrumentos legislativos” (SILVA, 2010, p. 88).

De acordo com a seção 28, tem-se que:

28. Declarações de compatibilidade: (1) Um membro do Parlamento que propõe a introdução de um projeto de lei para Câmara dos parlamentares deve fazer uma declaração de compatibilidade em relação à carta. (2) Um membro do Parlamento que apresenta projeto de lei na casa parlamentar, ou outro membro agindo em seu favor, deve fazer a afirmação de compatibilidade de acordo com a subseção (1) a serem apresentados perante a Câmara antes da segunda leitura sobre o projeto de lei. Nota: A obrigação nas subseções (1) e (2) aplicam-se a ministros que enviarem projeto de lei do governo e a membros do Parlamento que enviarem projetos de leis não governamentais. (3) A declaração de compatibilidade deverá demonstrar (a) Se, na opinião do membro, o projeto de lei é compatível com direitos humanos e, em caso afirmativo, como é compatível, e (b) se, na opinião do membro, qualquer parte do projeto de lei é incompatível com direitos

humanos, a natureza e a extensão da incompatibilidade. (4) A declaração de compatibilidade feito ao abrigo desta seção não vincula qualquer tribunal¹⁰⁷.

Portanto, vê-se que o sistema australiano se aproxima dos demais modelos apresentados, devendo parlamentar apontar a compatibilidade entre a proposta e a Carta de Direitos, que também será avaliado pelo *Scrutiny of Acts and Regulations Committee* (SILVA, 2010, p. 89), conforme se vê pela seção 30:

30. Escrutínio dos Atos e Regulamentos do Comitê. O Escrutínio dos atos e regulamentos do comitê deve considerar qualquer projeto de lei levado ao Parlamento e deve apresentar um relatório aos parlamentares sobre a incompatibilidade com os direitos humanos. Nota o Escrutínio dos atos e regulamentos do comitê do deve revisar todas as normas e reportar ao parlamento se considerar a regra incompatível com direitos humanos¹⁰⁸.

Vê-se também a interpretação sempre conforme os direitos humanos contidos na Carta, como se percebe pela seção 32, que afirma que “Sempre que possível, as normas devem ser interpretadas em uma maneira que seja compatível com direitos humanos.”¹⁰⁹ Percebe-se disposição semelhante no mandato interpretativo, dos modelos britânico e neozelandês (SILVA, 2010, p. 89).

Caso não seja viável a construção de um sentido de acordo com a Declaração, caberá a Suprema Corte declarar a inconsistência entre a norma e a Declaração (SILVA, 2010, p. 89).

36. Declaração de interpretação inconsistente. (2) Se em um procedimento a Suprema Corte considerar que determinada norma não pode ser interpretada de acordo com a Declaração de Direitos Humanos, a Corte comunicará ao Parlamento, para demonstrar a inconsistência da interpretação de acordo com esta seção.¹¹⁰

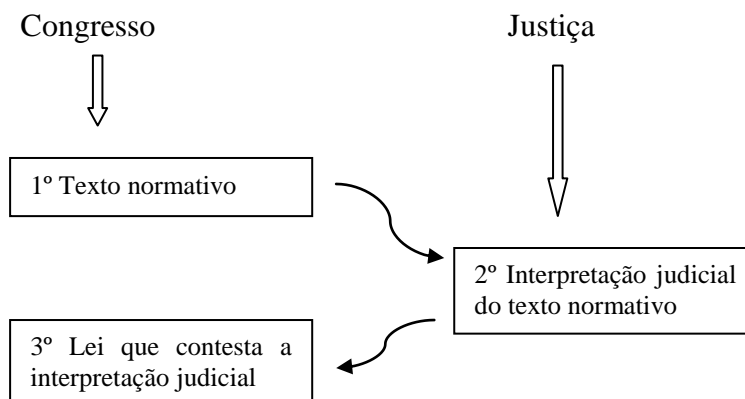
¹⁰⁷ No original: “28. Statements of compatibility(1) A member of Parliament who proposes to introduce a Bill into a House of Parliament must cause a statement of compatibility to be prepared in respect of that Bill. (2) A member of Parliament who introduces a Bill into a House of Parliament, or another member acting on his or her behalf, must cause the statement of compatibility prepared under subsection (1) to be laid before the House of Parliament into which the Bill is introduced before giving his or her second reading speech on the Bill. Note The obligation in subsections (1) and (2) applies to Ministers introducing government Bills and members of Parliament introducing non-government Bills. (3) A statement of compatibility must state- (a) whether, in the member's opinion, the Bill is compatible with human rights and, if so, how it is compatible; and (b) if, in the member's opinion, any part of the Bill is incompatible with human rights, the nature and extent of the incompatibility.(4) A statement of compatibility made under this section is not binding on any court or tribunal.”

¹⁰⁸ No original “30. Scrutiny of Acts and Regulations Committee The Scrutiny of Acts and Regulations Committee must consider any Bill introduced into Parliament and must report to the Parliament as to whether the Bill is incompatible with human rights. Note The Scrutiny of Acts and Regulations Committee must also review all statutory rules and report to Parliament if it considers the statutory rule to be incompatible with human rights: see section 21 of the Subordinate Legislation Act 1994.”

¹⁰⁹ No original: 32. Interpretation (1) So far as it is possible to do so consistently with their purpose, all statutory provisions must be interpreted in a way that is compatible with human rights. [...].

¹¹⁰ 36. No original “Declaration of inconsistent interpretation. (2) Subject to any relevant override declaration, if in a proceeding the Supreme Court is of the opinion that a statutory provision cannot be interpreted consistently with a human right, the Court may make a declaration to that effect in accordance with this section.”

Figura 19. Sistemas neozelandês e australiano: mandato interpretativo



Fonte: LINARES, 2008b, p. 213.

De acordo com a seção 31, poderá o Parlamento determinar a aplicação do projeto de lei, mesmo tendo sido considerada incompatível, pelo Judiciário.

31. Override pelo Parlamento (A) O parlamento poderá expressamente declarar que um ato continuará a produzir efeitos, embora sido declarado incompatível com um ou mais direito humano ou contrário a qualquer outra disposição existente nesta Carta¹¹¹.

De acordo com Silva (2010, p. 90), a institucionalização do desenho formado na Austrália é ainda recente, o que impede o fortalecimento da discussão. O pressuposto, no entanto, do modelo australiano é a contribuição entre os poderes no sentido de aprimorar direitos.

2.5.4 Proposta de Linares para fortalecer o diálogo institucional

Linares (2008b, p. 233) afirma que os modelos existentes de diálogos institucionais possuem debilidades importantes para serem considerados verdadeiros diálogos democráticos. As críticas são apresentadas na tabela a seguir:

Afirma, ainda, que o ideal para fomentar o diálogo institucional seria declarações de incompatibilidade, mas com algumas modificações. Primeiramente, acrescentaria a necessidade de exigir a justificação pública, posteriormente colocaria algum dispositivo que obrigue uma comissão legislativa a reexaminar a disposição declarada incompatível, fundamentando a decisão. Pensa-se também na possibilidade de declarar a

¹¹¹ No original: “31. Override by Parliament (1) Parliament may expressly declare in an Act that that Act or a provision of that Act or another Act or a provision of another Act has effect despite being incompatible with one or more of the human rights or despite anything else set out in this Charter.”

inconstitucionalidade tão somente das leis não contemporâneas, ao passo que das leis contemporâneas declarar-se-ia tão somente a incompatibilidade.

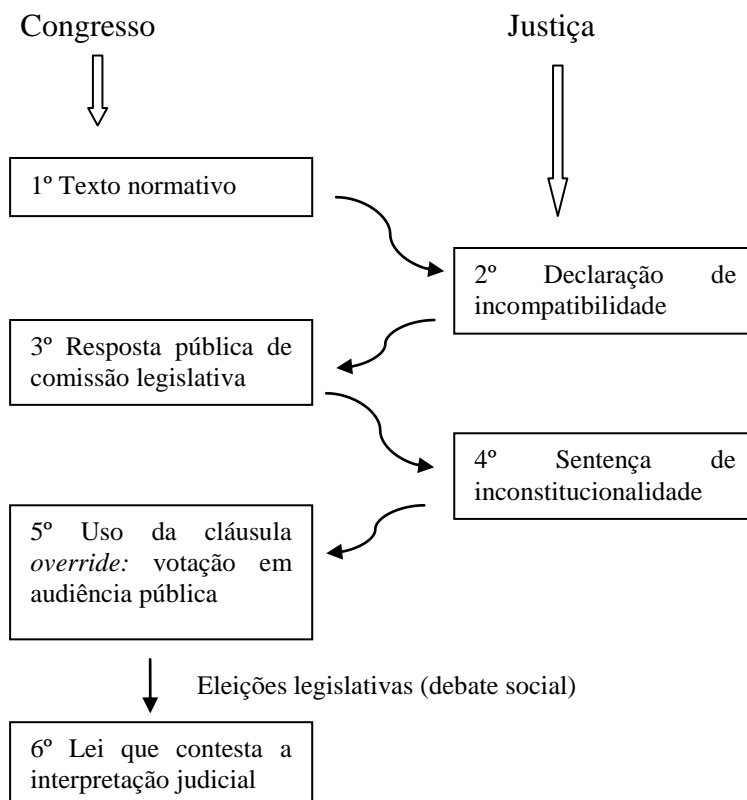
Tabela 4 Problemas das formas de diálogos institucionais existentes

Canais de diálogos institucionais	Tem potencial para engendrar um genuíno diálogo?	Tem a maioria do Congresso a última palavra institucional?
Modelo canadense	Não, porque quando o Congresso usa a Cláusula Não Obstante com caráter repressivo está obrigado a aceitar que a sentença da Corte tem valor epistêmico (o que respeita os direitos violados) e nem sequer está obrigado a dar outra classe de razões para fazer uso da cláusula	Sim, usando a Cláusula Não Obstante
Fórmula britânica	Não, pois o Congresso está obrigado a responder publicamente as declarações de incompatibilidade. Com isso, o Congresso tem incentivos para omitir o confronto público de argumentos.	Sim, omitindo discutir em sede legislativa a declaração judicial de incompatibilidade ou reformulando a carta de direitos
Fórmula israelense	Não, porque a reforma da carta de direitos geraria a sensação de que as cláusulas de direitos são formulas a ser manipuláveis. A reforma à carta de direito passa a ser a expressão de um uso estratégico de argumentação, consistente em mudar os princípios para justificar as decisões políticas	Sim, reformando a carta de direitos
Via interpretativa	Não, porque este fato se emprega estrategicamente, iludindo a confrontação das razões oferecidas pelo congresso.	Depende do sistema. Não em modelos robustos de justiça constitucional em marco de constituição rígida
Consulta legislativa (modelos robustos de revisão judicial)	Sim, ainda que de fato os juízes constitucionais são relutantes a oferecer evidências empíricas em apoio a seus argumentos normativos	Não

Fonte: LINARES, 2008b, p. 233

Interessante, também, para o autor seria um sistema em que juízes inferiores decidiriam tão somente a incompatibilidade, ao passo que somente as cortes superiores poderiam declarar a inconstitucionalidade, de modo que os juízes inferiores poderia servir como um alerta para demonstrar qual tende a ser a interpretação da Suprema Corte. Seria prudente, ainda, que a Corte tivesse mecanismos para declarar a inconstitucionalidade da norma após certo prazo.

Pensa-se também que a última palavra deverá sempre ficar com o Parlamento. Com isso, seria importante o uso da cláusula *override* para fazer prevalecer a sua palavra. Ademais, importante seria justificar a sua autoridade, motivo pelo qual seria importante uma audiência pública, inclusive com direito à voto para a sociedade civil, para justificar e rebater todos os argumentos trazidos pela corte. É de se pensar, também, que a cláusula *override* tenha efeitos temporais, válidos até a próxima composição do congresso. Representativamente, assim ficaria o modelo ideal proposto por Linares.

Figura 20. Proposta de justiça constitucional

Fonte: LINARES, 2008b, p. 236

Feitas as críticas aos modelos da antiga *Commonwealth*, volta-se a discorrer sobre os modelos em que, em tese, há diálogos institucionais. Agora como caráter autoritário pode ter mecanismos de diálogos, embora eles não se concretizem.

2.5.5 Diálogos institucionais em contextos não democráticos: o Brasil de 37, China, Macau e Hong Kong.

Com a tentativa de demonstrar que as teorias dos diálogos institucionais são polissêmicas, de modo que se pode encontrar diversas caracterizações, até mesmo não democráticas, neste tópico discorreremos como que elas podem ser encontradas em contextos não democráticos. Ressalta-se, no entanto, que em tais contextos, os diálogos institucionais servirão com a falsa pretensão de garantir legitimidade a um governo autoritário, portanto, maquiando-o.

A Constituição de 1937, foi a Carta que instituiu o Estado Novo e foi redigida pelo jurista Francisco Campos, que acabara de assumir o Ministério da Justiça e, teoricamente, possuía forte inclinação autoritária (SARMENTO, 2010b, p. 37).

A Constituição foi escrita como uma possível resposta ao perigo comunista, bem como a uma ameaça a uma guerra civil¹¹², “porém, as justificativas não tinham lastro realidade. Nem o Brasil encontrava-se na iminência de uma guerra civil, nem a ameaça de tomada de poder pelos comunistas” (SARMENTO, 2010b, p. 38), de modo que não era necessária a ruptura da ordem constitucional para enfrentar as agitações, embora Vargas também não se manteria à frente do poder (SARMENTO, 2010b, p. 38).

Era previsto, no art. 187¹¹³, a realização de um plebiscito para a legitimação da Constituição, ocorre que o referido plebiscito nunca ocorreu (SARMENTO, 2010b, p. 38), de modo que diversas de suas instituições permaneceram fechadas durante todo o Estado Novo, configurando um verdadeiro estado de emergência, com o congresso fechado (SARMENTO, 2010b, p. 39). Afirma-se, ainda, que a única função da Constituição de 1937 era legitimar o golpe de Getúlio que fundara o Estado Novo, tratando-se, pois, na visão de Lowenstein¹¹⁴, de Constituição semântica. (CLÈVE, 1995, p. 68).

O Poder Legislativo foi dissolvido não apenas na União, mas também no âmbito dos Estados e Municípios. O Presidente tinha também o poder de confirmar ou não o mandato dos governadores. O regime adotado fora o federativo e havia também a repartição dos Poderes, ao menos nominalmente, pois, devido ao seu caráter centralizador, não havia a preocupação com a harmonia entre os Poderes, sendo o presidente considerado a “autoridade suprema do Estado” (SARMENTO, 2010b, p. 40).

Em relação à sua modificação, o art. 174 estabelecia procedimentos distintos de acordo com a iniciativa. Se os projetos de alteração fossem deflagrados pelo Presidente da República, sujeitavam-se ao quórum de maior simples, e se elas fossem rejeitadas pelo

¹¹² Assim dispunha o preâmbulo da Constituição de 1937: “O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro **à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem**, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, **colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil**; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela **infiltração comunista**, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País”(g. n.).

¹¹³ Art 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República

¹¹⁴ De acordo com Lowenstein, a Constituição semântica é aquela que serve de formalização da situação de poder político em benefício exclusivo dos detentores de poder político. (Cf. CLÈVE, 1995, p. 68).

Congresso Nacional, ainda assim, o Presidente poderia convocar plebiscito para que o povo decidisse sobre a controvérsia. Se a iniciativa fosse do Parlamento, no entanto, submeter-se-ia ao quórum de maioria absoluta (BRANDÃO, 2012, p. 104).

A Constituição de 1937 também excluiu da apreciação do Poder Judiciário as questões políticas e conflitos relativos a dualidades de governo, além de reduzir a idade para a aposentadoria compulsória, de 75 para 68 anos, o que conduziu alguns ministros à inatividade. Ademais, estabeleceu a censura prévia a atividades jornalísticas e artísticas (BRANDÃO, 2012, p. 106).

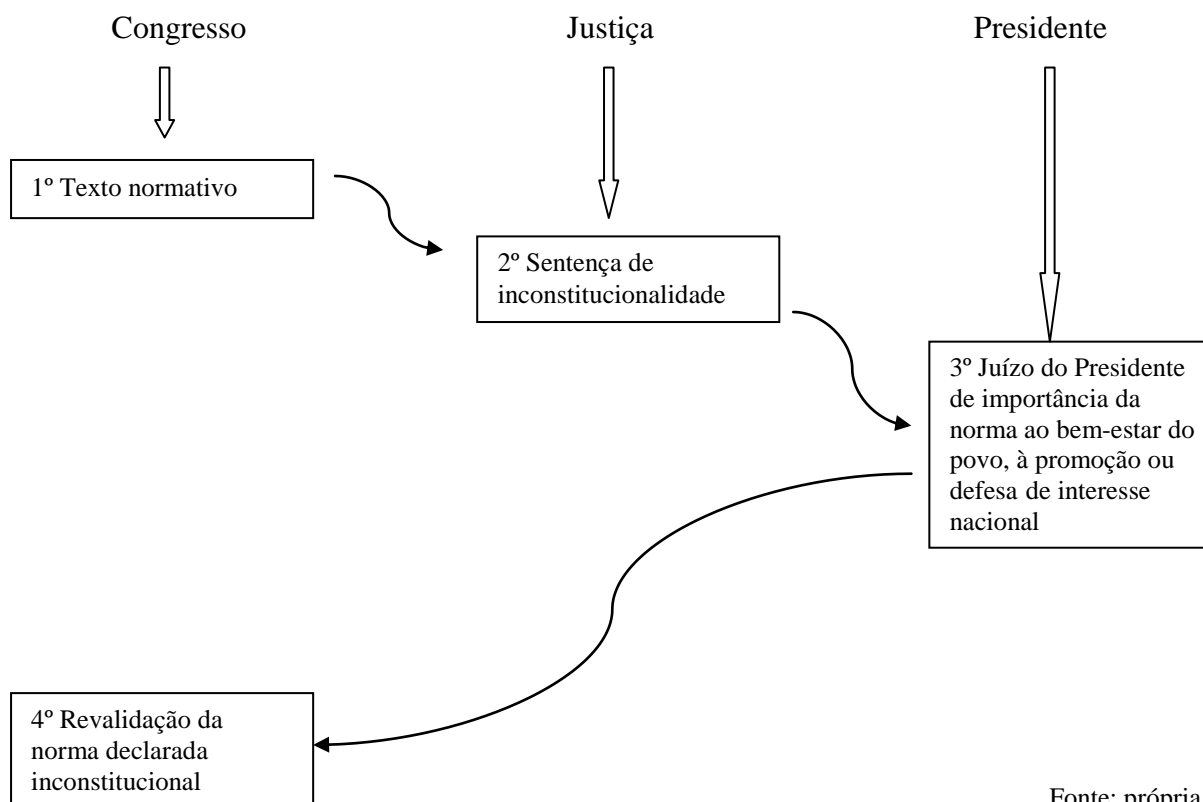
No que se refere ao controle de constitucionalidade, a Carta manteve a sua tradição de preferir o controle difuso, todavia, rompeu a tradição jurídica brasileira ao consagrar o princípio segundo o qual, no caso de declarada a inconstitucionalidade de lei, o chefe do Executivo poderia submeter ao Parlamento (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1198), que vinha contido no art. 96, parágrafo único, que assim dizia:

Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, 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.

O instituto, na verdade, era uma verdadeira revisão constitucional, pois a lei confirmada passava a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1198).

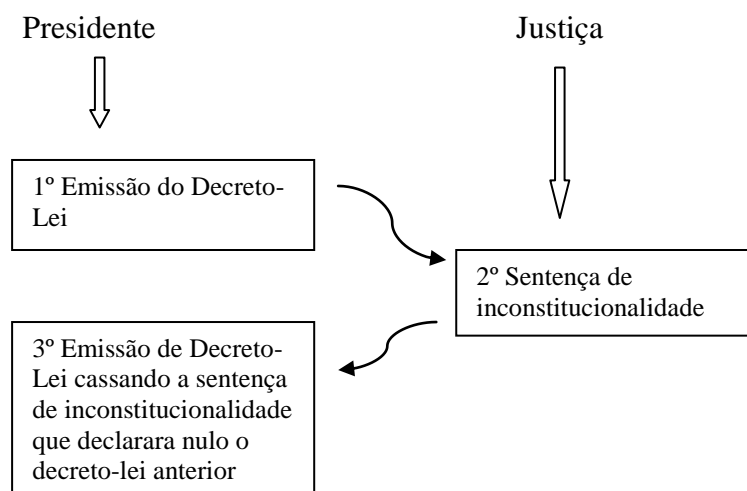
Portanto, como se percebe, encontra-se na Constituição Polaca a possibilidade do diálogo institucional, a partir do momento em que declarada a inconstitucionalidade de uma norma pelo Supremo, poderia o Presidente submetê-la ao Parlamento, para que decidisse se manteria ou não a inconstitucionalidade. A cláusula em comento é bastante semelhante à cláusula “não obstante” do texto constitucional canadense. Diferencia-se, contudo, da figura proeminente do Presidente da República, que deverá decidir acerca da submissão da declaração de inconstitucionalidade ao Parlamento. Nesse sentido, o diálogo se faz entre os três poderes.

Figura 21. Sistemas da constituição de 1937

Ocorre que o Estado Novo viveu todo o tempo com o Congresso fechado, de modo que o dispositivo constitucional em comento jamais teve importância prática. Deve-se ressaltar, no entanto, que mesmo que se o Congresso não estivesse fechado, pelo regime constitucional de 1937, o Parlamento Nacional era subordinado ao Conselho de Economia Nacional, mediante parecer nas matérias de sua competência; e do Presidente da República, pela iniciativa e sanção dos decretos-lei autorizados pela Constituição (SILVA, 2008, p. 150). Portanto, a possibilidade institucional de diálogo acerca da compreensão constitucional, se tratava de algo eminentemente simbólico. Contudo, vale destacar que

Como o legislativo esteve fechado durante o Estado Novo, o próprio Presidente chegou a editar um decreto-lei (DL 1564/1939) cassando a decisão do STF que exercera o controle de constitucionalidade sobre outro decreto lei do regime, invocando o art. 180¹¹⁵ da Carta, que lhe permitia desempenhar as funções do Parlamento enquanto este não se reunisse. Houve protestos no STF, mas, naturalmente, a posição do governo prevaleceu. (SARMENTO, 2010b, p. 41)

¹¹⁵ Art 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.

Figura 22. Sistema brasileiro: exemplo prático

Fonte: própria.

O decreto-lei em comento trouxe diversos críticos e defensores. Entre os críticos, afirmava-se que colocava em “xeque o caráter incontestável das sentenças judiciais, manchando o histórico do controle de constitucionalidade em nosso país” (BULOS, 2007, p. 121). Por outro lado, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (2010, p. 1199), citam diversos autores que foram favoráveis à medida, merecendo destaque a posição de Castro Nunes, ao afirmar que a Emenda Constitucional pelo voto da maioria das duas casas, estaria o Parlamento apto a elidir a controvérsia sobre a lei que se houvesse por indispensável, de modo que o uso do instituto significava, na verdade, validar a lei e cassar julgados.

Com isso se percebe que o instituto usado no Brasil de 37 não tinha a ideia de fortalecer um diálogo para a interpretação da Constituição. Pelo contrário, foi usado como forma de centralizar o Estado na mão do Presidente (CLÈVE, 1995, p. 68).

Por seu turno, a República Popular da China adota um sistema político difícil de ser definido. Trata-se de um sistema híbrido de um socialismo formal associado a um centralismo democrático (HALLIS, 2009, p. 4). Embora não esteja na tradição do constitucionalismo inglês, consegue-se perceber uma modalidade de diálogo institucional, bastante diferente, contudo, do que foi visto até aqui. É que o Judiciário chinês, formado por tribunais populares de vários escalões e a Supremo Tribunal Popular, além de tribunais militares e outros tribunais populares especiais¹¹⁶, é subordinado ao Parlamento. Mais especificamente, a

¹¹⁶ Artigo 124.º (1) A República Popular da China institui o Supremo Tribunal Popular e os tribunais populares locais de vários escalões, tribunais militares e outros tribunais populares especiais.

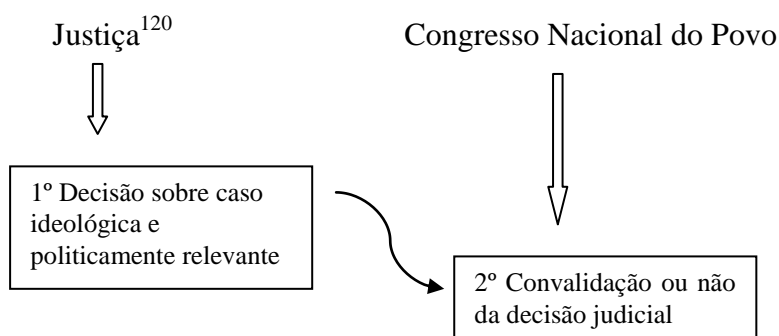
Suprema Corte Popular, última instância do Judiciário chinês¹¹⁷, deve obediência ao congresso, como se pode perceber pelo art. 128, ao afirmar que:

Art. 128. O Supremo Tribunal Popular é responsável perante o Congresso Nacional Popular e a sua Comissão Permanente. Os tribunais populares locais são responsáveis perante os órgãos de poder político que os estabelecerem.

Embora não sujeitos à interferência de autoridades administrativas¹¹⁸, é expressa a obediência do Judiciário ao Congresso Nacional do Povo, órgão legislativo chinês. Percebe-se, ainda, que os membros do Judiciário poderão ser membros do partido comunista, e é comum que isso aconteça (HALIS, 2009, p. 6). Então, se percebe que o Judiciário chinês está profundamente integrado ao partido comunista, o que aumenta a interferência política (LIU LIU, *apud*. HALIS, 2009, p. 6)¹¹⁹.

No modelo chinês não há o *judicial review*. A suprema corte está abaixo do comitê, de modo que o que se percebe é a predominância da vontade do Parlamento (HALIS, p.11). O Judiciário chinês não possui liberdade e autonomia, devendo as suas decisões estar de acordo com o entendimento do partido comunista. Embora possam surgir críticas a esse posicionamento, é perceptível a existência de um diálogo, no sentido de que, formalmente, a opinião do Legislativo, e de certa forma é a dominante, influenciará e vinculará a opinião do Judiciário.

Figura 23. Sistema Chinês



Fonte: própria.

¹¹⁷ Artigo 127.º (1) O Supremo Tribunal Popular é o supremo órgão judiciário. (2) O Supremo Tribunal Popular superintende na administração da justiça pelos tribunais populares locais e pelos tribunais populares especiais. Os tribunais populares de nível superior superintendem na administração de justiça pelos tribunais de nível inferior.

¹¹⁸ Artigo 126.º Os tribunais populares só estão sujeitos à lei no exercício do poder judicial e não podem sofrer interferências dos órgãos administrativos, das organizações públicas ou dos particulares.

¹¹⁹ No original: "Clearly, the Chinese judiciary is deeply integrated into the Chinese Communist Party, which greatly increases the possibility of political interference".

¹²⁰ Como não há controle de constitucionalidade no sistema chinês, não há possibilidade de revisão de um ato normativo chinês, mas, ao contrário, há a possibilidade da revisão, pelo Congresso, de uma decisão do Poder Judiciário, justificando a inversão da ordem no esquema apresentado.

Portanto, vê-se que nem o Legislativo nem o Judiciário interpretarão sozinhos o sentido da Constituição, mas conjuntamente decidirão sobre as questões constitucionais relevantes. Nesse sentido, a união de dois poderes para a interpretação constitucional caracterizará o diálogo institucional.

Deve-se ressaltar, ainda, que as críticas poderão surgir no sentido das ausências de autonomia do judiciário, bem como liberdades individuais. Nesse sentido, a caracterização formal do diálogo institucional estará formada, o que deixa a desejar é o caráter democrático necessário a tornar o diálogo substancial.

Macau é uma Região Administrativa Especial da China, doravante RAE, que por um longo período foi colonizada e administrada pelos portugueses por mais de quatrocentos anos e, desde 1999 voltou a pertencer ao território chinês.

No topo do ordenamento jurídico de Macau está a Lei Básica, cujo conteúdo foi firmado no acordo sino-português de 1987 (HALIS, 2009, p.4). A intenção desde o início era a adoção do princípio de “um país, dois sistemas”. Para tanto, foi garantido o alto grau de autonomia, incluindo em relação aos poderes executivo, legislativo e judiciário, como consta no art. 2(2), bem como no art. 22 da Lei Básica

O Governo da República Popular da China declara que, em conformidade com o princípio “um país, dois sistemas”, a República Popular da China aplicará, em relação a Macau, as seguintes políticas fundamentais: (2) A Região Administrativa Especial de Macau ficará directamente subordinada ao Governo Popular Central da República Popular da China e gozará de um alto grau de autonomia, excepto nas relações externas e na defesa, que são da competência do Governo Popular Central. À Região Administrativa Especial de Macau serão atribuídos poderes executivo, legislativo e judicial independente incluindo o de julgamento em última instância.

Artigo 22.º (1) Nenhuma repartição do Governo Popular Central, província, região autónoma ou cidade directamente subordinada ao Governo Popular Central pode interferir nos assuntos que a Região Administrativa Especial de Macau administra, por si própria, nos termos desta Lei. (2) As repartições do Governo Popular Central, as províncias, regiões autónomas ou cidades directamente subordinadas ao Governo Popular Central, que tenham necessidade de estabelecer representações na Região Administrativa Especial de Macau, devem obter a anuência do Governo da Região e a aprovação do Governo Popular Central. (3) Todas as representações estabelecidas na Região Administrativa Especial de Macau por repartições do Governo Popular Central, províncias, regiões autónomas ou cidades directamente subordinadas ao Governo Popular Central, bem como o seu pessoal, devem observar as leis da Região. (4) Para entrarem na Região Administrativa Especial de Macau, as pessoas das províncias, regiões autónomas e cidades directamente subordinadas ao Governo Popular Central devem requerer autorização. De entre essas pessoas, o número das que entrem na Região Administrativa Especial de Macau com o intuito de aí se estabelecerem é fixado pelas autoridades competentes do Governo Popular

Central, após consulta ao Governo da Região. (5) A Região Administrativa Especial de Macau pode estabelecer uma representação em Beijing.

Foi também garantida a manutenção do sistema econômico¹²¹, a preservação das liberdades pessoais e religiosas, a faculdade de continuar usando a língua portuguesa em sedes oficiais, art. 2(4) e (5)¹²².

É a Lei Básica é o instrumento jurídico que estabelece o quadro institucional que permite a coexistência do sistema capitalista e socialista convivendo com a ideia de "um país, dois sistemas", sem que o sistema socialista e as políticas sejam praticados em Macau. (HALIS, 2009, p. 3).

No que se refere ao sistema judiciário de Macau é formado por três instâncias, conforme o art. 84 da Lei Básica¹²³. Percebe-se que é separado do da China continental, sendo considerado independente e sujeito somente à lei, como se vê no art. 83 da Lei Básica: “Artigo 83.º Os tribunais da Região Administrativa Especial de Macau exercem independentemente a função judicial, sendo livres de qualquer interferência e estando apenas sujeitos à lei.”.

Ocorre que no que se refere a assuntos políticos (HALIS, 2009, p. 3), há uma estreita relação entre o Tribunal de terceira instância China continental, conforme se pode observar em sua Lei Básica, no art. 19, em que é expresso que o Judiciário de Macau não terá jurisdição sobre questões de fatos e atos do Estado, tais como os relativos à defesa nacional e às relações externas, sempre que se levantem tais questões no julgamento de causas judiciais.

Artigo 19.º (1) A Região Administrativa Especial de Macau goza de poder judicial independente, incluindo o de julgamento em última instância. (2) Os

¹²¹ (8) A Região Administrativa Especial de Macau manter-se-á como porto franco e território aduaneiro separado, para desenvolver as suas actividades económicas. Manter-se-á livre o fluxo de capitais. Como moeda com curso legal na Região Administrativa Especial de Macau, a Pataca de Macau continuará em circulação, mantendo-se a sua livre convertibilidade. (9) A Região Administrativa Especial de Macau manterá a sua independência financeira. O Governo Popular Central não arrecadará quaisquer impostos na Região Administrativa Especial de Macau.

¹²² (4) Os actuais sistemas social e económico em Macau permanecerão inalterados, bem como a respectiva maneira de viver; as leis vigentes manter-se-ão basicamente inalteradas. A Região Administrativa Especial de Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, designadamente as liberdades pessoais, a liberdade de expressão, de imprensa, de reunião, de associação, de deslocação e migração, de greve, de escolha de profissão, de investigação académica, de religião e de crença, de comunicações e o direito à propriedade privada. (5) A Região Administrativa Especial de Macau definirá, por si própria, as políticas de cultura, educação, ciência e tecnologia e protegerá, em conformidade com a lei, o património cultural em Macau. Além da língua chinesa, poder-se-á usar também a língua portuguesa nos organismos do Governo, no órgão legislativo e nos Tribunais da Região Administrativa Especial de Macau

¹²³ Artigo 84.º A Região Administrativa Especial de Macau dispõe de tribunais de primeira instância, de um Tribunal de Segunda Instância e de um Tribunal de Última Instância. O poder de julgamento em última instância na Região compete ao Tribunal de Última Instância da Região Administrativa Especial de Macau. A organização, competência e funcionamento dos tribunais da Região Administrativa Especial de Macau são regulados por lei.

tribunais da Região Administrativa Especial de Macau têm jurisdição sobre todas as causas judiciais na Região, salvo as restrições à sua jurisdição que se devam manter, impostas pelo ordenamento jurídico e pelos princípios anteriormente vigentes em Macau. (3) Os tribunais da Região Administrativa Especial de Macau não têm jurisdição sobre actos do Estado, tais como os relativos à defesa nacional e às relações externas. Os tribunais da Região devem obter do Chefe do Executivo uma certidão sobre questões de facto respeitantes a actos do Estado, tais como os relativos à defesa nacional e às relações externas, sempre que se levantem tais questões no julgamento de causas judiciais. A referida certidão é vinculativa para os tribunais. Antes de emitir tal certidão, o Chefe do Executivo deve obter documento certificativo do Governo Popular Central.

Nesse sentido, o Judiciário não pode interpretar formalmente o conteúdo dessas matérias reservadas, que tocam a regulação exclusiva e interpretação dos poderes e instituições da China continental (HALIS, 2009, p. 9).

Assim, o que se observa é que o diálogo se dará entre o sistema socialista e o sistema liberal de Macau. O princípio do “um país, dois sistemas” será o constante diálogo entre os poderes e a fórmula da coexistência entre os sistemas. Ademais, verifica-se que só ocorrerá o diálogo quando houver alguma decisão política ou ideologicamente relevante para o sistema da China continental.

Deve-se ressaltar que em Macau adota-se o tradicional *judicial review*, com tradição jurídica de Portugal¹²⁴, de forma que o diálogo ocorrerá quando em questões que extrapolem a sua autonomia, o Comitê Permanente do Congresso Nacional do Povo deverá decidir sobre as questões antes do julgamento, e a opinião da China continental terá caráter vinculante.

Deve-se ressaltar que o modelo de Macau não se enquadra no esquema apontado por Bateup (2006), mas parece inegável se tratar de um diálogo, no sentido de que certa dose de autonomia é dedicada a Macau, mas certas questões de Macau serão decididas pela China continental, de modo que ambos serão os responsáveis por interpretar a Lei Básica de Macau: um em sentido mais amplo, delineando as margens em que poderá o Tribunal de Terceira instância atuar.

De modo semelhante a Macau, Hong Kong voltou ao domínio chinês recentemente. Pertencia ao Reino Unido e retornou à China em 1997. Trata-se também de uma RAE, que é regida por Lei Básica, instituidora do princípio “um princípio dois sistemas”. A Lei Básica de Hong King possui a mesma estrutura da de Macau, inclusive com muitas de suas disposições com a mesma redação.

¹²⁴ Artigo 11. (2) Nenhuma lei, decreto-lei, regulamento administrativo ou acto normativo da Região Administrativa Especial de Macau pode contrariar esta Lei.

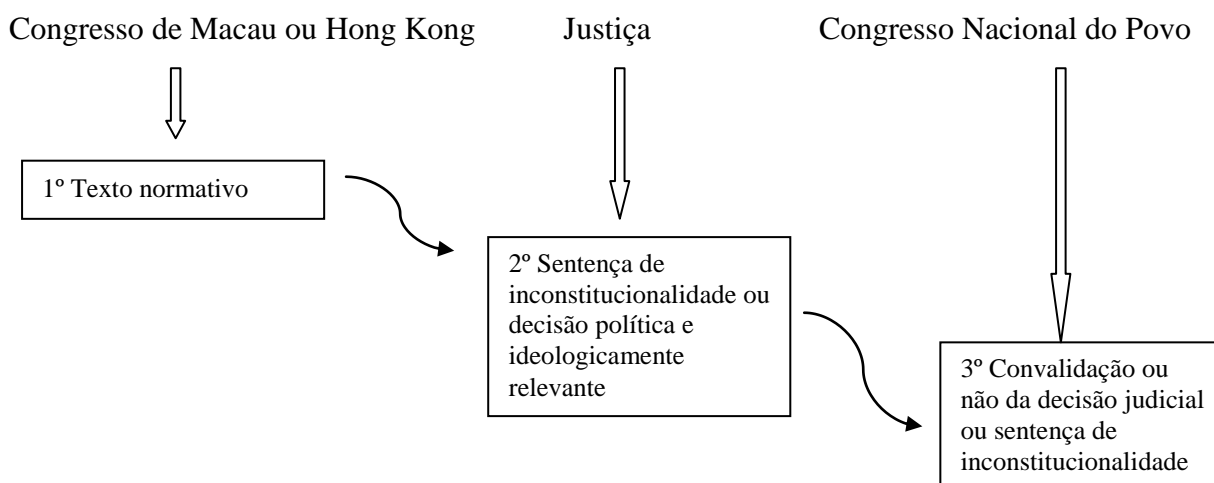
O que se nota de diferente, é que Hong Kong pertence a outra tradição jurídica. Por ter sido colônia britânica, o sistema parlamentarista fora predominante. Nesse sentido, o *common law* possui uma característica marcante, como se pode perceber pelo art. 8 de sua Lei Básica.

Art. 8º As leis previamente vigentes em Hong Kong, ou seja, o *common law*, as regras de equidade, portarias, legislação subordinada e o direito consuetudinário devem ser mantidos, salvo no que contrariar esta Lei, e estão sujeitos a emendas pelo órgão legislativo da Região Administrativa Especial de Hong Kong¹²⁵.

De toda sorte, percebe-se, igual ocorre em Macau, que o diálogo se dará no sentido de preservar o princípio “um país, dois sistemas”, sendo a maneira de preservá-lo. Internamente, Hong Kong adota o modelo de *judicial review*, sendo a *Court of final Appeal* o Órgão de última instância¹²⁶. Ademais, assim como em Macau, verifica-se que só ocorrerá o diálogo quando houver alguma decisão política ou ideologicamente relevante para o sistema da China continental.

Pretendeu-se mostrar, neste subtítulo, países que adotam os modelos dialógicos de jurisdição constitucional, com a tentativa de solucionar a insegurança jurídica proveniente da volatilidade e vontade do legislador e a falta de legitimidade democrática por parte do Poder Judiciário.

Figura 24. Sistemas da Macau e Hong Kong



Fonte: própria.

¹²⁵ No original: “Article 8 The laws previously in force in Hong Kong, that is, the common law, rules of equity, ordinances, subordinate legislation and customary law shall be maintained, except for any that contravene this Law, and subject to any amendment by the legislature of the Hong Kong Special Administrative Region.”

¹²⁶ Article 81 (1) The Court of Final Appeal, the High Court, district courts, magistrates' courts and other special courts shall be established in the Hong Kong Special Administrative Region. The High Court shall comprise the Court of Appeal and the Court of First Instance. (2) The judicial system previously practised in Hong Kong shall be maintained except for those changes consequent upon the establishment of the Court of Final Appeal of the Hong Kong Special Administrative Region.

Pôde-se perceber, conforme foi dito ao falar das teorias dialógicas existentes, que o conceito polissêmico contribui para a multiplicidade de possibilidades dialógicas, o que foi reforçado pelas diferentes teorias demonstradas, constatando-se, pois, as várias possibilidades dialógicas. A caracterização de traços dialógicos em contextos não democráticos mostra que a ambição de fortalecimento de legitimidade democrática pode ser algo eminentemente retórico, não um pressuposto das teorias dos diálogos institucionais.

2.5.6. Algumas possibilidades dos diálogos institucionais no Brasil: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o art. 52,X, CF, Súmulas vinculantes e a PEC 03/2011

Neste tópico, procura-se demonstrar alguns casos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal. Cecília de Almeida Silva (2010) apresenta três casos de diálogos institucionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quais sejam: o primeiro se refere ao número de vereadores do município de Mira Estrela, RE 197.917-8; o segundo à vedação de concessão de liminares pelo Judiciário, ADI-MC 295; e o terceiro à aposentadoria especial dos servidores públicos, MI 444, e seus desdobramentos: MIs 592 e 721. Ademais, será trabalhado também com o caso envolvendo o município baiano de Luís Eduardo Magalhães, ADI 2240. Outro caso emblemático se relaciona à greve dos servidores públicos, que trabalharemos no capítulo seguinte de forma mais detalhada. Será trabalhado, também, o art. 52, X, da Constituição Federal, que estabelece uma relação entre o Senado Federal e o Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, o que, em tese, contribui para a existência, teórica, das teorias dialógicas. Ao final, será trabalhado a PEC 03/2011 que tenta estabelecer, no Brasil, um mecanismo institucional parecido com o contido na Seção 33 da Carta canadense.

Duas considerações preliminares são importantes. Deve-se ressaltar de imediato que a jurisprudência apresentada neste trabalho não pretende esgotar o acervo jurisprudencial em que são encontrados indícios das teorias dos diálogos institucionais¹²⁷. Foram, no entanto, selecionados por serem casos clássicos e com apoio doutrinário.

Ressalta-se, também, que, no caso brasileiro, a forma para superar o entendimento do Supremo Tribunal Federal¹²⁸, configurando, pois, o diálogo institucional, será por meio de

¹²⁷ Como outros exemplos, Rodrigo Brandão (2012, p. 289 ss.) traz o RE 153.771, o RE 1666772, o MS 24875, etc.

¹²⁸ O precedente utilizado por Brandão (2012, p. 289) é a ADI 2860 em que os ministros debateram acerca da possibilidade de entendimento em sentido contrário do Congresso a uma decisão de inconstitucionalidade e,

Emenda constitucional, portanto, dificultando, mas não impedindo, a existência dialógica no ordenamento brasileiro.

2.5.6.1 Número de vereadores por município: RE 197.917-8/SP.

O litígio se inicia com o ajuizamento, pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, de ação civil pública com a finalidade de reduzir o número de vereadores do município de Mira Estrela de onze para nove, conforme estava estabelecido na Lei Orgânica do município. Embora o número de vereadores não ultrapassasse os limites contidos no art. 29, IV, “a” da Constituição¹²⁹, o Ministério Público argumentava que o número de vereadores deveria obedecer a critério proporcional ao número de habitantes, que possuía à época 2.651 habitantes, de modo que a escolha aleatória coadunaria em prejuízo ao erário.

O juiz de primeira instância reconheceu parcialmente a inconstitucionalidade da norma impugnada, reduzindo o número de vereadores, decretando a extinção do número de vereadores em excesso e condenando, aos que eventualmente viessem a receber, a restituir a restituir ao erário a partir da sentença. Indeferiu, no entanto, o pedido de devolução dos subsídios até então percebidos.

O Município e a Câmara de Vereadores apelaram, tendo o Tribunal de Justiça provido o recurso, sob o argumento de que o número de vereadores estaria de acordo com o dispositivo constitucional, ao mesmo tempo em que estava de acordo com a composição da legislatura precedente. Da decisão do tribunal de justiça de São Paulo, advém o RE em questão, argumentando o ferimento ao art. 29, IV, bem como ao princípio da proporcionalidade.

O Relator, Min. Maurício Corrêa, faz uma trajetória histórica das constituições anteriores e argumenta que a atual estabelece faixas para manter o princípio da proporcionalidade. Afirma ainda que há duas correntes: a primeira argumenta que, dentro do limite constitucional, cada município é livre para escolher o número de vereadores. A segunda, por sua vez, afirma que deve haver critério aritmético para o número de vereadores

em sendo possível, qual instrumento legislativo seria o necessário. A tese capitaneada pelo Min. Sepúlveda Pertence, que logrou êxito, é no sentido de permissão de entendimento em sentido contrário do Legislativo e por meio de Emenda Constitucional.

¹²⁹ Pela redação antiga da Constituição, assim dispunha o art. 29, IV, “a”: Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: [...] IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: [...] a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;

por município, concretizando a proporcionalidade. Conforme se pode ver em parte do seu voto:

Depois de muito refletir sobre a controvérsia, acabei por situar-me ao lado daqueles que buscam na proporcionalidade aritmética a mais lúdica resposta à exigência constitucional, até porque não havia ainda meditado sobre qual das correntes seguiria, quando de minha passagem pelo TSE.

Tal reflexão funda-se principalmente no pressuposto de que a Constituição não contém palavras ou expressões vazias, sem nenhum sentido. Daí porque, ao determinar que o “número de vereadores” deve ser “proporcional à população do Município”, torna-se evidente que outra exegese não pode ser extraída do texto senão aquela que resulte nítida e expressivamente do seu próprio sentido.

Com efeito, deixando-se ao alvedrio do legislador municipal a fixação do número de Vereadores apenas pela relação mínimo-máximo, permitindo-se-lhe uma opção aleatória e subjetivamente baseada tão só na vontade de cada Câmara Legislativa = 9, 10, 11, 12,... , 20 ou 21, como quiser – sem a observância da relação Vereador/População, pode tal opção significar, tudo, menos a proporcionalidade constitucionalmente reclamada, exigência clara e manifestamente definida na oração **“número de Vereadores proporcional à população do Município”**. (RE 197.917-8/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 06/06/2002)

O Ministro relator se propõe a fazer três tabelas, uma para cada alínea do art. 29, IV da Constituição Federal, delineando a proporção de vereadores por habitantes. Portanto, conclui o Min. Rel. que “tanto sob a ótica da interpretação teleológica quanto literal ou histórica da norma constitucional, que a proporção reclama observância dos princípios da razoabilidade e isonomia” (RE 197.917-8/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 06/06/2002).

O Min. Gilmar Mendes acompanhou o voto do Min. Rel., Maurício Corrêa, afirmando a importância do critério aritmético para atender ao princípio da proporcionalidade, bem como a importância da modulação de efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade, para atender o princípio da segurança jurídica, salvaguardando os mandatos dos vereadores já investidos, bem como os atos legislativos decorrentes de tais mandatos, pois, se assim não o fosse, a pronúncia da inconstitucionalidade determinaria a nulidade de todos os atos.¹³⁰ No mesmo sentido, votaram os ministros Carlos Veloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Brito e Joaquim Barbosa.

O voto discordante veio do Min. Sepúlveda Pertence, à época presidente do TSE. Merece destaque parte do seu voto que critica à severa centralização por parte da corte:

¹³⁰ O Min. Gilmar Mendes chama a atenção, antes, ao fato de que a aplicação da modulação de efeitos de declaração de inconstitucionalidade, embora pelo art. 27 da lei 9868/99 aos casos de controle concentrado de constitucionalidade também é admissível em sede de controle difuso, com base no direito americano.

Com todas as vênias, estou em que, no caso, o voto do em. Relator entre duas leituras possíveis do texto constitucional – optou, uma vez mais, pelo excesso de centralização uniformizadora que, há muito, a jurisprudência do Tribunal tem imposto à ordenação jurídico-institucional de Estados e Municípios, sob a inspiração mítica de um princípio universal de simetria, cuja fonte não consigo localizar na Lei Fundamental.

Prefiro ver, no art. 29, IV, um campo experimental de exercício do inédito poder de auto-organização municipal, da Constituição vigente; e não vejo mal em que a cada município se permita demarcar com maior ou menor grandeza numérica a representação popular na Câmara.

Certo, não desconheço nem sou insensível à preocupação – várias vezes sublinhada no voto de V. Exa., Sr. Presidente -, com os gastos acarretados às finanças municipais por câmaras de maior número de vereadores.

Sucedede que essa mesma preocupação já levou à edição da EC 25/2000, que alterou o inciso VI do art. 29 CF, contendo, em faixas rígidas, os subsídios do vereador e impondo, no art. 29-A, que inseriu na Carta, teto proporcional à receita realizada da despesa total do Município com o seu Poder Legislativo.

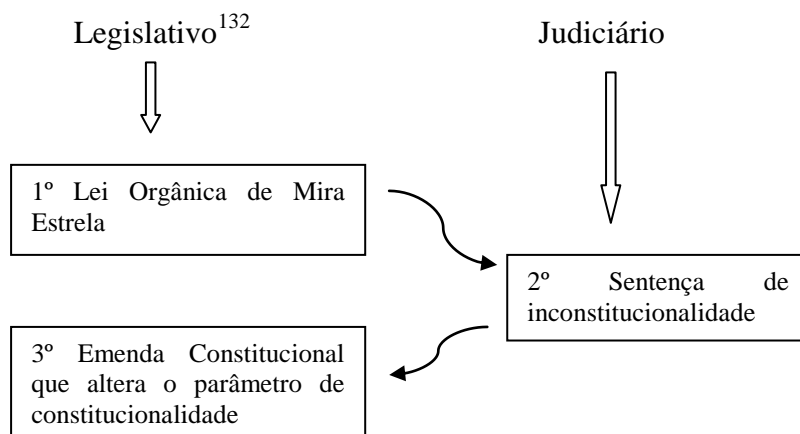
Desse modo, por maioria, a corte decidiu dar provimento ao recurso, adequando o número de vereadores proporcionalmente ao número da população, respeitada a situação dos já investidos.

Da sentença do Supremo Tribunal Federal, veio uma resposta dialógica. A decisão comprometeria oito mil cargos em todo o país, o que causaria desconforto político (SILVA, 2010, p. 119). Nesse sentido, o Legislativo não se conformou e elaborou a PEC 333/04 aumentando o número de vereadores e diminuição das despesas dos Municípios. Após várias discussões e mudanças, o texto finalizado estava contido na PEC 336/09 e foi promulgada a EC 58/09¹³¹, que criou mais de sete mil vagas de vereadores.

¹³¹ As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Art. 1º O inciso IV do caput do art. 29 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 29 [...] IV - para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de: a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes; b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes; c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes; d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes; e) 17 (dezesete) Vereadores, nos Municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes; f) 19 (dezenove) Vereadores, nos Municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes; g) 21 (vinte e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes; h) 23 (vinte e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes; i) 25 (vinte e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes; j) 27 (vinte e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes; k) 29 (vinte e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes; l) 31 (trinta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 900.000 (novecentos mil) habitantes e de até 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes; m) 33 (trinta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes e de até 1.200.000 (um milhão e

No caso em tela, percebe-se o “esforço do Legislativo em superar a decisão judicial – providência que só se viabilizaria por intermédio da alteração do próprio texto constitucional” (SILVA, 2010, p. 121).

Figura 25. Diálogo institucional no RE 197.917-8/SP



Fonte: própria

Deve-se ressaltar que a hipótese consagra uma série de efeitos dialógicos, de acordo com a sistematização de Bateup (2006). Assim, a modulação dos efeitos evidencia a aplicação

duzentos mil) habitantes; n) 35 (trinta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes; o) 37 (trinta e sete) Vereadores, nos Municípios de 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes e de até 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes; p) 39 (trinta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes e de até 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes; q) 41 (quarenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes e de até 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes; r) 43 (quarenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes e de até 3.000.000 (três milhões) de habitantes; s) 45 (quarenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 3.000.000 (três milhões) de habitantes e de até 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes; t) 47 (quarenta e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes e de até 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes; u) 49 (quarenta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes e de até 6.000.000 (seis milhões) de habitantes; v) 51 (cinquenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 6.000.000 (seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes; w) 53 (cinquenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e x) 55 (cinquenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes;

Art. 29-A. [...] I - 7% (sete por cento) para Municípios com população de até 100.000 (cem mil) habitantes; II - 6% (seis por cento) para Municípios com população entre 100.000 (cem mil) e 300.000 (trezentos mil) habitantes; III - 5% (cinco por cento) para Municípios com população entre 300.001 (trezentos mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes; IV - 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população entre 500.001 (quinhentos mil e um) e 3.000.000 (três milhões) de habitantes; V - 4% (quatro por cento) para Municípios com população entre 3.000.001 (três milhões e um) e 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; VI - 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população acima de 8.000.001 (oito milhões e um) habitantes.

¹³² Deve-se ressaltar que no caso em tela está-se falando em esferas diferentes do Poder Legislativo. A competência para criação da Lei Orgânica Municipal é da câmara legislativa do município de Mira Estrela, ao passo que a PEC foi alterada pelo Congresso Nacional. De toda forma, apesar das esferas de competência, o diálogo institucional não é desconfigurado, pois a margem de atuação de Mira Estrela foi deixado pelo Congresso Nacional.

da teoria do aconselhamento, ao passo que num momento posterior, findada a jurisdição, evidencia-se a teoria da parceria. Por fim, evidencia-se a teoria estrutural, no sentido de que houve controle político sobre os atos da Corte (SILVA, 2010, p. 121).

Pode-se ver pelo voto do relator a pretensão fortemente perfeccionista, criando *standards* de decisões para os casos analisados¹³³. Ocorre que no caso estudado o diálogo institucional surgirá justamente em decorrência de um excessivo perfeccionismo por parte do STF, pois se tratará de uma resposta imediata por parte do Legislativo que não esteve satisfeito com a decisão do Judiciário e, em decorrência disso, ampliou o parâmetro de constitucionalidade, de modo que o diálogo não é decorrente de uma interpretação conjunta entre os Poderes, mas da restrição da interpretação por parte do Supremo Tribunal Federal e uma consequente insatisfação e alteração do parâmetro de constitucionalidade por parte do Legislativo.

2.5.6.2 Regulação das medidas provisórias: ADI-MC 295/DF

O segundo caso apresentado por Silva (2010, p. 125 ss.) refere-se à ADI-MC 295/DF, cujo autor é o Conselho Federal da OAB e impugna a medida provisória 186, que suspende a concessão de liminares e cautelares por trinta meses, a contar de 15 de Março de 1990. Questão secundária, mas pertinente, é o fato de que a medida provisória já havia sido reeditada quatro vezes (MPs 172, 181, 182 e 186)¹³⁴.

Pela sistemática constitucional de então, o art. 62 previa a perda de eficácia da Medida Provisória em caso de não apreciação pelo Congresso nos trinta dias subsequentes. Dessa forma, tornou-se prática constante no Executivo, para perpetuar o mandamento ameaçado pelo Congresso ou evitar retaliações no texto original, a reedições de medidas provisórias, de conteúdo similar, o que coadunaria na revogação da antecedente (SILVA, 2010, p. 122).

Os Ministros analisaram tanto a possibilidade de reedição de medidas provisórias quanto o mérito: suspensão de liminares e cautelares. Quanto a esta, todos os ministros decidiram pela inconstitucionalidade, pois se trataria de restrição ao exercício pleno de

¹³³ A relação perfeccionismo/minimalismo com o diálogo institucional será pormenorizadamente estudado no capítulo 3.

¹³⁴ Assim dispunha o art. 62 “Art. 62 – Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. [...] Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”.

jurisdição. Quanto à possibilidade de reedição das Medidas Provisórias, no entanto, os ministros tiveram votos divergentes.

O ministro Paulo Brossard começa fazendo uma comparação entre a medida provisória e o decreto-lei, em que o decurso do prazo sem apreciação legislativa implicaria na aceitação tácita, favorecendo, pois, o Poder Executivo. Com as medidas provisórias, no entanto, a lógica é inversa. A não apreciação pelo Congresso implica na perda da eficácia, de modo a favorecer o Poder Legislativo. Por isso, não poderia o Executivo reeditar medida provisória, como se vê em passagem de seu voto “a medida provisória não convertida em lei, seja pela desaprovação formal, seja por não apreciação no prazo de 30 dias, não pode ser reeditada” (ADI 285-MC/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 22/06/1990)

Ademais, afirma:

Não me parece que a medida não apreciada, por este ou por aquele motivo, pouco importa, possa ser repetida, tendo-se presente que a Constituição também veda, em linha de princípio, a representação, na mesma sessão legislativa, de projetos de lei rejeitados.

Assim, do fato da rejeição da medida, formal ou presumida, ou seja, do fato de a medida não ser convertida em lei perder sua eficácia *ab initio*, decorre como consequência inelutável a inadmissibilidade de sua reedição (ADI 285-MC/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 22/06/1990).

Portanto, para o Ministro, não poderia ser proposta novamente a Medida Provisória não apreciada pelo Legislativo, o que iria contra a prática até então usada pelo Poder Executivo.

O voto divergente foi proposto pelo Min. Marco Aurélio, que foi acompanhado pela maioria e formava entendimento favorável ao Poder Executivo, que afirmava:

Não há no art. 62 qualquer preceito, qualquer expressão que obstaculize a reedição de medidas provisórias. Mesmo porque [...] a relevância e urgência podem não se fazer presentes em determinada época e se fazerem presentes posteriormente. [...]

Não vislumbro qualquer sinal de inconstitucionalidade na reedição da medida, uma vez havendo o decurso do prazo sem o pronunciamento do Congresso Nacional (ADI 295-MC/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 22/06/1990).

O ministro Carlos Veloso afirmava ainda que a delegação legislativa seria uma tendência do Direito Constitucional e o que Estado para prestar seus serviços necessita de ações prontas do Executivo, de modo que a proibição de reedição de medida provisória constituiria em “legitimação da obstrução”. O ministro Néri da Silveira afirma que a reedição da medida provisória seria, ao fim, a reafirmação do juízo de relevância e urgência.

Confirmando a possibilidade do Executivo em reeditar medidas provisórias, o Congresso Nacional sua resposta institucional por meio de várias propostas de emenda à Constituição, sendo todas apensadas à PEC 1/95 de autoria do Senador Esperidião Amin (PPB/SC), sempre com o intuito de restringir temas, definir prazo de votação e colocar fim à possibilidade de reedição de medidas provisórias. Afirma Silva (2010, p. 124) que no segundo Mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso e a disputa partidária das presidências das Casas Legislativas, a proposta se transformou em instrumento de barganha política, ganhando maior interesse da opinião pública. Inclusive foi nesse sentido que houve intervenção da OAB, pressionando no sentido de vedar as reedições. Em meio a todo esse cenário, no final de 2001 foi aprovada a EC 32, que, entre outras alterações, deu nova redação ao art. 62¹³⁵, que dispõe sobre as medidas provisórias.

Embora festejada por conferir prestígio ao parlamento, a EC 32/01 acabou por oferecer efeito inverso: “o trancamento da pauta pelo excesso de MPs ainda não examinadas e o consequente controle da pauta legislativa pelo presidente da República” (SILVA, 2010, p. 125). Isto, pois o art. 62, §6º CF, afirma que a medida provisória não apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, em cada

¹³⁵ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal, processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º; II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; III – reservada a lei complementar; IV – já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República. § 2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada. § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. § 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subsequentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. § 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. § 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados. § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. § 10. É vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo. § 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas. § 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta manter-se-á integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

Com isso, o então presidente da Câmara Michel Temer, editou parecer¹³⁶ que dá novo entendimento ao art. 62, §6º CF ao concluir que o termo deliberações legislativas não compreendem os instrumentos legislativos excluídos do campo de incidência das medidas provisórias.

Diante disso, foi impetrado Mandado de Segurança 27.931 pelos deputados Carlos Fernando Coruja Agostini e Ronaldo Caiado com a finalidade de reestabelecer a interpretação original, ou seja, com o trancamento da pauta.

O Min. Rel., Celso de Mello, proferiu relatório contrário à liminar do Mandado de Segurança, estando, portanto, de acordo com o entendimento do Congresso. Merece destaque trecho do seu voto:

Os dados pertinentes ao número de medidas provisórias editadas e reeditadas pelos vários Presidentes da República, desde 05 de outubro de 1988 até a presente data, evidenciam que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culminou por introduzir, no processo institucional brasileiro, verdadeiro cesarismo governamental em matéria legislativa, provocando graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes (ADI 295-MC/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 22/06/1990).

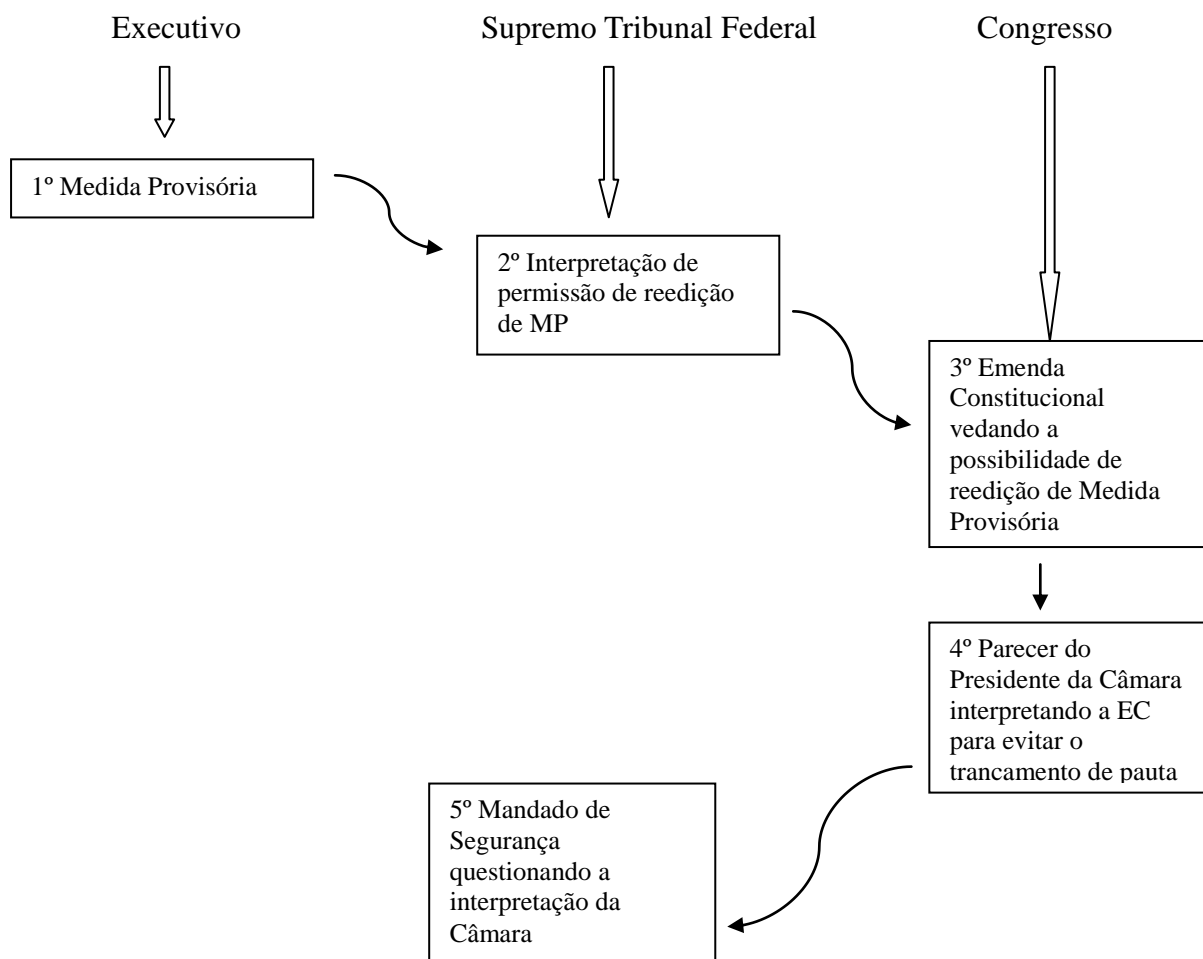
Afirma, também que:

Se é certo, de um lado, que o diálogo institucional entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo há de ser desenvolvido com observância dos marcos regulatórios que a própria Constituição da República define, não é menos exato, de outro, que a Lei Fundamental há de ser interpretada de modo compatível com o postulado da separação de poderes, em ordem a evitar exegeses que estabeleçam a preponderância institucional de um dos Poderes do Estado sobre os demais, notadamente se, de tal interpretação, puder resultar o comprometimento (ou, até mesmo, a esterilização) do normal exercício, pelos órgãos da soberania nacional, das funções típicas que lhes foram outorgadas (ADI 295-MC/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 22/06/1990).

¹³⁶ Ementa: Responde à questão de ordem do Deputado Regis de Oliveira com uma reformulação e ampliação da interpretação sobre quais são as matérias abrangidas pela expressão 'deliberações legislativas' para os fins de sobrestamento da pauta por medida provisória nos termos da Constituição; entende que, sendo a medida provisória um instrumento que só pode dispor sobre temas atinentes a leis ordinárias, apenas os projetos de lei ordinária que tenham por objeto matéria passível de edição de medida provisória estariam por ela sobrestados; desta forma, considera não estarem sujeitas às regras de sobrestamento, além das propostas de emenda à Constituição, dos projetos de lei complementar, dos decretos legislativos e das resoluções - estas objeto inicial da questão de ordem - as matérias elencadas no inciso I do art. 62 da Constituição Federal, as quais tampouco podem ser objeto de medidas provisórias; decide, ainda, que as medidas provisórias continuarão sobrestando as sessões deliberativas ordinárias da Câmara dos Deputados, mas não trancarão a pauta das sessões extraordinárias.

O mérito ainda não foi julgado, mas o Ministério Público Federal também já exarou o seu parecer pela denegação da segurança. De acordo com o sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, o Min. Celso de Mello, relator do processo, após denegar a segurança, dando interpretação conforme à Constituição, concedeu vista à Min. Carmem Lúcia, que devolveu os autos em 12/06/2012 e o processo, desde então, aguarda julgamento.

Figura 26. Diálogo institucional na ADI 295-MC/DF



Fonte: própria

Silva (2010, p. 126) chama a atenção ao fato de que o diálogo foi iniciado pelo Legislativo, coagindo o Judiciário a declarar o sentido da norma. A relação dialógica compreendida, de acordo com as teorias de Bateup (2006) é a teoria do aconselhamento, visto que o Supremo Tribunal Federal se limitou a reafirmar a compreensão já traçada pelo Congresso.

2.5.6.3 Aposentadoria especial de servidores públicos envolvidos em atividade insalubre ou perigosa: MI 444-QO/MG e seus desdobramentos MI 592/SP e MI 721/DF.

Apesar de se tratar de um mandado de injunção, instrumento apto a sanar a omissão inconstitucional que será trabalhado pormenorizadamente no capítulo 3, abordaremos também neste ponto, por se tratar de um caso clássico trazido por Cecília de Almeida Silva (2010), mas, desde já, adverte-se que a relação institucional existente na inconstitucionalidade por omissão será mais bem trabalhada em momento oportuno.

A aposentadoria especial de atividades perigosas possuiu três redações distintas e foi constantemente alvo de apreciação pelo Poder Judiciário. Quando ainda vigia o texto original do art. 40, CF¹³⁷, servidores autárquicos da ESAL, Escola Superior de Agricultura de Lavras, impetraram mandado de injunção visando preencher a lacuna legislativa, lhes sendo concedido o benefício.

O ministro relator Sydney Sanches firmou voto no sentido de que o §1º do art. 40 apenas facultava ao legislador a elaboração de lei complementar que garanta o benefício. Desse modo, concluiu seu voto pela impossibilidade jurídica do pedido Assim dizia:

Ao julgar [...] não reconheceu o pedido, porque o §1º do art. 40 da Constituição Federal, no qual se baseara e se baseia também a presente impetração, não impõe ao legislador, mas, sim, apenas lhe faculta, a elaboração de lei complementar que estabeleça exceções ao disposto no inciso III, letras “a” e “c”, do mesmo artigo, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas (MI 444-QO/MG, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 4/11/1994)

Portanto, de acordo com o voto do ministro, não havia que se falar em inconstitucionalidade por omissão, pois se estaria diante de uma faculdade de atuação

¹³⁷ Art. 40. O servidor será aposentado: I - por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos; II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço; III - voluntariamente: a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais; b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais; c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo; d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço. § 1º - Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, "a" e "c", no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. § 2º - A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários. § 3º - O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade. § 4º - Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei. § 5º - O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.

discrecionária do legislador. De acordo com Silva (2010, p. 128), no campo dialógico, está-se no terreno das teorias do aconselhamento, com a definição de um *constitutional roadmap* que defere ao Parlamento a sua área de deliberação política em relação à disciplina do tema.

A repercussão do entendimento do Supremo Tribunal Federal repercutiu na seara política e, com isso, surgiu a EC 20/98, dando nova redação ao art. 40¹³⁸, colocando os

¹³⁸ Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. § 1º - Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º: I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei; II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição; III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. § 2º - Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão. § 3º - Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração. § 4º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar. § 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, "a", para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. § 6º - Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo. § 7º - Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º. § 8º - Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei. § 9º - O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade. § 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício. § 11 - Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo. § 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. § 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social. § 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. § 15 - Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo. § 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado

servidores públicos em regime contributivo e suprimindo a aposentadoria por tempo de serviço. Nesse sentido, foi excluída a expressão que permitia a discricionariedade legislativa sobre a matéria, embora ainda fosse mentida a reserva da lei (SILVA, 2010, p. 128).

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal pela omissão legislativa. O impetrante, servidor público federal, havia trabalhado na iniciativa privada em atividade insalubre e teria direito à conversão do tempo de serviço especial para aposentadoria. Todavia, a falta de regulamentação legislativa inviabiliza o direito. O ministro relator Marco Aurélio julgou improcedente, mantendo entendimento consubstanciado no MI 444-QO/MG, de modo que não se deveria falar em dever de legislar, devendo a matéria ser compreendida na discricionariedade do Legislativo.

De acordo com Silva (2010, p. 129), o terreno ainda é próprio às teorias do aconselhamento, da mesma forma como havia acontecido no precedente anterior, o MI 444-QO/MG.

A postura do Supremo Tribunal Federal novamente resultou num novo diálogo institucional, novamente por meio de Emenda Constitucional, agora a EC 47/05, que novamente modificava a redação do art. 40¹³⁹, mas ainda deixava à lei complementar a tarefa de disciplinar a aposentadoria especial. Com isso, foi impetrado o MI 721/DF, cujo relator novamente era o Min. Marco Aurélio, e a autora reivindicava o reconhecimento de caráter especial da atividade que desenvolvera por mais de vinte e cinco anos em ambiente insalubre, lhe sendo conferido o regime especial da aposentadoria.

É interessante notar que ministro relator, mudou seu posicionamento inicial, demonstrado no MI 592/SP, vale dizer:

[...] Em síntese, hoje não sugere dúvida a existência do direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para alcançar a aposentadoria daqueles que hajam trabalhado sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física. [...]

É tempo de refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e harmonia entre os poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente

ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

¹³⁹ Art. 40. [...] § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I portadores de deficiência; II que exerçam atividades de risco; III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. [...] § 21. A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante.

declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, ao cidadão. [...]. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que as nefastas consequências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada [...]. (MI 721/DF, Min. Rel. Marco Aurélio, DJ 30/11/2007).

Com isso, o Min. Marco Aurélio vota pelo provimento parcial do mérito, concedendo à impetrante o direito à aposentadoria especial. Nesse sentido, a unanimidade dos ministros votou pelo reconhecimento do direito à aposentadoria especial.

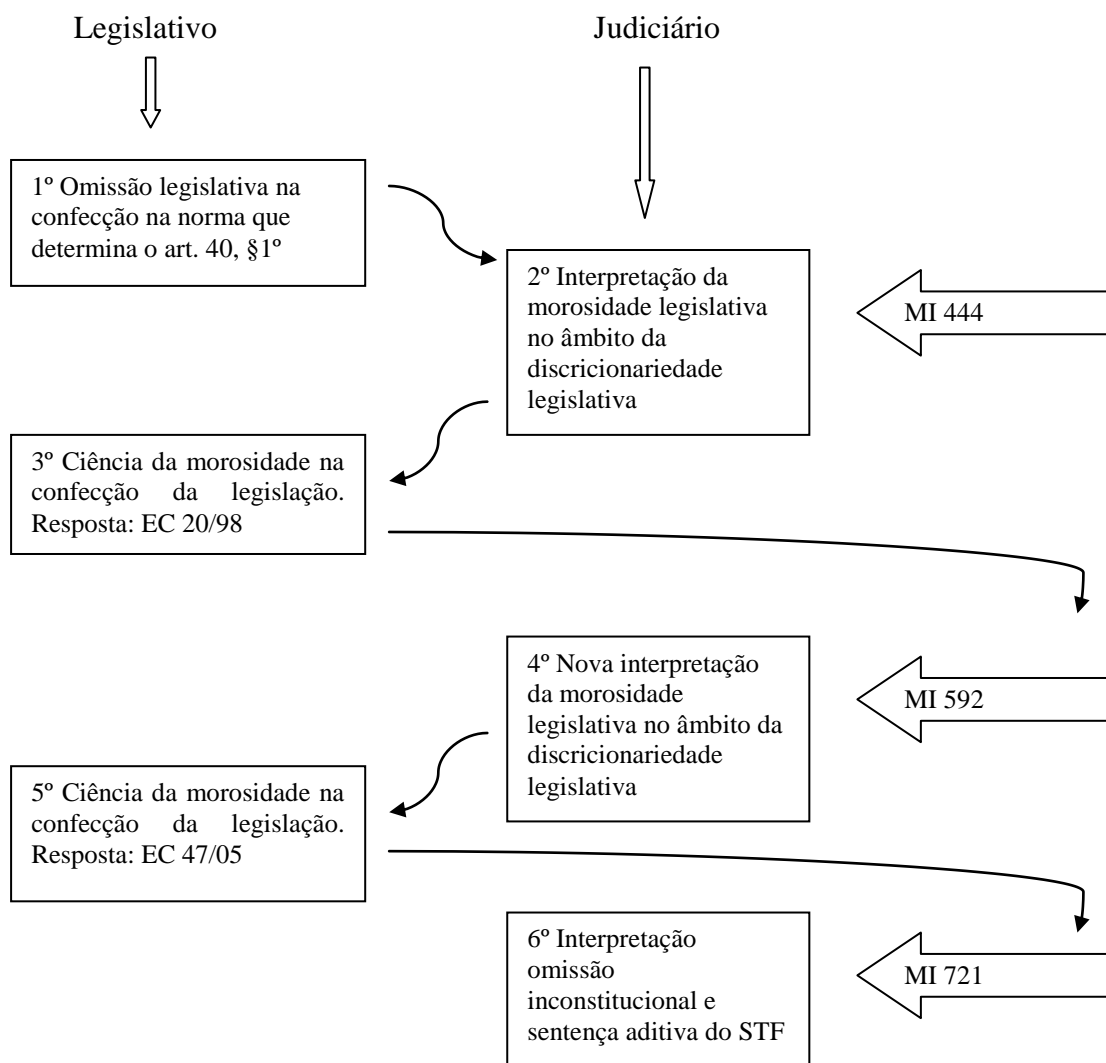
A hipótese em apreço, ademais, é típica de pontos cegos, em que se é possível identificar omissão constitucionalmente relevante. Nesse caso, o próprio Supremo Tribunal Federal afirmou cuidar-se de prerrogativa a disciplina das hipóteses de aposentadoria especial dos servidores, em que a inércia se apresentava como alternativa possível, logo, impassível de censura (SILVA, 2010, p. 131).

Afirma Silva (2010, p. 131), que até a superveniência cunhada no MI 721/DF não se poderia falar em mora legislativa constitucionalmente censurável. De modo que agora desloca o comportamento do campo das escolhas legítimas para as escolhas que colidem com deveres constitucionais de agir. Ressalta-se, ainda, que com o precedente se está, na sistematização de Bateup (2006) no campo da parceria, visto haver complementariedade da atuação entre os poderes.

É importante notar que no caso em tela houve uma atuação conjunta entre os dois Poderes para se aplicar a Constituição: o Legislativo reconfigurou o texto original, conferindo maior efetividade ao direito de aposentadoria em condições desgastantes, e o Judiciário, diante da inércia, buscou outro critério de composição aplicável (SILVA, 2010, p. 132).

O Min. Eros Grau, em seu voto, teve atuação bastante maximalista, de modo a tentar preencher de efetividade o seu voto. Ocorre que, em regra, o diálogo é mais bem identificado quando se trata de uma postura minimalista do Judiciário, de modo a deixar ao legislativo ou à sociedade a complementação da decisão. Ocorre que o caso em tela parece ter sido uma opção política dos legisladores deixarem a discussão ao Judiciário. Nas palavras de Barroso (2011, p. 69), “atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade”. Nesse sentido, a opção maximalista parece decorrer não de uma atividade ativista do Supremo Tribunal Federal, mas de uma circunstância de necessidade de decisão concedida insistentes vezes pelo Congresso, que optou por não confeccionar a norma ausente em mais de uma oportunidade.

Figura 27. Diálogo institucional nos MIs 444-QO/MG, 592/SP e 721/DF



Fonte: própria

Ora, o que se debateu nos três mandados de injunção estudados, foi a falta de regulamentação legal em relação ao direito de aposentadoria especial. Por duas vezes, o STF indeferiu o direito constitucionalmente assegurado por se tratar de uma tarefa do legislativo. Ocorre que o Legislativo respondeu aos dois indeferimentos, portanto demonstrou estar atento ao diálogo. Todavia, era de se esperar que o Legislativo, como representante eleito do povo, criasse a norma e encerrasse a discussão. Só que em vez de criar a lei, os legisladores preferiram alterar o texto constitucional as duas vezes, por meio das EC 20/98 e 47/05. Fica patente, portanto, a decisão do Legislativo em não resolver a questão. O minimalismo, portanto, que deveria ser por parte do Judiciário, foi demonstrado por parte do Legislativo, visto que as Emendas Constitucionais apenas criam parâmetros abrangentes reconhecendo o direito à aposentadoria especial.

2.5.6.4 A criação do Município baiano de Luís Eduardo Magalhães: de ADI 2240/BA

A ADI 2240¹⁴⁰ foi proposta pelo partido dos trabalhadores com a intenção de ver declarada inconstitucional a Lei baiana 7619/00¹⁴¹ que criava o município de Luís Eduardo Magalhães. Entre os argumentos apresentados, relata que a lei em análise é posterior à EC 15/96, que dá nova redação ao §4º do art. 18¹⁴², CF. Destaca também que somente a população de Luís Eduardo Magalhães se manifestou no plebiscito realizado em 2000, ao passo que deveria ser a população dos municípios envolvidos, além de que os estudos que demonstram a viabilidade foram apresentados somente após o plebiscito.

O Min. Rel. Eros Grau demonstra desde o início de seu voto a preocupação com os efeitos concretos de sua decisão

O §4º do artigo 18 da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi atribuída pela EC 15/96, estabelece que a criação de Município será feita por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, dependendo de consulta prévia. Não foi, até esta data, produzida a lei complementar federal mencionada no preceito. Daí porque a interpretação literal do texto desse §4º do artigo de 18 da Constituição do Brasil conduziria, em simples exercício de subsunção, à automática declaração de inconstitucionalidade da lei n.º 7.619, de 30 de março de 2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães.

Ocorre que o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia. Como tal existe. Há mais de seis anos. Por isso esta Corte não pode limitar-se à prática de um mero exercício de subsunção. Cumpre considerarmos prudentemente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e as consequências perniciosas que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual.

¹⁴⁰ No mesmo sentido, foram julgados as ADIs 3316 e 3682. Aquela se refere ao município de Santo Antônio do Leste, MT; e esta especificamente à omissão na criação da lei referida no art. 18, §4º.

¹⁴¹ Lei 7619/00 – Art. 1º - Fica criado o município de Luís Eduardo Magalhães, decorrente do desmembramento do atual distrito de Luís Eduardo Magalhães e parte do distrito Sede, do município de Barreiras; Art. 2º - O Município ora criado é constituído de único distrito e será sediado na localidade do mesmo nome. Art. 3º - O município de Luís Eduardo Magalhães terá os seguintes limites [...]. Art. 4º - Enquanto não instalada Comarca no novo município, integrará este a Comarca de Barreiras; Art. 5º - A instalação do município de Luís Eduardo Magalhães dar-se-á em 1º de Janeiro do ano subsequente ao das eleições para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores; Art. 7º - Instalado o município, o Prefeito encaminhará à Câmara Municipal, no prazo de sessenta dias, projeto de lei orçamentária, que será votado no prazo máximo de 40 (quarenta dias); Art. 8º - O município de origem administrará o novo Município até a sua instalação, obrigando-se a manter, integralmente, todos os serviços existentes até à data da consulta plebiscitária, caracterizando infração político-administrativa a inobservância do disposto neste artigo; Parágrafo único – Os próprios municipais situados no território desmembrado passarão ao domínio do novo município na data de sua instalação, independentemente de indenização a município de origem; Art. 9º - Esta lei entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

¹⁴² Art. 18, § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.

O Município --- permitam-se repeti-lo --- o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato. (ADI 2040/BA, Min. Rel. Eros Grau, DJ 03/08/2007).

O Ministro ainda faz referência aos princípios da segurança jurídica e da confiança e, pela excepcionalidade do caso, conclui pelo julgamento da improcedência da ADI. O Min. Gilmar Mendes pede vista, e, ironizando “[se impressiona] com a conclusão a que chegou o Ministro Eros Grau” (ADI 2040/BA, Min. Rel. Eros Grau, DJ 03/08/2007).

Prosseguindo em seu voto, o Min. Gilmar Mendes afirma que a solução para o problema não pode advir da simples decisão de improcedência da ação. No que pese a importância do princípio da segurança jurídica, acredita ser possível conciliá-lo ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Afirma: “eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação”. (ADI 2040/BA, Min. Rel. Eros Grau, DJ 03/08/2007). Conclui o seu voto:

Assim sendo, voto no sentido de, aplicando o art. 27 da Lei nº 9868/99, declarar a inconstitucionalidade sem pronuncia da nulidade da lei impugnada, mantendo a sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual poderá o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão desta Corte na ADI 3682. (ADI 2040/BA, Min. Rel. Eros Grau, DJ 03/08/2007)

A tese apresentada pelo Min. Gilmar Mendes seduz o Min. Eros Grau, que muda o seu voto, a favor da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, como se vê:

Sou arrastado a evoluir e acompanhar o voto do Ministro Gilmar Mendes. Penso que todos nós o acompanharemos, no sentido de declarar a inconstitucionalidade, mas não a nulidade pelo prazo de 24 meses. É o que eu faço. Esta é a melhor solução a ser no caso adotada. As razões afirmadas ao longo do meu voto prosperam no mesmo sentido do voto do Ministro Gilmar Mendes.

Transcorrido o prazo de vinte e quatro meses estipulado pelo Supremo Tribunal Federal para a confecção de lei que estipula o art. 18, §4º da CF, o Congresso optou por não fazê-la. Em contrapartida editou a EC 57/2008, que criou o art. 96 da ADCT¹⁴³ convalidando a criação de todos os municípios que preenchessem dos demais requisitos.

¹⁴³ Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.

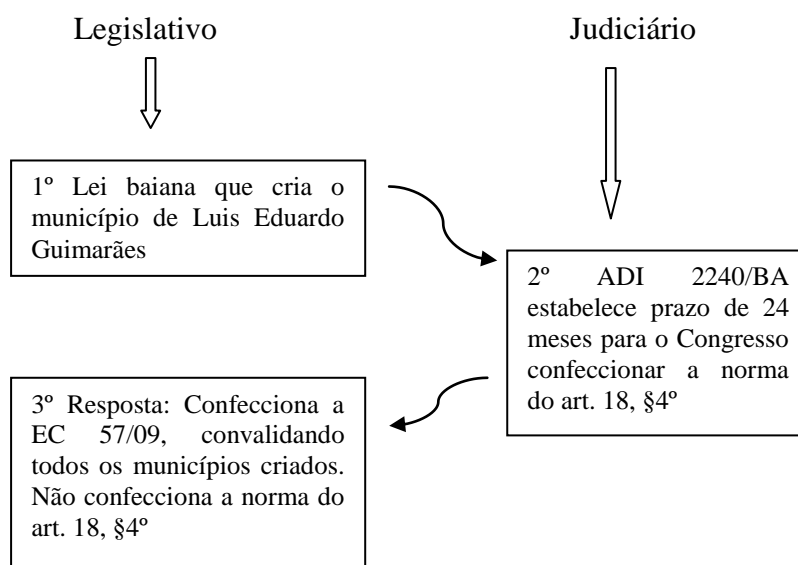
Portanto, vale observar, que o Legislativo não cumpriu a decisão imposta pelo Supremo Tribunal Federal, mas convalidou a situação dos municípios que foram criados até a data.

Pode-se observar o diálogo no sentido de que o Supremo Tribunal Federal fez uma recomendação ao Congresso e este optou por solucionar a questão de forma diversa da recomendada. Não possuindo um acordo razoável sobre o conteúdo da lei mencionada no art. 18, §4º da CF, e tendo sido reconhecida a morosidade inconstitucional em não confeccionar a lei, decidiu o Congresso convalidar a situação de todos os municípios que estavam na mesma situação.

É de certa forma criticável a atitude do Legislativo, uma vez que a inconstitucionalidade está na morosidade da confecção da lei e, em segundo plano, na falta de permissão dos municípios que tiveram a intenção de se desmembrarem, incorporarem, fundirem ou serem criados. A atitude do Legislativo solucionou somente parte da questão, ou seja, os municípios que até aquela data foram criados, se desmembraram, incorporaram ou fundiram. Com outros municípios que queiram modificar o seu espaço territorial, o Legislativo continuará em mora inconstitucional.

Ademais, deve-se reconhecer que não há um consenso constitucional sobre o conteúdo da lei, não se trata de má vontade de fazê-la. Isto, pois, conseguiu fazer o mais difícil, em relação numérica, que é modificar a Constituição, cujo quórum é de três quintos, enquanto seria mais fácil criar uma lei complementar, cujo quórum é de maioria absoluta.

Figura 28. Diálogo institucional na ADI 2240/BA



É de se reconhecer, também, que a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade é uma técnica de decisão que fomenta o diálogo, uma vez que a resposta acerca da decisão é inerente à técnica, estando, pois, inserida na via interpretativa, proposta por Linares (2008a, p. 512).

Parece, também, estar-se diante *constitutional roadmaps* de Bateup (2006), em que o próprio Supremo Tribunal Federal aponta o caminho que a norma deverá seguir para que seja considerada constitucional.

2.5.6.5 O art. 52, X, CF e a atuação do Senado Federal: a possibilidade de diálogo institucional e a mutação constitucional.

É possível encontrar o diálogo institucional em disposição expressa na Constituição. Trata-se do art. 52, X da Constituição Federal¹⁴⁴, em que após a declaração de inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, abre possibilidade para o Senado Federal suspender a execução da lei declarada inconstitucional. A função do instituto em questão é o mesmo do *stare decisis*, como existente no modelo americano. Isso se dá, pois o controle difuso, via de regra, produz efeitos somente para aquele processo, *inter partes*, de modo que o dispositivo constitucional faria com que o Senado Federal atuasse no sentido de que a decisão do Supremo Tribunal Federal fosse estendida para todos, ou seja, *erga omnes*.

Nesse ponto é preciso chamar a atenção ao fato de que só se perceberá a existência do diálogo caso se entenda pela discricionariedade do Senado em suspender ou não a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo. Nesse ponto, a doutrina é bastante divergente. Para melhor elucidar, faz-se necessário mostrar alguns posicionamentos doutrinários, mas sem adentrar profundamente na matéria.

José Afonso da Silva se alia ao grupo que entende pela discricionariedade do Senado Federal em suspender a norma, pois afirma que, “teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda a sua executoriedade nos termos do art. 52, X” (SILVA. 2005, p. 53)

Bernardo Gonçalves Fernandes (2010, p. 882), também é enfático em declarar que o Senado atua discricionariamente na suspensão da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Uadi Lammêgo Bulos (2007, p. 144 ss.) vai na mesma linha de raciocínio

¹⁴⁴ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...]X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

pela discricionariedade da atuação da Câmara Alta. Recorda também que a falta de prazo constitucional para o Senado demonstra o caráter discricionário de sua tarefa. Ademais, afirma que o Senado deverá suspender a lei declarada inconstitucional nos estritos termos da sentença. Clèmerson Clève prossegue com o mesmo entendimento de discricionariedade, ao afirmar:

A competência do Senado consiste em competência discricionária de natureza política. Cuida-se, a resolução suspensiva, de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em caso concreto. Ao Senado cabe examinar da conveniência e oportunidade de considerar, em teses, suspensos os seus efeitos, de retirar o dispositivo legal ou regulamentar do ordenamento jurídico. Não está obrigado a editar resolução suspensiva. (CLÈVE, 1995, p. 95).

No mesmo sentido, o entendimento de Luís Roberto Barroso ao afirmar que a atuação do Senado tem caráter discricionário e se sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade. É ato político e não está sujeito a prazo, podendo o Senado suspender o ato normativo ou não, caso em que negará a extensão *erga omnes* da decisão do Supremo. (BARROSO, 2009c, p. 129).

Marinonoi, Mitidiero e Sarlet (2013, p. 966) também afirmam que o Senado Federal, quando comunicado da decisão, não é obrigado a suspender a lei declarada inconstitucional, uma vez que tem o poder de aferir a conveniência política da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional. Assim, a previsão de comunicação ao Senado não constitui sequer garantia de que a decisão terá eficácia *erga omnes*.

O regimento interno do Senado Federal¹⁴⁵, nos seus artigos 386 a 388 também ensina no mesmo sentido da discricionariedade. No mesmo sentido, vem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer, na Representação¹⁴⁶ 1.016-3, no trecho do voto do Min. Moreira Alves, que segue:

Para a defesa de relações jurídicas concretas em face de leis ordinárias em desconformidade com as Constituições vigentes na época em que aquelas

¹⁴⁵ Art. 386. O Senado conhecerá da declaração, proferida em decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal, de inconstitucionalidade total ou parcial de lei mediante: I – comunicação do Presidente do Tribunal; II – representação do Procurador-Geral da República; III – projeto de resolução de iniciativa da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Art. 387. A comunicação, a representação e o projeto a que se refere o art. 386 deverão ser instruídos com o texto da lei cuja execução se deva suspender, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, do parecer do Procurador-Geral da República e da versão do registro taquigráfico do julgamento. Art. 388. Lida em plenário, a comunicação ou representação será encaminhada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que formulará projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte.

¹⁴⁶ Como foi dito anteriormente, a representação foi a ação originária por meio da qual se inaugurou o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, com a EC 16/65. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Representação não mais existe e, em seu lugar, foram criadas as demais ações de controle concentrado, tais como a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

entraram em vigor, há a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, que só passa em julgado para as partes em litígio (consequência estritamente jurídica), e que só tem eficácia *erga omnes* se o Senado Federal houver por bem (decisão de conveniência política) suspendê-la no todos ou em parte. Já o mesmo não ocorre com referência à declaração de inconstitucionalidade obtida em representação, *a qual passa em julgado erga omnes, com reflexos sobre o passado (a nulidade opera ex tunc), independentemente de atuação do Senado*, por se tratar de decisão cuja conveniência política do processo de seu deslocamento se fez *a priori*, e que se impõe, quaisquer que sejam as consequências para as relações jurídicas concretas, pelo interesse superior de preservação do respeito à Constituição que preside à ordem jurídica vigente (Rp 1016 1016/SP, Min. Rel. Moreira Alves, DJ 26/10/1979).

Há quem discorde do posicionamento demonstrado, afirmando que o termo *suspender* não comporta a ideia de *possibilidade de suspensão* (SOUSA, CAMPOS, DUARTE, 1990, p. 191). Nesse sentido,

Através da interpretação teleológica do citado artigo, cremos que o legislador constituinte originário não atribuiu competência discricionária ao Senado Federal para tal supressão, ou seja, a Câmara Alta não tem legitimidade para questionar se deve ou não expurgar do ordenamento jurídico a norma eivada de inconstitucionalidade. Para que se pudesse extrair uma interpretação nesse sentido, o Constituinte deveria ter, claramente, expressado a possibilidade de o Senado apreciar a conveniência ou não da suspensão. (SOUSA, CAMPOS, DUARTE, 1990, p. 191)

Prosseguem os autores afirmando que o Senado já teve oportunidade de fazer o controle preventivo, no momento do processo legislativo, de modo que “não é razoável que se admita que ele mesmo aprecie a conveniência da manutenção daquela norma” (SOUSA, CAMPOS, DUARTE, 1990, p. 191). Nesse sentido, até teria o Senado Federal a competência para analisar aspectos formais (como o quórum, por exemplo), mas não a discricionariedade para decidir sobre a suspensão ou não da norma. (SOUSA, CAMPOS, DUARTE, 1990, p. 192).

No mesmo sentido veem Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco (2010, p. 1252), por acreditarem que o instituto passou por mutação constitucional, não sendo mais mera faculdade do legislador, como entendera Gilmar Mendes (1990, p. 215), ao afirmar que o STF “reconheceu que o Senado não estava obrigado a proceder à suspensão do ato declarado inconstitucional”.

Seguiremos a maior parte dos autores expostos, no sentido de concluir pela discricionariedade da atuação do Senado Federal em suspender ou não a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Não parece com razão o entendimento de Sousa, Campos e Duarte (1990). Primeiramente, pela preservação da harmonia entre os Poderes, notadamente na jurisdição constitucional, não tendo o Poder Judiciário

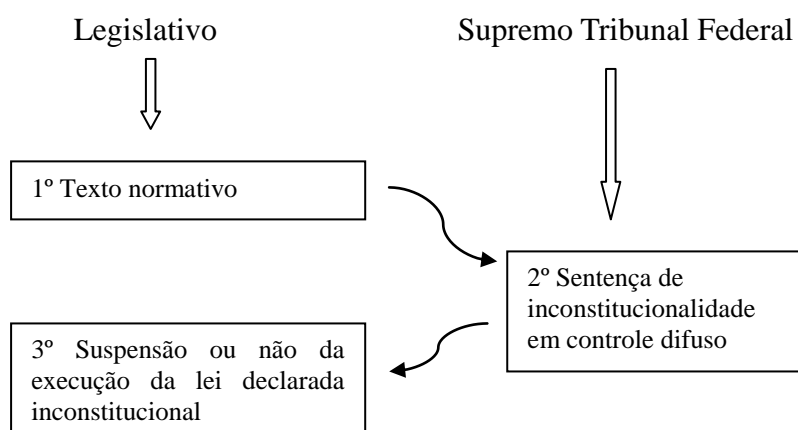
preponderância sobre o Legislativo. Em segundo lugar, pois o fato de o Legislativo não ter feito o controle preventivo poderá muito bem demonstrar uma falha, que a manutenção poderá ser pior, quando ponderada com a segurança jurídica.

Percebe-se, pelo instituto do art. 52, X da Constituição Federal uma interpretação conjunta acerca da constitucionalidade/inconstitucionalidade de uma norma em sede de controle difuso. Não haveria, dessa forma, preponderância de um Poder sobre o outro, mas atuariam de maneira coordenada. O instituto, aliás, é semelhante ao existente na seção 33 da carta canadense. Nesse sentido, é possível, portanto, observar, de acordo com Bateup (2006), a existência do princípio da construção coordenada acerca da inconstitucionalidade da norma.

Luís Roberto Barroso (2009c, p. 129, n. 103) traz o exemplo de caso em que o Senado não suspendeu norma declarada inconstitucional. Trata-se do art. 9º, da Lei 7.689/88, que instituiu contribuição social sobre o lucro de pessoas jurídicas. O dispositivo teve a sua inconstitucionalidade incidentalmente declarada no RE 150-764/PE, rel. Min. Sepúlveda Pertence, por maioria apertada. A matéria foi decidida na Comissão de Constituição e Justiça, a qual se manifestou pela não suspensão, em parecer terminativo de 28 de Outubro de 1993. Não houve recurso e a decisão se tornou definitiva em 5 de novembro de 1993, tendo sido comunicada à Presidência da República e ao Presidente do Supremo Tribunal Federal em 18 de Novembro de 1993.

Percebe-se, portanto, que se trata da teoria da construção coordenada, em que ambos os poderes contribuíram para a construção do entendimento da constitucionalidade da norma. É interessante observar, ainda, que em *hard cases*, onde a declaração de inconstitucionalidade das normas é decidida por maioria apertada, a participação do Senado pode ser importante também para a manutenção da segurança jurídica, visto se tratar de um novo ator constitucional que ampliará o debate, diminuindo a margem de erro decorrente da soma das opiniões dos ministros.

Figura 29. Diálogo institucional no art. 52, X



Fonte: própria

No que pese o reconhecimento do diálogo institucional decorrente da discricionariedade do Senado Federal em suspender ou não a validade da norma declarada inconstitucional, deve-se destacar que parte da doutrina vem considerando que o art. 52, X da Constituição Federal sofreu mutação constitucional, ou seja, houve transformação no sentido e no alcance de suas normas, sem que tenha se operado qualquer modificação no seu texto (BARROSO, 2009a, p. 123). Com isso, o referido instituto vem tomando a forma de simplesmente dar ciência da decisão do Supremo, de modo a já produzir os seus efeitos da decisão, não da suspensão da norma pelo Senado.

Autores (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1244) afirmam que diversas alterações processuais e o alargamento do controle concentrado de constitucionalidade fez com que o art. 52, X, da Constituição tenha sofrido processo de obsolescência, permanecendo no corpo constitucional tão somente por razões históricas.

Afirma Barroso (2009c, p. 130,131):

Com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/95, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. [...]. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor a ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!

Bittencourt ensina no mesmo sentido:

Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares, que, de fato, independem da colaboração de qualquer dos outros poderes. O objetivo do art. 45, nº IV¹⁴⁷ da Constituição é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado “suspende a execução” da lei inconstitucional é, possivelmente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo inexistente ou ineficaz, não pode ter *suspensa a sua execução*. (BITTENCOURT, 1997, p. 145,146).

Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1244) vão além e demonstram alguns mecanismos processuais que consubstanciaram na desnecessidade da atuação do Senado Federal. Primeiramente ressaltam a profunda modificação que houve com a ampliação do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, de modo que a possibilidade de suspensão da eficácia geral da norma liminarmente contribui para tal entendimento.

Prosseguem Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1247) afirmando que o controle de constitucionalidade no Brasil, influenciado, no início, pelo sistema americano, possuía uma concepção de separação dos Poderes já superada, por isso a criação do instituto do art. 52, X,

¹⁴⁷ O Art. 45, IV da Constituição de 1967 possui a mesma redação do art. 52, X, da Constituição de 1988.

da Constituição Federal. Ocorre que com a Constituição de 1988 o controle difuso teve o seu significado abalado, vez que ampliou a legitimação para a propositura da ADI, no art. 103. Com isso, permitiu-se que diversas controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de constitucionalidade, reduzindo, portanto, a importância prática do controle difuso.

Ressaltam (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1250) ainda que o artigo 38 da Lei 8038/90¹⁴⁸, no que concerne ao recurso especial e extraordinário, havia concedido ao relator a faculdade de negar seguimento do recurso que fosse intempestivo, incabível, improcedente ou prejudicado, ou, ainda, que contrariasse súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. No mesmo sentido, a nova redação do artigo 577¹⁴⁹ do Código de Processo Civil, alterado pela lei 9756/98, faculta ao relator dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo. Portanto, vê-se que o legislador preferiu estender de forma geral os efeitos da decisão adotada pelo Tribunal, tanto nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade incidental, que estaria submetido à intervenção do Senado Federal, quanto em casos de fixação de determinada interpretação do Supremo Tribunal Federal.

Argumentam, ainda, que a Súmula Vinculante acabará por dotar a declaração de inconstitucionalidade dotada de efeito vinculante, pois “ao contrário do que ocorre no processo objetivo, decorre de decisões tomadas em casos concretos, no modelo incidental, no qual também existe, não raras vezes, reclamo por solução geral” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1252). Nesse sentido, parece certo que a súmula vinculante confere eficácia geral e vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal.

Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução de lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da corte contém *força normativa*. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1252).

¹⁴⁸ Art. 38 - O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou, improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.

¹⁴⁹ Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

Por fim, argumenta no sentido da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos, o que parece sinalizar que o Tribunal que “definirá os efeitos da decisão” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1253), concluindo, portanto, que está ultrapassado o disposto no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988.

A utilização do artigo 52, X, da Constituição Federal parece estar em consonância com uma interpretação conjunta do texto constitucional, ocorre que são fortes os argumentos de que o dispositivo constitucional sofreu mutação constitucional, frustrando, pois, a possibilidade dialógica¹⁵⁰. Portanto, pode-se perceber que a possibilidade da discricionariedade por parte do Judiciário em aderir ou não à declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal poderá ser um critério a fomentar o diálogo institucional. Todavia, a mutação constitucional por que sobre o instituto, tolhe por completo a possibilidade de interação entre Poder Judiciário e Poder Legislativo.

2.5.6.6 Súmulas vinculantes

Entre as reformas trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004, foi o acréscimo do art. 103-A¹⁵¹ à Constituição, regulamentada pela lei 11.417/06, que institui as súmulas de efeito vinculantes, instituto que permite que as decisões do Supremo Tribunal Federal, se reiteradas¹⁵² e com aprovação de dois terços dos ministros, tenham efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. A adoção da súmula possui forte influência do direito americano, sobremaneira do *stare decisis*.

¹⁵⁰ Em sentido contrário, está Rodrigo Brandão (2012, p. 159-160), afirma que a nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal constitui um exemplo de ativismo. Afirma que além de fazer pouco sentido, diante da ampla publicidade que já gozam as decisões do Supremo Tribunal Federal, a proposta parece contrariar o dispositivo do art. 103-A, CF, visto que não faz sentido aprovar uma súmula de efeito vinculante se todas as suas decisões já gozam de efeito vinculante.

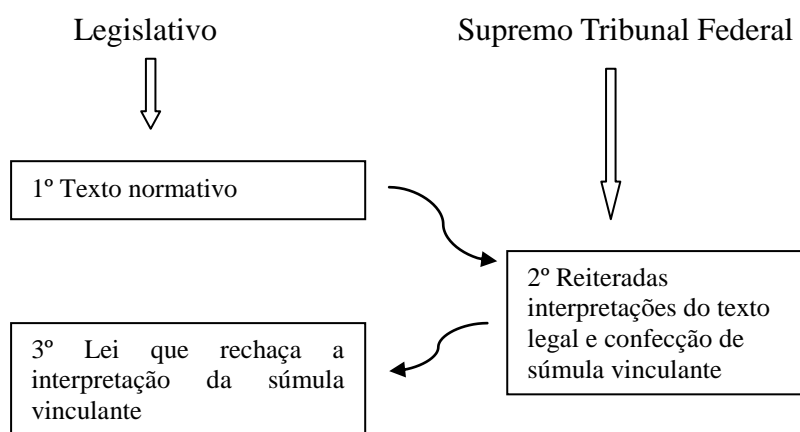
¹⁵¹ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

¹⁵² Vale observar que embora haja o requisito constitucional de que a aprovação das súmulas vinculantes dependam de reiteradas decisões sobre a matéria, na prática não é sempre que o requisito é cumprido. Na súmula vinculante 28, por exemplo, o único precedente foi o julgamento da ADI 1074, Rel. Min. Eros Grau, DJ 25/05/2007.

A adoção da súmula vinculante trata-se de um instituto apto a fortalecer as decisões do Supremo Tribunal Federal, trazendo, inclusive, a adoção do da reclamação constitucional, que protege a competência do Supremo Tribunal Federal. Portanto, há a adoção de um poder juntamente com uma ferramenta para utilização de tal poder.

Ocorre que referidas súmulas possuem efeitos vinculantes tão somente em relação ao Poder Judiciário e Administração Pública, não ao Poder Legislativo, sob o risco de se incorrer em fossilização da constituição¹⁵³. Nesse sentido, embora pareça um poder bastante forte ao Poder Judiciário, a adoção de uma súmula poderá desafiar o Poder Legislativo para o diálogo acerca do tema.

Figura 30. Diálogo institucional nas súmulas vinculantes



Fonte: própria

Coadunando com o tópico anterior, o Congresso pode perfeitamente discordar de uma súmula de efeito vinculante e editar uma norma em sentido contrário à súmula. Ressalta-se, ainda, que as mesas do Senado e da Câmara são legitimadas para propor a edição e cancelamento das súmulas, o que permite um diálogo direto sobre a permanência daquela súmula no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁵³ A expressão foi trazida pelo ministro César Peluso (Rcl 2.617, Min. Rel. César Peluso, DJ 20/05/2005) para se referir aos efeitos das ADIs, afirmando que o Congresso poderia confeccionar outra norma com igual conteúdo à declarada inconstitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Se pensasse diferente, ocorreria o fenômeno da fossilização de constituição, deixando o Supremo Tribunal Federal como único intérprete do texto constitucional.

2.5.6.7 As propostas de emenda constitucional 03/2011 e 33/2011: a insatisfação do Poder Legislativo

A Proposta de Emenda Constitucional nº 03 de 2011¹⁵⁴, em tese, traria grandes semelhanças da Constituição Federal com a Seção 33 da Carta canadense. Foi proposta pelo deputado Nazareno Fonteles, do PT/PI, e confere nova redação ao art. 49, V, da Constituição Federal ao conceder ao Congresso Nacional a competência exclusiva para sustar os atos normativos dos demais poderes que exorbitem o poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa, de modo que com a redação proposta abrangeria também o Poder Judiciário, em detrimento da atual redação que abrange tão somente o Poder Executivo.

O deputado justifica a PEC argumentando que há lacuna constitucional quando os incisos V e XI¹⁵⁵, ambos do art. 49 da Constituição Federal, são interpretados conjuntamente. Isso, pois, afirma que o inciso XI tem caráter de controle político de constitucionalidade, de modo que a sua utilização somente perante o Poder Executivo impede a sua máxima eficácia. Assim, acredita que o inciso V deva abranger também a possibilidade de sustar os atos emanados do Poder Judiciário viciados de ilegalidade/inconstitucionalidade, para que haja a completa independência e harmonia entre os Poderes.

Na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania obteve parecer favorável, tendo como relator o deputado Nelson Marchezan Júnior PSDB/RS. Em seu parecer, o deputado não encontrou nenhum óbice formal. Afirma também o objetivo da Comissão em questão é tão somente analisar se a PEC ofende às cláusulas pétreas, não análise mais profunda acerca do exame do mérito, o que ficaria à cargo de comissão especial. Todavia, por se relacionar à separação dos Poderes, faz-se necessária uma breve análise sobre o tema.

E, nesse sentido, o relator demonstra como que deve ser interpretada a PEC em análise:

Entretanto, uma rápida análise no dispositivo proposto revela que o objeto da PEC (poder normativo) não se relaciona com a atividade típica do Poder Judiciário (atividade jurisdicional). Se, porventura, esta PEC submetesse uma decisão de natureza estritamente jurisdicional (a exemplo de Sentenças, Acórdãos ou Decisões Judiciais Interlocutórias) ao crivo e controle do Poder Legislativo, estar-se-ia diante de clara violação ao princípio constitucional da Separação dos Poderes. Todavia, não é disso que trata a PEC nº 3/2011, a qual versa, exclusivamente, sobre os atos normativos (atividade atípica e,

¹⁵⁴ A PEC em questão daria a seguinte redação ao art. 49, V, da Constituição Federal: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V – sustar os atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;”

¹⁵⁵ Art. 49 [...] “XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes”.

portanto, de natureza não-jurisdicional) dos outros poderes, especialmente aqueles emanados pelos órgãos do Poder Judiciário, que possam ter extrapolado os limites da legalidade (FONTELES, 2011)

Portanto, o parecer faz a interpretação de que a PEC tem tão somente o poder de sustar os atos normativos pelo Congresso Nacional, não os atos de funções tipicamente judiciárias. Nesse sentido, prossegue o relator afirmando que a PEC homenageia a convivência harmônica entre os Poderes. “O mecanismo institucional proposto fortalecerá o equilíbrio entre os Poderes e poderá favorecer o chamado diálogo institucional”. (FONTELES, 2011)

Assim, de acordo com o relator, a PEC poderá conferir, sob certa ótica, “legitimidade aos atos normativos do Poder Judiciário, tendo em vista que o Poder Legislativo não mais poderá queixar-se dos excessos, pois disporá de meios para corrigi-los”. (FONTELES, 2011) Eventual omissão do Congresso diante de excessos normativos acabará por legitimá-los. Ainda que se aponte a crise da representatividade política do Poder Legislativo como uma das causas do ativismo judicial, não pode o próprio Congresso Nacional abdicar do zelo por sua competência legislativa.

O relator prossegue dizendo que embora não seja o escopo da PEC não pode furtar a observar que o Poder Judiciário, mormente no exercício do controle de constitucionalidade, tem deixado de lado o tradicional papel de legislador negativo para atuar como legislador positivo. Tal fato atenta contra a democracia e as legítimas escolhas feitas pelo legislador. Com isso, não deve o Poder Legislativo consentir com a tese de que a Suprema Corte representa um arquiteto constitucional com poderes de, por meio de suas decisões ativistas, redesenhar outras instituições e a própria Constituição. (FONTELES, 2011)

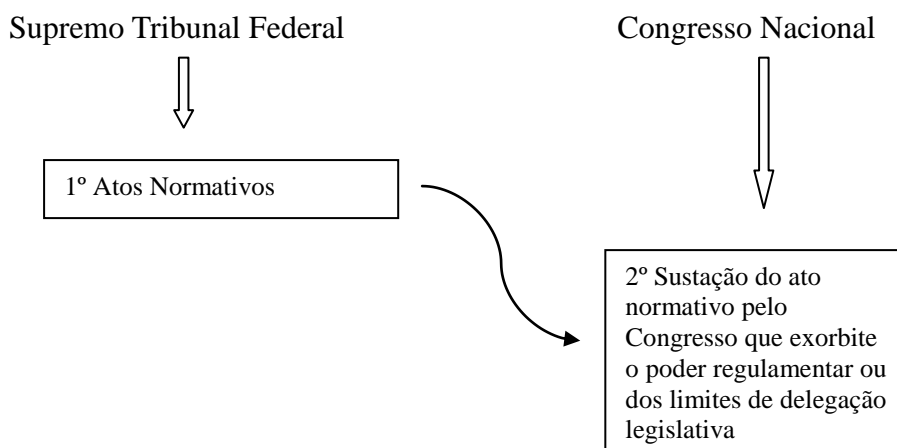
Após todas essas considerações acerca do ativismo judicial, o relator reafirma que não se trata do objeto da PEC e vota pela admissibilidade da PEC. O parecer foi aprovado na reunião da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania do dia 26/04/2012. Desde então, não houve a criação da comissão especial para apreciá-la.

No mesmo sentido, a PEC 33/2011 também de autoria do Deputado Nazareno Fonteles procura estimular institucionalmente a interpretação conjunta do texto constitucional, alterando os artigos 97, 103-A e 102, todos da Constituição Federal¹⁵⁶, e pretende alterar a

¹⁵⁶ Os artigos passariam a ter as seguintes redações: “Art. 97 Somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público; Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. § 1º A súmula deverá guardar estrita identidade com as decisões precedentes, não podendo

quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis, condiciona efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de emendas à Constituição.

Figura 31. Diálogo institucional na PEC 03/2011



Fonte: própria

O deputado justifica a Proposta esclarecendo que o protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente os órgãos de cúpula, é fato notório nos dias atuais. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem contornos distintos: a judicialização das relações sociais e o ativismo judicial. Após reconhecer a possibilidade das deficiências do Poder Legislativo, afirma que em prejuízo da

exceder às situações que deram ensejo à sua criação. §2º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que carrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 3º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. §4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta, sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes. §5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita. §6º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula com efeito vinculante aprovada pelo Congresso Nacional caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso; Art. 102 [...] § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular. § 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos. §2º-C É vedada, em qualquer hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal”.

democracia, a hipertrofia do Poder Judiciário vem deslocando boa parte dos debates de questões relevantes do Legislativo para o Judiciário. Há muito o STF deixou de ser um legislador negativo e passou a ser um legislador positivo, sem possuir legitimidade eleitoral. Nesse sentido, o objetivo da PEC é reestabelecer o equilíbrio entre os poderes, resgatando o valor da representação política da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo. (FONTELES, 2011)

Continua justificando que a proposta aumenta para quatro quintos de seus membros a maioria necessária para a aprovação da súmula vinculante. Exigir-se-á, a partir de agora, a concordância de pelo menos nove ministros para que se declare uma norma inconstitucional, para que haja nítida homogeneidade no entendimento da Suprema Corte. (FONTELES, 2011)

Em seguida, começa a discorrer sobre as súmulas vinculantes e vê nítida relação entre a sua criação, pela EC 45/2004 e a existência do ativismo judicial no país. Ademais, acredita que as súmulas vinculantes não têm obedecido ao requisito constitucional de ser elaborada somente após reiteradas decisões. Dessa forma, o deputado traz alguns casos em que os ministros têm passado da discussão da repercussão geral diretamente para a criação da súmula vinculante. Com isso, conclui que compete ao Poder Legislativo rever as regras existentes sobre as súmulas vinculantes (FONTELES, 2011)

Nesse sentido, acredita que o problema poderia ser atenuado caso fosse aumentado para quatro quintos o quórum necessário para a aprovação da súmula vinculante, ou seja, o voto de nove ministros. Ademais, acredita ser salutar que o efeito vinculante da súmula perante os demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública só se inicie após aprovação da súmula, por maioria absoluta, em sessão conjunta do Congresso Nacional. A análise parlamentar se dará em até noventa dias após a sua votação no Supremo Tribunal Federal e, caso o tempo transcorra sem análise parlamentar será tacitamente aprovada. A análise, ainda, será no sentido de avaliar a observância dos casos precedentes reiteradamente decididos e eventuais excessos legislativos. Caso o efeito vinculante da súmula seja rejeitado, a súmula se tornará uma súmula ordinária do Supremo Tribunal Federal. (FONTELES, 2011)

Afirma ainda que a alteração constitucional não viola a separação dos poderes, vez que a súmula vinculante não possui natureza jurisdicional. Assim, tal medida apenas dá cumprimento ao determinado no art. 49, XI, da Constituição Federal, fazendo com que o Congresso zele pela preservação da sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos demais Poderes, havendo verdadeiro diálogo institucional entre os Poderes da República. (FONTELES, 2011)

Por fim, a proposição do deputado também confere ao Poder Legislativo um papel relevante no controle de constitucionalidade de emenda à Constituição, consistente em submeter ao Congresso Nacional a decisão do STF, que não teria, de imediato, efeito vinculante e eficácia contra todos. Somente após a apreciação do Congresso Nacional, reconhecendo a inconstitucionalidade defendida pelo Supremo, é que operaria o efeito vinculante e a eficácia da decisão judicial. Na hipótese de o Congresso ratificar seu entendimento já esposado anteriormente por ocasião da aprovação da Emenda, ficaria a população convocada para opinar sobre o caminho a ser seguido. Assim, havendo divergências entre a posição dos juízes e dos representantes do povo, caberia ao próprio povo a última palavra. (FONTELES, 2011)

Após uma série de críticas à atitude ativista do Supremo Tribunal Federal, discorrer sobre uma série de autores contrários a tal ação e lembrar a carta canadense, no que se refere aos diálogos institucionais, conclui:

A presente Proposta de Emenda à Constituição pretende, insistimos, fomentar o diálogo institucional mediante a valorização do papel do Poder Legislativo, muito caro à democracia, e que traz consigo a insubstituível legitimidade da escolha popular. (FONTELES, 2011)

Na comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania houve dois relatores. O primeiro foi o deputado Esperidião Amin, PP/SC, designado na sessão de 01/07/2011. Apresentou parecer, na sessão de 30/08/2011 pela inconstitucionalidade do art. 3º da PEC, que reforma o art. 102, da Constituição Federal, afirmando que a proposta

na qual se pretende submeter ao Congresso Nacional a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de proposta de emenda à Constituição, há, na espécie, manifesta inconstitucionalidade, pois a decisão do Excelso Pretório em ação direta de inconstitucionalidade tem natureza estritamente judicial. Desse modo, por significar interferência indevida do Poder Legislativo em atividade típica do Poder Judiciário, o dispositivo citado viola o princípio da separação dos Poderes. (FONTELES, 2011)

Ao término do seu voto, vota pela admissibilidade pela PEC 33/2011, mas com a supressão do art. 3º da PEC. Já na sessão de 17/05/2012 foi designado novo relator, o deputado João Campos, PSDB/GO, o qual apresentou parecer favorável na sessão de 05/12/2012, votando pela admissibilidade, o que foi aprovado em na sessão de 24/04/2013. Os deputados Paes Landim, PTB/PI, e Vieira Cunha, PDT/RS, apresentaram voto em separado, ambos no sentido de inadmissibilidade da PEC.

O deputado Marcos Rogério, PDT/RO, apresentou Reclamação ao plenário solicitando a declaração de nulidade da designação do Relator deputado João Campos, em substituição ao deputado Esperidião Amin, PP/SC, visto que o fato de este não ter se

manifestado na sessão de 14/05/2012 não pode ser interpretado, como requer a praxe do Congresso como renúncia tácita à relatoria. A reclamação foi indeferida pela mesa da Câmara, pois estava fora do prazo regimental, em 26/09/2013. Desde então, não houve mais manifestação.

Tanto a PEC 03/2011 quanto a 33/2011 tentam trazer para o modelo brasileiro o dispositivo semelhante ao existente na seção 33 da carta canadense. É importante anotar, primeiramente, que a tradição institucional brasileira é diferente da canadense, uma vez que, como dito alhures, a tradição de governo parlamentar contribui para o surgimento das teorias dialógicas mantendo a última palavra ao Poder Legislativo, o que não acontece no Brasil. De toda sorte, trata-se de um modelo mais tímido, teoricamente, pois o campo de verificação congressional é mais restrito que o existente no modelo canadense. Na prática, no entanto, a PEC é bastante agressiva e traz diversas repercussões institucionais e na opinião popular. Apesar de, nas justificativas da PEC, o deputado possuir um discurso ameno, vê-se, num artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, em 04/05/2013, que a sua intensão é mais incisiva. Começa afirmando que a “PEC 33/2011, de minha autoria, é uma vacina contra o vírus mutante do despotismo legislativo do Supremo Tribunal Federal” (FONTELES, 2013).

Após, segue uma série de julgados ditos ativistas do Supremo Tribunal Federal, que o autor denomina de “doenças invasoras” e afirma que tais julgados demonstra que o Supremo Tribunal Federal viola as prerrogativas do Parlamento e fere as cláusulas pétreas da separação dos Poderes e do voto direto e universal, que legitima o Congresso. Também fere os artigos 1º e 2º da Constituição, que preceitua que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente e que os três Poderes da União são independentes e harmônicos entre si. (FONTELES, 2013).

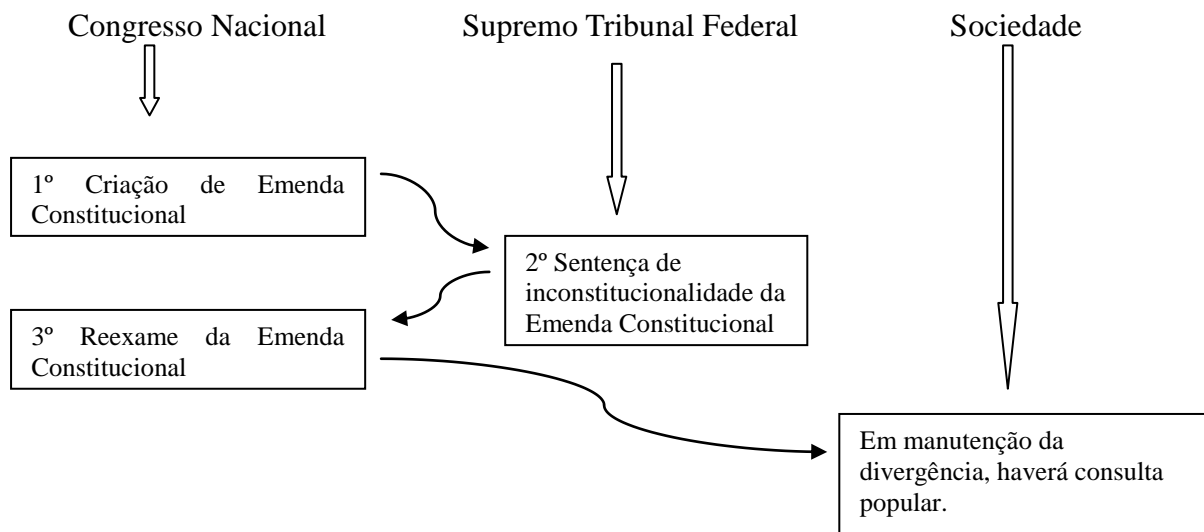
Afirma que a soberania de mais de 130 milhões de votos é anulada pela Corte, como proposta, reage:

Na minha compreensão, e na de conceituados juristas, o Congresso Nacional pode sanar todas as citadas "doenças invasoras", usando o artigo 49, XI, da Constituição, que afirma ser da competência exclusiva do Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes. Outro caminho é o Senado usar o artigo 52, X, que já o autoriza a suspender a validade das decisões sobre leis pelo Supremo no prazo que lhe aprouver.

Esses dois artigos, somados aos artigos 103, 1º e 2º da Carta Magna, confirmam que a última palavra sobre a Constituição quem deve dar é o povo, quer pelos representantes eleitos, quer pelo voto direto. Ou seja, "a Constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é", como disse John Rawls. (FONTELES, 2013).

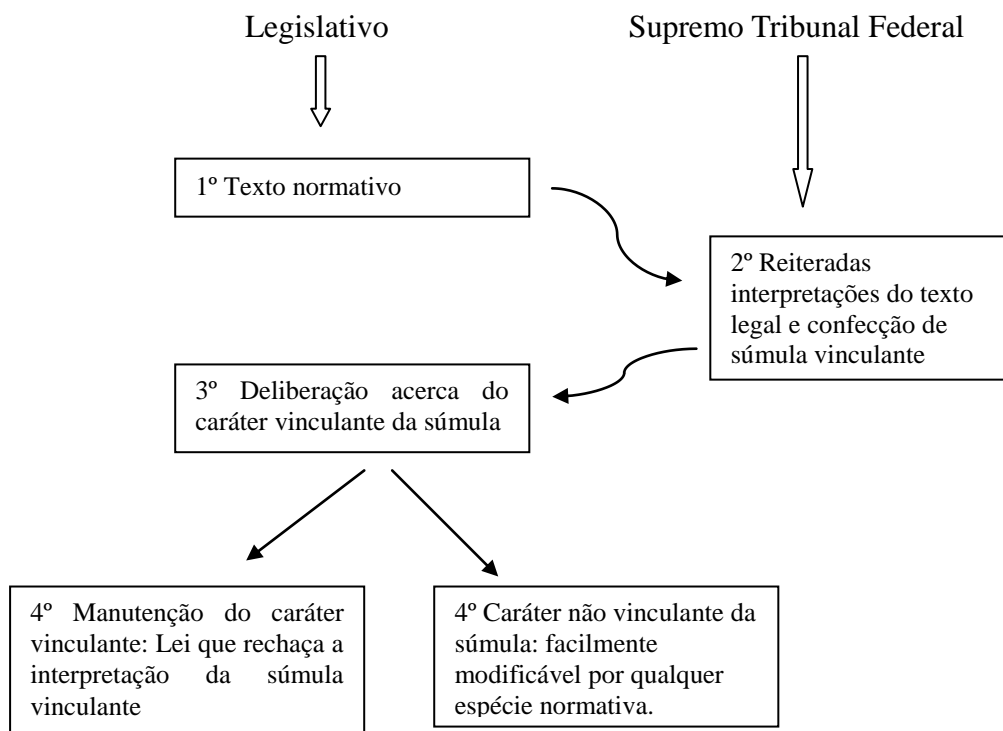
Afirma, nesse sentido, a PEC cria uma barreira contra o despotismo do STF no controle de constitucionalidade, ao mesmo tempo em que preserva o Judiciário de excessos do Legislativo, quando remete ao povo a palavra final (FONTELES, 2013).

Figura 32. Diálogo institucional na PEC 33/2011: Modificação do art. 102



Fonte: própria

Figura 33. Diálogo institucional na PEC 33/2011: Modificação do art. 103-A



Fonte: própria

Portanto, o que se vê nas palavras do deputado Nazareno Fonteles é um discurso bastante indignado acerca da atuação ativista do Poder Judiciário. Trata-se, ainda, de uma proposta de emenda à Constituição, que não se pode saber se será transformada em emenda constitucional, nem mesmo se passará pelo crivo de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, caso seja aprovada e questionada. De toda forma, a importância das propostas em apreço é a insatisfação que possuem alguns parlamentares diante da atitude do Poder Judiciário. Nesse sentido, também é importante, pois justifica o presente trabalho diante da importância de se analisar os novos arranjos institucionais na tentativa de reestabelecer o equilíbrio e harmonia entre os poderes.

Os casos mostrados neste tópico dependem, em certa medida, do casuísmo de se encontrar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal decisões que comunguem com a ação e resposta legislativa, bem como propostas ainda tímidas de se coibir tal atitude. No capítulo seguinte, no entanto, discorreremos mais pormenorizadamente acerca da inconstitucionalidade por omissão, que acredita-se ser a possibilidade institucional de encontrar traços dos diálogos institucionais.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: ASPECTOS TEÓRICOS E O CARÁTER DIALÓGICO

Uma situação específica em que as teorias dos diálogos institucionais podem ser encontradas em ordenamentos que não se encaixam na tradição de soberania parlamentar, além dos exemplos esporádicos encontrados na jurisprudência do STF, é no instituto da inconstitucionalidade por omissão, que Linares (2008a, p. 510) afirmará que a Corte atuará com o poder de *agenda política*, ou seja, terá a capacidade de obrigar autoridades representativas a abordar e conferir solução a determinados problemas. Antes de demonstrar a caracterização da relação dialógica fruto da inconstitucionalidade por omissão, convém mostrar alguns apontamentos teóricos sobre o tema.

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Historicamente, o reconhecimento das omissões inconstitucionais deveu-se ao advento do Estado social. Com o plasma das constituições dirigentes, o Estado foi elevado a uma condição de maior responsável pela promoção do bem-estar social, a ele sendo confiadas múltiplas tarefas e atividades voltadas à realização dos fins sociais constitucionalmente estabelecidos. Visando assegurar a efetividade da Constituição dirigente, a ordem jurídica viu-se compelida a instituir novas categorias jurídico-constitucionais. É nesse contexto que é criada a inconstitucionalidade por omissão, como uma sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos do Estado pelo silêncio do transgressor da Constituição e destinada a evitar a erosão da força normativa da Constituição dirigente (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 114).

Nesse contexto, começa-se a falar em omissão inconstitucional na Alemanha, com o advento da Lei Fundamental de 1949, que vincula o legislador aos direitos fundamentais e à Constituição como um todo. Assim, percebe-se a evolução da jurisprudência da Corte em reconhecer que configura omissão inconstitucional não só o inadimplemento absoluto de um

dever de legislar, mas também a execução falha, defeituosa ou incompleta do mesmo dever. Trata-se, contudo, apenas de uma inovação jurisprudencial, a qual, conseqüentemente, trouxe uma significativa modificação na doutrina, com o intuito de aprimorar as técnicas de decisão aplicável aos casos omissão do legislador para que eliminasse do ordenamento essa peculiar forma de afronta à Constituição, sem violentar a própria sistemática constitucional consagrada na Lei Fundamental (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 1348).

O controle da inconstitucionalidade por omissão, no entanto, só foi positivada na Constituição da Iugoslávia, de 1974, em seu artigo 337, que previa a possibilidade de o Tribunal Constitucional, de ofício, instaurar processo para a verificação de inconstitucionalidade por omissão:

Art. 337. Se o Tribunal Constitucional da Iugoslávia verificar que o órgão competente não promulgou as prescrições necessárias à execução das disposições da Constituição da República Federativa da Iugoslávia, das leis federais e das outras prescrições federais e atos gerais, dará ao fato conhecimento à Assembleia Federativa da Iugoslávia.

Além do fato de os tribunais poderem instaurar de ofício o processo de apreciação da constitucionalidade, Flávia Piovesan (2003, p. 131) afirma que, no caso de omissão constitucional, não só informava à Assembleia tal fato, como também intervinha com visas ao suprimento das omissões legislativas, mediante apresentação às Assembleias de propostas de elaboração ou modificação de leis ou de tomada de outras medidas que tenham por fim garantir a constitucionalidade e legalidade, bem como a proteção de direitos.

O instituto da inconstitucionalidade por omissão também apareceu no direito lusitano que previa na sua Constituição de 1976, no art. 283:

Art. 283.

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamentos em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.
2. Quando o tribunal constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

É muito provável que o constituinte de 1988 tenha se inspirado no texto português para a redação do art. 103, §2º da Constituição Federal e do art. 12-H da lei 9868/99¹⁵⁷, pois

¹⁵⁷ Art. 103 [...]§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias; No mesmo sentido, dispõe o art.. 12-H. Declarada

possuem significativas convergências. Em ambas, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão importará na declaração de inconstitucionalidade e ciência ao órgão competente para que adote as medidas necessárias. Ademais, a decisão de inconstitucionalidade é, pois, meramente declarativa, vez que, via de regra, o Tribunal não pode criar normas¹⁵⁸, nem se pronunciar sobre o modo pelo qual a omissão legislativa será superada. Nos dois sistemas, também se percebe que o controle da inconstitucionalidade por omissão é abstrato, processando em ação específica, com eficácia *erga omnes*, e concentrado em um único órgão jurisdicional. Como divergências, contudo, ressalta-se que no sistema brasileiro o rol de legitimados para a propositura da ação é em número superior aos legitimados do sistema português¹⁵⁹, bem como o fato de que a Constituição brasileira permite que no polo passivo da ação esteja não só o legislador omissor, como também o órgão administrativo omissor, fixando prazo de 30 dias para a adoção das providências necessárias para a efetivação do preceito constitucional, ao passo que na constituição portuguesa só se pode caracterizar a omissão inconstitucional frente à ausência de medidas legislativas (PIOVESAN, 2003, p. 132).

3.2 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO¹⁶⁰: ASPECTOS TEÓRICOS E PROCESSUAIS

O conceito de constitucionalidade e inconstitucionalidade expressam uma relação (MIRANDA, 2000, p. 310-316) de conformidade ou desconformidade que se estabelece entre um parâmetro contra o qual a norma será confrontada e um objeto que será confrontado com a

a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

¹⁵⁸ Muito embora o art. 103, §2º da Constituição Federal e o art. 12-H da lei 9868/99 assim determinem, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que no início se quedava a dar ciência, tem modificado o seu posicionamento no sentido de resolver a injunção ao caso concreto, por meio das sentenças de perfil aditivo, como se verá adiante.

¹⁵⁹ Enquanto o sistema português restringe os legitimados para a propositura da ação ao Presidente da República, o Provedor de Justiça e aos Presidentes das Assembleias Legislativas regionais, em caso de violação de direitos das regiões autônomas, o art. 103 da Constituição brasileira, amplia bastante o rol de legitimados, com a finalidade de sanar o problema original de quando o controle concentrado foi criado no ordenamento brasileiro, por intermédio da Emenda Constitucional 16/1965, que atribuía somente ao Procurador-Geral da República a legitimidade para a propositura da ação, com a Constituição de 1988, têm-se os seguintes legitimados: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁶⁰ Assevera-se, neste tópico, que o objeto central deste trabalho não é a elaboração de uma teoria fundamental sobre a inconstitucionalidade por omissão. Estuda-se o instituto tão somente pelo necessário para demonstrar que se trata de uma das formas de aplicação das teorias dos diálogos institucionais no Brasil.

norma parâmetro. O parâmetro, via de regra, é a Constituição, de modo que será inconstitucional toda aquela norma que confrontá-la. O objeto, por sua vez, será o comportamento estatal, podendo ser positivo, quando traduzido em uma ação, ou negativo, quando traduzido em uma omissão, na medida em que haverá inconstitucionalidade tanto em face de um ato praticado contra uma norma constitucional, como quando for o caso de uma inércia do poder público diante de uma norma constitucional que determina uma ação (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 115).

De acordo com Barroso (2009c, p. 1), duas premissas são necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A supremacia constitucional decorre da posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada. É o fundamento de validade de todas as normas, de modo que nenhuma norma poderá subsistir se for contrária à Constituição. Assim, a ideia da inconstitucionalidade decorre do princípio da hierarquia das normas jurídicas, de modo que as normas inferiores encontram o seu fundamento de validade nas normas superiores. Como a Constituição está no ápice do ordenamento jurídico, qualquer norma que venha a colidir com ela é tida como inconstitucional, expondo-se, via de regra, à invalidação¹⁶¹.

A rigidez constitucional, por sua vez, revela que, para que possa figurar como parâmetro, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se fosse de forma diversa, inexistiria distinção entre a espécie normativa objeto do controle e aquela em face da qual se dá o controle (BARROSO, 2009c. p. 2).

A inconstitucionalidade não se encontra tão somente nos atos comissivos do poder, pois a exigência de conformidade de situações jurídicas com direitos constitucionais, como decorrência natural da supremacia constitucional, não se satisfaz apenas com a atuação positivo de acordo com a Constituição. Omitir a aplicação das normas constitucionais, quando determinado no texto constitucional, resulta em uma conduta inconstitucional, apurável pelo controle de constitucionalidade por omissão. Assim, há transgressão à Constituição tanto quando se faz algo por ela proibido, quanto quando se deixa de fazer algo que ela impõe, levando à noção de que a conformidade com a Constituição possui uma dimensão positiva e uma dimensão negativa (CANOTILHO, 1994, p. 479).

¹⁶¹ Embora peremptória, a informação acima deve ser temporada à luz da nova jurisprudência e doutrina constitucional. Há alguns casos, como se verá no item 3.4 que, embora uma norma seja declarada inconstitucional, ela não é invalidada por questões de segurança jurídica ou relevante interesse social.

A inconstitucionalidade por omissão é decorrente da abstenção, inércia ou silêncio do poder público que deixa de praticar determinado ato exigido pela Constituição. Nesse sentido, pode-se dizer que a necessidade de respeitar a Constituição não se satisfaz apenas com a atuação positiva em conformidade com seus preceitos. Exige-se mais, pois omitir a aplicação das normas, quando a Constituição assim a determina, também é uma conduta inconstitucional.

É necessário enfatizar que não é toda e qualquer omissão do poder público que a Constituição conduz à inconstitucionalidade. Não haverá omissão inconstitucional, v.g., se a medida omitida for indispensável à exequibilidade da norma constitucional. Por outro lado, o conceito de omissão não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples “não fazer”. Omissão inconstitucional somente é aquela que consiste numa abstenção *indevida*, ou seja, em não fazer aquilo que estava constitucionalmente obrigado a fazer, por imposição de norma “certa e determinada”. De observar-se que a inconstitucionalidade por omissão não se afere em face do sistema constitucional em bloco, mas sim em face de uma *certa e determinada* norma constitucional, cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da constituição. Ademais disso, não basta o simples dever geral de legislar ou atuar, sendo necessária a existência de uma *imposição constitucional* ou *ordem de legislar*, seja ela, porém, abstrata ou concreta, mas forçosamente, reitere-se, definida em norma certa e determinada. Por outro lado, anuncia-se, com acerto, que a omissão para ser relevante, deve guardar conexão com uma exigência constitucional de ação: a Constituição determina uma atuação do poder público, que simplesmente não se realiza ou não se realiza a contento. Logo, só há falar em omissão inconstitucional quando há o dever constitucional de ação (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 124).

No mesmo sentido, Barroso (2009d, p. 158)

Cabe demarcar o conceito de *omissão legislativa*, no contexto aqui analisado. Diga-se, desde logo, que a simples inércia, o mero *não fazer*, por parte do legislador, não significa que esteja diante de uma omissão inconstitucional. Esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal. A inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo.

Sabe-se que, em regra, o legislador possui a discricionariedade para legislar, até mesmo para que se chegue a um consenso, acerca do conteúdo da norma e do momento oportuno para fazê-la. Sendo assim, a inércia do legislador não será sempre a causa de uma inconstitucionalidade. Será, contudo, naqueles casos em que a própria Constituição impõe ao órgão legislativo um dever de regular determinado preceito constitucional e este órgão não produz a norma de forma ilegítima.

Com isso, Jorge Miranda (2000, p. 518) coloca como pressupostos da inconstitucionalidade por omissão: que a violação à Constituição decorra do não cumprimento

de certa e determinada norma constitucional; que, na circunstância concreta da prática legislativa, faltem as medidas necessárias para tornar exequível aquela norma constitucional; e que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma.

Pelo terceiro pressuposto, se percebe que somente haverá a inconstitucionalidade por omissão no domínio das normas constitucionais de eficácia limitada¹⁶²⁻¹⁶³, pois são as únicas que dependem ora de providências normativas do Poder Legislativo, ora de prestações positivas do Poder Executivo. Contudo, como afirma Cunha Júnior (2008, p. 114), é necessário relativizar tal informação, vez que, embora plenamente eficazes, há normas que contemplam direitos, como alguns direitos sociais, e carecem de providências normativas e materiais do poder público, dando lugar ao reconhecimento, em caso de omissão, de inconstitucionalidade.

No mesmo sentido, afirma Puccinelli Júnior (2007, p. 121) que só é possível falar em omissão legislativa em casos de normas de eficácia limitada, as quais não possuem densidade normativa suficiente para se tornarem exequíveis por si mesmas, devendo o legislador lhe conferir aplicabilidade. Como o combate à inércia legislativa é determinado pelo desejo de empregar a máxima efetividade às normas constitucionais, a omissão inconstitucional perderia sentido se todas as normas fossem dotadas de eficácia imediata e integral.

Ademais, pressupõe-se também que o juízo sobre a inconstitucionalidade por omissão decorra de um prazo razoável para a prática do ato, de modo que a inconstitucionalidade por omissão deve decorrer de uma omissão em tempo útil. Assim, quando não houver fixação de tempo no corpo constitucional para a edição de determinado ato, deverá haver uma ponderada avaliação do tempo decorrido, levando em consideração o a

¹⁶² Em relação à classificação de José Afonso da Silva (2007), é possível classificar as normas constitucionais em três categorias: i. Normas constitucionais de eficácia plena, entendidas abrangendo todas aquelas normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto; ii. Normas constitucionais de eficácia contida, entendidas também como aquelas normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos desejados, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias; e iii. Normas de eficácia limitada, entendidas como aquelas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário.

¹⁶³ Deve-se ressaltar que diversos autores trabalham com o tema da eficácia das normas constitucionais, havendo, pois, diversas classificações. A título de exemplo, tem-se: Maria Helena Diniz (2003) as classifica em: normas de eficácia absoluta, normas de eficácia plena, normas de eficácia restringível, normas com eficácia complementável ou dependentes de complementação; Barroso (2009d) as classifica em normas constitucionais de organização, normas constitucionais definidoras de direito e normas constitucionais programáticas; Ruy Barbosa (1932) as classifica em normas autoexecutáveis e normas não autoexecutáveis. Apesar da importância de todas as classificações existentes, adotar-se-á a classificação de José Afonso da Silva por ser a aqui considerada mais útil para os efeitos almejados.

razoabilidade conformada pela realidade social e histórica do mundo com o qual se opera o direito. Assim, sopesadas as circunstâncias envolvidas com a situação concreta, se se infirmar que não só se podia, como se veria realizar a medida reclamada, em razão da importância e indispensabilidade para dar efetividade às normas constitucionais, restará ocorrida a inconstitucionalidade por omissão (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 126). Portanto, a omissão legislativa não pode estar apartada do fator tempo, pois o juízo da inconstitucionalidade por omissão “é sempre o juízo sobre o tempo útil, razoável e necessário para proceder à integração da normatividade constitucional” (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 123). Afirmar Flávia Piovesan (2003, p. 96) que a tolerância referente aos direitos fundamentais há de ser significativamente reduzida, ante o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, podem-se perceber duas hipóteses no exame do momento que se caracteriza a omissão inconstitucional: de um lado, a própria constituição se encarrega de delimitar o tempo em que as medidas normativas deverão ser tomadas, após decorrido o tempo estabelecido, portanto, configura-se a inconstitucionalidade por omissão. De outro lado, no entanto, caso não seja estipulado pelo constituinte, será preciso avaliar, caso a caso, o prazo razoável para se a omissão se torne inconstitucional (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007, p. 123).

Portanto, a inconstitucionalidade por omissão é caracterizada como não fazer o que era devido em tempo razoável para integrar uma norma constitucional certa e inexequível ou de eficácia limitada. A omissão inconstitucional pode ser total ou parcial, de acordo com o aspecto da atuação devida do poder público que não se realiza ou não se realiza a contento. Assim, a omissão total acontecerá quando a devida abstenção é integral, consistindo, portanto, numa absoluta falta de ação. Será parcial, todavia, quando o silêncio do legislador ocorre somente em parte, ou seja, o legislador atua de forma deficiente. A omissão parcial se subdivide em omissão parcial relativa e omissão parcial propriamente dita. Nesta, a norma existe, mas não satisfaz plenamente o ditame constitucional, já a omissão relativa ocorre quando o ato normativo concede benefício a alguma categoria, mas exclui, indevidamente, outra(s).

Barroso (2009d, p. 154) aponta que são três os casos tipificadores da inconstitucionalidade por omissão: a omissão do órgão legislativo em editar lei integradora de um comando constitucional; a omissão dos poderes constituídos na prática de atos impostos pela Constituição; e a omissão do Poder Executivo caracterizada pela expedição de regulamentos de execução das leis.

Quanto às duas últimas possibilidades, a ausência de medida administrativa ou incompletude será tida como inconstitucional pelo Poder Judiciário, o que vinculará o órgão administrativo a tomar a decisão adequada, no prazo de 30 dias ou outro prazo que o STF julgar adequado, como se vê pela redação do art. 12-H, da lei 9868/99¹⁶⁴. A doutrina administrativista já tem cuidado do tema e há inúmeros precedentes jurisprudenciais em que tais disfunções precisam ser remediadas. Encontramos, também, certo diálogo entre as instituições, que será debatido no subitem seguinte, mas, para fins teóricos, cuidaremos de forma mais minudente da omissão inconstitucional do Poder Legislativo, pois, é difícil a resposta para superar tal problema.

Quando se tratar de uma omissão de medida legislativa, no entanto, percebe-se que é decorrente do silêncio do legislador na tarefa de editar normas necessárias para a efetividade da Constituição. Trata-se, pois, de um dever especial de legislar, manifestado constitucionalmente na ordem concreta de legislar (PIOVESAN, 2003, p. 91). Vê-se, portanto, que a omissão do legislador não será caracterizada ante o dever geral de legislar, mas ante o dever específico de legislar, quando a Constituição assim determinar. Assinala Flávia Piovesan (2003, p. 93) que a omissão inconstitucional se encontra na fronteira da discricionariedade do legislador e do dever de legislar, a que está sujeito em determinadas hipóteses.

Por muitos anos predominou o entendimento de que o ordenamento não continha remédio eficaz para neutralizar a inércia do legislador. A lei 9868/99, inclusive, traz uma solução bastante tímida acerca da sentença da inconstitucionalidade por omissão, afirmando que o Supremo Tribunal Federal deverá tão somente dar ciência da omissão ao legislador¹⁶⁵.

E esta solução, por muitos anos, foi a adotada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁶⁶. Não é possível, ao certo, afirmar o(s) motivo(s) da virada jurisprudencial, mas alguns fatos podem ser importantes para a compreensão deste tema, sem a pretensão de ser exaustivo.

¹⁶⁴ Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. § 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

¹⁶⁵ Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

¹⁶⁶ Objeto de estudo deste trabalho, que será visto no item 3.5, o direito de greve dos servidores públicos teve por muitos anos apenas reconhecida e informada a mora legislativa ao Congresso Nacional, como nos MI's: 20, Min. Rel. Celso de Mello; 485, Min. Rel. Maurício Corrêa; 585, Min. Rel. Ilmar Galvão. Somente nos MI's 670, Min. Rel. Maurício Corrêa; 708, Min. Rel. Gilmar Mendes e 712, Min. Rel. Eros Grau, houve o reconhecimento e a efetivação do seu direito, como se verá adiante.

Doutrinariamente, vê-se que foi consagrada a chamada doutrina brasileira da efetividade, movimento formado por diversos autores, no período que antecedeu a convocação da Assembleia Nacional Constituinte e que pretendia dar a máxima efetividade ao texto constitucional. Para alcançar o objetivo, a doutrina promoveu três mudanças na teoria e prática constitucional: no plano jurídico, atribuiu normatividade plena à constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata; no plano científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o ao discurso puramente político ou sociológico; no plano institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário (BARROSO, 2009d, p. 306).

Continua o autor (p. 306):

Este discurso normativo, científico e judicialista não constituiu, propriamente, uma preferência acadêmica, filosófica ou estética. Ele resultou de uma necessidade histórica. O *positivismo jurídico*, que deu impulso ao movimento, não importava *reduzir* o direito à norma, mas sim *elevá-lo* a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que a norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania.

Prossegue afirmando que (p. 306):

A preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua *efetividade* incorporou-se, de modo natural, à vivência jurídica brasileira pós-88. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvéssomos descoberto o óbvio após longa procura. As poucas situações em que o Supremo Tribunal Federal deixou de reconhecer aplicabilidade direta e imediata às normas constitucionais foram destacadas e comentadas em tom severo. Em menos de uma geração, o direito constitucional brasileiro passou da desimportância ao apogeu, tornando-se o centro formal, material e axiológico do sistema jurídico.

Deve-se ressaltar que, embora difícil informar categoricamente, a doutrina brasileira da efetividade pode ter sido o pressuposto de outras doutrinas que também fortaleceram a virada jurisprudencial, como o neoconstitucionalismo¹⁶⁷ (BARROSO, 2009d, p. 306), que, embora muitos autores possuam resistência de se intitular neoconstitucionalista, até mesmo decorrente da sua parca sistematização, os pressupostos filosófico, teórico e histórico,

¹⁶⁷ Embora inexistente uma sistematização e um conceito uniforme, o neoconstitucionalismo se refere à nova visão e interpretação do direito constitucional. Principal autor do tema, o mexicano Miguel Carbonell (2009) coloca duas características marcantes sobre o tema: em primeiro lugar, uma série de fenômenos evolutivos que tiveram impacto no paradigma do Estado constitucional; e, em segundo lugar, o surgimento de uma nova teoria do direito. Ressalta-se, também, que Barroso (2005) coloca três marcos para a caracterização do neoconstitucionalismo: marco histórico, substanciado no final da Segunda Guerra Mundial; marco filosófico, relacionado à ascensão do pós-positivismo; e o marco teórico, relacionado com a força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e a nova interpretação constitucional.

apontados por Barroso (2005) são de grande importância para a compreensão da nova fase por que passa o direito constitucional brasileiro.

De forma mais crítica, mas também ao lado da doutrina brasileira da efetividade, a ideia do ativismo judicial, e o seu arcabouço, a judicialização da política, também podem estar relacionados com essa virada jurisprudencial e nova interpretação da inconstitucionalidade por omissão.

Além do campo teórico, no campo institucional algumas mudanças importantes também ocorreram. A começar pela composição da Corte, que agora é recheada de juristas vindos de formação do direito público, o que corrobora com essa visão de garantir a máxima efetividade das normas constitucionais. Ademais, o filtro constitucional, no campo do controle difuso de constitucionalidade, permite com que a Corte possua certa maleabilidade para a escolha dos casos a serem julgados, o que garante maior prazo para reflexão sobre a conveniência de alteração da jurisprudência da corte.

Esses novos fatores que alteraram a visão do direito constitucional, permitiram que a nossa atual constituição trouxesse dois institutos para o controle da inconstitucionalidade por omissão: o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, de certa forma, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, que passaremos a analisar brevemente.

O mandado de injunção é considerado uma garantia fundamental, previsto no art. 5º, LXIX¹⁶⁸, pode ser definido como

o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado por falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (MEIRELES; WALD; MENDES, 2010, p. 323).

Prevalece o entendimento de que a finalidade de sua criação tenha sido o de manejar exclusivamente para a defesa dos direitos fundamentais violados em face das omissões do poder público. Embora seja considerada norma de eficácia plena, analogicamente, é utilizada a lei do Mandado de Segurança, 12.016/09, para os seus delineamentos.

O mandado de injunção, como se percebe, é uma ação incidental ou concreta da omissão do poder público que torne inviável a fruição de algum direito fundamental. Pressupõe, assim, uma relação de causalidade entre a omissão do poder público e a

¹⁶⁸ Art. 5º. [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

impossibilidade de gozo de algum direito fundamental, seja ele individual, coletivo, difuso, político ou social (BARROSO, 2009d, p. 255).

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, §2º¹⁶⁹ da Constituição e delineada na lei 12.063/09, que altera a lei 9.868/99, acrescentando toda a matéria pertinente à omissão, procura resolver, em sede abstrata, o problema da inatividade do poder público. A ADO deve ser compreendida como instrumento de controle concentrado das omissões do poder público destinada a suprir a inércia inconstitucional dos órgãos do poder público. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem a mesma natureza da ação direta de inconstitucionalidade por ação, trata-se de um processo objetivo de controle abstrato, cuja finalidade é o controle objetivo da Constituição.

Embora o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tenham sido idealizados para a mesma finalidade, possuem algumas diferenças que merecem ser especificadas, como ensina Cunha Júnior (2008, p. 574 ss.). Em primeiro lugar, o mandado de injunção faz controle incidental da omissão, voltado à tutela dos direitos subjetivos, ao passo que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão faz controle abstrato, empenhando na defesa objetiva da Constituição.

Em segundo lugar, o mandado de injunção se destina a tornar imediatamente viável o exercício dos direitos fundamentais¹⁷⁰, ao passo que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão presta-se a tornar efetiva uma norma constitucional, independentemente de a mesma definir ou não um direito. Dessa forma, pela jurisprudência do STF, diante do mandado de injunção não tem resposta na mera declaração da mora do legislador com ciência do legislativo, entendendo que a omissão poderá ser suprida: i. mediante adoção do próprio texto da norma constitucional, como se fosse autoaplicável; ii. por meio de outra lei que regule situação similar; e iii. por soluções normativo-judiciais criadas no caso concreto (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 875)

Em terceiro lugar, no mandado de injunção, a omissão obstaculiza o direito fundamental, o que pressupõe uma relação de causalidade para o gozo de um direito fundamental, sem a qual não se admite a injunção. Já na ação direta de inconstitucionalidade

¹⁶⁹ 103, § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

¹⁷⁰ Deve-se ressaltar, contudo, que no julgamento do MI 107, Rel. Min. Moreira Alves, o STF decidiu que o mandado de injunção não abre ensejo a uma tutela jurisdicional mandamental ou constitutiva, mas a uma declaração de omissão inconstitucional, sendo a decisão meramente declaratória, aproximando, pois, o mandado de injunção da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Tal posicionamento, no entanto, começou a ser superado com os julgamentos dos mandados de injunção 670, 708 e 712, como se verá no momento oportuno deste trabalho.

por omissão, a omissão impede a efetividade de qualquer norma constitucional, independentemente de estar ligada a um direito fundamental qualquer.

Em quarto lugar, por se tratar de uma ação incidental, os efeitos da sentença do mandado de injunção se limita às partes da relação processual, ou seja, possui eficácia *inter partes*. Na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, por se tratar de um processo de natureza objetiva, onde não há partes, os efeitos da decisão são *erga omnes*.

Em quinto lugar, a legitimidade ativa do mandado de injunção se difunde entre toda e qualquer pessoa que titula um direito que se pretenda exercer, ao passo que na ação direta de inconstitucionalidade por omissão se restringe ao rol elencado no art. 103¹⁷¹, da Constituição Federal.

Em sexto lugar, no que se refere à competência para processar e julgar o mandado de injunção é partilhada entre os vários órgãos judiciários: Supremo Tribunal Federal, conforme o art. 102, I, *q*¹⁷² e II, *a*¹⁷³ da Constituição Federal; Superior Tribunal de Justiça, conforme art. 105, I, *h*¹⁷⁴, da Constituição Federal; Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior Eleitoral e Tribunal Superior do Trabalho, conforme art. 102, II, *a*¹⁷⁵, da Constituição Federal; Órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal, conforme art. 105, I, *h*¹⁷⁶, da Constituição Federal; Tribunais Regionais Eleitorais, conforme art. 121,

¹⁷¹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁷² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

¹⁷³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] II - julgar, em recurso ordinário: a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

¹⁷⁴ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

¹⁷⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] II - julgar, em recurso ordinário: a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

¹⁷⁶ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

§4º, V¹⁷⁷, da Constituição Federal; além dos órgãos da justiça dos Estados, conforme dispuserem as Constituições e leis de organizações judiciárias. Ao contrário, no caso da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a competência será exclusivamente do Supremo Tribunal Federal, ou dos tribunais de justiça na hipótese da existência de ação direta de inconstitucionalidade por omissão em que o parâmetro seja a constituição estadual.

Por fim, a Arguição de descumprimento de preceito fundamental que possui previsão no art. 102. §1º¹⁷⁸ e na lei 9.882/99, é uma criação brasileira pós Constituição de 1988 sem paralelo no direito comparado, que tem a finalidade de “provocar a jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal para a tutela mais da supremacia dos preceitos mais importantes da Constituição Federal” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 582). Portanto, a finalidade é de proteger exclusivamente os preceitos fundamentais da Constituição, ante lesão ou ameaça de lesão de qualquer ato ou omissão do poder público. Diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental permite como parâmetro do controle de constitucionalidade o direito municipal e a norma pré-constitucional. Ressalta-se que a Arguição de descumprimento de preceito fundamental possui caráter subsidiário, por força do art. 4º, §1º¹⁷⁹, de modo a só ser cabível na ausência de outra ação mais apropriada.

Dessa forma, se percebe que a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ter por objeto as omissões do poder público, quer totais ou parciais, normativas ou não normativas, contanto que fira preceitos fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 644)¹⁸⁰.

Coerente com a linha de raciocínio aqui desenvolvida, entendemos que a arguição de descumprimento de preceito fundamental, na modalidade direta ou autônoma, é sempre cabível contra as omissões do poder público em adotar as medidas necessárias a *tornar efetivo preceito constitucional fundamental*, sejam estas medidas de responsabilidade do legislador, sejam de responsabilidade dos órgãos ou agentes da administração pública, tendo em vista não ser aplicável a essa modalidade de arguição a regra de subsidiariedade prevista no §1º do art. 4º da lei 9882/99 (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 645)

¹⁷⁷ Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. [...] § 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: [...] V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção.

¹⁷⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

¹⁷⁹ Art. 4º [...] 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

¹⁸⁰ Cunha Júnior (2008, p. 644) inclusive traz como exemplo a ADPF 4-DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgada em 17.04.2002, DJU de 24.04.2002.

Pretendeu-se neste tópico, não de forma exaustiva, discorrer sobre a inconstitucionalidade por omissão. Não é o objeto central desta dissertação, mas se faz necessário para que se possa caracterizá-la como exemplo de diálogo institucional no ordenamento brasileiro. No próximo tópico, discorrer-se-á sobre a inconstitucionalidade por omissão na visão das teorias dos diálogos institucionais, que é o objeto central do presente trabalho.

3.3 INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NA VISÃO DAS TEORIAS DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: O *PODER DE AGENDA* DO PODER JUDICIÁRIO

Convém, antes de começar a discorrer sobre o poder de agenda que exerce a corte constitucional no exercício da inconstitucionalidade por omissão, fazer alguns apontamentos sobre a força da sentença na declaração da inconstitucionalidade por omissão. Isso, pois, embora a lei 9868/99 apenas determine que se dê ciência ao órgão competente para a edição da lei, ao Judiciário é dada a autoridade de intérprete qualificado da Constituição para fazê-las atuar no caso concreto. Portanto, a ele “devem ser reconhecidos poderes explícitos que consubstanciam meios idôneos e efetivos para realizar os direitos e os fins delineados na Lei maior” (BARROSO, 2009d, p. 164). Assim, seja suprimindo os atos inconstitucionais, seja suprimindo as omissões, deverá o Judiciário fazer prevalecer a Constituição.

Na mesma linha, Cunha Júnior (2008, p. 138):

Defendemos a tese, teórica e cientificamente sustentável, de que o Poder Judiciário não só pode como deve, no exercício da jurisdição constitucional, integrar a ordem jurídica e suprir a omissão – asseveramos, inconstitucional – dos órgãos de direção política, à guisa de um efetivo controle dessa omissão. Não estão em jogo, aqui, as oscilações político-partidárias, mas sim a imperatividade da Constituição e o respeito pela vontade popular, fonte do maior de todos os Poderes: o Poder Constituinte! Ao contrário do que muitos comodamente advogam, os ideias de um Estado Constitucional de Direito estão a exigir a firme postura do Judiciário, e não a repeli-la.

Prossegue Cunha Júnior (2008, p. 138) afirmando que não adianta afirmar que a Constituição deve ser respeitada, ser concebida como uma Constituição normativa plena e concluir asseverando que o Judiciário não pode suprir ativamente as omissões do poder público. Ademais, pela teoria dos poderes implícitos, é sintomático que se conceba ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de fazer com que a Constituição seja totalmente efetivada, até mesmo por força de ser o seu guardião precípua.

Assim, com a previsão de meios inéditos e expeditos de seu controle, para acabar com a omissão inconstitucional, além de exigir a aplicabilidade imediata de todas as suas

normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, a Constituição se serve de um aparato fiscalizatório. A natureza jurídica das imposições constitucionais, a vinculação dos poderes constituídos e a caracterização do comportamento omissivo, com a fixação de meios para o controle permitem concluir que o poder público está constitucionalmente obrigado a tomar as medidas necessárias à concretização das imposições constitucionais. (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 138).

Em assim sendo, de acordo com Linares (2008, p. 510), o controle de constitucionalidade por omissão é um remédio estrutural, que confere às Cortes Constitucionais o verdadeiro poder de agenda política, isto é, possui a Corte a capacidade de obrigar as autoridades representativas a abordar e a conferir uma solução a certos problemas, e, para que isso aconteça três requisitos são necessários: i. definir a situação como problemática e merecedora de atenção; ii. a faculdade de obrigar as autoridades a deliberar sobre as distintas alternativas e iii. o poder de controlar a execução das decisões tomadas. Afirma que (LINARES, 2008 a, p. 511):

O propósito da questão da reforma estrutural é *remover as condições estruturais de uma situação factual que ameaza ou é contrário a um valor constitucional*. Em alguns casos, o fechamento de uma instituição pode ser a solução. Em outros, como os que envolvem escolas, presídios, as agências de serviço social ou departamentos de polícia, essa opção não é viável. Então, a solução exige nada menos do que a reorganização da agência. Em ocasiões contras, o Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade por omissão ou estado de coisas inconstitucional, e proporcionar ao Congresso (ou executiva) um tempo razoável para a emissão de uma lei ou regulamento, ou desenvolver um plano de ação ou criar uma estrutura administrativa que existia antes¹⁸¹.

As recomendações feitas pelo Judiciário poderão fixar parâmetros gerais aos quais a autoridade deverá se sujeitar. Soma-se a isso o fato de que as restrições fixadas pelos juízes acerca da maneira de operar, de suas dinâmicas de poder, do conhecimento técnico coadunarão em um ciclo de intervenções, não a uma única intervenção, que se transforma numa relação de supervisão de grande duração entre o juiz e a instituição. O rendimento institucional poderá ser monitorado para assegurar as atuações da organização se mantenha dentro dos limites constitucionais (LINARES, 2008a, p. 512). Nesse sentido, com uma função

¹⁸¹ No original, “El propósito del litigio de reforma estructural es remover las condiciones estructurales de una situación de hecho que amenaza o es contraria a algún valor constitucional. En algunos casos, la clausura de una institución puede ser la solución. En otros, como los que involucran a las escuelas, las prisiones, las agencias de prestación social o los departamentos de policía, esa opción no es viable. Entonces el remedio requiere nada menos que la reorganización de la agencia. En contras ocasiones, la Corte puede declarar la “inconstitucionalidad por omisión legislativa” o “el estado de cosas inconstitucional”, y exhortar al Congreso (o al ejecutivo) a que un plazo razonable dicte una ley o reglamento, o elabore un plan de acción o cree una estructura administrativa que antes no existía.”

estrutural, há a exigência de uma nova dinâmica na relação entre os “Poderes Constituídos, o que implica uma reflexão crítica acerca do enfoque tradicional que concebe o princípio da tripartição dos poderes, no sentido de viabilizar a implementação constitucional, privilegiando o princípio da prevalência constitucional” (PIOVESAN, 2003, p. 110).

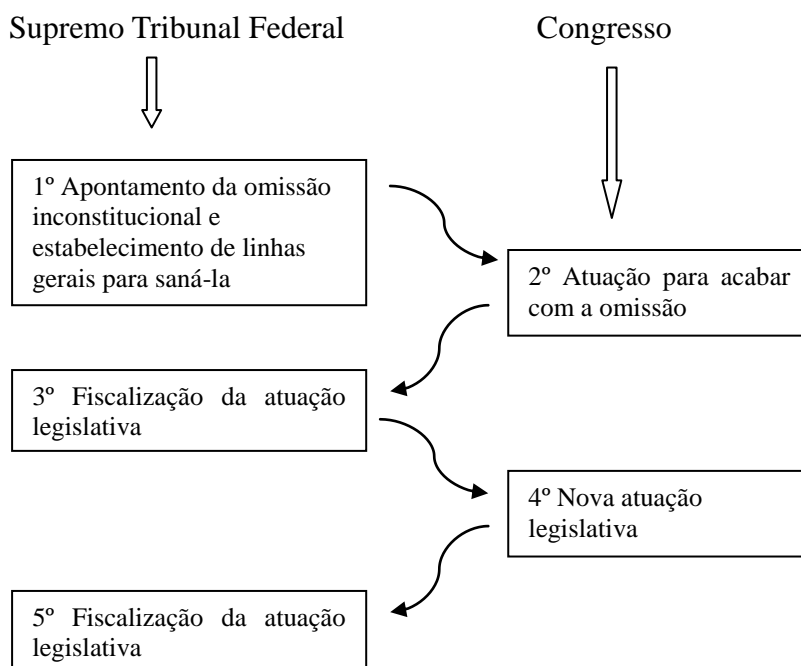
Com isso, o modelo de reforma estrutural transforma a ideia tradicional de justiça e cria uma via alternativa para o diálogo institucional. Em vez de forjar uma comunicação dialética, em que as autoridades atuam separadamente em distintas fases de tempo, o poder de agenda conferido às Cortes cria as condições para que o diálogo seja um processo cooperativo e continuado no tempo, que começa antes da tomada de decisões por parte da autoridade administrativa (por exemplo através de audiências públicas), segue durante o processo de execução (como políticas de monitoramento) e pode continuar depois de levado a cabo o plano do governo. Nesse modelo, o diálogo orgânico é ativado pela Corte, que assume somente o papel de catalizador das mudanças sociais (LINARES, 2008a, p. 512).

Vê-se que a finalidade do diálogo não é dar a última palavra, mas servir como catalizador da atividade administrativa do Estado, com o escopo de modificar uma realidade social que contraria os princípios constitucionais. Nesse sentido, não deve o juiz constitucional se limitar a conferir sentenças *inter partes*, nem meramente declarar a inconstitucionalidade por omissão legislativa. Por atuar com poder de agenda, deverá a Corte chamar a atenção aos representantes políticos, convocar audiências públicas, abrigar a tomar decisões ante certos parâmetros e controlar todo o processo de decisão e execução. (LINARES, 2008a, p. 512).

Nesse modelo, o diálogo institucional é começado pela Corte, que assume um papel de catalizador da vontade social e constitucional. Portanto, diferentemente dos demais modelos apresentados no segundo capítulo, em que o Congresso inicia o debate e atua com força precípua para a interpretação constitucional, relativizando, pois, a força do Poder Judiciário, neste caso em específico, o Poder Judiciário estaria à frente do diálogo, vez que pressiona o Poder Legislativo a uma atuação em conformidade com os ditames constitucionais, de modo a solucionar a sua omissão.

Para além da teoria de Linares, que demonstra o diálogo institucional abstratamente na inconstitucionalidade por omissão, além de conter uma dose de defesa do modelo dialógico, é possível notar traços do diálogo institucional na prática judicial quando se tratar de inconstitucionalidade por omissão.

Figura 34 Poder de agenda na inconstitucionalidade por omissão



Fonte: própria

Quanto se tratar de inconstitucionalidade por parte do Poder Executivo, encontra-se o diálogo no sentido de que a ausência da complementação será tida como inconstitucional pelo Poder Judiciário, o que vinculará o órgão administrativo a tomar a decisão adequada, no prazo de 30 dias ou outro adequado, como se vê pela redação do art. 12-H, da lei 9868/99¹⁸². Portanto, se percebe que o diálogo será mais restrito, haja vista que a possibilidade de resposta argumentativa da administração será mais limitada, mas, no entanto, percebe-se que o Judiciário atuará no sentido de fiscalizar e obrigar o Poder Legislativo a adotar tal medida, configurando, pois, o seu poder de agenda.

No campo da omissão por parte do Poder Legislativo, também configura-se o diálogo institucional. Para demonstrar a configuração dialógica, usaremos a classificação demonstrada no tópico acima, em que a omissão poderá ser total ou parcial. Esta, ainda, se subdivide em inconstitucionalidade parcial relativa e inconstitucionalidade parcial propriamente dita.

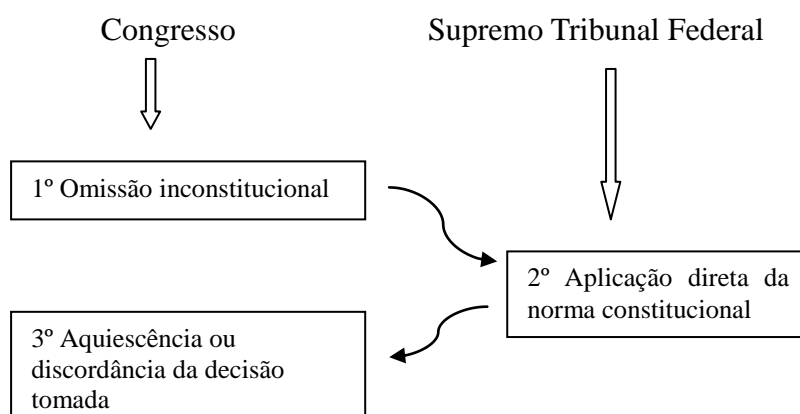
Dessa forma, haverá três hipóteses de diálogo na omissão inconstitucional, seja total ou parcial, uma vez que haverá três possibilidades de atuação conjunta dos Poderes Legislativo e Judiciário, de acordo com Barroso, (2009c, p. 35-38).

¹⁸² Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. § 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

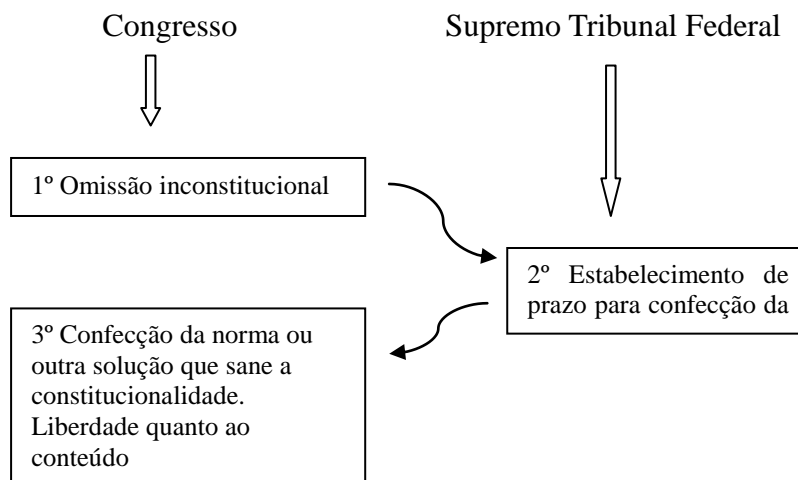
No grupo da omissão total, temos que a norma pode ser: reconhecida autoaplicável e seja determinada a sua incidência diretamente. Nesse caso, poderá o Judiciário aplicar a norma automaticamente ou deferir prazo razoável ao qual se imputa a omissão (BARROSO, 2009c. p. 35); poderá ocorrer de o Judiciário declarar a norma inconstitucional, constituindo em mora o órgão competente, hipótese que ocorrerá quando a norma não for autoaplicável, “inexistindo meio de concretizá-la sem a edição de um comando integrador” (BARROSO, 2009c. p. 36). Nesse caso, o tribunal apenas declarará a inconstitucionalidade da omissão, não pronunciando a sua nulidade; poderá, por fim, e mais incomum, não sendo a norma autoaplicável, criar a regra faltante ao caso concreto, suprimindo a lacuna omissiva.

No primeiro caso, encontra-se o diálogo tanto caso o Judiciário aplique diretamente a norma, como caso estabeleça prazo ao órgão omissor. Caso aplique a norma diretamente, percebe-se que aquela solução possuirá força normativa débil, sendo facilmente modificada pelo Poder Legislativo, ademais, gerará pressão política para que o Legislativo sane a referida inconstitucionalidade. Tem-se, portanto, que o reconhecimento da autoaplicabilidade da norma pelo Judiciário chamará a atenção do Poder Legislativo para que ou concorde que a norma é autoaplicável ou confeccione a norma faltante. De toda forma, a depender da sua atitude proativa, fica configurado a interação e consequente diálogo entre os poderes. Quando, no entanto, o Poder Judiciário estabelece prazo para que o Legislativo confeccione a norma, também fica caracterizado um diálogo, vez que o Poder Judiciário utilizará o seu poder de agenda: perceberá que a situação é carecedora de atenção, pressionará o Poder Legislativo para adotar uma solução convincente e fiscalizará a solução adotada, sempre que provocado. Considera-se também, agora de acordo com a teoria de Bateup (2006), que se trata de aplicação da teoria do aconselhamento, em que o Judiciário recomendará ao Legislativo para que tome a decisão, sem a qual a Constituição será violada.

Figura 35 Omissão total - Autoaplicabilidade

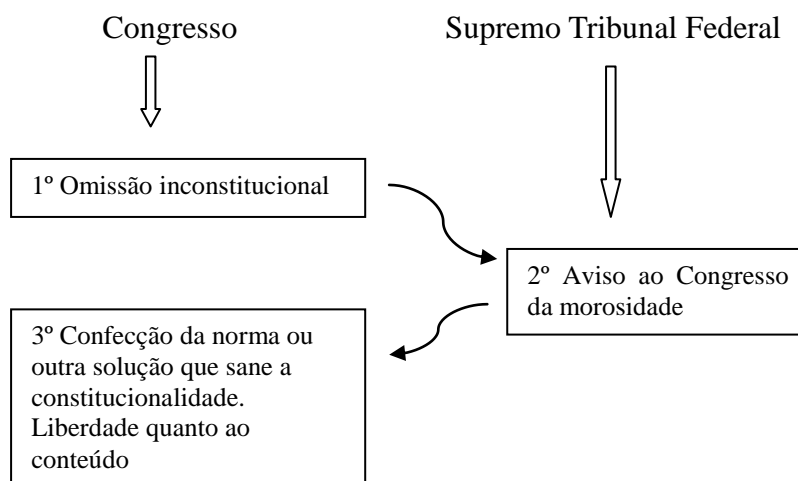


Fonte: própria

Figura 36 Omissão total - estabelecimento de prazo

Fonte: própria

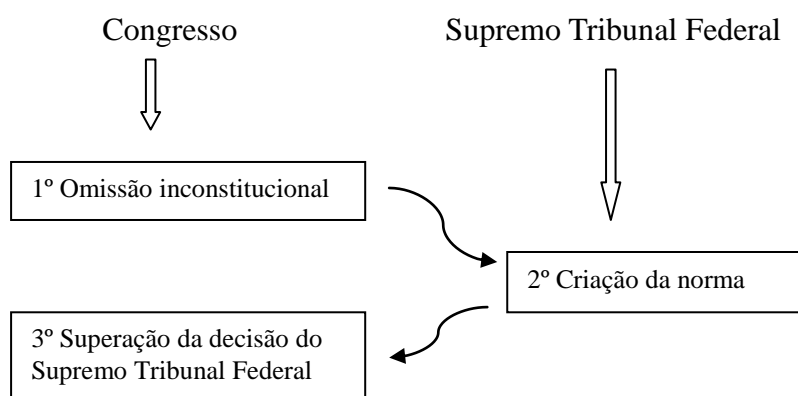
Já no segundo caso, está-se também diante da teoria do aconselhamento de Bateup (2006) em que o Judiciário reconhece que a morosidade do Legislativo é inconstitucional, lhe informando. Ao reconhecer a morosidade inconstitucional, nada impede que a Corte fixe parâmetros gerais de acordo com os quais o Poder Legislativo deverá confeccionar a norma. Se assim o fizer, estar-se-á diante da *constitutional roadmaps*, em que o próprio Judiciário já aponta o caminho que a norma deverá seguir para que seja considerada constitucional. Caso, contudo, seja uma atuação mais contida e a Corte se limite a informar a morosidade do Poder Legislativo, ainda assim se percebe a pressão política de tal ato associada à força normativa débil da sentença, o que garante ao Legislativo a possibilidade de anuir com a solução adotada ou modifica-la e tomar a decisão que julgar ideal ao caso.

Figura 37. Omissão total - morosidade do congresso

Fonte: própria

Por fim, no terceiro caso, hipótese em que o Judiciário cria uma norma a um caso concreto, esta norma possuirá os requisitos mínimos e será uma maneira de pressionar o Congresso para que crie a legislação faltante. Ademais, por possuir força normativa débil, ou seja, ser aplicável somente àquele caso, o Poder Legislativo poderá também concordar daquela norma, anuindo, ou discordar e, com isso, criar a norma que determina a Constituição. Em ambos os casos, resta configurado o diálogo e a interação entre os Poderes. Como se verá adiante, no item 3.5.2.3, a elaboração de uma norma ao caso concreto é o que corre com o mandado de injunção, o que pressiona o Poder Legislativo para a confecção da norma.

Figura 38 Omissão total - criação da norma



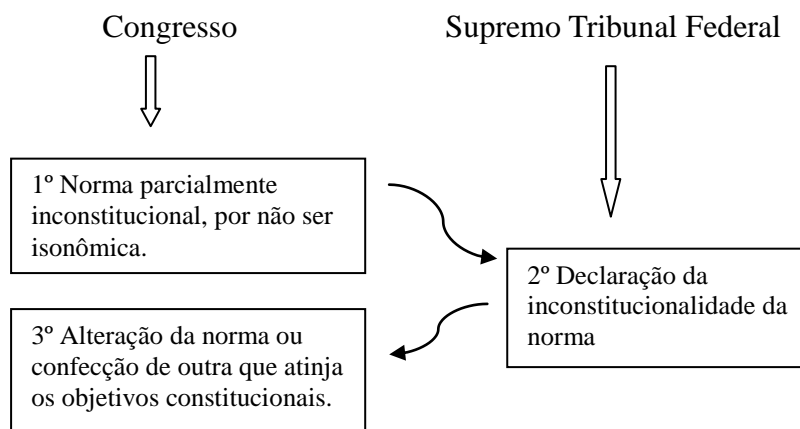
Fonte: própria

Já no grupo da omissão parcial, caso se trate de omissão for relativa haverá três linhas possíveis de atuação judicial: poderá haver a declaração por ação da lei que criou a desequiparação; poderá haver a declaração parcial da inconstitucionalidade da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias; e poderá haver a extensão do benefício às categorias excluídas (BARROSO, 2009c, p. 37); caso, contudo, se trate de omissão parcial propriamente dita, apenas uma solução será possível, normalmente com a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

A primeira solução possível é declarar a inconstitucionalidade por ação da norma criadora do benefício, de modo que, a bem da verdade, está-se universalizando a situação desvantajosa. De toda forma, a solução caracteriza o diálogo, vez que fica demonstrado que a solução adotada pelo Poder Legislativo não esteve a contento do que determina a Constituição. Ocorre que a inconstitucionalidade não se caracterizará por ferir o conteúdo constitucional de forma ampla, mas de forma específica por ferir o princípio da isonomia contido no texto constitucional. Em assim sendo, fica caracterizado o *constitutional*

roadmaps, pois a própria sentença que declara a inconstitucionalidade, estabelece quais os caminhos que devem ser adotados pelo Legislativo para sanar a inconstitucionalidade.

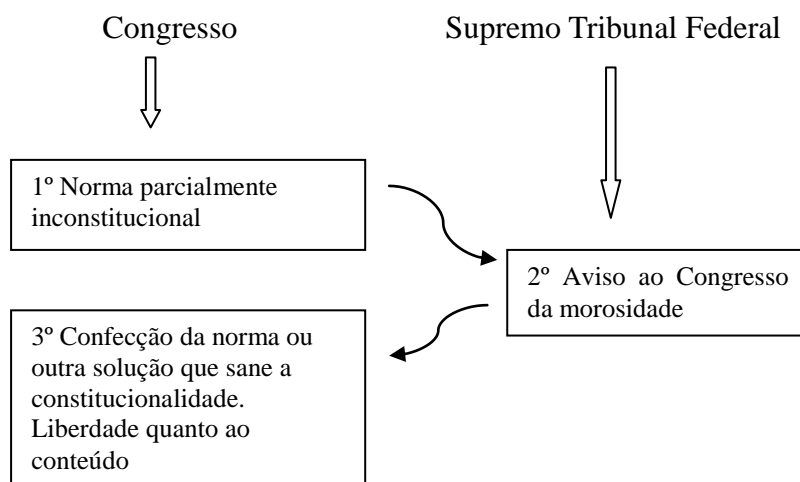
Figura 39. Omissão parcial - Declaração de inconstitucionalidade da norma existente



Fonte: própria

A segunda solução provocará o diálogo da mesma forma que a ciência ao órgão quando se tratar de uma omissão total. Vale dizer, está-se diante da teoria do aconselhamento de Bateup (2006), em que o reconhecimento da morosidade ou a Corte usará do *constitutional roadmaps*, fixando os parâmetros dentro dos quais a norma confeccionada será constitucional, ou apenas informará a morosidade do Legislativo, gerando pressão política, cabendo ao Legislativo anuir com a solução adotada ou a modificando.

Figura 40. Omissão parcial - morosidade do Congresso

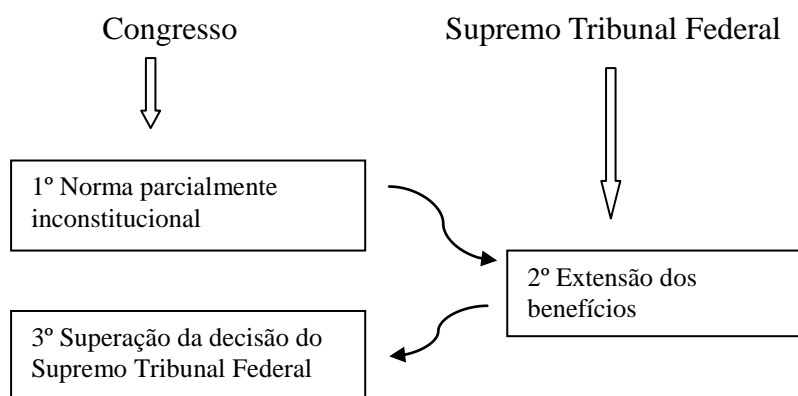


Fonte: própria

A terceira solução adotada, por sua vez, enfrentará resistências, pelo princípio da separação dos poderes, orçamento e reserva do possível. A solução que vem sendo adotada é a

sentença que declara a inconstitucionalidade estabelecer um prazo para a extensão dos benefícios. Ocorre que ao estabelecer o prazo, não poderá o Judiciário determinar a atitude a ser adotada, mas deverá se limitar a exigir o fim da inconstitucionalidade omissiva. Com isso, surge o diálogo, visto que a resposta dada pelo Legislativo pode ser diversa da esperada pelo Judiciário, contanto que seja solucionada a omissão, configurando-se, portanto, a teoria do aconselhamento, de Bateup (2006).

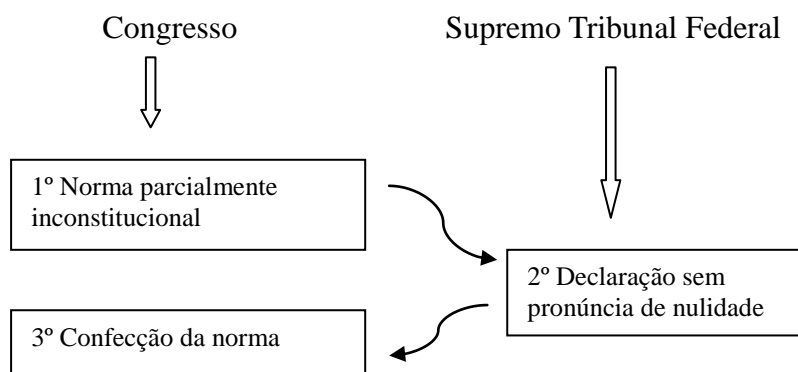
Figura 41. Omissão parcial - Extensão de benefícios



Fonte: própria

Por fim, quando se tratar de omissão parcial propriamente dita, está-se diante de um caso em que a norma existente não satisfaz como deveria determinado mandamento constitucional. Ocorre que se o Judiciário declarar a inconstitucionalidade, o benefício, que já era insuficiente, não mais existirá. O que acontece, então, é a declaração da inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a comunicação ao Legislativo para que tome as providências necessárias, momento em que surgirá o diálogo, pela teoria do aconselhamento de Bateup (2006).

Figura 42. Omissão parcial propriamente dita



Fonte: própria

Portanto, de modo geral, percebe-se a marcante presença das teorias dos diálogos institucionais quando se trata de uma questão que envolve a omissão inconstitucional. Ressalta-se que a omissão proveniente de qualquer um dos poderes legitimará os demais a com ele dialogar para chegar a uma resposta que signifique a implementação da Constituição e o consequente preenchimento da lacuna constitucional.

Não obstante a caracterização do diálogo na inconstitucionalidade por omissão, percebe-se que a dogmática jurídica associada às rebuscadas decisões judiciais que envolvem a Constituição têm evoluído para conseguir associar a implementação constitucional com fatores fáticos de ordem econômica, política e social. Assim, diversas técnicas de decisão vêm sendo aprimoradas seja para solucionar o caso concreto, garantindo-lhes força normativa, seja para relativizar a força normativa da Constituição. Em tais hipóteses, percebe-se ainda mais claramente que o diálogo institucional será potencializado, como se verá a seguir.

3.4 A INSTRUMENTALIZAÇÃO DO CARÁTER DIALÓGICO: AS SENTENÇAS INTERMEDIÁRIAS

Várias técnicas de decisão usadas pelos tribunais podem fomentar o diálogo do Judiciário com o Parlamento. São as sentenças intermediárias, que têm por finalidade a relativização do padrão binário da constitucionalidade/inconstitucionalidade. (FERNANDES, 2010, p. 973). A expressão sentenças intermediárias¹⁸³ foi utilizada pela primeira vez na VII Conferência dos Tribunais Constitucionais europeus, ocorrida em 1987, como observa Sampaio (2001, p. 163).

O termo *sentenças intermediárias* pode, então, ser entendido como compreensivo das diversas tipologias decisórias utilizadas pelo órgão de fiscalização judicial da constitucionalidade de leis ou atos normativos, com vistas a relativizar o código constitucional/inconstitucional, atendendo a fins, valores ou normas que podem ou não já ter sido previamente estabelecidos pelo Poder Constituinte ou pelo legislador (MEYER, 2008, p. 38)

De forma sucinta, este tópico adotará o mesmo esquema apresentado por José Adércio Leite Sampaio (2001, p. 163 ss.) para efeitos didáticos¹⁸⁴. Nesse sentido, haverá a

¹⁸³ Meyer (2008, p. 38) faz uma importante ponderação acerca da expressão *sentenças intermediárias*: “Da perspectiva do processo civil brasileiro, poder-se-ia dizer que melhor seria falar em ‘decisões intermediárias’, uma vez que, assim, estariam abarcadas tanto as decisões de juízos de primeira instância (sentenças) quanto as decisões tribunalícias (acórdãos)”.

¹⁸⁴ É importante destacar a crítica à classificação proposta feita por Emílio Peluso Neder Meyer (2008), no sentido de que “grande parte das espécies elencadas por Sampaio são próprias do exercício da jurisdição constitucional por cortes constitucionais de vários países, principalmente as cortes italiana, alemã e espanhola,

seguinte divisão: de um lado as sentenças normativas, que se subdividem em sentenças interpretativas, que se subdividem em interpretação conforme à constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, sentenças aditivas, sentenças aditivas de princípios e as sentenças substitutivas; e de outro lado estarão as sentenças transitivas ou transacionais, que se subdividem em sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo, sentenças de inconstitucionalidade com ablação deferida, sentenças apelativas e sentenças de aviso.

As técnicas de decisão possuem uma forte tendência a fortalecer o diálogo entre as instituições públicas. Frustrando, todavia, o proposto por Bateup (2006) e os casos tradicionais de *commonwealth*, as sentenças intermediárias dão prevalência às decisões do Judiciário, atuando o Legislativo como Poder destinado a corrigir as imperfeições técnicas que podem resultar em inconstitucionalidade.

É perceptível, também, a existência do diálogo no que se refere às sentenças intermediárias, pois elas fogem do padrão de meramente decidir que é atribuído ao Judiciário, de modo a reforçar a seu papel político na implementação da Constituição. A atuação menos enrijecida do Judiciário lhe permitirá dialogar com os demais Poderes, sem ser tido como ator político secundário. Ademais, a concepção de tê-lo como ator político o retira do pedestal de Poder técnico responsável por dizer o que é a constitucionalidade. Portanto, as sentenças intermediárias colocam o Judiciário no mesmo patamar dos demais atores políticos, retirando-lhe do pedestal de técnico da constitucionalidade e da burocracia de meramente decidir os casos que lhe são levados pelos legitimados.

3.4.1 Sentenças normativas e a pretensão perfeccionista

As denominadas sentenças normativas são aqueles “pronunciamentos judiciais que importam a criação de norma jurídica de caráter geral e vinculante” (SAMPAIO, 2001, p. 163). Possuem um acento perfeccionista, com a tentativa de delinear “*standards* de orientação para casos semelhantes no futuro, possuindo, assim, amplos efeitos prospectivos” (SILVA, 2008, p. 4). Como dito, as sentenças normativas se subdividem em sentenças interpretativas,

não tendo havido, por enquanto, um desenvolvimento destas pelo Supremo Tribunal Federal. [...] Desse modo, não obstante haver um leque bem variado das espécies decisórias do controle de constitucionalidade comparado, é preciso tentar simplificar o estudo de tão nebuloso tema” (2008, p. 39). Assim, o autor prefere a seguinte classificação (2008, p. 40): sentenças interpretativas, abrangendo a interpretação conforme a Constituição e a declaração de nulidade parcial sem redução de texto; as sentenças modificativas, nas espécies aditivas e substitutivas e as sentenças transitivas, incluídas as sentenças de modulação temporal, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e o apelo ao legislador.

subdivididas em interpretação conforme à constituição e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, sentenças aditivas, sentenças aditivas de princípios e as sentenças substitutivas, as quais serão analisadas juntamente ao mesmo passo em que se demonstrará o caráter dialógico de tais sentenças.

As sentenças interpretativas buscam, “seja por meio do provimento ou do improvimento da ação interposta, restringir o âmbito normativo do dispositivo de lei ou ato normativo sujeito ao controle de constitucionalidade” (MEYER, 2008, p. 40). Linares (2008 b, p. 203), por sua vez, as define como aquelas que “dispõem que um dispositivo legal deve ser interpretado de uma forma específica, caso queira ainda ter validade¹⁸⁵”.

Vale destacar que Hans Kelsen (1998, p. 278) já antevia a sua possibilidade. A competência de criação normativa dos tribunais, para o autor, era exteriorizada por meio dos precedentes. Os precedentes poderiam decorrer quando não havia uma norma, ocasião em que o Tribunal a criaria, “ou quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades”, momento em que “a interpretação contida na decisão assume o caráter de norma geral”.

Nesse sentido, verifica-se a possibilidade de manutenção da norma questionada no ordenamento jurídico, conferindo-lhe uma interpretação que se adeque à Constituição ou determinando que a norma só será inconstitucional caso seja aplicada a determinado grupo de pessoas ou situações. Em ambas as hipóteses, a atividade interpretativa define a possibilidade ou não da convivência da norma questionada com a Constituição (MEYER, 2008, p. 40). Com isso, percebe-se que a sentença interpretativa se subdivide em interpretação conforme a Constituição e declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.

A interpretação conforme à Constituição “importa a exclusão de interpretações inconstitucionais da norma impugnada e a sua redução ao único significado conforme à Constituição” (SAMPAIO, 2001, p. 163). A princípio, exige-se que os meios hermenêuticos tradicionais apontem a polissemia do dispositivo questionado para, em seguida, optar-se pela interpretação que esteja em conformidade com o texto constitucional.

Somente depois da identificação dos vários sentidos [...] é preciso retirar o veneno da disposição de norma, fazendo-se uso quase sempre de uma interpretação restritiva ou de uma redução teleológica que diminua o âmbito de incidência da norma, ou, por outra, revele uma norma subjetiva ou objetivamente menos ampla ou genérica do que parecia indicar a sua disposição textual. (SAMPAIO, 2001, p. 164).

¹⁸⁵ No original: “disponen que una disposición legal debe interpretarse de una manera específica si quiere salvarse su validez.”

A interpretação conforme à Constituição é construção jurisprudencial do direito alemão, não havendo previsão para a sua existência no direito tedesco, ao contrário do que ocorre no nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, desde a sua institucionalização, houve o recurso a essa sentença interpretativa, sempre com a intenção de manter no sistema jurídico uma lei inquinada da pecha de inconstitucionalidade, mas que poderia sobreviver a tal teste desde que interpretada em conformidade com a constituição. Adverte-se ainda que a técnica permite levar em consideração razões de justiça material e segurança jurídica, realizando aquilo que se chama de otimização constitucional (MEYER, 2008, p. 41).

A doutrina se debruça sobre o significado que a interpretação conforme à Constituição possui no exercício da jurisdição constitucional, se se trataria de apenas uma técnica de decisão ou teria alcance mais amplo, no sentido de constituir um princípio informador da atividade jurisdicional como um todo. E, nesse ponto, Meyer (2008, p. 47) afirma que

Casos surgem, e essa é a suposta regra no exercício da jurisdição constitucional, em que a declaração de inconstitucionalidade é inevitável, e seria forçoso, para não dizer irresponsável, impor uma determinada interpretação única e exclusivamente porque o *princípio da interpretação conforme a Constituição* não comporta exceções. A decorrência desse tipo de técnica da chamada *presunção de constitucionalidade das leis* não leva, em absoluto, a uma necessária “boa vontade” judicial para com o legislador democrático. Com isso, entender a *interpretação conforme a Constituição* como uma norma que comporta exceções no momento de sua aplicação. O que não compromete a sua validade¹⁸⁶.

O principal argumento que possibilita a interpretação conforme à Constituição é que tribunais deverão partir do princípio de que o legislador busca positivar a norma constitucional, de modo que as normas contidas no ordenamento jurídico possuem presunção de que são constitucionais (MENDES, MARTINS, 2009, p. 457).

Bittencourt (1968, p. 94-95) aduz que para chegar a uma interpretação favorável à determinada lei, não se deve fazer “violência às palavras efetivamente usadas no texto (...)”, pois quando a *mens legis* é clara e, na sua eloquência, colide com a lei suprema, não é lícito aos tribunais recorrer a uma interpretação forçada ou arbitrária para tornar a lei válida”.

Gilmar Mendes e Ives Gandra Martins (2009, p. 465) utilizam o mesmo argumento elaborado por Bittencourt (1968), colocando-o como limite à interpretação conforme à Constituição, afirmam que “segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a

¹⁸⁶ Não obstante, é preciso mencionar a tese de quem acredita que a interpretação conforme à Constituição se trate de uma técnica. Assim, o dever de interpretar todas as normas do ordenamento à luz da Constituição importa que leis e atos normativos sejam adequados a ela, sendo esta a razão de ser da técnica (MEYER, 2008, p. 47).

interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada *vontade do legislador*.” Esta, em específico, pela prática do Supremo, não será investigada mais profundamente quando a “interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto” (MENDES, MARTINS, 2009, p. 465).

Outra modalidade de sentença interpretativa trazida pela doutrina é a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto¹⁸⁷, que guarda semelhanças com a interpretação conforme à Constituição, uma vez que ambas são dotadas de um viés hermenêutico. Diferentemente do que ocorre com a interpretação conforme à Constituição, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto leva, ainda que parcial, ao provimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Assim, a interpretação conforme à constituição busca salvar a interpretação de uma norma, enquanto declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto visa declarar a inconstitucionalidade de uma determinada interpretação normativa. Vale dizer, é a possibilidade de o “STF declarar a inconstitucionalidade de uma hipótese, de um viés ou de uma variante de aplicação de uma norma jurídica sem reduzir seu texto” (FERNANDES, 2010, p. 966). Nesse sentido, a estrutura legal continua a mesma, mas certa interpretação existente é considerada inconstitucional.

Importa referir que, como em toda disposição legislativa, tais decisões recaem sobre o amplo leque de possibilidades interpretativas que surgem, retirando do ordenamento jurídico apenas aquela(s) que não se mostra(m) consentâneas(s) com a Constituição, sem que seja necessária uma modificação na expressão literal da lei ou ato normativo. (MEYER, 2008, p. 65).

O uso do instituto tem como pressuposto que a inconstitucionalidade é a exceção, atingindo somente a um grupo determinado de pessoas ou determinada situação específica. Para todos os demais casos, a norma seria considerada constitucional (FERNANDES, 2010, p. 975, 976).

Ressalta-se que a equiparação da interpretação conforme a Constituição com a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto não é unânime na doutrina.

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se na *declaração de constitucionalidade sem*

¹⁸⁷ A sentença em análise pode ser encontrada doutrinariamente também pelos nomes de: declaração de nulidade sem redução de texto, ou, ainda, declaração de nulidade parcial qualitativa.

redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas *hipóteses de aplicação do programa normativo* sem que produza alteração expressa no texto legal. (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 1428).

Colnago (2007, p. 139), afirma que, pelo aspecto formal, em que interpretação conforme à Constituição importa numa conclusão pela constitucionalidade condicionada à observância de uma dada interpretação, na inconstitucionalidade parcial sem redução de texto a conclusão do acórdão deverá ser pela inconstitucionalidade de um dos distintos significados passíveis de atribuição ao significado. Já pelo aspecto material, ou seja, os efeitos que a decisão tem sobre as normas passíveis de formulação, a interpretação conforme à Constituição importa no estabelecimento de uma norma como constitucionalmente admissível, ao passo que a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto gera a exclusão de uma norma confeccionada com base naquele texto.

É essa inclusive a orientação que parece se formar na Corte (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 1428), bem como a escolha do legislador, pela redação do parágrafo único do art. 28, da lei 9868/99¹⁸⁸, embora seja possível encontrar na jurisprudência do STF algumas confusões entre os institutos, trazidas por Meyer (2008, p. 66.), que defende a necessidade de o Supremo traçar maiores diferenças entre os institutos, vez que tais confusões não são raras¹⁸⁹.

Adverte-se que as sentenças interpretativas devem se limitar a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos, os nela claramente implícitos, dessa forma, possui como limites a textura semântica e a vontade do legislador (CANOTILHO, 2003, p. 1195). Assim, vê-se como impossível que uma interpretação conforme à Constituição se constitua uma interpretação *contra legem*. Da mesma forma, as sentenças interpretativas só

¹⁸⁸ Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (grifo nosso)

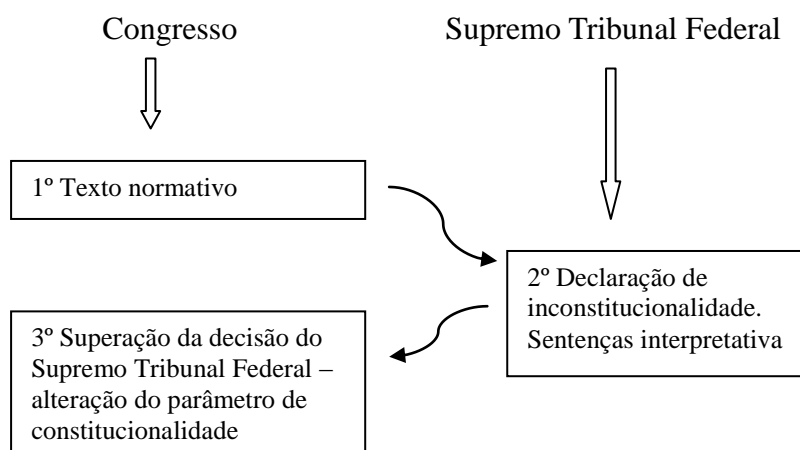
¹⁸⁹ A título de exemplo, o autor cita: ADI 2284/RJ em que se discutia o problema do MP junto aos Tribunais de Contas dos Estados. Após chegar à conclusão de que a atuação ministerial junto aos órgãos de conta especializa a função, isto é, membros do Ministério Público Federal ou Estadual não podem officiar junto a tais cortes, mas deve haver um Ministério Público especializado, o STF utilizou-se de interpretação conforme em redução de texto, mas num sentido diferente da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, pois não foi tida por inconstitucional uma determinada norma do ordenamento, mas se restringiu o âmbito normativo ao entender que só seria constitucional uma determinada interpretação. Outro exemplo se dá no RE 401.436/GO que discutia questão referente ao parcelamento de resíduos de reajuste de remuneração do servidor público, de modo que o STF entendeu que o art. 11 da Medida Provisória 2.225-45/2001 seria inconstitucional caso aplicado na hipótese de compulsoriedade, utilizando-se da interpretação conforme à Constituição para excluir certas situações, o acórdão trouxe a expressão “declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto”. Cf. MEYER, 2008, p. 66 ss.

são utilizadas quando há uma margem de interpretação, ou seja, quando o enunciado legal comporta diversas interpretações.

Para notar o potencial dialógico das sentenças interpretativas, deve-se recordar que, para Linares (2008a), o intercâmbio de argumentos existentes na interação entre Corte e Congresso caracteriza o diálogo institucional por meio do argumento, resposta e réplica. Tal esquema é fundamental, pois permite que as decisões dos juízes constitucionais admitam pelo menos uma réplica por parte do Congresso, que teoricamente, permite aos juízes constitucionais trocarem de opinião.

Nesse sentido, as sentenças interpretativas fomentarão o diálogo ao demonstrar a interpretação que estará de acordo com a Constituição, o que permitirá facilmente ao Legislativo intervir e mudar o parâmetro de constitucionalidade. Assim, o Judiciário restringirá o campo de atuação da norma, a qual será aceita ou rechaçada posteriormente pelo Poder Legislativo.

Figura 43. Sentenças interpretativas



Fonte: própria

Por sua vez, nas sentenças aditivas ou construtivas, são caracterizadas quando se declara inconstitucional determinado dispositivo por ter deixado de dizer algo, desde que a disposição omitida seja imposta pela lógica do sistema constitucional, segundo uma operação de integração analógica ou extensiva. Há, assim, uma decisão que alarga o âmbito de incidência de uma certa disposição de norma, alcançando situações não previstas anteriormente. (SAMPAIO, 2001, p. 168). Tem-se que o

Poder Judiciário entende que a norma é inconstitucional por insuficiência da mesma, mas não declara a inconstitucionalidade da mesma, extirpando-a do ordenamento. Ao invés disso, amplia o conteúdo dessa norma, ou seja, estende o âmbito dessa norma (alarga a norma, incrementando-a) com um

conteúdo até então inexistente na mesma. A norma de inconstitucional por insuficiência passará a ser constitucional em virtude do alargamento. Portanto, o Judiciário irá aditivar a norma, mediante uma decisão. (FERNANDES, 2010, p. 971).

No mesmo sentido, para Linares (2009b, p. 203),

As sentenças aditivas são aquelas que declaram a inconstitucionalidade de uma disposição enquanto omitem mencionar algo que se considera necessário conforme a constituição. São, se se querem, sentenças de inconstitucionalidade por omissão legislativa. O interessante desse caso, é a que a sentença não invalida o preceito legal, mas agrega conteúdos substantivos que não estavam especificados no texto¹⁹⁰.

Portanto, se percebe que a inconstitucionalidade da lei estaria na parte omissa, necessitando a Corte alargar o âmbito incidência do texto legal.

Afirma Meyer (2008, p. 70) que não se contentando com as sentenças interpretativas meramente operadoras de uma restrição no campo normativo de abrangência da disposição legislativa, as cortes europeias vêm desenvolvendo técnicas que ampliam o que fora determinado no âmbito dos discursos jurídicos de justificação efetuados pelo Poder Legislativo.

As sentenças aditivas são usadas para solucionar problemas com o princípio da igualdade, em ocasiões em que o legislador estabelece direitos para certas categorias de pessoas ou de situações, deixando de abarcar outras, de modo a desigualar situações outrora igualadas pelo texto constitucional. Assim, a sentença aditiva é um artifício usado pelas cortes constitucionais “a fim de solucionar a omissão do legislador inconstitucional; a Corte vai além, e determina aquilo que o legislador deveria ter prescrito. O objetivo é estender a aplicação do regime legal mais favorável” (MEYER, 2008, p. 72).

Há três fatores de onde se consegue perceber a proliferação das sentenças aditivas (LA VEGA, *apud*: MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 1433): i – a existência de uma Carta Política de perfil programático e destinada ao desenvolvimento; ii – permanência de ordenamento jurídico-positivo com resquícios autoritários; iii – ineficácia do Legislativo para responder, em tempo adequado, às exigências de atuação da Constituição e à conformação do ordenamento preexistente ao novo regime constitucional¹⁹¹.

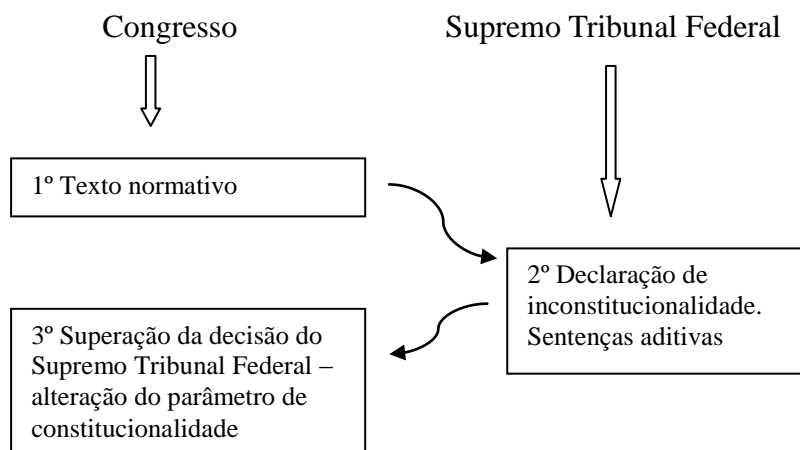
¹⁹⁰ No original: “Las sentencias aditivas son aquellas que declaran la constitucionalidad de una disposición en cuanto omiten mencionar algo que se considera necesario conforme a la constitución. Son, si se quiere, sentencias de inconstitucionalidad por omisión legislativa. Lo interesante de este caso es que la sentencia no invalida el precepto legal, sino que agrega contenidos sustantivos que no estaban especificados em el texto”.

¹⁹¹ Nesse ponto, há de se levar em consideração que as sentenças aditivas guardam uma semelhança com o fenômeno da judicialização da política e a capacidade institucional do Judiciário em adentrar em questões que, tradicionalmente, não seriam de sua alçada. Os mesmos três argumentos para legitimar a atuação do Judiciário para efetivação dos direitos são utilizados por Sarmento (2010b, p. 186 ss.) e Barroso (2011, p. 7 ss.).

Ressalta-se, por derradeiro, que as sentenças aditivas não estão adstritas a uma ação em especial, podendo advir de várias espécies de ações, seja por via recursal, seja por via de controle direto.

Nas sentenças aditivas, o Judiciário atuará como verdadeiro legislador positivo, o que poderá decorrer tanto de um ativismo por parte da Corte, quanto pela omissão por parte do Legislativo. Embora tais normas tenham caráter de norma, a sua força normativa é débil¹⁹², visto que não haverá qualquer afetação na atuação do Poder Legislativo, que poderá regular o tema da forma como entender melhor. Caso contrário, o Judiciário acabaria por engessar a atuação do Poder Legislativo. Assim, a força normativa débil será responsável por solucionar temporariamente a questão debatida, ao mesmo tempo em que atuará como pressão política ao Legislativo no intuito de confeccionar a norma. Ademais, o protótipo da norma, quando analisada pelo Legislativo configura o diálogo entre as instituições acerca da melhor solução para o caso determinado pela Constituição. O Congresso terá duas opções ante a decisão do Judiciário: ou poderá anuir ou poderá discordar e confeccionar outra norma. Em ambos os casos, haverá a possibilidade de réplica, caracterizando, pois, o diálogo.

Figura 44. Sentenças aditivas



Fonte: própria

As sentenças aditivas de princípio¹⁹³, “de mecanismo” ou “sentença-delegação”, também se dirigem a corrigir as omissões deixadas pelo legislador. Por elas, declara-se

¹⁹² Deve-se destacar, no entanto, que nem todas as sentenças aditivas podem ser superadas, caso que aconteceu no julgamento, como destacado na ADI 3510.

¹⁹³ É de se destacar que há autores para os quais as sentenças de eficácia aditiva é gênero, da qual são espécies a sentença aditiva de princípios; as decisões demolitórias com efeitos aditivos (quando suprimida lei inconstitucional constritora de direitos), e as sentenças aditivas de prestação (que têm impacto orçamentário) (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 1433).

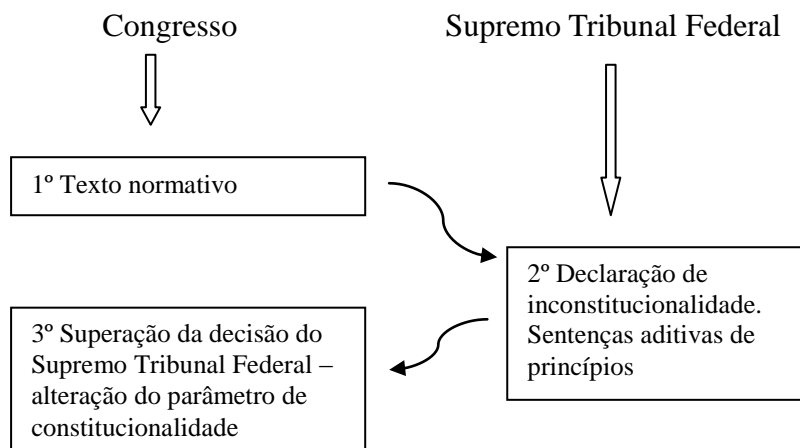
inconstitucional a disciplina legislativa denunciada, individualizando a diretriz da norma ou princípio que deve ser introduzido em sua substituição e assinalando ao legislador a tarefa de aprovar nova disciplina dentro de um tempo preestabelecido (SAMPAIO, 2001, p. 170). São, pois, sentenças que visam sanar a omissão inconstitucional, traçando o esquema que deverá ser respeitado pelo legislador no momento de supressão da mora (FERNANDES, 2010, p. 977, 978).

As sentenças aditivas de princípios encontram limites doutrinários, vale dizer:

A doutrina não reconhece essa possibilidade de aplicação dos princípios diretamente pelo juiz quando a extensão da norma puder comportar um significativo aumento da despesa pública, mas a admite com certa frequência na ocorrência de “microconflituosidades” (*microconflitualità*), vale dizer, questões repetidas que demandam uma nova extensão, análoga à precedente, todavia dela distinta (SAMPAIO, 2001, p. 170).

Parece claro que o diálogo institucional surge nesse tipo de sentença a partir do momento em que o Poder Judiciário sinaliza ao legislador a tarefa de aprovar nova disciplina no prazo estabelecido. Assim, parece restar claro que se encaixa na teoria do aconselhamento e teoria dos princípios jurídicos de Bateup (2006), bem como parece ser o exercício do poder de agenda por parte da corte constitucional.

Figura 45. Sentenças aditivas de princípios



Fonte: própria

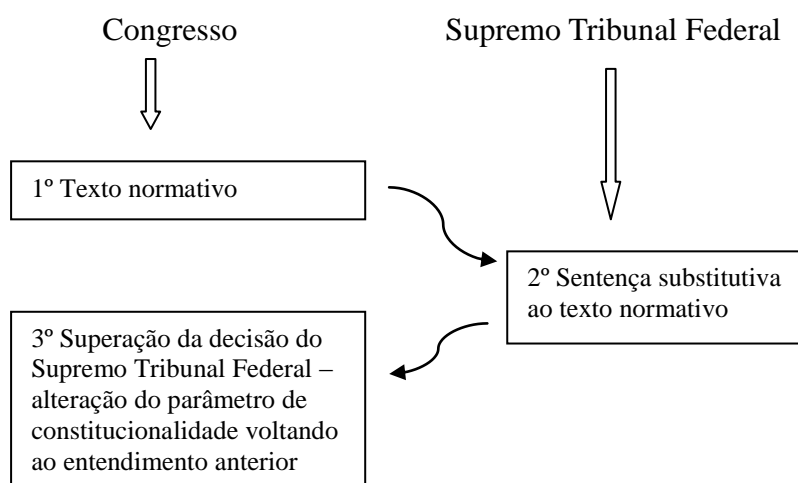
Por fim, as sentenças substitutivas são aquelas em que o Poder Judiciário entende que determinada norma é inconstitucional, por ser inadequada, de modo que a anulará num

primeiro momento e, posteriormente, substitui-la-á por outra que entender adequada. (FERNANDES, 2010, p. 978)¹⁹⁴. Para Linares (2008b, p. 203),

São aquelas sentenças que se caracterizam por declarar a inconstitucionalidade de um preceito e substituí-lo por um novo preceito, de criação judicial. Nesse caso, a decisão substitutiva se compõe de duas partes diferentes: uma que declara a inconstitucionalidade de um fragmento ou parte da disposição impugnada e outra que reconstrói de uma maneira distinta¹⁹⁵.

Agora a Corte não se resume a censurar uma disposição, mas reprime o legislador por não ter previsto a consequência na lei ou ato normativo e a substitui. Uma advertência deve ser feita sobre as sentenças modificativas. Ainda que se concebesse a sua legitimidade, tais decisões não podem, como afirma Meyer (2008, p. 80) ter eficácia vinculante, *ad instar* das sentenças interpretativas, vez que “associar o efeito vinculante a uma decisão modificativa significa colocar ainda mais às claras o caráter legislativo dessas medidas”.

Figura 46. Sentenças substitutivas



Fonte: própria

De toda sorte, mesmo que carente de legitimidade democrática, parece claro estar demonstrada a interação entre os poderes, a partir do momento que a sentença substitutiva

¹⁹⁴ Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1433), observam caso jurisprudencial em que foi adotada a técnica manipulativa com efeito substitutivo. Trata-se da ADI-MC 2332/DF, Rel. Min. Moreira Alves, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal, vencido o relator, decidiu “deferir a medida liminar para suspender, no artigo 15-A do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições, a eficácia da expressão “de até seis por cento ao ano”, (...) para dar, ao final do “caput” do artigo 15-A, interpretação conforme à Carta da República, de que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença”.

¹⁹⁵ No original: “Las sentencias sustitutivas se caracterizan por declarar la inconstitucionalidad de um precepto y sustituirlo com um precepto nuevo, de creación judicial. En esse caso, la decisión substitutiva se conpode de dos partes diferentes: una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la reconstruye de una manera distinta”.

poderá ser facilmente modificada pelo Poder Legislativo no momento da sua réplica. Parece, ainda, se encaixar no perfil das teorias do aconselhamento, de Bateup (2006), bem como parece restar clara a configuração de que a Corte exerce o seu papel de poder de agenda.

Pelo todo o exposto das sentenças normativas, percebe-se que a configuração do diálogo – argumento resposta e réplica – de Linares (2008b, p. 200) a interação entre os Poderes, consistirá no argumento, no momento da confecção da legislação posteriormente questionada; a resposta, no momento do exercício do controle de constitucionalidade, em que o Poder Judiciário adotará a sentença normativa, a qual fomenta a réplica, por ser dela dependente; e a consequente réplica, em que o Poder Legislativo confeccionará outra norma ou corrigirá a existente. Percebe-se que a interação entre os poderes se dará por meio do desafio, configurando-se, pois, na linguagem de Conrado Mendes (2011, p. 209) uma interação adversarial, conforme visto.

3.4.2 Sentenças transitivas ou transacionais: relativizando a força das sentenças

As sentenças transitivas ou transacionais são aquelas decisões que apresentam um “pronunciamento sobre a constitucionalidade ou ilegitimidade constitucional segundo um parâmetro transitório, anunciando um processo de transformação, com relativa transigência ou transação do princípio da supremacia constitucional” (SAMPAIO, 2001, p. 171). Este grupo de técnicas de decisão se preocupa com os efeitos do pronunciamento da inconstitucionalidade feito pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, o parâmetro transitório, que implica na relativização da supremacia constitucional, será fixado em virtude do contexto social, político, econômico, dentre outros, que podem ocasionar situações indesejadas, necessitando da proteção das sentenças transitivas. Assim, o Judiciário não atuará nem como legislador positivo, nem como negativo, mas renunciará à sua função de guardião da Constituição, por transacionar a sua decisão (FERNANDES, 2010, p. 978).

Antes de discorrer sobre cada uma das sentenças transitivas, algumas considerações acerca dos efeitos da inconstitucionalidade no tempo merecem ser feitas, isso, pois, na tentativa de evitar confronto com situações já consolidadas durante os anos, os tribunais acabam por atuar, em diversas vezes, e com a desculpa do caráter eminentemente político da questão, como legislador positivo. Assim, brevemente, percebe-se a existência de duas matrizes: a americana, de concessão de efeitos *ex tunc*; e a europeia, de concessão de efeitos *ex nunc*.

Como se demonstrou no item 2.1.1, ao demonstrar o surgimento do *judicial review*, no caso *Marbury v. Madison* [5 U.S. 137 (1803)]¹⁹⁶, Marshall, para definir os efeitos da inconstitucionalidade, utiliza-se da expressão que a lei já nascera morta, portanto, o ato legislativo contrário à Constituição seria um ato nulo, uma vez que o legislador atuou com uma competência além do que permitida no corpo constitucional. No caso *Norton v. Shelby County* [118 U.S. 425 (1886)], a Suprema Corte afirmou que atos inconstitucionais não conferem direitos, não impõem deveres, não estabelecem proteções e não criam cargos, sendo tão inoperantes como se nunca tivessem existido¹⁹⁷.

Deve-se ressaltar, contudo, que a retroatividade dos efeitos da norma declarada inconstitucional é uma construção doutrinária e jurisprudencial, que, a depender do caso em análise e da composição da Suprema Corte, já fora modificado em algumas decisões, como em *Linkletter v. Walker* [381 U.S. 618 (1965)] em que, por sete votos a dois, decidiu-se que a Constituição americana não proibia nem estabelecia regra absoluta sobre a retroatividade, mas isso dependeria do caso concreto. Com isso, se percebe certa abertura da Corte para uma doutrina prospectiva, como se vê no voto condutor do *justice Clark*:

Por outro lado, Austin sustentou que os juízes, de fato, fazem algo mais do que descobrir o direito: eles fazem [381 EUA 618, 624]¹⁹⁸ isso nas entrelinhas, preenchendo-as com a interpretação judicial nos termos legais ou do *common law* vagos, indefinidos, ou genéricos que, sozinhos, são as fendas vazias da lei. Implícita em tal abordagem é a suposição de que, quando um caso é superado, a decisão anterior foi decidido de forma errada. No entanto, ao invés de serem apagadas pela posterior decisão soberana, ela é considerado como um fato jurídico existente até a sua superação, e casos intermediários finalmente decididos sob a vigência não devem ser perturbados¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Todas as decisões da Suprema Corte americana colhidas neste trabalho estão disponíveis em: <http://www.findlaw.com/cascode/supreme/html>. Na referência usada pela própria Suprema Corte, a indicação entre parênteses refere-se ao ano da decisão. US é a fonte bibliográfica (*United States Supreme Court Report*), sendo o seu número à esquerda, o volume; e o número à direita, a página.

¹⁹⁷ Outros precedentes: *Griffin vs. Illinois* [351 U.S. 12 (1956)]; *Wolf v. People of the State of Colorado* [338 U.S. 25 (1969)]; *Mapp v. Ohio* [367 U.S. 643 (1961)]. Todos esses casos tratam de material criminal em que a Suprema Corte já começava a assinalar uma relativização da retroatividade da norma inconstitucional.

¹⁹⁸ Aqui o *justice* faz referência aos casos *Bringham v. Miller* [17 Ohio 445 (1848)] e *Gelpcke v. Dubuque* [1 Wall. 175 (1893)], que, decididos cem anos antes, prevaleceram a doutrina prospectiva dos efeitos da decisão, bem como outros que, nesse interregno, apontaram para uma necessidade de preservação dos atos praticados de boa-fé com base em normas constitucionais, como em *Gread Northern R. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.* [287 U.S. 358].

¹⁹⁹ No original: “On the other hand, Austin maintained that judges do in fact do something more than discover law: they make [381 U.S. 618, 624] it interstitially by filling in with judicial interpretation the vague, indefinite, or generic statutory or common-law terms that alone are but the empty crevices of the law. Implicit in such an approach is the admission when a case is overruled that the earlier decision was wrongly decided. However, rather than being erased by the later overruling decision it is considered as an existing juridical fact until overruled, and intermediate cases finally decided under it are not to be disturbed”.

Assim, por meio desses precedentes, foi possível ao *justice* dizer que, em certos casos específicos, a Suprema Corte poderia vir a dar efeitos prospectivos à decisão, atendendo à questão da justiça. Ademais, se é possível a aplicação dos efeitos prospectivos em matéria cível e criminal, nada impediria a sua aplicação também em matéria que envolva diretamente a aplicação da Constituição.

Em *Stovall v. Denno* [388 U.S. 293 (1967)], a Suprema Corte definiu três etapas para determinar a retroatividade: i. deve-se verificar o propósito das novas normas; ii. a extensão da dependência das autoridades que executam o direito das normas anteriores; e iii. o efeito de uma retroatividade total sobre a administração da justiça. Com isso, se percebe que

Muito mais do que alterar definitivamente a doutrina dos efeitos retroativos nos Estados Unidos, o que se almejou em decisões como *Linkletter* foi uma adequação da teoria de Blackstone aos precedentes judiciais. Em certos casos, a nulidade total, ou retroatividade máxima, precisou ser abrandada para que as decisões *overruled* não lesassem os direitos de terceiros e partes interessadas que agiram em conformidade com ela. O que significa a preservação de *direitos*, como salientou o *Justice Black*, muito mais do que a conservação de atos estatais. Não se está cogitando, aqui, de uma aplicação gradual da Constituição, mas sim da preservação de direitos (MEYER, 2008, p. 95).

Do lado oposto à matriz americana, tem-se a matriz europeia, em que se adotou precipuamente os efeitos *ex nunc* das declarações de inconstitucionalidade. O grande arquiteto dessa concepção, como dito no item 2.1.2, foi Hans Kelsen (2007), para quem não fazia sentido que uma lei inconstitucional fosse considerada uma lei inexistente, pelo contrário, sendo ela vigente, seria válida até que um procedimento especial fizesse com que ela deixasse de produzir efeitos no ordenamento jurídico.

Kelsen (2007, p. 140 ss.) irá dizer que entre as garantias objetivas da regularidade dos atos infraconstitucionais figuram a nulidade e a anulabilidade de um ato possivelmente irregular. A um ato nulo faltam as condições para caracterizar sua juridicidade, portanto, um ato nulo não é um ato jurídico, portanto, não podendo ser desfeito por intermédio do controle de constitucionalidade. O direito positivo estabelece as condições objetivas e subjetivas para que um ato possa ser desqualificado em sua juridicidade e tido como nulo, de modo que é sempre uma autoridade pública que deve declarar se uma norma é inconstitucional e anulá-la. De outra forma, qualquer cidadão poderia eximir-se de obedecer uma norma, desqualificando-a.

A anulabilidade de um ato quer dizer a possibilidade da eliminação de suas consequências jurídicas. “A anulação comporta, na verdade, vários graus, seja quanto a seu alcance, seja quanto a seu efeito no tempo” (KELSEN, 2007, p. 144). O pressuposto de uma

anulabilidade de um órgão central competente para tanto é o de que não há diferença entre a atividade legislativa e a atividade jurisdicional, ou, se há, é apenas de grau, uma vez que tanto o Judiciário e o Legislativo emitem normas, diferenciando-se apenas na abrangência dos alcançados por aquela norma. Anular uma lei, assim, equivale a criar uma norma geral, já que possui o mesmo caráter jurídico de uma criação e o caráter da sentença é sempre anulatória (MEYER, 2008, p. 97).

Ademais, a equiparação entre atividade legislativa e atividade jurisdicional não leva em conta, entretanto, a distinção entre existência e validade, que é o fundamento da decretação de inconstitucionalidade da norma.

Essa confusão levou Kelsen, bem antes de *Linkletter*, a criticar a doutrina de Blackstone da nulidade absoluta da norma inconstitucional. Não seria possível caracterizar como ato nulo *ab initio* e *a priori* um ato legal. Se a ordem jurídica confere a uma autoridade o processo de anulação de uma norma, tal decretação tem caráter *constitutivo* e não *declaratório*. Dizer que um ato é nulo, para Kelsen (dada a indiferença entre existência e validade), é dizer que ele é inexistente: ora, como pode, então, ser conferida a competência a um órgão para declarar a invalidade de algo que nunca existiu? A ordem jurídica pode, sim, conferir caráter retroativo à decisão, o que evidencia ainda mais o caráter legislativo da jurisdição constitucional (MEYER, 2007, p. 99).

Essas considerações kelsenianas são fundamentais para a criação doutrinária, numa série de países eminentemente europeus, das sentenças transitivas em que a inconstitucionalidade valerá a partir da sentença da inconstitucionalidade, seja a partir de um momento futuro.

Antes de discorrer especificamente sobre as sentenças transitivas, uma última abordagem merece ser feita no que se refere à inserção histórica brasileira dentro das duas tradições. No início a doutrina brasileira se encaixava na tradição americana, em que a sentença no controle de constitucionalidade apenas reconhecia uma norma nula, até mesmo pela adoção apenas do controle difuso de constitucionalidade.

Ocorre que houve uma inovação com a lei 9868/99, que, ao disciplinar o processo da ação direta de inconstitucionalidade (por ação e por omissão) e da ação declaratória de constitucionalidade, incorporou, em certa medida, no seu art. 27²⁰⁰, a possibilidade de modular os efeitos temporais da sentença do controle de constitucionalidade.

²⁰⁰ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu transito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Pode-se, então, em primeiro lugar, uma sentença ter efeitos retroativos máximos; em segundo lugar, tais efeitos poderão ser restringidos a um momento entre a publicação da lei e a prolação da sentença; em terceiro lugar, pode ser que a corte faça a opção pelos efeitos *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado; por fim, pode ser fixada uma data futura a partir do qual a decisão sobre a inconstitucionalidade surtirá efeito.

Com isso, pode-se perceber a importância que possui o referido art. 27 em relativizar a força normativa da constituição, de modo a permitir que razões de segurança jurídica ou interesse social sejam bastantes para que uma norma, mesmo que reconhecidamente inconstitucional, continue produzindo efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, momento em que se passa a discorrer sobre as sentenças transitivas, que explicitam essa relativização da força normativa da constituição. Como dito anteriormente, elas podem ser subdivididas em sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo, sentença de inconstitucionalidade de ablação diferida, sentença apelativa e sentença de aviso.

As sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo, também conhecidas como declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, preconiza que o reconhecimento da inconstitucionalidade pode não ser seguido da expulsão da norma do ordenamento jurídico, conquanto que a expulsão produza uma situação jurídica insuportável ou grave perigo ao Estado (SAMPAIO, 2001, p. 172). O instituto foi criado pela Corte Constitucional alemã, que, tendo em vista os efeitos da norma, acreditava que os efeitos da norma inconstitucional seriam menos gravosos que a norma extirpada do ordenamento e deveria estar relacionado

(i) à declaração de inconstitucionalidade em relação ao direito transitório, v.g., quando o legislador não tinha nenhuma alternativa de regulação, levando-se em conta a situação histórica (...); (ii) vícios procedimentais não evidentes (...); (iii) maior proximidade constitucional, quando a ausência da norma inconstitucional tornar ainda mais gravosa a situação constitucional apresentada (...); (iv) consequências econômicas danosas, assim quando uma declaração de nulidade de uma exação parafiscal provocar a perda de fundamento do pretendido fomento da produção de energia elétrica à base de carbono, a exigir o trânsito pacífico entre a situação de inconstitucionalidade apresentada e a situação constitucional, ordenada a vigência transitória da norma constitucional (...); e (v) regulações discriminatórias que importem concessão de benefícios a determinados grupos e a exclusão tácita de outros, a menos que exista uma única possibilidade de eliminar a discriminação, vale dizer, quando o legislador houver escolhido um caminho determinado (...) ou quando o sistema de regulação só admitir uma solução apenas (...) ou quando a liberdade de configuração do legislador se reduzir a uma única alternativa constitucional (SAMPAIO, 2001, p. 172).

Todavia, afirma Meyer (2008, p. 133) que a principal demanda envolvendo o uso da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade estaria relacionada à exclusão

do benefício incompatível com o princípio da igualdade, ou seja, a omissão inconstitucional parcial em casos de o legislador conceder benefício a determinados grupos, sem fazê-lo com relação a outros.

É também comumente aplicado a lesões ao princípio da isonomia, situações em que não pode o Tribunal eliminar a lei do ordenamento jurídico, pois suprimiria vantagem ou avanço considerável. A preservação da situação, sem qualquer ressalva, poderá importar no agravamento do quadro de desigualdade verificado. Nesse sentido, a proporcionalidade poderá recomendar que se declare a inconstitucionalidade sem a nulidade, no sentido de manter a situação jurídica até o pronunciamento do legislador, na tentativa de superar a situação inconstitucional. (MENDES, MARTINS, 2009, p. 566).

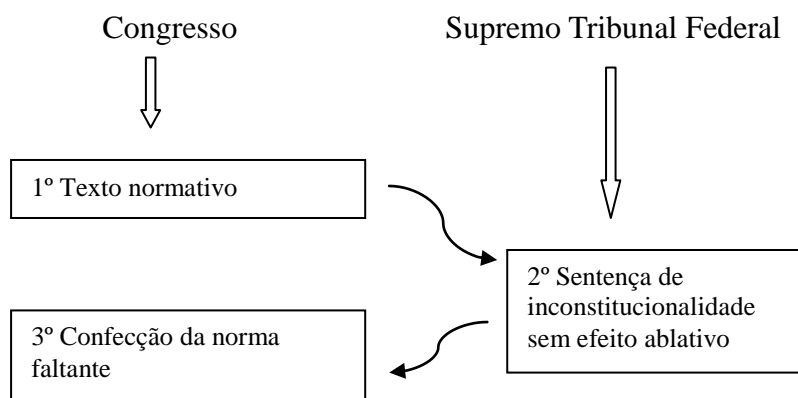
O afastamento da incidência do princípio da nulidade somente poderá ser afastado quando

Puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social. Entre nós, cuidou o legislador de conceber um modelo restritivo também no aspecto procedimental, consagrando a necessidade de um *quórum* especial (dois terços dos votos) para a declaração de inconstitucionalidade com efeitos limitados. (MENDES, MARTINS, 2009, p. 565).

Deve-se ressaltar que a simples inconstitucionalidade sem nulidade será inútil se não acompanhada de efeitos processuais ou material relevantes: apelo ao legislador para a substituição da lei reputada inconstitucional e proibição de sua aplicação, importando a consequência: suspensão dos processos que a tenham em pauta, autorização de emprego da analogia ou a disciplina provisória da matéria (SAMPAIO, 2001, p. 172).

Nesse grupo de sentenças, consegue-se perceber mais claramente a existência do diálogo para a interpretação das normas. A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade guarda grande semelhança com a declaração de incompatibilidade (MENDES, GANDRA, 2009, p. 512) do modelo inglês. O Judiciário reconhece a inconstitucionalidade da norma, mas não a anula, deixando a cargo do Legislador a sua modificação ou revogação. Vê-se, ainda, que a resposta do Judiciário, no grupo das sentenças transnacionais, parece menos persuasiva que a das sentenças normativas, uma vez que as sentenças não pretendem resolver o caso, mas dialogar com o Poder Legislativo para que este resolva o caso concreto. De acordo com a teoria de Bateup (2006), estar-se-ia diante das teorias centradas no processo, uma vez que a tentativa do Legislativo não é de invalidar a norma, mas se preocupa com a intenção de resolver a questão havida pelo Poder Legislativo.

Figura 47. Sentença de inconstitucionalidade sem efeito ablativo



Fonte: própria

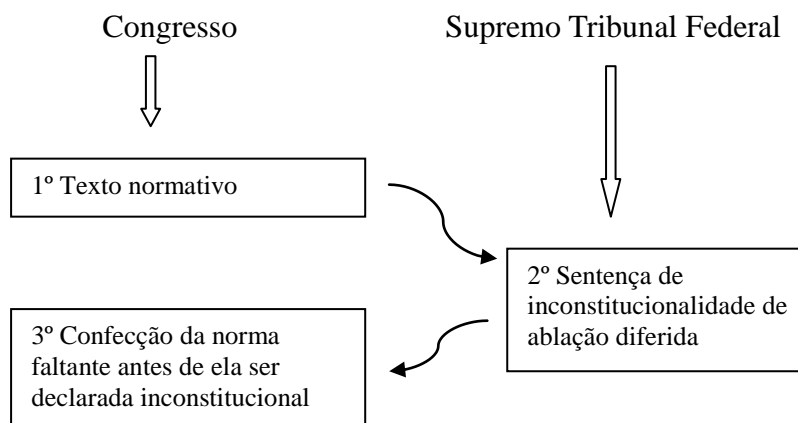
As sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida são aquelas sentenças que permitem a modulação dos efeitos temporais da norma tida como inconstitucional que passarão a produzir os seus efeitos a partir de um momento posterior à sua declaração. Assim, não se trata propriamente de uma sentença intermediária, mas será a partir do momento que a modulação “permite a combinação do vício de ilegitimidade constitucional com o seu efeito ablativo” (SAMPAIO, 2001, p. 174). Nesse sentido, a Corte fará a ponderação entre o dogma da nulidade e razões de segurança jurídica e excepcional interesse social. Nesse sentido, a supremacia constitucional seria tratada de maneira axiológica, de modo a ser permitida a sua aplicação de forma gradual (FERNANDES, 2010, p. 983), de modo a superar os riscos de um vazio normativo ou da repristinação de leis mais gravosas.

Nesse caso, a lei reconhecida inconstitucional continuará a ser aplicada dentro do prazo fixado pelo Tribunal, visto que o legislador não estabeleceu o limite temporal para a aplicação excepcional da lei inconstitucional.

Percebe-se que este grupo de sentenças também possui notável caráter dialógico. Enquanto não chegar o termo final a partir do qual a norma será invalidada do ordenamento jurídico, percebe-se que ela continuará sendo aplicada, mesmo que considerada inconstitucional pelo Judiciário. Nesse meio termo, o Legislativo poderá modificar a norma, visto que a sentença não o engessarará. Observa-se que a modulação dos efeitos temporais guarda certa semelhança com o modelo canadense de jurisdição constitucional. É bem verdade que não é necessária a apreciação do Legislativo para a decisão da aplicação da norma ainda que inconstitucional, mas haverá a apreciação do Judiciário em aplicar ou não a norma inconstitucional. Ademais, considerando o Judiciário que há necessidade de continuar aplicando norma inconstitucional, poderá o Legislativo confeccionar outra norma suprimindo

a inconstitucionalidade existente na decisão da Corte. Assim, também percebe-se que se está diante das teorias centradas no processo, de Bateup (2006).

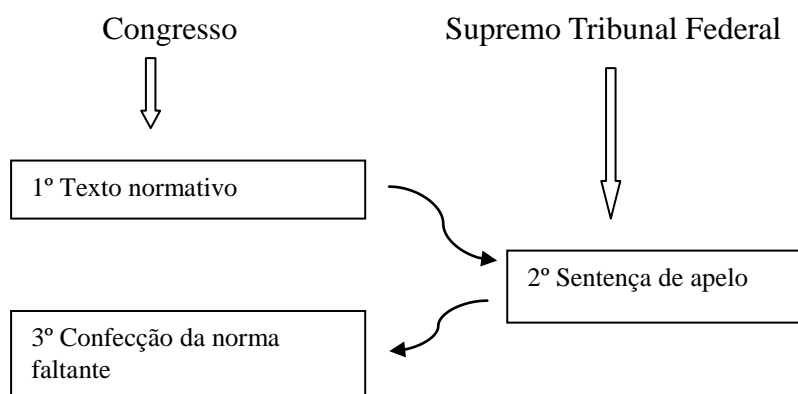
Figura 48, Sentença de inconstitucionalidade de ablação diferida



Fonte: própria

As sentenças de apelo, também conhecidas como declaração provisória de constitucionalidade e apelo ao legislador, são fruto da criação jurisprudencial da Corte Constitucional alemã e ocorrem quando o tribunal reconhece a constitucionalidade da norma, mas recomenda ao legislador que serão necessárias providências para que, num futuro mais ou menos próximo, não sobrevenha a inconstitucionalidade (FERNANDES, 2010, p. 983) e, por isso, motiva um apelo ao legislador para que adote as providencias cabíveis para impedir a inconstitucionalidade. Ressalta-se, também, que o apelo ao legislador não obriga juridicamente o órgão legislativo a empreender qualquer providência, uma vez que a rejeição da inconstitucionalidade não pode ser proferida com a imposição de um dever de legislar. (MENDES, MARTINS, 2009, p. 511-512).

Figura 49. Sentença de apelo



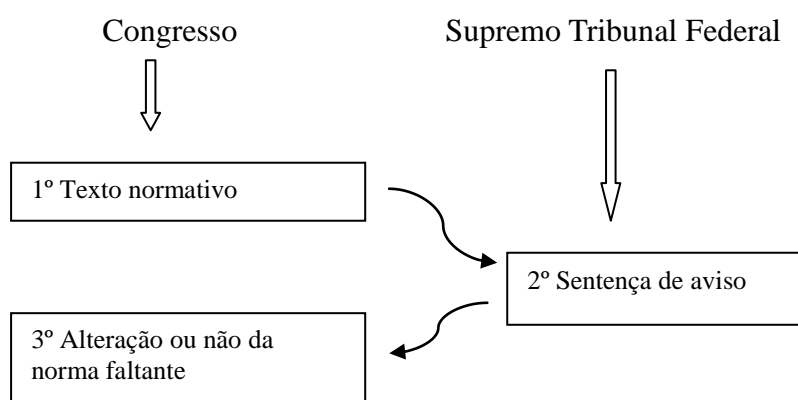
Fonte: própria

O diálogo existente nas sentenças de apelo salta aos olhos, no sentido de que o judiciário interpreta a norma ainda sendo constitucional, mas aponta as fragilidades para que o Legislativo as corrija, atuando, pois, de forma semelhante ao Procurador-Geral no sistema de jurisdição constitucional neozelandês e guardando forte influência das teorias do aconselhamento de Bateup (2006).

No grupo das sentenças de aviso, decorrentes das sentenças apelativas, a Corte sinaliza uma mudança na jurisprudência que irá ocorrer, mas tal mudança não surtirá efeito para o caso em julgamento, somente para julgamentos posteriores (FERNANDES, 2010, p. 983,984). Afirma-se que esse poder de a Suprema Corte em limitar a retroatividade dos comandos de suas decisões decorre da política judiciária adotada. Imposta pela segurança jurídica das relações já consolidadas, sendo frequente o seu emprego em decisões que traduzem alterações do entendimento de questões processuais penais (SAMPAIO, 2001, p. 176).

As sentenças de aviso também guardam certa parcela dialógica, uma vez que a Corte Constitucional anuncia a mudança de sua jurisprudência, o que permitirá ao Legislativo modificar a norma que sofrerá a mudança de julgamento, ou permitirá ao Legislativo mudar o parâmetro de constitucionalidade, o que poderá obrigar o Judiciário a não modificar a sua interpretação. Atuação semelhante ocorreu em Israel, quando o *Knesset* editou nova Lei Básica que lhe restringia a atuação da Suprema Corte. Percebe-se, também, a forte influência da teoria do aconselhamento de Bateup (2006).

Figura 50 Sentença de aviso



Fonte: própria

A configuração dialógica é um pouco diferente nas sentenças transitivas, pois a atuação do Supremo Tribunal Federal não será no sentido de desafiar a atuação do Poder

Legislativo, mas no sentido de convidá-lo ao diálogo, abrindo mão da sua supremacia para a atuação do Legislativo. Portanto, trata-se de uma interação deliberativa, não adversarial (MENDES, 2011, p. 209)

É perceptível, também, a existência do diálogo no que se refere às sentenças intermediárias, pois elas fogem do padrão de meramente decidir, de modo a reforçar a seu papel político na implementação da Constituição, utilizando-se do seu poder de agenda. A atuação menos enrijecida do Judiciário lhe permitirá dialogar com os demais Poderes, sem ser tido como ator político secundário. Portanto, as sentenças intermediárias colocam o Judiciário no mesmo patamar dos demais atores políticos, retirando-lhe do pedestal de técnico da constitucionalidade e da burocracia de meramente decidir os casos que lhe são levados pelos legitimados.

Após ficar demonstrada que a inconstitucionalidade por omissão guarda certa relação com as teorias dos diálogos institucionais, em que o Supremo Tribunal Federal se vale de seu poder de agenda para a efetivação do texto constitucional, bem como que essa relação é potencializada pelo uso das diversas sentenças intermediárias, procurar-se-á, no presente momento, demonstrar empiricamente essa relação.

3.5 A INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO NA ÓTICA DAS TEORIAS DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

O presente tópico se destinará a demonstrar empiricamente a relação entre a inconstitucionalidade por omissão e a teoria dos diálogos institucionais, o que já foi demonstrado doutrinariamente. Valer-se-á, para tanto, do universo de análise das ações de omissão legislativa com o escopo de demonstrar que o Supremo Tribunal Federal exerce o seu poder de agenda para a implementação da Constituição, bem como, ao exercê-lo, realiza uma forte pressão política para que o Congresso não permita que sua morosidade inconstitucional se perpetue.

3.5.1 As categorias de análise: mandados de injunção sobre a greve dos servidores públicos

Nem sempre o direito de greve no Brasil foi concedido ao servidor público. Na história constitucional brasileira, ora se proibiu a greve, como ocorreu na Carta de 1937, ora se permitiu seu gozo apenas ao trabalhador da iniciativa privada, sendo somente com o advento da Constituição de 1988, que se deu a positivação do direito de greve do servidor público civil.

Contudo, o constituinte de 1988 deixou o legislador ordinário incumbido de regulamentar art. 37, VII²⁰¹ da Constituição, devido à necessidade de conciliar o direito de greve com os princípios da Administração Pública. Coube, portanto, ao Congresso Nacional editar lei complementar, conforme a redação original do dispositivo, e, posteriormente, lei específica, como determinou a EC n. 19/98, restando claro a diferenciação do direito de greve dos trabalhadores privados e do servidor público.

Ocorre que a determinação do constituinte fora descumprida e o Poder Legislativo não só se constituiu em mora, como sua omissão gerou um problema social, haja vista que os movimentos grevistas deflagrados, perduram, não raro, por meses, causando imenso prejuízo à economia.

Ocorre que a inércia de quase vinte anos do Congresso Nacional em regulamentar o direito de greve levou o STF, em decisão tomada em 2007, a conhecer dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712 e aplicar por interpretação extensiva a Lei nº. 7783/89, que cuida do exercício do direito de greve no setor privado. Em princípio, essa lei não poderia ser aplicada ao serviço público, conforme prescreve seu art. 16²⁰².

Deve-se ressaltar, por oportuno, que os MI's em questão não foram os únicos²⁰³ a tratarem do direito de greve dos servidores públicos, mas representam uma mudança na jurisprudência da corte. Até então, firmou-se o entendimento no sentido de que o direito à greve do servidor público não poderia ser exercido antes da lei que estabelece o art. 37, VII, sob o argumento de que o preceito constitucional de greve constituía norma de eficácia limitada, desprovida de aplicabilidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1385). Portanto, nas oportunidades em que o STF se manifestou sobre o tema, foi sempre no sentido de reconhecer a necessidade de editar a norma reclamada.

²⁰¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...] VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

²⁰² Art. 16. Para os fins previstos no art. 37, inciso VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido. Ressalta-se que embora contida a expressão "lei complementar", interpretação conforme, por força da EC 19/98, nos força a interpretar como "lei específica".

²⁰³ A título de exemplo, MI's: 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 22.11.1996; 485/MT. Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ. 23.08.2002; 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ. 2.8.2002

Vale destacar, ainda, que a mudança jurisprudencial já vinha sendo sinalizada em alguns votos vencidos, como no voto do Min. Carlos Velloso, no MI 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, a seguir:

A casa conhece meu pensamento a respeito do mandado de injunção. Estamos diante de um caso em que é cabível esta medida. Sustento que devemos emprestar ao mandado de injunção a máxima eficácia. Reporto-me aos votos vencidos que tenho proferido nesta Casa, a respeito do tema, em que sustento que, julgada procedente a injunção, deve o Supremo Tribunal Federal elaborar a norma para o caso concreto, vale dizer a norma que viabilizará o exercício do direito. Reporto-me, por exemplo, aos votos que proferi nos MMII 369-DF, 219-DF, 384-RJ, 429-RJ, 95-RR, 124-SP, 278-MG.

Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determinou que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do Servidor Público.

[...]

Sei que na Lei 7783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo ficar a norma para o caso concreto, penso que devo e posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que dispõe a respeito do direito de greve (MI, 631/MS, Rel. Ilmar Galvão, DJ de 2/8/2002).

Contudo, somente nos mandados de injunção 670, 708 e 712 que a corte consolidou o seu novo posicionamento, por meio das sentenças de perfil aditivo, de modo a estender a amplitude da lei que regulamenta o direito de greve também aos servidores públicos.

3.5.2 Justificativa metodológica

Antes de discorrer especificamente sobre os mandados de injunção em questão, deve-se assinalar que a sua escolha não foi aleatória, mas por parecer configurada, em diversas ocasiões, a interação entre os poderes ante a necessidade de uma resposta satisfatória acerca da morosidade inconstitucional do Poder Legislativo. Ademais, trata-se de um caso que constantemente é lembrado, uma vez que, por se tratar de um serviço essencial, a greve ocasiona diversos prejuízos a toda a sociedade, de modo que a ausência da legislação sempre noticiada na mídia gera um clamor social muito forte.

3.5.3 Amostra de casos: mandados de injunção 670/ES, 708/PB e 712/PA

A análise dos Mandados de Injunção em questão se fará de forma conjunta para melhor entender a relação dialógica existente na interação entre os Poderes.

O Mandado de Injunção 670, Rel. Min. Maurício Corrêa, foi impetrado pelo SINDIPOL, sindicato dos servidores policiais civis do Espírito Santo contra o Congresso Nacional objetivando o reconhecimento do direito de greve da categoria com base na lei federal 7783/89.

O Relator, Min. Maurício Corrêa votou pelo conhecimento em parte do mandado de injunção apenas para declarar em mora o Congresso Nacional quanto à edição da norma regulamentadora do art. 37, VII, da Constituição, segundo o que era a jurisprudência dominante na corte.

Em voto vista, o Min. Gilmar Mendes começa discorrendo sobre a conformação do mandado de injunção no direito brasileiro e a evolução da interpretação que o Supremo tem lhe dado. Assim, analisa brevemente uma série de mandados de injunção em que o Supremo modifica a sua postura de simplesmente cientificar a mora do Congresso Nacional, posição adotada pelo ministro relator. Num segundo momento, passa a discorrer sobre os mandados de injunção sobre a greve dos servidores públicos que tiveram a mesma solução que a jurisprudência dominante na casa. Utiliza-se da comparação para concluir pela necessidade de revisar a jurisprudência, aventando o voto do Min. Ilmar Galvão, no MI 631/MS, já demonstrado anteriormente.

Após analisar os diversos projetos de lei apresentados no sentido de regular a matéria em análise e não convertidos em lei, o Min. enfatiza que é possível o tribunal atuar também na omissão do Poder Legislativo. Assim, faz um denso estudo, baseado nos ensinamentos de Rui Medeiros sobre o uso das sentenças de perfil aditivo e a necessidade do tribunal constitucional em sanar a omissão por parte do legislador. Com isso, começa a discorrer sobre a lei 7783/89 e conclui que, para provimento do mandado de injunção em análise se faz necessário prever alguns mecanismos sobre a competência para julgamentos de casos que envolvam o direito de greve dos servidores públicos. Nesse sentido, vota pelo conhecimento e deferimento do mandado de injunção.

Em seguida ao voto do Min. Gilmar Mendes, o Min. Ricardo Lewandowski pede vista e, em seu voto, reitera a necessidade de evolução da jurisprudência da corte, sendo, inclusive, esta a tendência. Prossegue no seu voto discorrendo sobre os efeitos possíveis do mandado de injunção, alegando a existência de três correntes para o assunto: a primeira que se limita a cientificar o Legislativo, a segundo que permite ao Judiciário a remoção do referido obstáculo, viabilizando a fruição do direito constitucional, e, por fim, a terceira corrente que entende caber ao Judiciário a elaboração da norma faltante. O Min. critica o uso da terceira corrente, por não notar a possibilidade da adoção da analogia entre a greve dos servidores

públicos e dos trabalhadores do setor privado, uma vez que possuem características variadas. Assim, filia-se à segunda corrente, votando pelo reconhecimento do direito de greve e pelo provimento parcial do mandado de injunção, devendo o governo do Estado do Espírito Santo se abster de tentar impedir a fruição de tal direito.

O principal desacordo entre o Min. Gilmar Mendes e o Min. Ricardo Lewandowski se relaciona à competência para a solução de dissídios. Enquanto este acredita que a competência deve ser somente da região abrangida pelo sindicato que propõe a ação, o Min. Gilmar Mendes propõe um caráter mais perfeccionista. Assim, caso o dissídio seja de âmbito nacional, ou abranja mais de uma região da Justiça Federal ou mais de uma unidade da federação, o dissídio deverá ser analisado pelo Superior Tribunal de Justiça. Ainda, no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da Justiça Federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais. Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça.

Após uma série de discussões entre os ministros, o Min. Celso de Mello antecipa o seu voto criticando fortemente a omissão do Poder Legislativo para formular a lei que estabelece o art. 37, VII da Constituição e vota no sentido de conhecer e prover o mandado de injunção em análise, acompanhando o voto do Min. Gilmar Mendes. Da mesma forma, o faz o Min. Sepúlveda Pertence, Min. Ayres Britto, a Min. Carmem Lúcia, o Min. Cezar Peluso e a Min. Ellen Gracie.

O Min. Joaquim Barbosa acompanha o voto do Min. Ricardo Lewandowski, bem como o Min. Marco Aurélio.

Nesse sentido, reconheceu o Supremo Tribunal Federal, por maioria, o direito de greve do servidor público, aplicando, como analogia, no que couber, a lei 7783/89, que regulamenta o direito de greve do trabalhador em geral. Vencidos, em parte, o Min. Rel. Maurício Corrêa, que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e Mins. Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações.

No mandado de injunção 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, foi impetrado SINTEM, sindicato dos trabalhadores em educação do município de João Pessoa, em face do Congresso Nacional, questionando ato omissivo correspondente à ausência de lei específica para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis, nos termos do art. 37, VII, da Constituição Federal.

O Min. Rel., Gilmar Mendes, proferiu voto bastante parecido com o do MI 670, conhecendo o mandado de injunção e deferindo a pretensão inicial para aplicar, por analogia às leis 7701/88 e 7783/89 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.

Em voto vista do Min. Ricardo Lewandowski manifesta a mesma opinião do MI 670, qual seja, o reconhecimento ao direito de greve e provimento parcial do mandado de injunção, devendo o governo do Estado da Paraíba se abster de tentar impedir a fruição de tal direito. Ademais, diverge do Min. Gilmar Mendes no que se refere à competência para solução de conflitos, pois enquanto este elabora toda uma estrutura, o Min. Lewandowski limita-se à possível controvérsia existida no caso em análise.

O Min. Menezes Direito, sem muito acrescentar doutrinariamente acompanha o voto do Min. Rel. Gilmar Mendes, bem como a Min. Carmen Lúcia, o Min. Celso de Mello e Min. Ayres Britto e a Min. Ellen Gracie. Do outro lado, Os Mins. Joaquim Barbosa e Marco Aurélio acompanham o voto do Min. Ricardo Lewandowski, inclusive no que se refere ao órgão competente para a análise de conflitos.

Com isso, o tribunal, com seis votos reconheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da lei 7783/89, no que couber. Parcialmente vencidos, com três votos, os ministros se limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabelecem condições específicas para o exercício das paralisações.

No mandado de injunção 712, Rel. Min. Eros Grau, o Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará impetra mandado de injunção, com o objetivo de dar efetividade à norma inscrita no art. 37, VII, da Constituição Federal.

O Min. Rel. Eros Grau, em seu voto, parte para a análise da viabilidade de uma sentença desprovida de eficácia, argumentando, com base na teoria da separação dos Poderes que o Poder Judiciário cria a norma ao caso concreto ao julgá-lo, de modo que vota pela procedência do pedido, de modo a tornar viável o exercício do direito de greve, que foi acompanhado pelo Mins. Gilmar Mendes, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Ayres Britto, Carmen Lúcia e César Peluso e Ellen Gracie. O Min. Ricardo Lewandowski se pronunciou da mesma maneira que nos votos 670 e 708, seguido dos Mins. Marco Aurélio e Joaquim Barbosa.

Assim, o Tribunal, por maioria, nos termos do voto do relator, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com aplicação da lei 7783/89, no

que couber, vencidos aqueles ministros que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações.

Analizados os respectivos mandados de injunção, passa-se, no posterior momento, à observação da respostas institucionais dada pelo Congresso Nacional.

3.5.4 Resposta(s) dialógica(s): a interação entre os poderes

A redação original do art. 37, VII da Constituição preconizava que o direito de greve seria realizado nos termos e limites de lei complementar. Havia grande discordância doutrinária e jurisprudencial, num primeiro momento, se se trataria de uma norma de eficácia contida ou norma de eficácia limitada. Vale dizer, se já estava consagrado o direito à greve e a legislação infraconstitucional apenas viria a reduzir o direito, ou se o direito à greve era dependente da legislação infraconstitucional para ser eficaz. De toda sorte, nos primeiros mandados de injunção pleiteando a concretização da matéria, o Supremo Tribunal Federal se limitava a dar ciência ao Poder Legislativo de sua morosidade constitucional.

De toda sorte, como demonstrado acima, a simples ciência do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, em tom de desafio, já era o suficiente para diagnosticar o diálogo entre as instituições, a partir do momento em que se abre a possibilidade para o Congresso dar a réplica ao Poder Judiciário.

E a réplica veio com a Emenda Constitucional 19/98 que, embora ainda não tenha criado a lei complementar para efetivar o direito à greve do servidor público, tornou mais branda a exigência constitucional, pois não mais seria necessária uma lei complementar para efetivar o direito à greve, mas uma lei específica. Portanto, o quórum para a aprovação da lei que garantiria o direito à greve passaria a ser mais reduzido que anteriormente.

Com a alteração trazida pela Emenda Constitucional, diversos projetos de lei foram apresentados, são eles: projeto de lei 4497/2001, apresentado pela deputada Rita Camata; projeto de lei 5662/01, apresentado pelo deputado Aírton Cascavel; projeto de lei 6032, apresentado pelo Poder Executivo; projeto de lei 6141/02, apresentado pela deputada Iara Bernardi; projeto de lei 6668/02, apresentado pela deputada Elcione Barbalho; projeto de lei 6775/02, apresentado pela comissão de legislação participativa; e o projeto de lei 1950/03, apresentado pelo deputado Eduardo Paes.

Nenhum desses projetos de leis, no entanto, foram transformados em leis, de modo a frustrar ainda mais a perspectiva da sociedade, mas, de toda forma, se percebe que a resposta tímida do Supremo Tribunal Federal ocasionou uma réplica do Congresso Nacional, tanto a

alteração do quórum para a confecção da norma, vale dizer, torná-la mais simples, quanto o surgimento dos primeiros projetos de lei.

Novos mandados de injunção foram impetrados e o Supremo Tribunal Federal, agora com nova composição, reviu o seu posicionamento, passando a adotar sentença de perfil aditivo para adimplir o texto constitucional, sanando a omissão. Antes disso, contudo, parece ter restado claro que, no julgamento do MI 631/MS, o Supremo Tribunal Federal já deixou claro que viria a modificar a sua jurisprudência, usando-se, para tanto, das sentenças de aviso, permitindo com que o Poder Legislativo desse uma resposta adequada e satisfatória à sua omissão inconstitucional.

No julgamento dos mandados de injunção, ficou claro que o Supremo Tribunal Federal fez uso das sentenças de perfil aditivo, tanto é que o termo foi por diversas vezes discutido nos votos do Min. Gilmar Mendes. Quanto às sentenças aditivas, falou-se acima que, embora tais normas tenham caráter de norma, a sua força normativa é débil, visto que não haverá qualquer afetação na atuação do Poder Legislativo, que poderá regular o tema da forma como entender melhor. Caso contrário, o Judiciário acabaria por engessar a atuação do Poder Legislativo. Assim, a força normativa débil será responsável por solucionar temporariamente a questão debatida, ao mesmo tempo em que atuará como pressão política ao Legislativo no intuito de confeccionar a norma. Ademais, o protótipo da norma, quando analisada pelo Legislativo configura o diálogo entre as instituições acerca da melhor solução para o caso determinado pela Constituição. O Congresso terá duas opções ante a decisão do Judiciário: ou poderá anuir ou poderá discordar e confeccionar outra norma. Em ambos os casos, haverá a possibilidade de réplica, caracterizando, pois, o diálogo. Portanto, nota-se a presença de uma força motriz que gerará a réplica do congresso: a pressão política.

E essa pressão política se faz evidente, pois, antes mesmo de terminados os julgamentos, o Executivo Federal elaborou anteprojeto de lei para regular o direito de greve do servidor público, sendo entregue à Casa Civil, onde seria avaliado antes de enviado ao Congresso Nacional. Em entrevista à Craide e Fiori (2007), o Consultor-Geral da União, Ronaldo Jorge Vieira Júnior, inclusive cita a possibilidade da decisão do Supremo Tribunal Federal em aplicar, por analogia, a lei 7.783/89, caracterizando o debate para a interpretação constitucional.

Não obstante o ato do Executivo, o Congresso Nacional replicou novamente à resposta. É nesse contexto que surge o Ato Conjunto nº2²⁰⁴, que cria a comissão mista

²⁰⁴ ATO CONJUNTO Nº 2, DE 2013, DOS PRESIDENTES DO SENADO FEDERAL E DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

destinada a consolidar a legislação federal e a regulamentar dispositivos da Constituição Federal. Na reunião de 11/07/2013, o Senador Aloysio Nunes. PSDB/SP, apresentou projeto de lei que regulamenta o direito de greve dos servidores públicos, inclusive citando na motivação os MI's 670, 708 e 712, tornando claro que se trata de uma réplica à ação do Supremo Tribunal Federal.

Em outubro de 2007, no julgamento dos Mandados de Injunção nº 670 e 712, impetrados por entidades sindicais representativas de servidores públicos que almejavam assegurar o exercício do direito de greve por seus filiados, o STF promoveu radical alteração em sua pacífica jurisprudência, consolidada há cerca de duas décadas, e, em face da inexistência da norma regulamentadora, decidiu dar, com abrangência sobre todos os servidores públicos, solução normativa ao caso, de forma a viabilizar o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Entendeu o STF que, enquanto não fosse editada a lei ordinária específica de que trata o inciso VII do art. 37 da Constituição Federal, aplicar-se-ia, para a disciplina da greve do servidor público, no que coubesse, o contido na Lei nº 73783, de 28 de junho de 1989, que disciplina o exercício do direito de greve dos trabalhadores do setor privado.

É inquestionável o fato de que a decisão do STF constitui significativo avanço no enfrentamento da questão, eis que fixa uma diretriz normativa, ainda que precária e incompleta, para o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Cria Comissão Mista destinada a consolidar a legislação federal e a regulamentar dispositivos da Constituição Federal.

O PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL e o PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, no uso de suas atribuições regimentais,

CONSIDERANDO que a Constituição Federal possui 25 dispositivos ainda pendentes de regulamentação por meio de leis complementares e 117 dispositivos pendentes de regulamentação por meio de leis ordinárias;

CONSIDERANDO que recente levantamento da Casa Civil da Presidência da República contabilizou mais de 180 mil diplomas normativos, entre leis, decretos-lei, decretos, portarias, resoluções e instruções normativas, grande parte deles conflitantes entre si e com a própria Constituição Federal;

CONSIDERANDO a necessidade de tornar o sistema normativo federal mais compreensível, seguro, transparente e homogêneo, para isso devendo-se proceder à consolidação normativa prevista no parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal,

RESOLVEM:

Art. 1º Fica constituída Comissão Mista, composta por seis senadores e seis deputados federais, destinada a apresentar, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, projetos de lei visando à consolidação da legislação federal e à regulamentação dos dispositivos da Constituição Federal.

Art. 2º A Comissão terá a seguinte composição: I – seis deputados federais: a) Cândido Vaccarezza, que a presidirá; b) Edinho Araújo; c) Carlos Sampaio; d) Sérgio Zveiter; e) Arnaldo Jardim e f) Miro Teixeira. II – seis senadores: a) Romero Jucá; b) Vital do Rego; c) Jorge Viana; d) Pedro Taques; e) Aloysio Nunes Ferreira e f) Antônio Carlos Rodrigues.

Art. 3º A Comissão contará com o apoio de servidores do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, na forma do art. 145 do Regimento Comum do Congresso Nacional, e as despesas com o seu funcionamento serão custeadas na forma do art. 150 do Regimento Comum.

Parágrafo único. Caberá à Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal prover os serviços de secretaria da Comissão.

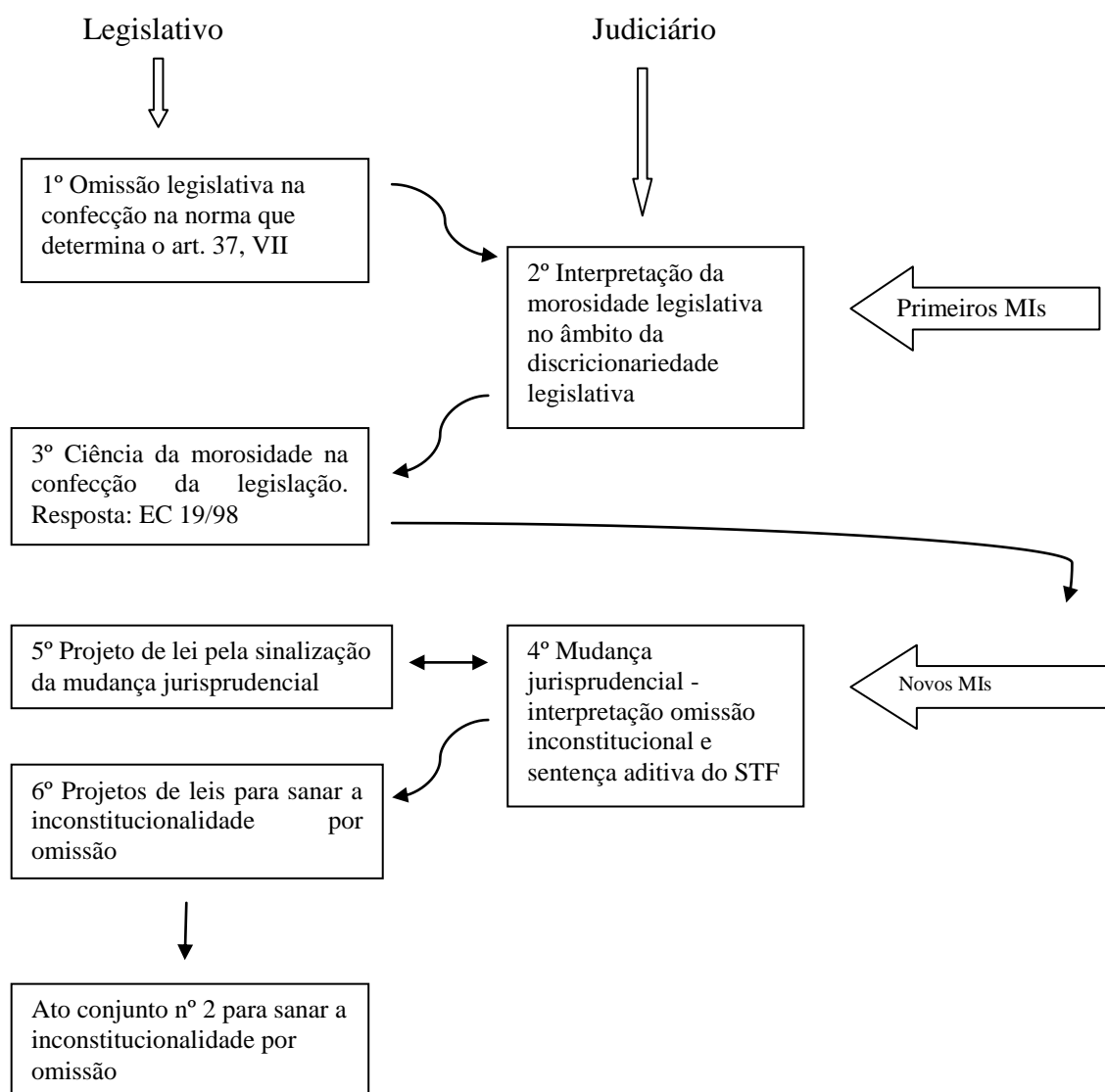
Art. 4º Os projetos elaborados pela Comissão serão encaminhados alternadamente ao Senado Federal e à Câmara dos Deputados, na forma do art. 142 do Regimento Comum.

Art. 5º Este Ato entra em vigor na data de sua publicação.

Tal fato, contudo, não elide a responsabilidade do Congresso Nacional de exercer plenamente sua competência para disciplinar, por lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos.

Assim, em face do poder-dever do Congresso Nacional de deliberar sobre matéria de tamanha relevância, que diz, de um lado, com o exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos, e, do outro, com a necessidade de a sociedade ver prestados serviços públicos com qualidade e sem solução de continuidade, é apresentado o presente projeto de lei.

Figura 51. Diálogo institucional - MIs 670/ES; 708/PB e 720/PA



Fonte: própria

Nota-se, assim, que o uso das sentenças aditivas caracterizou o diálogo de acordo com a teoria do aconselhamento (BATEUP, 2006). Ademais, o Congresso por diversas vezes fez o uso da réplica (LINARES, 2008) dialogando com a decisão/conselho por parte do Supremo Tribunal Federal. Não se deve esquecer ainda, que o diálogo não foi linear, mas

recheado de diversos capítulos, configurando as rodadas procedimentais de Mendes (2011), ao mesmo tempo que demonstra que o Supremo usou do seu poder de agenda (LINARES, 2008)

Assim, embora ainda de forma incompleta e sem um desfecho, percebe-se que os Poderes Judiciário e Legislativo se comunicaram constantemente para chegar a uma solução a respeito do conteúdo do direito de greve.

CONCLUSÃO

Percebe-se que as teorias dos diálogos institucionais estão bastante relacionadas ao contexto político de supremacia parlamentar. Todavia, devido à sua elasticidade conceitual, consegue-se encontrá-la em outros contextos político-jurídicos. Como dito, ainda, a abertura da teoria constitucional a novas técnicas de decisão, acabou por incorporar as teorias dialógicas, sobretudo por causa das críticas por que passam o atual modelo de jurisdição constitucional, em que a última palavra pertence ao Poder Judiciário.

Percebeu-se, também, que a expansão da teoria dos diálogos institucionais a outros países não se restringem aos Estados Unidos, com seu sistema de *judicial review*, e à Europa continental, com o modelo kelseniano. O debate da relação de mecanismos institucionais com a defesa dos direitos fundamentais acaba por expandir o debate a locais até então improváveis de se repensar o constitucionalismo, como o caso do Canadá, Grã-Bretanha, Israel e Nova Zelândia.

A presente dissertação fez uma análise do constitucionalismo, juntamente com conceitos correlatos, para tentar aplicar as teorias dos diálogos institucionais no Brasil, compatibilizando tanto com a sua tradição de supremacia judicial com a sua imposição existente no art. 102, CF.

Com isso, como se pretendeu demonstrar no primeiro capítulo, diversos autores da filosofia constitucional pretendem relacionar a suposta tensão entre estado de direito e democracia. Os procedimentalistas ou substancialistas moderados parecem permitir uma abertura maior a essa relação entre os Poderes, visto perceber a necessidade da sua necessária relação para a interpretação constitucional.

Ademais, a ausência de uma doutrina fundamental sobre a separação dos Poderes, permite concluir a existência de sua constante interação a depender do contexto histórico e político de cada país. Nesse sentido, os poderes necessariamente se relacionam e se influenciam mutuamente.

Com isso, a atuação de cada Poder deverá ser analisada de forma correlata com a atuação dos demais, ou seja, um poder se expande em relação aos outros. Nesse sentido,

ausência de uma doutrina fundamental acerca da separação dos poderes demonstra que a proatividade de um Poder pode ser salutar, contanto que tenha o objetivo de implementar a Constituição, não de concentrar para si todo o Poder, conclusão obtida através da análise histórica do percurso da separação dos Poderes.

Ademais, analisando o histórico da referida doutrina, depreende-se que um dos pontos constantes é a fiscalização de seus atos pelos demais. Nesse sentido, o problema não é necessariamente a proatividade de um dos Poderes, mas a ausência de resposta dos demais. Caso haja conjunta interpretação do texto constitucional, a proatividade não será um problema elencado. O problema, frisa-se, é a aquiescência inerte.

No segundo capítulo pretendeu-se demonstrar as principais características e críticas da jurisdição constitucional, seja no modelo americano, no modelo europeu até mesmo no modelo de Westminster, até coadunar com a apresentação do modelo dos diálogos institucionais, de forma teórica e apresentando exemplos. A parca sistematização da doutrina das teorias dialógicas pareceu um problema para trabalhar com o conceito, todavia, alguns critérios foram estabelecidos com o fito de diminuir o problema.

Mostrou-se que a interação entre os Poderes é inevitável. Uma decisão poderá ser superada ou os demais Poderes poderão com ela aquiescer. A superação, que demonstra uma forma mais clara de diálogo, poderá ainda ser deliberativa, a qual parece mais dialógica e com a finalidade maior de colaboração entre os poderes; ou adversarial, em que um dos Poderes tenta impor a sua opinião sobre os demais.

Em ambos os casos, está-se diante de última palavra que pode ser contestada, de modo que se está diante de última palavra provisória, a qual, por poder ser superada, se encaixa no conceito de rodadas procedimentais, em que os poderes se desafiam para chegar a um consenso sobre o significado da Constituição. Nesse sentido, o diálogo fica caracterizado a partir do momento que constantemente os Poderes se desafiam a dar uma resposta, com a ciência de que serão fiscalizados, o que diminui a possibilidade de erro por parte do Poder que toma a decisão.

Percebe-se, ainda nesse sentido, que o diálogo no interior da decisão poderá ter virtudes passivas ou ativas, conforme ela seja, respectivamente, mais deferente ou proativa. Na primeira, permite ao Parlamento reanalisar a lei por ele confeccionada, na segunda, embora o Judiciário tenha atuado de forma proativa, a sua atuação servirá como conselho ao Legislativo, que, usando-se do desafio, poderá concordar ou discordar com tal ação, podendo, pois, superá-la.

Com esses apontamentos, pretendeu-se demonstrar exemplos da teoria dos diálogos institucionais, tanto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quanto em mecanismos institucionais de outros países. Assim, além do critério institucional, percebeu-se a importância do diálogo em *hard cases*, notadamente em casos de decisões apertadas, visto à sua capacidade de ampliar a esfera de debate e separar o julgamento de opiniões particulares dos magistrados, diminuindo, com isso, a possibilidade de erros.

Um dos principais problemas das teorias dialógicas é a abrangência e não fixação de critérios para que se chegue ao conceito de diálogo institucional. Assim, vê-se a necessidade de fixar pelo menos dois critérios para a configuração do diálogo: o primeiro é que se esteja sob a égide de uma constituição democrática, uma vez que é o único regime que garante a independência dos Poderes e a verdadeira liberdade de interpretação do texto constitucional. Assim, não se pode falar em diálogo institucional quando um dos Poderes se usar do outro apenas para maquiar uma certa legitimidade. Note-se que a estrutura até pode ser dialógica, não o é, no entanto, o conteúdo dessa interação. Com isso, o Brasil da Constituição de 1937, China, Hong Kong e Macau possuem apenas estruturas dialógicas, não configurando, pois, um exemplo de diálogo institucional.

O segundo critério, por seu turno, é que a interpretação seja conjunta e consciente. É dizer, cada Poder deve estar ciente da possibilidade de interpretação do outro sobre o conteúdo constitucional. Nota-se que embora possa restar o diálogo pela forma adversarial, a tentativa de coibir a participação do outro Poder não pode ser efetivada, sob o risco de não restar configurado o diálogo.

Defendeu-se, dessa forma, que o mais importante não é a atuação mais deferente ou ativista dos Poderes, pois o seu benefício/malefício dependerá do caso concreto. O importante, para a configuração do diálogo, é a resposta no maior ou menor tempo do poder que foi desafiado.

No caso brasileiro, ainda, se vê mais especificamente o diálogo institucional na inconstitucionalidade por omissão, o que foi a análise do terceiro capítulo. Após uma densa análise para a configuração da omissão inconstitucional, sustentou-se que, quando configurado, demanda atuação conjunta dos Poderes para saná-lo. Ademais, percebeu-se que a constante interação entre os Poderes Judiciário e Legislativo, no caso da omissão inconstitucional, faz com que o Supremo Tribunal Federal atue com o seu poder de agenda, ou seja, desafiando o Poder Legislativo a com ele dialogar para determinar o sentido do texto constitucional.

O fato de todos os Poderes estarem adstritos à implementação constitucional faz com que a constante fiscalização seja essencial para cumprir esse objetivo constitucionalmente assegurado. Nesse sentido, após configurado que a omissão legislativa está qualificada pela inconstitucionalidade, parece claro que a interação entre os Poderes possui benefícios para a implementação do texto constitucional.

Ademais, jurisprudencialmente, a inconstitucionalidade por omissão abre espaço para a atuação do Legislativo, seja privilegiando as virtudes passivas, em que o Judiciário tomará uma decisão contida e, com isso, o Legislativo será o maior responsável para implementar o texto constitucional; seja privilegiando as virtudes ativas, em que a decisão será como conselho, a qual poderá ser modificada posteriormente pelo Legislativo.

No caso das sentenças intermediárias, ainda, se percebe que o foco do diálogo não é a atuação do Legislativo, mas na do Judiciário. Essa inversão se acomoda com a existência de uma atribuição de interpretação precípua ao Supremo Tribunal Federal, ao mesmo tempo em que demonstra caracterizado o diálogo.

Percebe-se, ainda, que as sentenças intermediárias são compatíveis com o entendimento das virtudes ativas ou passivas. As sentenças normativas privilegiam as virtudes ativas, pois que possuem pretensão perfeccionista, e, com isso, servem de conselho e possuem, com isso, força normativa débil, pois podem ser modificadas pelo Poder Legislativo. As sentenças transitivas, por sua vez, privilegiam as virtudes passivas, uma vez que deixam espaço para que o Legislativo colmate a Constituição e sane a omissão que é inconstitucional.

Em ambos os casos, vê-se que as sentenças em análise potencializam o caráter dialógico existente na inconstitucionalidade por omissão, pois são instrumentos que fomentam a conjunta interpretação entre os Poderes.

Após todas essas considerações, pretendeu-se demonstrar empiricamente que a inconstitucionalidade por omissão, potencializada pelas sentenças normativas, possuem caráter dialógico, usando-se do caso da greve dos servidores públicos para comprovação. Viu-se que a virada jurisprudencial e a consequente adoção da sentença normativa foi de fundamental importância para que surgissem diversos projetos de lei que tentassem regulamentar o direito de greve constitucionalmente assegurado, chegando, inclusive, a ser composta uma comissão que tratasse exclusivamente do tema.

Soma-se a isso, como parece claro, que a atuação conjunta entre os Poderes abre espaço para a prestação de contas política diante da sociedade, o que se trata de um caráter

exógeno não analisado no texto, mas que parece também fomentar o diálogo entre as instituições.

Com isso, verifica-se que foi adotado de maneira inversa da dos países em que as teorias foram originariamente desenvolvidas. Enquanto nos países de supremacia legislativa, a tentativa é de assegurar a maior segurança jurídica para a proteção dos direitos fundamentais; entre os países de supremacia constitucional, o sistema dialógico é usado e incentivado à atribuição de legitimidade aos juízes na tomada de suas decisões.

De toda sorte, é importante a atuação conjunta do Poder Legislativo e Judiciário para atribuir legitimidade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Isso, pois cada vez mais se percebe sofisticação doutrinária e política nas decisões, mas ainda carente de legitimidade democrática. Dessa forma, as teorias dialógicas atuam no sentido de atenuar a ausência de legitimidade democrática, ao mesmo tempo que contribui para o fortalecimento do texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón; FIGUEROA, Alfonso J. García. **La Argumentación en el Derecho**. Lima: Palestra editores, 2005.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1993.

_____. **Teoría del discurso y derechos constitucionales**. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2005.

_____. **Constitucionalismo discursivo** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: UnB, 1985.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teoria da argumentação jurídica. 3. ed, São Paulo: Landy, 2003.

BARBER, Sotirios A.; FLEMING, James E. **Constitutional Interpretation**: the basic questions. New York: Oxford University Press, 2006.

BARBOSA, Silvana Mota. **A sphinge monárquica**: o poder moderador e a política imperial. Campinas. Tese (Doutorado em História) – Universidade de Campinas, 2001.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. v. 1-2. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre o constitucionalismo e a democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. **Interesse Público**, v. 59, p. 13-56, 2010.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, v. 1, p. 389-406, 2010.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Atualidades Jurídicas**. Brasília, v. 11, p. 62-106, 2011.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. São Paulo, Fórum, 2012.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

BATEUP, Christine. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. **Brooklin Law Review** v. 71, p. 1109-1180, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: Uma Relação Difícil. **Lua Nova. Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 61, p. 5-24, 2004.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**: the Supreme Court at the bar of politics. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Orgs.) **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

_____. **Limites do Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2 .ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1997.

_____. **Teoria das formas de governo**. Brasília: UnB, 1995.

_____. **As ideologias e o poder em crise**. Brasília: UnB, 1999.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: CAMBI, Eduardo *et al* (coord.). **Direitos fundamentais revisitados**. Curitiba: Juruá, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2003.

_____. Tomemos a sério o silêncio dos poderes públicos: o direito à emanção de normas jurídicas e proteção judicial contra as omissões normativas. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 351-367.

_____. Omissões normativas e deveres de proteção. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; BARRETO, Irineu Cabral; BELEZA, Teresa Pizarro (orgs.). **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 111-124.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

CHADDAD, Maria Cecília Cury. **A efetividade das normas constitucionais através do Mandado de Injunção: o controle da omissão parcial**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

_____. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos. **Interpretação conforme a Constituição: Decisões interpretativas do STF em sede de controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2007.

CRAIDE, Sabrina; FIORI, Mylena. Governo federal estuda limitar greves em "serviços inadiáveis" a 60% dos servidores. **Agência do Brasil**. Disponível em: <<http://www.sinafresp.org.br/>>. Acesso em: 15/09/2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra? Direito humanos, Corte Constitucional e declaração de incompatibilidade das leis. Novel espécie de judicial review? **Revista de Direito do Estado**, v. 5, p. 27-44, 2007.

DEBELJAK, Julie. Parliamentary Sovereignty and Dialogue Under the Victorian Charter of Human Rights and Responsibilities: Drawing the Line between Judicial Interpretation and Judicial Law-Making. **Monash University Law Review**, v. 33, n. 1, 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1344839> Acesso em: 15/03/2010.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference. **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 47, 2009.

DYMETMAN, Annie. Benjamin & Schmitt: uma arqueologia da exceção. In: **Lua Nova**: revista de cultura e política. n. 53. São Paulo: Cedec, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University, 1978.

_____. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos. A agonia por detrás da seção 33 e da PEC 03/2011: a conversa dos (três) poderes em meio a socos, gritos e pontapés. **XXI Encontro Nacional do CONPEDI**. Niterói, 2012.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. (org.) **Interpretação constitucional**: reflexões sobre (a nova) hermenêutica. Salvador: Jus Podivm, 2010.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FITZGERALD, Peter. Constitutional crisis over the proposed supreme court for the United Kingdom. **Temple International & Comparative Law Journal**. v. 18. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=643801> Acesso em: 15/03/2010.

FONTELES, Nazareno. Contra o despotismo legislativo do STF. **Folha de São Paulo**. 04/05/2013. Disponível em: <http://folha.com/no1273306>. Acesso em: 06/05/2013.

GARDBAUM, Stephen. The new commonwealth model of constitutionalism. **American journal of comparative law**, v. 49, n.4, Fall 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302401> Acesso em: 15/03/2010.

GARGARELLA, Roberto. **As Teorias da Justiça depois de Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. La dificultad de defender el control judicial de las leyes. VÁZQUEZ, R. (Comp.). **Interpretación y decisión judicial**. Mexico: Distribuciones Fontamara, 1998. p. 215-233.

_____. **La justicia frente al gobierno**: sobre el caracter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **Facticidad y validez: Sobre El derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. 5 ed. Madrid: Trotta, 2008.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1-2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Mas allá del Estado nacional**. México: Fondo de cultura económica, 1998.

_____. **Ciência y técnicas como “ideología”**. Madri: Tecnos, 2007.

_____. **Racionalidade e comunicação**. Lisboa: Editora 70, 1996.

HALIS, Denis de Castro. **Legal Argumentation in the Interpretive Work of the Court of Final Appeal of Macau**. Artigo apresentado no "24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (IVR)", Pequim (Beijing), China, organizado pela "China Law Society", de 15 a 20 de Setembro de 2009.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. Campinas: Russel, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, poder judiciário e Estado Democrático de Direito: A necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”. **Revista Direitos Culturais** - v.1 - n.1 - Dezembro 2006. p. 11-38.

KATYAL, Neal Kumar. Justices as Advicevantages. **Stanford Law Review**. v. 50, n. 6, 1997, p. 1709-1824.

KELSEN, Hans, **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Saul Tourinho. **Controle de constitucionalidade moderno**. Niterói: Impetus, 2010.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Reclamação constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LINARES, Sebastián. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. In: **Revista Mexicana de Sociología**. v. 70, n. 3, 2008.

_____. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LOWENSTEIN, Karl. **Brasil Under Vargas**. New York: The MacMillan Company. 1942.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Entre o Leviatã e o Beemote: soberania, constituição e excepcionalidade no debate político dos séculos XVII e XVIII. **Dados**, v. 53, p. 55-90, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v53n1/03.pdf>. Acesso em 13/12/2013.

MAGALHÃES, José Quadros de. **A supremacia da Constituição: reforma e controle no direito comparado**. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

MAGALHÃES, Teresa Calvet. A ideia de liberalismo político em J. Rawls: uma concepção política da justiça. OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilon Alves; SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. **Filosofia política contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 251-271.

MAIA, Paulo Sávio Peixoto. **O guardião da constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar**. Brasília. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, 2007.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. **O pensamento político-constitucional de Carl Schmitt no contexto histórico-político da república de Weimar**. Santa Catarina. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 1996.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público**. 5, ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso. Revisitando o debate sobre a doutrina da separação de poderes: Montesquieu republicano e a exegese de a constituição da Inglaterra. In: **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, 2010.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, n. 58, nov. 2000.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MEIRELES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e ações constitucionais**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Controle de constitucionalidade e democracia**. São Paulo: Campus, 2007.

MENDES, Gilmar. Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: Aspectos políticos e jurídicos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Jurisdição Constitucional: O controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direitos fundamentais e controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; MARTINS, Ives. Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à lei 9868/99**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **A decisão no controle de constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. t. I – IV. Coimbra: Coimbra, 2000.

_____. Os tipos de decisões na fiscalização de constitucionalidade. **Interesse Público**, n. 18, 2003, p. 34-49.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limond, 2002.

_____. **A Proteção Judicial contra as Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do estado legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007.

QUEIROGA, Vitória dos Santos Lima. Aspectos doutrinários e jurisprudenciais acerca da greve do servidor público: uma análise da decisão do STF ao suprir a omissão do legislativo. **Ambito jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11182&revista_caderno=4> Acesso em: 13/11/2013.

RAWLS, John. **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

_____. **A Theory of Justice**. New Your: Columbia University Press, 1971.

ROSENN, Keith. Os efeitos do Controle Judicial de Constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América Latina numa perspectiva comparada. PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. **Direito Constitucional em evolução: perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. (Orgs.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

_____. **Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Lumen Juris, 2010.

_____. As lacunas constitucionais e sua integração. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. v. 1, 2013, p. 29-58.

SCHMITT, Carl. **O Conceito de político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **Teoria de la constitución**. Madrid: Alianza editorial. 2001.

SCHOR, Miguel. Constitutional Dialogue and Judicial Supremacy. In: **Legal Studies Research Paper Series**. Research Paper 10-66. 2010/2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1730202>>. Acesso em 03/02/2011.

SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. **Revista de Direito do Estado**, v. 12, 2008, p. 107-142.

_____. Teoria do discurso, neopragmatismo e legitimação dos direitos humanos. **XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 6523-6543.

_____. Pós-positivismo e democracia: em defesa de um neoconstitucionalismo aberto ao pluralismo. **XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 3337-3357.

_____. O Supremo Tribunal Federal e a leitura política da Constituição: entre o perfeccionismo e o minimalismo. **XVII Encontro Preparatório do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008. p. 3321-3341.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da. **Controle de constitucionalidade dialógico e a democracia deliberativa**: caminhos para a legitimação da fiscalização judicial de constitucionalidade e dignificação do Poder Legislativo. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1563485. Acesso em: 12/07/2011.

_____. **Revisão e controle pelo Poder Legislativo das decisões da Suprema Corte**. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1810763. Acesso em: 03/04/2011.

SILVA, Cecília de Almeida. (et. al.). **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Paulo Sérgio da. **A constituição brasileira de 10 de novembro de 1937**: um retrato com luz e sombra. São Paulo: Unesp, 2008.

SOUSA, Ageu Cordeiro de; CAMPOS, Alinaldo Guedes; DUARTE, André Luis Negrão. Controle de Constitucionalidade – STF vs. Senado Federal: A quem cabe a última palavra? (um estudo crítico do art. 52, X, da Constituição de 1988). **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**. v. 12 n. 9 - João Pessoa: Paraíba. 1990. Disponível em: <<http://www.trt13.jus.br>> Acesso em: 03/08/2010.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____; MEYER, Emílio Peluso Neder; RODRIGUES, Eder Bomfim. **Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil**. v. 2. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes**: why extreme right-wing Courts are wrong for America. New York: Basic Books, 2005.

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

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, Rodrigo de Souza; BERMAN, José Guilherme. Teorias Dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense. **XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, São Paulo, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TUSHNET, Mark. Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties. In: **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 41, 2006.

_____. **Taking the Constitution away from the courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

VALLE, Verence Regína Lírio do. (Org.) **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VIANA, Luiz Werneck (et. al.). **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. (et. al.). **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VILE, M. J. C. **Constitutionalism and the Separation of the Powers**. Indianapolis: Liberty Found, 1998.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. In: **Yale Law Journal**, vol. 115, 2006.

_____. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil**: ley, derechos, justicia. 6 ed. Madrid: Minima Trotta, 2005.

_____. **Historia y Constitución**. Madrid: Minima Trotta, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.