

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA**

ISMAEL ANDERLAN VIANA DOS SANTOS SILVA

**DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E SUPREMACIA JUDICIAL NO BRASIL: BREVE
ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO ACONSELHAMENTO JUDICIAL, DA
TÉCNICA DO SEGUNDO OLHAR E DO PODER DE NÃO DECIDIR**

Maceió - AL
2023

ISMAEL ANDERLAN VIANA DOS SANTOS SILVA

**DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E SUPREMACIA JUDICIAL NO BRASIL: BREVE
ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO ACONSELHAMENTO JUDICIAL, DA
TÉCNICA DO SEGUNDO OLHAR E DO PODER DE NÃO DECIDIR**

Trabalho de conclusão de curso submetido ao corpo docente do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas (FDA), unidade acadêmica da Universidade Federal de Alagoas (UFAL), como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, aprovada em (dia) de (mês) de 2023.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

S586d Silva, Ismael Anderlan Viana dos Santos.
 Diálogos institucionais e supremacia judicial no Brasil : breve análise da aplicabilidade do aconselhamento judicial, da técnica do segundo olhar e do poder de não decidir / Ismael Anderlan Viana dos Santos Silva. – 2023.
 66 f. : il.

Orientador: Pedro Henrique Pedrosa Nogueira.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2023.

Bibliografia: f. 62-66.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 2. Controle de constitucionalidade. 3. Diálogo institucional. 4. Supremacia judicial. 5. Poder de não decidir. I. Título.

CDU: 342(81)

Dedico

Ao Senhor Jesus, em quem encontrei a salvação da minha alma, alegria indescritível e amor eterno. Tudo que possa oferecer – ainda minha vida - será pouco demais perto do que recebi. À minha amada mãe, Alana Viviane, cuja vida e esperança ilustram a bondade de Deus, e ao meu irmão e bom amigo, Ismael Allan, com quem aprendi o valor da perseverança. A vocês, todo meu amor.

AGRADECIMENTOS

Certamente, a entrega deste trabalho e a conclusão do curso são sonhos que não realizo sozinho. Nesta trajetória, muitos estiveram ao meu lado, compartilhando o fardo e, agora, a alegria. Por isso, sou um grande devedor. Se tentasse mencionar todas as pessoas, sei que pecaria por me esquecer de alguém. Ainda assim, num esforço de tentar externar minha gratidão, passo a anotar alguns nomes, certo de que outros tantos são dignos de meu afeto.

Ao Senhor, meu Deus, agradeço porque me amou antes de eu amá-lo. Sua boa mão me guiou todos os dias, dando-me força e os meios necessários para chegar até aqui. De fato, fui provido de graça e bondade. Nenhum bem me foi recusado (Sl 84.11). Por isso, de todo o coração, o agradeço.

Também agradeço à minha mãe, Alana Viviane, mulher graciosa e destemida, que, não só com as palavras, mas com a vida tem me ensinado o temor do Senhor. E ao meu irmão, Ismael Allan, companheiro e amigo em todas as horas. Sem eles, essa breve caminhada teria sido muito mais árdua, os dias, muito mais curtos e as noites, muito mais escuras.

Agradeço aos meus demais familiares, especialmente à minha avó, Vera Lúcia, a quem muito amo, e que tem sido um exemplo de fé e cuidado; ao meu avô Sebastião Rocha; à minha tia Aline Valmiane; e aos meus tios Germano Correia e Arlisson Vandergleisson.

Agradeço à Igreja Evangélica Assembleia de Deus no Estado de Alagoas, denominação a que pertenço, e que tem cuidado de mim e de minha família desde minha tenra idade. Nesses termos, não posso sonegar minha gratidão ao Pastor Presidente Rev. José Orisvaldo Nunes de Lima e à sua família, que, com a graça de Deus, tem servido à frente da Igreja e abençoado minha vida.

De modo mais específico, agradeço aos irmãos e irmãs da Igreja sede, situada no Farol, onde congrego, e ao Pr. Hermann Marconi, meu pastor local. A caminhada, com eles, é muito mais edificante e prazerosa. Sou eternamente grato pelas palavras de apoio e pelas orações. Deus, certamente, as ouviu.

Da mesma forma, aos que hoje compartilham comigo a labuta diária, preciso agradecer. Por todos, menciono o Pr. Agrimeron Teixeira, o Pr. José Alberto e a irmã Etã Cruz, cujos conselhos e ensinamentos me têm sido valiosos.

Além disso, agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, jurista de elevado saber e com didática admirável, que muito me ajudou neste processo. Seus apontamentos foram de suma importância para a consecução deste resultado.

Semelhantemente, ao Prof. Dr. Frederico Wildson e ao Prof. Dr. Beclaute Oliveira, que compuseram a banca examinadora, toda minha gratidão. As críticas e elogios certamente me impulsionaram e abriram os meus olhos para pontos, que, de fato, careciam de novas reflexões. Muito obrigado.

Agradeço ao Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni, que tão gentilmente elucidou algumas dúvidas e questionamentos, e ao Prof. Dr. Conrado Hübner Mendes, por ter me enviado a versão digital de seu livro. Sem esses auxílios, o trabalho teria sido muito mais penoso.

Por fim, agradeço aos demais professores e servidores da Faculdade de Direito de Alagoas, com quem muito aprendi, bem como aos diversos colegas que conheci durante a graduação, notadamente, aos da turma 2018.1 (noturno). Sinto-me honrado por ter composto as fileiras da FDA.

“Porque todos tropeçamos em muitas coisas. Se alguém não tropeça no falar, é um indivíduo perfeito...”

(Tiago 3.2, Nova Almeida Atualizada)

RESUMO

O presente trabalho tem a intenção de investigar a aplicabilidade das teorias normativas do diálogo institucional no Brasil e o exercício do poder de não decidir. Esse objetivo toma por base os longos e intermináveis debates envolvendo o exercício do controle de constitucionalidade. De um lado, busca-se, por meio dele, a manutenção da ordem estabelecida pelo poder constituinte originário, que esboçou os direitos fundamentais e traçou o desenho institucional, distribuindo poderes e competências. De outro, questionam-se os limites da revisão judicial, porque, em maior ou menor medida, contraria a vontade majoritária, refletida no processo político. No Brasil, a divergência é ainda mais intensa, pois o Supremo Tribunal Federal, após a Constituição de 1988, ascendeu consideravelmente e não tem sido raras as vezes em que a Corte assume o papel de *Ágora*, para deliberar temas de ordem moral, valorativa ou alta complexidade técnica. Indaga-se, nesse ponto, se seria o Judiciário o único a exercer a interpretação constitucional ou se concorreria com outros entes igualmente legítimos. Busca-se, neste trabalho, compreender melhor essa questão. Ganham importância, nesse contexto, as teorias do diálogo institucional. Elas visam contornar a dificuldade contramajoritária do *judicial review*, superando a ideia de que um único órgão deva ditar a interpretação constitucional, em prol da cooperação e do diálogo entre os poderes. A metodologia adotada se valeu de levantamento bibliográfico e revisão de literatura, das áreas de Direito Constitucional, do Processo Civil e da Filosofia do Direito, bem como análise documental, notadamente, dos diplomas legais e da jurisprudência. No decorrer do trabalho, constatou-se que as teorias do diálogo podem ser divididas em dois grandes conjuntos: teorias do método judicial e teorias estruturais do diálogo. Esta pesquisa, entretanto, traça o recorte nas primeiras. A esse grupo pertencem o aconselhamento judicial; as regras centradas no procedimento (com destaque para a técnica do segundo olhar); e o minimalismo judicial. Analisando-as, conclui-se que, no direito brasileiro, existem formas de promover o aconselhamento, mas não necessariamente, através dele, a cooperação entre os poderes; e que contribuições doutrinárias recentes postulam que a repercussão geral seria a ferramenta aparentemente apta a operar o minimalismo judicial e a técnica do segundo olhar no controle difuso. Ressalte-se, porém, que permanecem alguns questionamentos e parte deles só poderá ser elucidada com a aplicação dos conceitos, o que constitui um desafio para o futuro.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade; diálogos institucionais; supremacia judicial; STF; poder de não decidir.

ABSTRACT

The present work intends to investigate the applicability of normative theories of institutional dialogue in Brazil and the exercise of the power not to decide. This objective is based on the long and endless debates involved in the exercise of constitutionality control. On the one hand, the aim is to maintain the order required by the original constituent power, which outlined the fundamental rights and outlined the institutional design, distributing powers and competencies. On the other hand, the limits of judicial review are questioned, because, to a greater or lesser extent, it would contradict the majority will, reflected in the political process. In Brazil, the divergence is even more intense, as the Federal Supreme Court, after the 1988 Constitution, rose considerably and it has not been rare for a Court to assume the role of *Agora*, to deliberate on issues of a moral, evaluative or highly complex technique. At this point, the question arises whether the Judiciary would be the only one to exercise constitutional interpretation or whether it would compete with other equally legitimate entities. This work seeks to better understand this issue. They gain importance, in this context, as theories of institutional dialogue. They aim to overcome the counter-majoritarian difficulty of judicial review, overcoming the idea that a single body should dictate constitutional interpretation, in favor of cooperation and dialogue between the powers. The methodology adopted is based on a bibliographical survey and literature review in the areas of Constitutional Law, Civil Procedure and Philosophy of Law, as well as documentary analysis, notably of legal diplomas and harmful legislation. In the course of the work, it was found that dialogue theories can be divided into two large sets: theories of the judicial method and structural theories of dialogue. This research, however, outlined the focus on the former. This group includes judicial counseling; the rules centered on the procedure (with emphasis on the second look technique); and judicial minimalism. Analyzing them, it is concluded that, in Brazilian law, there are ways to promote counseling, but it is not necessary, through it, cooperation between the powers; and that recent doctrinal contributions postulate that general repercussion would be the apparently appropriate tool to operate judicial minimalism and the second look technique in diffuse control. It should be noted, however, that some questions remain and some of them can only be clarified with the application of the concepts, which constitutes a challenge for the future.

Keywords: judicial review; institutional dialog; judicial supremacy; STF; power not to decide.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais
AgInt.	Agravo Interno
AP	Ação Penal
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
BA	Bahia
CE	Ceará
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
MG	Minas Gerais
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
Q.O.	Questão de Ordem
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
RO	Rondônia
RS	Rio Grande do Sul
SC	Santa Catarina
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	ORIGEM E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DAS TEORIAS DA ÚLTIMA PALAVRA.....	15
2.1	Conceito e fundamentos do controle de constitucionalidade.....	15
2.2	De Bonham's Case a Marbury vs. Madison: gênese do controle de constitucionalidade e das supremacias do Parlamento e do Judiciário.....	17
2.3	Poder em expansão: a ascensão da justiça constitucional.....	21
2.3.1	Ascensão institucional do Poder Judiciário no Brasil após a Constituição de 1988	22
2.4	O debate quanto à legitimidade do controle de constitucionalidade	28
3	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ABERTURA AO DIÁLOGO INSTITUCIONAL.....	29
3.1	A Corte sob desconfiança: síntese da disputa entre constitucionalismo e democracia em Dworkin e Waldron	29
3.2	A autoconção da Corte e os diálogos institucionais: um argumento a partir da interpretação constitucional	33
3.3	Dificuldade contramajoritária do judicial review e as teorias do diálogo institucional	35
3.4	Alguns precedentes em que se invocam os diálogos institucionais ou há superação legislativa	38
4	TEORIAS NORMATIVAS DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL E EXERCÍCIO DO PODER DE NÃO DECIDIR – SÍNTESES, CRÍTICAS E CONTRAPONTO.....	42
4.1	Teoria do aconselhamento judicial e o fornecimento de manifestações judiciais opinativas.....	42
4.2	Regras centradas no procedimento e técnica do segundo lugar.....	48
4.3	Minimalismo judicial e o exercício do poder de não decidir	52
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
	REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

O exercício do controle de constitucionalidade, desde muito tempo, tem sido alvo de longos e intermináveis debates. De um lado, busca-se, por meio dele, a manutenção da ordem estabelecida pelo poder constituinte originário, que esboçou os direitos fundamentais e traçou o desenho institucional, distribuindo poderes e competências. De outro, questionam-se os limites da revisão judicial, porque, em maior ou menor medida, contraria a vontade majoritária, refletida no processo político.

Com efeito, o impasse envolve a conciliação de dois institutos diferentes, a saber, constitucionalismo e democracia. Tem-se observado, contudo, que os teóricos propõem soluções diversas para a desavença. Alguns, chamados *deniers*, negam que haja tensão entre os conceitos; outros, *reconciliers*, tentam reconciliá-la; outros, *endorsers*, reconhecem-na como irreconciliável e a endossam; e outros, *dissolvers*, simplesmente buscam dissolvê-la suprimindo a revisão judicial¹.

No Brasil, a divergência se assevera, pois o Supremo Tribunal Federal, após a Constituição de 1988, ascendeu consideravelmente (ascensão esta que não se deu só em virtude do desenho estabelecido pela Constituição). O poder de que dispõe para influenciar o processo político decisório e mudar o *status quo* faz com que sua atuação seja objeto de estudos e inquirições, mormente quanto à interação com os demais poderes. Por isso, é justificável perquirir não só acerca do fortalecimento institucional do STF, mas também sobre as concepções teóricas que subjazem sua atuação.

Não tem sido raras as vezes em que a Corte assume o papel de *Ágora*, para deliberar questões² de ordem moral, valorativa ou de alta complexidade técnica. Nessas ocasiões, não só as partes se movimentam. Toda a sociedade, incluídos os demais poderes, volta seus olhos para os onze ministros.

Cabe indagar, nesse ponto, se seria o Judiciário o único a exercer a interpretação constitucional ou se concorreria com outros entes igualmente legítimos. Busca-se, neste trabalho, compreender melhor essa questão. Todavia, pode-se afirmar de antemão que a interpretação constitucional não deve ser entendida como monopólio de uma única instituição. A essência do sistema democrático compreende que os poderes são outorgados pelo povo às

¹ CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**, São Leopoldo, p. 218-227, jul-set. 2014.

² Cite-se, a título exemplificativo: a possibilidade de pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI nº 3.510/DF); o aborto de fetos anencéfalos (ADPF nº 54/DF); e, atualmente em apreciação, a descriminalização do aborto (ADPF nº 442/DF) e a descriminalização do uso de drogas (RE 635.659/SP).

instituições, e não alienados do povo às instituições³. Por isso, afirma-se que não só o Judiciário, mas também o Legislativo, os indivíduos, as entidades privadas, enfim, todos os que vivem as normas constitucionais, são intérpretes legítimos⁴. Obviamente, essa conclusão não encerra o debate acerca de quem deve decidir vinculando os demais e até que ponto essa decisão pode ser superada. Entretanto, lança, desde já, um fundamento relevante.

Ganham importância, nesse contexto, as teorias dos diálogos institucionais, que, em prol da cooperação, buscam contornar a dificuldade contramajoritária do *judicial review*, sugerindo que o processo de interpretação constitucional se daria por meio de uma dinâmica entre os poderes. Cabe esclarecer, desde o início, que não existe apenas uma teoria dialógica, mas sim várias, que foram bem sintetizadas por Bateup⁵. A dúvida subsiste, porém, em relação à aplicabilidade de cada uma delas no ordenamento jurídico pátrio.

Aqui, deve-se traçar um recorte. Dar-se-á, com mais especificidade, atenção às teorias normativas do diálogo e aos debates recentes⁶ sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal escolher não decidir determinada matéria, em favor da deliberação popular e legislativa. Isso porque a adoção de uma postura minimalista, que escolha não estabelecer decisões profundas e amplas, em virtude da inescurecibilidade da controvérsia ou da ausência de debate pelo Parlamento, poderia favorecer o diálogo institucional⁷. Portanto, questiona-se: as teorias do diálogo conseguem contornar o déficit democrático apontado acima? Existem meios no ordenamento que permitam o exercício do poder de não decidir à luz dessas teorias?

Nesse sentido, o objetivo geral do trabalho é analisar, à luz da doutrina nacional e estrangeira, bem como da Constituição, das leis e das decisões judiciais, as teorias normativas do diálogo institucional e o exercício do poder de não decidir. E, de forma específica, (i) apresentar a origem, os fundamentos e o desenvolvimento histórico do controle de constitucionalidade; (ii) investigar a expansão do Judiciário e ascensão institucional do

³ “Art. 1º. [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 ago. 2023.

⁴ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. **Direito Público**, v. 11(60), 25–50, nov-dez, 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>. Acesso em: 18 ago. 2023.

⁵ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71, 3, 2006. p. 1.109-1.180.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021; CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição e decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro**. São Paulo: Juspodivm, 2023.

⁷ SUNSTEIN, Cass. *Foreword: leaving things undecided*. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 1, Nov. 1996. p. 15.

Supremo Tribunal Federal; (iii) examinar a relação entre constitucionalismo e democracia; e (iv) analisar a aplicabilidade das teorias normativas do diálogo institucional no Brasil.

Para a consecução desses objetivos, cumpre esclarecer que a pesquisa tem caráter eminentemente descritivo e qualitativo. Para tanto, foi feito amplo levantamento bibliográfico e revisão de literatura, com fontes primárias e secundárias, das áreas de direito Constitucional e Processo Civil, e a análise documental, notadamente, dos diplomas legais e da jurisprudência. É válido advertir, contudo, que não é o objetivo fazer uma revisão da jurisprudência das Cortes Superiores à luz das teorias do diálogo institucional, malgrado, em certas ocasiões, julgados sejam invocados.

Dito isso, o trabalho está dividido em três partes principais. No primeiro capítulo, serão traçados os fundamentos do controle de constitucionalidade, com especial destaque para os conceitos de supremacia e rigidez constitucional. Logo após, é feito breve panorama do surgimento histórico das teorias da última palavra, finalizando com a análise da ascensão institucional do Poder Judiciário, mais especificamente do STF, após a Constituição de 1988. Na ocasião, conceitos como judicialização e ministocracia são trazidos à baila para compreensão do fenômeno.

No segundo capítulo, a tensão entre constitucionalismo e democracia é posta em debate. As visões de Dworkin e Waldron, que divergem entre si acerca da revisão judicial, são apresentadas e cotejadas. Nessa seção, busca-se evidenciar as limitações a que o Judiciário pode estar sujeito, e, posteriormente, os diálogos institucionais são apresentados por um argumento que parte da interpretação constitucional. Em seguida, é feito o aprofundamento teórico do conceito de dificuldade contramajoritária e a apresentação do rol de teorias do diálogo, conforme apresentadas por Bateup, com alguns acréscimos. O capítulo termina com a apresentação de algumas decisões que envolvem diálogo institucional ou em que houve a superação legislativa.

Por fim, no terceiro capítulo, busca-se abordar sinteticamente as teorias normativas do diálogo, articulando-as com o possível exercício do poder de não decidir que possui o STF. O tema, como será narrado, vem sendo tratado há alguns anos e conta com a contribuição de expoentes como Marinoni e, mais recentemente, Cabral. No momento, será falado sobre as manifestações judiciais opinativas e o uso da repercussão geral como ferramenta para que o Supremo declare a não decisão.

2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DAS TEORIAS DA ÚLTIMA PALAVRA

2.1 Conceito e fundamentos do controle de constitucionalidade

Tradicionalmente, o controle de constitucionalidade se dá à luz da noção de que o ordenamento jurídico é um sistema ordenado, uno e harmonioso, que carece de mecanismos de correção capazes de restabelecer a ordem, a unidade ou a harmonia que, porventura, seja quebrada⁸. De forma sintética, Ginsburg e Versteeg o conceituam como o “poder formal de uma corte local ou órgão semelhante de afastar ou derrubar a legislação incompatível com a constituição nacional” (tradução nossa)⁹.

Como todos os institutos do Direito, o controle judicial de constitucionalidade possui fundamentos característicos. O primeiro deles é a ideia de supremacia constitucional, por meio da qual se pretende destacar a posição hierarquicamente superior da Constituição em face das demais normas jurídicas. Como “manifestação política superqualificada da vontade popular”¹⁰, por sua força normativa e pela necessidade de conformação das demais normas em face de si mesma, a Lei Fundamental se converte no fundamento de validade do ordenamento jurídico¹¹.

A Constituição adquire o caráter de norma-parâmetro que servirá de critério de avaliação das demais normas. Nesse aspecto, grosso modo, o fenômeno da inconstitucionalidade acontecerá na desconformidade formal ou material entre elas, momento em que se poderá contemplar a invalidade da norma confrontadora. Assim, os conceitos de validade e constitucionalidade se confundem, uma vez que é impossível que norma inexistente padeça de invalidade/inconstitucionalidade, mas, por outro lado, plenamente

⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555598995. p. 11 Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598995/>. Acesso em: 08 fev. 2023

⁹ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *Why do countries adopt constitutional review? The journal of law, economics & organization*, v. 30, p. 587, 2013. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5621&context=journal_articles#:~:text=The%20literature%20has%20proposed%20different,electoral%20market%2C%20and%20diffusion%20theories. Acesso em: 16 jun. 2023.

¹⁰ “Espera-se que ela seja o resultado da confluência de uma manifestação política superqualificada da vontade popular, e se coloque para além da vontade majoritária estabelecida regularmente. Trata-se de um momento constituinte originário, ou de uma produção constitucional ‘elevada’ (higher lawmaking).” CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 184, set./dez. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/4m6g6DbMwXn6sRM37f6vPxD/?lang=pt>. Acesso em: 23 mar. 2023.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 11.

possível que norma inconstitucional permaneça sendo eficaz. Por isso, a retirada desses efeitos se dá em ato posterior e depende da pronúncia do órgão competente, que aplique a inconstitucionalidade como sanção¹². Nesse instante, será operado o controle, restabelecendo-se a ordem pervertida.

Sob uma perspectiva lógico-formal, um dos traços distintivos da ideia de supremacia constitucional reside em a norma que se proponha a figurar como parâmetro de outra, normalmente, possuir um procedimento de alteração mais complexo¹³. Esse é, pois, o conceito de rigidez constitucional, apontado como o segundo pressuposto do controle de constitucionalidade.

Há teóricos que entendem ser a rigidez reflexo da superioridade do Poder Constituinte em face do Poder Legislativo ordinário¹⁴. Tal percepção possui relevância nos sistemas constitucionais flexíveis, muito mais atrelados ao conceito de supremacia material da Constituição. Como se pode ver, concebe-se a supremacia antes da rigidez, fazendo-se desta, posteriormente, uma consequência da primeira¹⁵. De toda sorte, ambas ainda estão intimamente relacionadas e constituem as bases lógicas do controle.

Com efeito, a compreensão da supremacia constitucional abre espaço para o ponto central deste capítulo, qual seja, a compreensão do processo de surgimento, desenvolvimento e expansão do controle de constitucionalidade, visto que remete a discussão às origens desse mecanismo de proteção. Ao adentrar nesse tópico, ver-se-á como, com o decorrer do tempo, duas posições se destacaram em relação ao exercício da revisão constitucional - a supremacia legislativa e a supremacia judicial, em que um único órgão é o responsável por dar a última palavra no que se refere à interpretação da Constituição; por isso, também são conhecidas como teorias da última palavra. Ao fim, será descrita a ascensão institucional do Poder Judiciário, com especial destaque para atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) e de seus ministros após a Constituição brasileira de 1988.

¹² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. *E-book*. ISBN 9788553616411. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616411/>. pp. 300-303. Acesso em: 10 fev. 2023.

¹³ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 59. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2788082&forceview=1>. Acessado em: 14 de fevereiro de 2023.

¹⁴ Como exemplo, pode-se mencionar Abade Sieyès, cuja ideia foi bem resumida por Ramos: “[...] a justificativa para a superioridade da Constituição sobre os atos propriamente legislativos, afirmada por Sieyès no Capítulo V do *Que é o Terceiro Estado?*, reside no argumento de que a Constituição é obra de Poder superior ao Poder Legislativo. Daí, sentindo a necessidade de criar um mecanismo de modificação das normas constitucionais, aporta Sieyès na rigidez constitucional, ou seja, a Constituição somente poderia ser alterada por um Poder, também de natureza Constituinte, derivado do Poder Constituinte originário, que o cria para o desdobramento na sua obra inicial, e não pelo Poder Legislativo ordinário.” RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 60.

¹⁵ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 59.

2.2 De *Bonham's Case* a *Marbury vs. Madison*: gênese do controle de constitucionalidade e das supremacias do Parlamento e do Judiciário

Não obstante *Marbury vs. Madison*¹⁶ seja apontado como o *leading case* que deu início ao *judicial review of legislation*, não é verdade que seja o primeiro processo em que uma decisão legislativa foi declarada nula pelo Judiciário por contradizer um direito superior ao qual deveria se conformar¹⁷. Como leciona Marinoni, “a ideia de controle dos atos estatais, inclusive do parlamento, era conhecida pelo juiz da tradição do *common law*”¹⁸.

Em 1610, na Inglaterra, *Sir Edward Coke*, que, por indicação do Rei James I, ocupava o cargo de *Chief Justice of the Court of Common Pleas*, foi o responsável por julgar o que ficou conhecido como *Bonham's Case*. Em suma, Thomas Bonham foi um médico que estudou na Universidade de Cambridge por 11 anos e, ao se formar, foi exercer seu ofício em Londres. Todavia, anos antes, mais precisamente em 1518, o Rei Henrique VIII decretou que era da responsabilidade do *Royal College of Physicians of London* licenciar o exercício da medicina. O édito foi ratificado tanto pelo Parlamento, que em 1523 estendeu os efeitos de Londres para todo o país, como pela Rainha Maria I, em 1554¹⁹.

Foi então que, em meados de 1600, o *Royal College* multou Bonham e o obrigou a não exercer a medicina; ele, porém, continuou a fazê-lo, o que ensejou a exacerbação da multa e a prisão. Somente após alguns dias, o médico foi solto e, então, processou o *Royal College* por prisão indevida. O caso chegou às mãos de Edward Coke, que decidiu favoravelmente a Bonham, argumentando que o *Royal College* apenas poderia punir a má prática da medicina, e não o mero exercício dela²⁰.

Na ocasião, o *Chief Justice* assentou expressamente: “*for when an Act of parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common*

¹⁶ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

¹⁷ “A obra de David T. Ball, *The historical origins of judicial review: the duty to resist tyranny*, faz uma detalhada análise da história inglesa, referente ao período de 1536-1803. O autor menciona que, tradicionalmente, se está acostumado a contar a história das origens do *judicial review* a partir de 1803, com a decisão do caso *Marbury vs. Madison*, o que, para ele, constitui uma lacuna no desenvolvimento da ideia de controle de constitucionalidade (a “*missing explanation of the origins of the judicial review*”). STRECK, Lenio L. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 13. *E-book*. ISBN 9788530987497. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/>. Acesso em: 28 fev. 2023.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 444. *E-book*. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 26 fev. 2023.

¹⁹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Sir Edward Coke e o judicial review* inglês: breve história *apud* DIDIER Jr., Fredie (Org.). **Teoria do processo doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 308-309.

²⁰ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Sir Edward Coke e o judicial review* inglês: breve história *apud* DIDIER Jr., Fredie (Org.). **Teoria do processo doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 309.

*law will controul it, and adjudge such Act to be void*²¹. O que ele estava fazendo não era apenas estabelecer limites ao Parlamento, mas também afirmar que o próprio rei não tinha plena liberdade para estatuir o que quisesse; estava, pois, limitado ao *common law*, o direito ancestral do povo inglês²².

Por isso, malgrado subsista o debate sobre se Coke estaria ou não fazendo uso do *judicial review*, a teoria declaratória da jurisdição²³ à qual se filiava o levou a reconhecer um direito superior e, assim, não parece haver dúvida de que ali estão os primeiros indícios do controle de constitucionalidade²⁴.

Todavia, a decisão de Edward Coke não foi suficiente para sedimentar na Inglaterra um sistema de revisão judicial dos atos legislativos como viria a ser nos Estados Unidos. A Revolução Gloriosa de 1688, em oposição ao absolutismo real, propiciou o surgimento do princípio da *supremacy of the English parliament* (supremacia do Parlamento inglês), que se mantém até hoje²⁵. Porém, a conotação expressa por esse instituto não remetia à sobreposição do Parlamento em face do Judiciário, transformando este em *bouche de la loi* (boca da lei), à semelhança da Revolução Francesa. Muito pelo contrário, o caráter conservador da Revolução Puritana consagrou a máxima *rule of law and not of men* (Estado de Direito e não de homens) ao submeter o soberano à tradição do povo inglês. Exemplo disso é o *Bill of Rights*²⁶.

Vale mencionar que, analisando o princípio da supremacia do Parlamento inglês, teóricos como Cappelletti e Ramos incorrem no erro de afirmar que esse órgão deteria

²¹ COKE, Sir Edward Coke. *The Reports of Sir Edward Coke*, vol. IV, London: Josseph Butterworth and son, 1826 *apud* NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Sir Edward Coke e o judicial review* inglês: breve história *apud* DIDIER Jr., Fredie (Org.). **Teoria do processo doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 308-309.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil *apud* DIDIER Jr., Fredie (Org.). **Teoria do processo doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 546-547.

²³ Marinoni esclarece que a teoria declaratória, defendida por William Blackstone, diferencia o direito não escrito (*common law*) do direito escrito (*statute law*). Ao juiz, desse modo, caberia declarar o *common law* - costumes gerais e particulares do reino, Cortes e jurisdições - nas circunstâncias concretas. Em contraposição, a teoria constitutiva da jurisdição afirma que o *common law* é fruto da *law-making authority* dos juizes, ou seja, estes possuiriam um papel criativo no direito inglês. MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil *apud* DIDIER Jr., Fredie (Org.). **Teoria do processo doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 534-535.

²⁴ “Vê-se, na referida decisão de Coke, o primeiro germe do controle de constitucionalidade das leis; e, assim, é possível daí também extrair a noção de que o poder judicial, no *common law* primitivo, era exercido mediante uma lógica semelhante a que dirige a atuação do juiz submetido à Constituição e aos direitos fundamentais”. MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil *apud* DIDIER Jr., Fredie (Org.). **Teoria do processo doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 542.

²⁵ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Sir Edward Coke e o judicial review* inglês: breve história *apud* DIDIER Jr., Fredie (Org.). **Teoria do processo doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 313.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil *apud* DIDIER Jr., Fredie (Org.). **Teoria do processo doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 548-555.

poderes absolutos e não estaria adstrito a normas jurídicas preexistentes²⁷. Mas, ao contrário do que se pensa, essa máxima não teve o condão de enfraquecer o Poder Judiciário. Antes, na Revolução de 1688 ambos - o legislador e a Corte - atuaram juntos contra o poder absoluto do monarca, buscando submetê-lo não à vontade do Parlamento pura e simplesmente, mas ao direito comum (*common law*), ao qual o próprio Poder Legislativo também estaria sujeito. Portanto, a supremacia do Parlamento não anulou as bases da doutrina de Coke, mas, em certo sentido, as confirmou²⁸.

Ocorre que, com o passar do tempo, o princípio da supremacia legislativa possibilitou o florescimento do *judicial review* e da supremacia judicial²⁹, processo este que está intimamente ligado ao modelo de colonização utilizado pelos ingleses. Importante notar, como esclarece Nogueira, que, diferente de outras nações, a colonização promovida pela Inglaterra envolvia a concessão de liberdades, direitos, poderes, privilégios, imunidades e propriedades a corporações (*corporations*), e não a indivíduos isoladamente. Elas possuíam, inclusive, autoridade legislativa; mas a autorização real que lhes era concedida (*letters patent*) já ressaltava que as disposições legislativas das colônias não poderiam contrariar as leis do Parlamento inglês (ou serem *repugnant*)³⁰.

É nesse contexto que Bilder afirma que o controle de constitucionalidade não resultou de nova ideia ou nova teoria constitucional do Poder Judiciário. Para ela, a revisão imperial sob o padrão de repugnância é responsável pelo *judicial review* americano. O mecanismo surgiu da longa prática de revisão das ordenanças das *corporations* (a exemplo das leis coloniais americanas), sobre as quais eram impostas restrições, devido ao fato de estarem vinculadas à lei corporativa inglesa. Após a Revolução Americana, entretanto, as leis da Inglaterra foram substituídas pela Constituição dos Estados Unidos, que representava a suprema autoridade do povo e passou a ser o instrumento de anulação das leis ordinárias³¹.

Nesse debate, invariavelmente, o célebre e já mencionado caso *Marbury vs. Madison*, julgado pelo *Chief Justice* John Marshall, merece tomar destaque, dado que seja o precursor do *judicial review* tal qual conhecido cotidianamente. A decisão de Marshall, mesmo que não

²⁷ RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 57.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 444-445.

²⁹ STRECK, Lenio L. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 01.

³⁰ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Sir Edward Coke e o judicial review* inglês: breve história *apud* DIDIER Jr., Fredie (Org.). **Teoria do processo doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 314.

³¹ BILDER, Mary Sarah. *The corporate origins of judicial review*. **The Yale Law Journal**, v. 116, p. 502-566, 2006-2007. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/the-corporate-origins-of-judicial-review>. Acesso em: 15 jun. 2023.

prevista na Constituição estadunidense, demarcou o início do controle de constitucionalidade, através do desenlace de uma situação política crítica na qual ele se encontrava.

O ex-presidente Adams, nos últimos 16 dias do mandato, decidiu criar 67 vagas de juízes de paz. Entretanto, com o transcorrer do prazo, nem todos foram nomeados, e o agora Presidente Jefferson - republicano - não tinha interesse em fazê-lo. Foi assim que Marbury, indicado pelo ex-presidente, propôs um *writ* perante a Suprema Corte, buscando que o Secretário da Justiça Madison fosse impelido a nomeá-lo³².

É nesse contexto que o *Justice* Marshall (à época, Secretário da Justiça do governo Adams), pressionado e correndo o risco de sofrer *impeachment*, decide que o art. 13 do *Judiciary Act* de 1789, invocado por Marbury para propor o *writ*, era inconstitucional. O argumento utilizado foi que o Congresso extrapolou os poderes conferidos pela Constituição, ao adicionar à competência da Suprema Corte o conhecimento de *writ* de forma originária, quando a Lei Maior apenas previu competência recursal³³.

Um ponto importante é que, para a decisão de Marshall, havia uma perspectiva teórica e institucional subjacente que não pode ser ignorada; e as considerações de Alexander Hamilton, no Artigo Federalista LXXVIII, são uma epígrafe para a finalidade de demonstrá-la. Para ele, o Judiciário seria o poder menos perigoso: o Executivo detém a espada; o Legislativo possui não só a bolsa (o que remete às finanças), como também estabelece os direitos e deveres; e o Judiciário não possui nem força, nem vontade: apenas julgamento, que é exercido à custa dos outros dois entes³⁴.

Percebe-se que Hamilton tinha uma visão branda, quanto aos poderes do Judiciário. Na sua perspectiva, embora pudesse ser motivo de opressão individual, esse órgão nunca seria o vetor principal contra a liberdade geral dos cidadãos. Todavia, a ressalva posta pelo autor merece ser sublinhada: “isto, desde que o judiciário permaneça verdadeiramente distinto tanto do legislativo como do executivo, pois concordo que ‘não há liberdade se o poder de julgar não for separado dos poderes legislativo e executivo’”³⁵.

No entanto (e este é o ponto fundamental), já naquela ocasião, Hamilton reconheceu no Judiciário a competência para exercer a interpretação da Constituição e resguardá-la dos desvios do legislador. Partindo do conceito de Constituição limitada – aquela que limita a atividade legislativa - o federalista atribuiu ao julgador a capacidade de declarar a nulidade

³² STRECK, Lenio L. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 39.

³³ STRECK, Lenio L. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 39.

³⁴ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788: edição integral**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 479.

³⁵ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788: edição integral**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 479.

dos atos contrários à Lei Fundamental. A seu ver, o Legislativo, beneficiário de um poder delegado pelo povo, não pode agir contrariamente ao seu mandato. Daí o Judiciário ser o intermediário dessa relação, garantindo que o delegatário não vá além dos poderes que lhe foram outorgados³⁶.

Perante a breve linha do tempo traçada até agora, vê-se a relação entre a supremacia judicial e o surgimento histórico do *judicial review*³⁷. Embora se afirme não haver previsão constitucional para o exercício do controle de constitucional, Marshall não inventou a prática *ex nihilo*. Antes, valeu-se de uma cultura que vinha sendo construída desde Edward Coke, e que, em solo norte-americano, ganhou contornos ainda mais interessantes.

Em suma, o exemplo de Coke, a própria história de formação do país com as *corporations*, uma série de decisões de menor repercussão e as doutrinas federalistas forneceram o substrato para a decisão de Marshall, que consagrou o Judiciário como o poder apto a interpretar e dar a última palavra sobre o sentido da Constituição.

2.3 Poder em expansão: a ascensão da justiça constitucional

Com o passar do tempo, a prática da revisão judicial se expandiu consideravelmente, passando a estar presente em 83% dos sistemas constitucionais do mundo em 2011³⁸. O modelo estadunidense (difuso, concreto, incidental e por via de exceção), em seu estado puro, irradiou-se para países como os anglo-saxônicos com Constituição escrita, países latino-americanos, Grécia, Noruega, Portugal e Alemanha de Weimar. E, com algumas adaptações, a países da *Commonwealth*, Irlanda, Filipinas e outros³⁹.

³⁶ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788: edição integral**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 480–481.

³⁷ Há quem entenda de forma diversa a relação entre *Marbury vs. Madison* e a supremacia judicial no controle de constitucionalidade. Veja-se, por exemplo, as palavras de Godoy: “A supremacia judicial e a última palavra não decorrem de uma tradição histórica originada com a decisão do caso *Marbury v. Madison* porque nunca essa decisão instituiu ou afirmou a supremacia judicial. O controle judicial de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos já vinha sendo exercido antes do caso *Marbury v. Madison*, continuou sendo realizado depois dele, e em momento algum neste período a Suprema Corte norte-americana arrogou para si a última palavra sobre a constituição. Ao contrário, Larry Kramer nos mostra como diversos casos envolvendo controvérsias sobre a constituição eram resolvidos de forma compartilhada entre os Poderes e principalmente entre estes e o povo”. GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. 2015. p. 234.

³⁸ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *Why do countries adopt constitutional review?* *The journal of law, economics & organization*, v. 30, 2013. p. 587.

³⁹ MIRANDA, Jorge. **Coleção Fora de Série - Teoria do Estado e da Constituição, 5ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 661. *E-book*. ISBN 9788530982768. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982768/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

Em contrapartida, surgiu o modelo austríaco, que centralizava a revisão constitucional num órgão especializado, normalmente um Tribunal Constitucional, com aspectos distintos do resto do Judiciário que não poderia anular a legislação. Esse modelo (concentrado, abstrato, principal e por via de ação) foi desenvolvido por Hans Kelsen, com o objetivo de preservar a soberania legislativa e a separação tradicional de poderes. Kelsen o utilizou na elaboração da Constituição da Áustria de 1920 e, após a adoção pela Constituição da Alemanha de 1951, o modelo se difundiu ainda mais⁴⁰.

Verificou-se, contudo, que a expansão da jurisdição constitucional veio acompanhada da ascensão política e institucional do Poder Judiciário, que deixou de ser um departamento técnico e passou a disputar espaço com os demais poderes, fenômeno este que vem sendo chamado de judicialização. A judicialização, nesse sentido, é uma questão, essencialmente, de desenho institucional, que, na visão de Barroso, teve ao menos três causas distintas: a busca pela proteção dos direitos fundamentais e do Estado de Direito, após a Segunda Guerra Mundial; a desilusão com a política majoritária; e o interesse dos atores políticos de, muitas vezes, resolverem questões polêmicas no Judiciário, principalmente desacordos morais razoáveis, como forma de evitar o desgaste de sua imagem em temas controversos⁴¹.

2.3.1 Ascensão institucional do Poder Judiciário no Brasil após a Constituição de 1988

No Brasil, contudo, Tiago Clemente Souza esclarece que o protagonismo do Judiciário é fruto de uma gama de condições políticas, institucionais e de interpretação que sucederam a Constituição de 1988. Mas tal proeminência não ocorreu imediatamente, como resultada de um novo desenho institucional. Trata-se de um processo histórico de construção - de afirmações e testes do Poder⁴².

Com efeito, as condições políticas que favoreceram essa ascensão estão atreladas à fragmentação do poder político. A combinação de um governo presidencialista, com o sistema eleitoral proporcional, o pluripartidarismo e o federalismo, redundou, nas palavras de Souza, “em fragmentação de funções e em chamamento do Judiciário para resolver questões de

⁴⁰ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *Why do countries adopt constitutional review?* *The journal of law, economics & organization*, v. 30, 2013. p. 587.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 10 jul. 2023.

⁴² SOUZA, Tiago Clemente. *A ilegitimidade democrática das decisões judiciais: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil*. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2022. p. 40-41.

coordenação”⁴³. Por isso, as condições políticas brasileiras, em certo sentido, ajudaram no fortalecimento do Judiciário.

Vale constar que, para Barroso, de modo geral, essa atuação expansiva é resultado da constitucionalização abrangente e do sistema misto de controle de constitucionalidade, que combina a matriz americana com a matriz europeia, podendo a inconstitucionalidade ser analisada tanto nos litígios concretos quanto em tese, por meio das ações de controle concentrado disponíveis no sistema⁴⁴.

Mas, na verdade, conquanto o referido autor não os categorize dessa maneira, ambos os motivos – o amplo rol de direitos e matérias elencados na Constituição e a adoção dos dois sistemas de controle - já podem ser contados entre as condições institucionais que ensejaram o protagonismo do Judiciário. Souza, porém, amplia a lista acrescentando as seguintes causas: a atribuição de efeitos *erga omnis* no controle difuso de constitucionalidade, instrumentalizada pela repercussão geral e pela súmula vinculante; a transcendência dos motivos determinantes dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal; a modulação de efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade (art. 27, da Lei nº 9.882/99); e o acúmulo de competências, que faz com que o STF seja, ao mesmo tempo, “tribunal constitucional, foro especializado e tribunal de apelação de última instância”⁴⁵.

Efetivamente, a Constituição de 1988 manteve a estrutura do STF que herdou de modelos anteriores. A Corte, porém, foi transformada por adição: alargaram-se os canais de acesso (com a ampliação dos legitimados para propor ação de controle concentrado, por exemplo); o escopo do controle de constitucionalidade (prevendo até omissões legislativas); e as garantias contra reações dos demais poderes⁴⁶.

Por fim, quanto às condições de interpretação, deve-se observar que, antes da Constituição de 1988, predominava o positivismo jurídico, com a doutrina e os tribunais atribuindo ao Judiciário a função de legislador negativo, limitado à análise dos aspectos

⁴³ SOUZA, Tiago Clemente. **A ilegitimidade democrática das decisões judiciais: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2022. p. 42.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD - Revista da Faculdade de Direito - UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan-jun. 2012. p. 07. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em: 29 jun. 2023.

⁴⁵ SOUZA, Tiago Clemente. **A ilegitimidade democrática das decisões judiciais: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2022. p. 42-45.

⁴⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, mai-ago. 2016. p. 409-420. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/hCRPpBpxFwSv4JhVJbhBKbK/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 11 jul. 2023.

formais de competência e procedimento no exercício do controle de constitucionalidade. A Constituição, até então, detinha pouca força normativa, o que implicava numa postura de autocontenção do Judiciário. Mas, à luz de teóricos como José Afonso da Silva, que advogava a classificação tripartite das normas constitucionais e a direta aplicabilidade destas, e com o advento do constitucionalismo brasileiro da efetividade, iniciou-se um processo de fortalecimento da normatividade da Constituição. Essa mudança ampliou consideravelmente a atuação do Judiciário. Nessa ocasião, passou-se a falar de um positivismo constitucional, ou um positivismo de combate, dado que a Constituição, enquanto norma jurídica dotada de imperatividade, permite ao jurisdicionado demandar direitos subjetivos perante o Judiciário⁴⁷.

Porém, ainda outras duas construções doutrinárias favoreceram o protagonismo judicial no Brasil. De um lado, a concepção de Constituição Dirigente, de J. J. Canotilho, auxiliou nesse processo por prever que as normas programáticas, mesmo que abstratas, vinculariam o legislador e encarregariam o Judiciário de fazê-las cumprir. Lado outro, também concorreram para essa ascensão as teorias neoconstitucionalistas, que, em termos práticos, possibilitam:

extrair [da Constituição] normas-princípios que justificariam toda e qualquer decisão judicial, para todo e qualquer problema jurídico e político, inclusive para controlar regras jurídicas dotadas de objetividade e definitividade já estabelecidas previamente pelo próprio legislador⁴⁸.

O resultado dessa mudança na interpretação constitucional foi a sobreposição do Judiciário aos demais poderes e o florescimento de um positivismo jurisprudencial – o Tribunal passa a ser o substituto do poder constituinte⁴⁹.

Todavia, as condições expostas até agora são todas exógenas - envolvem apenas arranjo institucional. Para Arguelhes e Ribeiro, analisar apenas as condições externas pode levar a crer que o STF foi forçado a sair da marginalidade para a centralidade das questões políticas exclusivamente em razão do desenho institucional adotado, quando, além dessa

⁴⁷ SOUZA, Tiago Clemente. **A ilegitimidade democrática das decisões judiciais: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2022. p. 45-47.

⁴⁸ SOUZA, Tiago Clemente. **A ilegitimidade democrática das decisões judiciais: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2022. p. 49-50.

⁴⁹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2012. p. 139-140 *apud* SOUZA, Tiago Clemente. **A ilegitimidade democrática das decisões judiciais: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2022. p. 50.

causa, houve a remarcação de fronteiras por circunstâncias endógenas, ou seja, pela atuação dos próprios membros⁵⁰.

Como constataram os pesquisadores, o escopo da jurisdição do STF pode ser ampliado ou restringido por sua interpretação constitucional. Essa dinâmica foi bem representada em duas situações distintas: de um lado, a forma como o Tribunal interpretou o rol de legitimados ao controle concentrado⁵¹, incluindo o critério da pertinência temática, é um exemplo de atuação autorrestritiva, já que a Constituição não diferencia explicitamente legitimados universais e especiais. Em contrapartida, o movimento de expansão dos poderes é exemplificado pela admissão do controle prévio de constitucionalidade de proposta de emenda à Constituição, por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar⁵². Essa prática, similarmente, não possui previsão textual expressa; antes, derivou do entendimento de que o processo legislativo deve se conformar às regras procedimentais inseridas na Constituição, entre as quais estariam as próprias cláusulas pétreas, posto que a proposta tendente a as abolir não poderia ser objeto de deliberação⁵³. Nesse caso, a Corte passa a decidir não só sobre normas postas no ordenamento, mas desde o processo legislativo⁵⁴. Há, portanto, ampliação dos poderes a partir da interpretação constitucional, podendo decidir sobre projetos em deliberação.

Cabe deixar claro, assim como Arguelhes e Ribeiro, que não se está fazendo um juízo de valor quanto ao mérito das decisões. O objetivo é mostrar que a atuação da Corte Constitucional brasileira importa para a expansão ou retração dos seus próprios poderes.

⁵⁰ Vale destacar as palavras dos autores: “Talvez o mais eloquente reconhecimento do poder que o STF exerce na definição do seu próprio papel venha do Ministro José Celso de Mello, quando observou que o tribunal é um poder *constituente permanente*. Isso equivale a dizer que o STF é copartícipe, junto do constituinte de 1988, da tarefa de definir as estruturas constitucionais básicas do país – incluindo, portanto, o próprio poder do tribunal. Se isso é verdade, então o STF também tem o poder de interpretar, em última instância, o alcance de suas próprias competências, dotando a si próprio de uma decisiva margem de manobra para influenciar as condições da sua participação na política.” ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988*. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, mai-ago. 2016, p. 407-408.

⁵¹ “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 Assembléia 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.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

⁵² *Vide* MS nº 20.257/DF e MS nº 21.648/DF, mencionados por Arguelhes e Ribeiro.

⁵³ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

⁵⁴ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988*. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, mai-ago. 2016, p. 421-426.

Concluíram, porém, os autores que o STF tem se direcionado à expansão. Frequentemente, ele não só atua como terceira câmara legislativa - arena de veto no processo decisório, que, em virtude da inércia, age de forma reativa - mas porta-se também como primeira câmara legislativa, ou até mesmo única câmara legislativa, decidindo de modo a, em tese, não deixar espaço para que o Legislativo delibere, em qualquer aspecto, sobre determinada matéria, mesmo não havendo omissão propriamente dita⁵⁵. Ocorre que “essa nova forma de atuação pode permitir com que minorias políticas acessem a jurisdição do tribunal sem passar pela esfera majoritária – isto é, sem que suas agendas tenham necessariamente sido derrotadas em uma decisão política do Congresso”⁵⁶.

Em vista dessa ascensão, Oscar Vilhena Vieira cunhou a expressão supremocracia⁵⁷, que destaca a singularidade do STF, enquanto instituição capaz de influir enfaticamente no processo político decisório. Mais recentemente, percebeu-se, no entanto, que analisar a Corte apenas do ponto de vista das decisões colegiadas é insuficiente: as ações individuais dos ministros são igualmente capazes de influenciar o processo político e alterar o *status quo*. Daí falar-se também em ministrocrazia⁵⁸.

Nesse sentido, Arguelhes e Ribeiro propõem que o poder judicial dentro dos tribunais não se limita ao poder de decidir. O poder de sinalizar e o poder de definir agenda também se incluem nessa categoria. Isso porque, embora os atores políticos calculem os cursos de ação com base nas decisões pretéritas, “se é verdade que a simples ameaça de uma decisão judicial futura pode ser suficiente para moldar o comportamento de atores fora do tribunal, qualquer mecanismo pelo qual um juiz ou tribunal module a percepção desses atores já pode influenciar seu comportamento”⁵⁹. Logo, os meios de sinalização de preferências (sejam eles formais ou informais) e as formas de controle de *timing*, ou seja, os mecanismos hábeis a definir em que momento uma questão será ou não decidida, assemelham-se ao poder de decidir, no tocante ao potencial de afetar o *status quo*⁶⁰.

Com efeito, para além dos tipos de poderes, há que se considerar a forma como eles são alocados no Tribunal. Para os pesquisadores, os poderes são coletivos, quando exercidos

⁵⁵ Os autores mencionam a ADPF nº 132/RJ.

⁵⁶ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, mai-ago. 2016, p. 427-435.

⁵⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

⁵⁸ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o supremo tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13 - 32. jan-abr. 2018.

⁵⁹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o supremo tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos**, São Paulo, v. 37, n. 1. jan. /abr. 2018. p. 17.

⁶⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o supremo tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos**, São Paulo, v. 37, n. 1. jan. /abr. 2018. p. 16-18

pelo colegiado e estiverem sujeitos à votação majoritária, e individuais, quando operados por um único membro. No último caso, é possível questionar se se trata de poder individual centralizado (sob a responsabilidade de ministro em posição específica do Tribunal, *e. g.* Presidente ou decano) ou descentralizado (a cargo de qualquer ministro, incluídos nessa categoria os poderes do relator). No STF, a alocação de poderes individuais descentralizados permite que as ações individuais de um único ministro “moldem o processo político, na prática, com o mesmo peso institucional do tribunal”⁶¹.

Na definição de agenda, por exemplo, há poder individual descentralizado tanto à disposição do relator, ao controlar o momento em que o caso será liberado para o plenário, quanto para dos demais ministros, que possuem um poder de veto sobre a agenda, a saber, o pedido de vista. O mesmo ocorre em relação ao poder de sinalização de preferência, que pode ser operado, com frequência e sem custo, de diversos modos – desde o discurso do Presidente do Tribunal na abertura dos trabalhos (nesse caso, um exemplo de poder individual centralizado), até as simples manifestações públicas de ministros (este sim, individual descentralizado). Por fim, o uso de decisões liminares monocráticas pode configurar verdadeiro *judicial review* individual, visto que, conquanto difira, em tese, da decisão definitiva, possui efeitos imediatos sobre o processo político, o que se confirma pelo número consideravelmente maior de liminares monocráticas em relação às colegiadas, bem como pelo tempo para que as primeiras sejam revistas pelo plenário. Some-se esse poder de tomada de decisão ao mecanismo de liberação de matérias para o colegiado (no caso, do relator) e, como perceberam Arguelhes e Ribeiro, as decisões liminares podem ser utilizadas para neutralizar o controle do plenário⁶².

Não há dúvida, assim, de que houve o empoderamento da Suprema Corte brasileira, desde a promulgação da Constituição de 1988. Como descrito, as causas são diversas: não se resumem ao desenho institucional adotado pelo constituinte; no entanto, conjugam a fragmentação política, as alterações legislativas posteriores e a admissão da normatividade das regras e princípios constitucionais. Nesse contexto, é correto afirmar que a atuação do próprio STF é um fator crucial, posto que, pela interpretação, atue de forma a ampliar ou restringir seus próprios poderes. No entanto, percebe-se que não é apenas o plenário da Corte que deve ser considerado – os poderes individuais descentralizados concedidos aos ministros permitem que eles influenciem de forma significativa o *status quo*. Como intuitivo,

⁶¹ ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o supremo tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos**, São Paulo, v. 37, n. 1. jan. /abr. 2018. p. 18-20.

⁶² ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: o supremo tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos**, São Paulo, v. 37, n. 1. jan. /abr. 2018. p. 20-26.

eventualmente se questiona a validade desse estado de coisas, mormente quando o Tribunal está perante temas de maior complexidade (acerca dos quais a sociedade também se mantém em dissenso, como desacordos morais razoáveis, por exemplo), e há o risco de adotar compreensões mais expansivas. Afinal, as preferências e poderes de decisão de um único membro têm efeitos imediatos sobre o processo político decisório.

2.4 O debate quanto à legitimidade do controle de constitucionalidade

Apresentado esse panorama, para bem desenhar a problemática inicial do trabalho, cabe trazer à baila um questionamento relativamente antigo e cuja discussão, antes de se fazer conclusões a respeito dos diálogos institucionais, é imprescindível: até que extensão se dá a legitimidade das Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais para exercerem o controle de constitucionalidade? Veja-se que, a princípio, o foco não está unicamente sobre a Suprema Corte brasileira. Nesta ocasião, deter-se-á ao debate geral.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ABERTURA AO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

3.1 A Corte sob desconfiança: síntese da disputa entre constitucionalismo e democracia em Dworkin e Waldron

Com efeito, segundo Mendes, a discussão a respeito da legitimidade da jurisdição constitucional não se resume à disputa entre instituições - Parlamento e Judiciário - mas entre dois ideais políticos - democracia e constitucionalismo. A situação é ainda mais crítica em sistemas que atuam à luz das duas máximas (democracias constitucionais), pois, se, por um lado, procura-se tomar decisões democraticamente legítimas no âmbito do Legislativo, buscar-se-ia também a defesa dos direitos fundamentais, por meio da Corte. O impasse estaria em esta última ter a palavra final a respeito das deliberações do primeiro⁶³.

O autor dialoga com os pensamentos de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron, posicionados em pontos equidistantes no que toca à revisão judicial e ao ideal de democracia. Dworkin, de um lado, não enxerga contradição na teoria democrática, quando em face de decisões judiciais capazes de anular atos legislativos. Sua conclusão deriva da forma como entende o exercício da jurisdição. Para ele, existiriam dois tipos de argumento: o argumento de política (*policy*), que fundamenta a decisão que tem em vista objetivos coletivos e o bem-estar da comunidade; e o argumento de princípio, que justifica a decisão política na defesa de um direito moral individual⁶⁴.

O argumento de política é monopolizado pelo Legislativo, que passa a ser o fórum da utilidade. Sua legitimidade decorre do procedimento estabelecido, como a existência de representantes eleitos e a deliberação pelo critério majoritário (legitimação *ex ante*). Já em relação ao argumento de princípio, não obstante possa e deva ser utilizado pelo Parlamento, a ele se limita o Judiciário, tornando-se, assim, o fórum do princípio⁶⁵.

Nesta instância, os juízes são reputados guardiões dos princípios, almejando o ideal de justiça e não se submetendo exclusivamente às normas vigentes. Os direitos, assim, são considerados como trunfos (*rights as trumps*) perante as maiorias, porquanto refletem um direito moral do indivíduo; e não há que se falar em ausência de legitimidade democrática por

⁶³ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2007. p. 02-13.

⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. 3. ed. p. 128-132.

⁶⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2007. p. 35-37.

não terem sido eleitos os magistrados - a legitimidade do fórum dos princípios não deriva da representatividade, e sim do acerto de sua resposta sobre direitos fundamentais (legitimação *ex post*). Democracia, nessa compreensão, não se restringe ao procedimento (decisões majoritárias); também envolve resultado (decisões que tratam os membros da comunidade com igual respeito e consideração)⁶⁶. E o exercício do *judicial review*, ao invés de enfraquecê-la, ensinaria o seu adensamento.

Em contrapartida, Waldron afirma que essa compreensão desconsidera um dado básico: o dissenso quanto ao conteúdo dos direitos nas sociedades atuais. O desacordo moral é “a característica persistente da sociedade contemporânea”⁶⁷. Por isso, ele se dedica a restaurar a dignidade do legislador, complementando a teoria da justiça com uma teoria da autoridade. Supõe-se que, se a persistência de desacordos não pode ser olvidada, importa saber quem deve decidi-los.

Segundo Waldron, a regra da maioria é a que proporciona maior equidade entre os cidadãos para decidir desacordos, mormente em razão do *status* de igualdade compartilhado entre eles⁶⁸. Assim, o consentimento e o respeito às decisões majoritárias não derivariam da sabedoria expressa pelo conjunto das opiniões individuais, mas sim da legitimidade desse processo, cujas raízes partem das reflexões de John Locke a respeito do contrato social⁶⁹.

É assim que, para Waldron, o direito de participação (a seu ver, o direito dos direitos, que compõe a teoria da autoridade, e não da justiça) não se limita às questões de *policy*; ele envolve deliberação sobre questões de princípio. Como Mendes menciona, a busca pelo direito ao sufrágio no século XX é um exemplo. Os que pleiteavam a participação tinham consciência de que esse poder envolvia questões de princípio. Por isso, afirma-se que é preferível que os desacordos sejam decididos por aqueles que estão sujeitos a ele⁷⁰.

Em suma, Waldron argumenta que atribuir a juízes a capacidade de resolver desacordos fere o princípio da inexistência de hierarquia entre os cidadãos, que devem decidir seus problemas coletivos em igualdade de condições, por meio de um procedimento majoritário. Em sua percepção, posto que as instituições são falíveis, não se deveria perguntar o que se deve decidir, senão quem deve decidir. Logo, o sistema de Dworkin, em termos

⁶⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2007. p. 52-54.

⁶⁷ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2007. p. 81.

⁶⁸ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 178-181.

⁶⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2007. p. 89-98.

⁷⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2007. p. 103-107.

procedimentais, não passaria da ordem: havendo discordância entre o Legislativo e o Judiciário, prevalece a palavra do segundo⁷¹, até porque, independentemente do acerto de sua decisão - o que por si só não é um consenso -, a obediência é inquestionável.

Entre outros apontamentos, Mendes destaca a prejudicialidade de enxergar um único órgão como centro de gravidade da Constituição. Para ele, além de se superestimar um poder, atrofia-se a capacidade dos outros de proceder à promoção dos valores constitucionais⁷². Desse modo, não obstante teoricamente se reconheça um papel reservado para estes poderes, na prática, a experiência democrática é empobrecida pelo messianismo⁷³⁻⁷⁴ com que atua o Judiciário.

É assim que, resumindo as conclusões de sua dissertação e delineando a proposição de sua tese, Mendes acolhe parcialmente às críticas de Waldron:

Argumentei, aderindo a uma parcela dos argumentos de Waldron, que a defesa da revisão judicial naqueles termos dependeria de uma presunção de infalibilidade judicial e do egoísmo legislativo (ou ao menos da “menor falibilidade judicial”). Considerando, conforme propõe o próprio Dworkin, que a interpretação das cláusulas abstratas da constituição é ato criativo de manifestação de convicções morais, e não um juízo técnico de derivação lógica, torna-se ainda menos plausível aquele tipo de construção teórica⁷⁵.

De fato, as justificativas de Dworkin não eliminam a necessidade de uma teoria da autoridade em contraste com uma teoria da justiça. Basear a legitimidade da decisão unicamente no acerto de seu conteúdo a respeito dos direitos fundamentais, em termos práticos, não concede o melhor argumento em favor do exercício da revisão judicial, já que mesmo o erro é dotado de força cogente. E o diagnóstico de Waldron, de que o desacordo é uma marca da sociedade contemporânea, inclusive dentro do Judiciário, coloca este ator sob desconfiança, fazendo com que não se espere dele inerrância à margem do Legislativo.

⁷¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo, Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. 2008. p. 08-09.

⁷² “Os outros atores políticos vão testando impunemente os seus limites. Nenhuma condenação moral recai sobre eles porque, afinal, não tem responsabilidade de promover os valores constitucionais, mas apenas de tomar decisões políticas ordinárias. Defendem, comodamente, o escrutínio constitucional ao tribunal e abdicam da tarefa de formular um argumento constitucional consistente e sincero”. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo, Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. 2008. p. 05.

⁷³ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo, Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. 2008. p. 06.

⁷⁴ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. A jurisdição constitucional messiânica e os riscos das mutações inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. v. 14, p. 119-143, 2019.

⁷⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo, Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. 2008. p. 09.

Essas conclusões, entretanto, não devem levar à anulação da atividade da Corte. Waldron está situado entre os teóricos *dissolvers*, que contornam o impasse entre constitucionalismo e democracia renunciando o próprio *judicial review*⁷⁶. Não é essa a posição defendida neste trabalho. Entende-se o controle de constitucionalidade como um instrumento legítimo e não se desprestigia a importância do acerto do conteúdo da decisão. Nesses termos, a síntese do debate envolve a compreensão das limitações a que o Judiciário pode estar sujeito. Além disso, mesmo Waldron destaca que a lógica do consentimento de Locke implica no reconhecimento de direitos inalienáveis, cuja renúncia não seria possível (a exemplo da vida), que constituem uma limitação ao poder legislativo⁷⁷.

Por isso, cabe destacar um ponto importante. Mendes se vale do conceito de Constituição enquanto mecanismo, segundo o qual o arranjo institucional é o resultado de poderes que se chocam e se equilibram; da distribuição dos poderes de ação e de veto em diferentes agentes. Essa, entretanto, não parece ser a posição mais coerente. O abandono da concepção normativa de Constituição não parece ser o melhor caminho⁷⁸. Os conceitos de rigidez e supremacia constitucional embasam a revisão. O surgimento histórico do controle de constitucionalidade (descrito no capítulo anterior) demonstra como a percepção de um direito superior (seja o *common law*, seja uma Constituição em sentido formal ou material) fundamentou a limitação do poder e a tutela de direitos. Desprezada a lógica normativa, a discussão quanto à constitucionalidade se torna despicienda, e apenas “se verifica se a relação de forças tem gerado incentivos certos para manutenção da liberdade”⁷⁹, o que pode trazer maior discricionariedade.

O controle de constitucionalidade, portanto, possui valor e é um instrumento legítimo. O magistrado, entretanto, não pode ser visto como Hércules, como Dworkin tenta ilustrar. Conquanto ainda possa exercer o controle forte de constitucionalidade⁸⁰, em algumas situações talvez uma postura de autocontenção seja mais prudente e aqui já se encontra o início dos diálogos institucionais.

⁷⁶ CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**, São Leopoldo, p. 218-227, jul-set. 2014.

⁷⁷ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 171-172.

⁷⁸ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2007. p. 129-133.

⁷⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2007. p. 131.

⁸⁰ Para uma melhor compreensão das diferenças gerais entre controle forte e controle fraco de constitucionalidade, ver Silva. O autor sustenta que o modelo brasileiro vai além dessa classificação, configurando verdadeiro controle ultraforte de constitucionalidade, em vista das cláusulas pétreas. SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo** nº 250. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, p. 197-227, 2006.

3.2 A autocontenção da Corte e os diálogos institucionais: um argumento a partir da interpretação constitucional

Outro argumento pode ser inserido, mas cujo ponto de partida é a hermenêutica constitucional.

Marinoni, lidando com interpretação constitucional, traz contribuições de valor peculiar ao debate. No exercício do *judicial review*, o esforço para se aferir a legitimidade de leis e precedentes inevitavelmente se realiza a partir de cláusulas abertas e princípios constitucionais abstratos. Nesse sentido, para o autor, cabem a uma Suprema Corte atribuir sentido à Constituição e desenvolver a compreensão do Direito Constitucional⁸¹. Todavia, isso não deve levar à conclusão de que essa é uma atribuição exclusiva do Judiciário. Com efeito, há que se perguntar se o Parlamento também não tem legitimidade para exercer a interpretação constitucional. Com frequência, ao editar uma norma, ele acredita seguir os mandamentos da Constituição, mas, eventualmente, sobrevém-lhe a declaração de nulidade, operada pelo Judiciário. Nesse sentido, Marinoni destaca que não há, todas as vezes, que se falar em erro ou acerto, mas de uma dessemelhança na interpretação constitucional. Ocorre que, além da Corte, outros agentes também possuem a legitimidade para proceder à interpretação constitucional⁸².

Na mesma linha, o jurista alemão Peter Häberle reconhece a existências de outros atores legítimos no processo de interpretação constitucional. Em sua visão, essa empreitada não é ofício único de uma sociedade fechada de intérpretes: “como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.”⁸³ Esta é sua proposição:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculadas todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um

⁸¹ “O Supremo Tribunal Federal não existe para resolver as disputas ou os conflitos que surgem no cotidiano das pessoas e das empresas. Não lhe cabe julgar todo e qualquer recurso em que determinado Juízo possa ter cometido afronta à Constituição. Longe disso, a sua função é colaborar para a atribuição de sentido à Constituição e para o seu desenvolvimento diante da evolução da sociedade. Os casos, e, portanto, o recurso extraordinário, são apenas meios que lhe dão condições de cumprir sua função.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 510.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 139-140.

⁸³ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. **Direito Público**, v. 11(60), 25–50, nov-dez, 2014. p. 28. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>. Acesso em: 31 ago. 2023.

elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.⁸⁴

É interessante observar que Häberle, apropriadamente, destaca o papel interpretativo do próprio legislador. Ele sugere que o processo político não está liberto da Constituição, sendo um elemento central, que fortalece e fornece material para interpretação constitucional⁸⁵. Por isso, mesmo sem aderir por completo à teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, deve-se dar razão ao argumento de que a interpretação não pertence exclusivamente a um ente, embora possa haver um que, em maior ou menor grau, o faça vinculando os demais.

Logo, o exercício do controle de constitucionalidade deve ser entendido como uma delegação, e não como uma alienação (ou usurpação), da autoridade popular. Para Marinoni, a Corte contribui para a deliberação pública preservando a autoridade popular, “o poder do Legislativo e a potencialidade do compartilhamento da interpretação constitucional mediante o diálogo institucional”⁸⁶.

Com efeito, nesse debate, Marinoni lança mão das contribuições de Amy Gutmann e Dennis Thompson quanto às características de uma democracia deliberativa. Para os autores, a primeira delas se refere à exigência de justificação das decisões públicas (*reason-giving*), que visa não só a dar publicidade às razões, mas a expressar o valor do respeito mútuo⁸⁷. À luz desse dever, conclui-se que a manifestação da Corte se presta também a compartilhar a interpretação constitucional e expor-se à crítica dos demais intérpretes legítimos⁸⁸. Constitui um ato de prestação de contas, um exercício de *accountability*⁸⁹.

Outra característica de igual relevância nas democracias deliberativas diz respeito ao processo dinâmico e à provisoriedade das decisões públicas. Elas, embora se estabilizem durante certo período, estarão, em seguida, abertas aos questionamentos. Dessa dinamicidade, surgiria o princípio da economia da discordância (ou do desacordo) moral, que almeja

⁸⁴ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. **Direito Público**, v. 11(60), 25–50, nov-dez, 2014. p. 27.

⁸⁵ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. **Direito Público**, v. 11(60), 25–50, nov-dez, 2014. p. 34.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 143.

⁸⁷ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**. ano 1, n. 1, p.17-78, jan-mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 19-20.

⁸⁸ “A Corte, quando decide, sabe que a população tem o incontestável direito de acompanhar os seus passos e argumentos para checar se a sua decisão está de acordo com os princípios constitucionais, afigurando-se como uma resposta legítima diante da confiança que lhe foi depositada.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 145.

⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 144-145.

promover o valor do respeito mútuo, convencendo os cidadãos e seus representantes a adotarem as justificativas que minimizem as diferenças em face de seus opositores⁹⁰.

Nesse cenário, diante de um desacordo, como forma de preservar o respeito mútuo e de não incorrer no risco de desestabilizar o debate social, a ideia de diálogo institucional imprime sobre a Corte a consciência de que talvez deva se comportar de forma dialógica, contida, escolhendo, se pertinente e desde que abarcada pelo ordenamento, não decidir⁹¹, ou decidindo apenas o necessário, através de acordos teóricos incompletos, por exemplo⁹² (este assunto será abordado com mais profundidade no próximo capítulo).

Nesse sentido, o esforço em prol de uma catalogação das teorias dos diálogos constitucionais foi feito por Bateup. A autora enfatiza que, para as teorias do diálogo, o Judiciário não tem, nem deve ter, o monopólio da interpretação constitucional. Em vez disso, tal atividade deve ser fruto de uma interação dialógica entre os diversos atores constitucionais, tendo em vista a resolução do problema de legitimidade democrática das decisões⁹³.

3.3 Dificuldade contramajoritária do judicial review e as teorias do diálogo institucional

Bateup inicia seu trabalho expondo preocupação com a legitimidade democrática da revisão judicial exercida a partir da teoria constitucional normativa. Nesse contexto, ela recorda o conceito de dificuldade contramajoritária, cunhado por Alexander Bickel. Para o autor, quando a Corte opera o *judicial review*, está frustrando a vontade da maioria política, visto que os juízes não são eleitos, nem suas decisões podem ser desfeitas por uma maioria legislativa. Haveria, portanto, um déficit democrático que se intensifica quando perante a interpretação de direitos constitucionais (por natureza, imersos em desacordos), como ventilado anteriormente⁹⁴.

É interessante notar que essa problemática já havia sido observada por Robert Dahl, em 1957. Ele identificou que as deliberações da Suprema Corte, com frequência, envolviam grave desacordo social e técnico (entre estudiosos do direito e, inclusive, os próprios

⁹⁰ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**. ano 1, n. 1, p.17-78, jan-mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 22-23.

⁹¹ SUNSTEIN, Cass. *Foreword: leaving things undecided*. **Harvard Law Review**, v. 110, n. 1, Nov. 1996.

⁹² SUNSTEIN, Cass. *Incompletely theorized agreements in Constitutional Law*. **John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 322**, University of Chicago, 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228190324_Incompletely_Theorized_Agreements_in_Constitutional_Law. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁹³ BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue**. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71, 3, 2006. p. 1.109-1.110.

⁹⁴ BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue**. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71, 3, 2006, p. 1.113-1.115.

Justices); temas sobre os quais a Constituição abordava apenas de forma geral, vaga ou ambígua; e cujas consequências das alternativas eram incertas. Entretanto, em sua análise, concluiu que a Corte, ao exercer um papel de *policy-maker*, nem sempre atuava de forma contramajoritária, mas, ao contrário, validava posições políticas dominantes⁹⁵. Apesar do posicionamento de Dahl, os argumentos de Bickel também devem ser ratificados, dado que o exercício do *judicial review*, em maior ou menor proporção, confronta a vontade política majoritária, representada pelo fato de a norma anulada ter sido fruto de uma deliberação majoritária.

Por isso, afirma-se que o comportamento da Corte pode ter custos. Bateup mesmo ressalta que Mark Tushnet definiu o enfraquecimento da democracia através dos conceitos de *policy distortion* (distorção política) e *democratic debilitation* (debilitação democrática). A distorção política acontece quando os legisladores deixam de se engajar em considerações independentes sobre valores em debate, para atuar à luz das previsões judiciais; e a debilitação democrática envolve o desprezo com a discussão de normas constitucionais no processo de promulgação das leis, relegando ao Judiciário esta atividade⁹⁶.

Ocorre que, com frequência, os teóricos contitucionalistas recorrem às teorias objetivas de interpretação, como forma de se contornar a dificuldade contramajoritária. De um lado, por exemplo, estão os partidários do originalismo; de outro, os que defendem a teoria dos direitos fundamentais. Porém, esclarece Bateup, nenhuma das abordagens apresenta limites objetivos à atuação dos juízes. No originalismo, não há como identificar com precisão a intenção dos autores; e na teoria dos direitos fundamentais, a indeterminação desses direitos e o dissenso sobre como identificá-los também infirma um esforço nesse sentido⁹⁷.

Com efeito, ante a incapacidade das teorias da interpretação para solucionarem essa dificuldade, surgem, como alternativa, as teorias do diálogo institucional. A diferença entre elas é que, enquanto as primeiras lidam com o critério interpretativo a ser adotado pelo julgador, as últimas focam no processo através do qual o sentido constitucional é construído, em interação entre os diversos atores legitimados, que podem responder às decisões judiciais,

⁹⁵ DAHL, Robert A. *Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker*. *Journal of Public Law - Role of The Supreme Court Symposium*, n. 1, 1957, p. 279-281; VICTOR, Sérgio Antônio F. *Série IDP - Linha pesquisa acadêmica: diálogo institucional e controle de constitucionalidade : debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 1. ed., p. 200-204. *E-book*. ISBN 9788502631656. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502631656/>. Acesso em: 13 abr. 2023.

⁹⁶ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71, 3, 2006, p. 1.115-1.116.

⁹⁷ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71, 3, 2006. p. 1.116-1.117.

por meio de técnicas de anulação e de resposta disponíveis no sistema⁹⁸. Assim, se a palavra da Corte não é a última, como na objeção de Bickel, a dificuldade contramajoritária é acentuadamente diminuída⁹⁹⁻¹⁰⁰.

É importante ressaltar, porém, que as teorias objetivas da interpretação constitucional, conquanto não contornem a dificuldade contramajoritária, não perdem seu valor de forma alguma. Waldron esclarece muito bem que uma teoria da autoridade não elimina as teorias da justiça. Portanto, este é o posicionamento mais consistente, que busca uma teoria da autoridade, sem eliminar os meios pelos quais a resposta às questões constitucionais pode ser achada pelos diversos intérpretes.

Esse mesmo critério (a capacidade de solucionar adequadamente a preocupação contramajoritária) é utilizado por Bateup para averiguar a promessa normativa de cada teoria dos diálogos institucionais. Em sua visão, a teoria é mais bem-sucedida na medida em que se apresenta de forma mais descritiva, e menos prescritiva, ou seja, será efetiva caso se desenvolva à luz da forma como os poderes de fato atuam, e menos da forma como o diálogo deve acontecer em determinadas circunstâncias - um ideal normativo. Para a autora, a falha das teorias de caráter mais prescritivo estaria em privilegiar o papel das decisões judiciais e limitar o espaço para julgamentos políticos independentes¹⁰¹.

Para que se tenha uma visão geral, segue um resumo das teorias do diálogo constitucional, conforme catalogadas por Christine Bateup, com alguns acréscimos pertinentes ao presente trabalho:

Quadro 1 - Teorias do Diálogo Institucional

Teorias Normativas (ou Prescritivas) do Diálogo	Teorias Descritivas (ou Positivas) do Diálogo
1. Teorias do Método Judicial (<i>Theories of Judicial Method</i>):	2. Teorias Estruturais do Diálogo (<i>Structural Theories of Dialogue</i>):
1.1. Teoria do Aconselhamento Judicial (<i>Advice-Giving</i>):	2.1. Teorias da Construção Coordenada (<i>Coordinate Construction Theories</i>);

⁹⁸ Bateup exemplifica com as cláusulas não-obstante e *override* da seção 33, da Carta de Direitos canadense, consideradas válvulas de escape à disposição dos poderes políticos.

⁹⁹ “Specifically, the concerns that judicial review necessarily sets judges against the electorally accountable branches of government are greatly attenuated if the political branches are able to respond to judicial decisions with which they disagree.” BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71, 3, 2006. p. 1.118.

¹⁰⁰ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71, 3, 2006. p.1.118-1.119.

¹⁰¹ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71, 3, 2006. p. 1.111, 1.112, 1.120 e 1.121.

* As abordagens grafadas com * não são trabalhadas por Bateup, entretanto foram inseridas na lista, pois serão mencionadas no decorrer do texto. Ressalte-se, desde já, que elas não exaurem o grupo a que pertencem. São apenas alguns exemplos.

1.1.1. Esclarecimento (<i>Clarification</i>)*;	2.2. Teorias do Princípio Judicial (<i>Theories of Judicial Principle</i>):
1.1.2. Auto-alienação (<i>Self-Alienation</i>)*;	2.2.1. Princípio e Verificação Política no Tribunal (<i>Principle and Political Checks on the Court</i>);
1.1.3. Personificação (<i>Personification</i>)*.	2.2.2. Princípio e Articulação Legislativa de Políticas (<i>Principle and Legislative Articulation of Policy</i>).
1.2. Regras Centradas no Procedimento (<i>Process-Centered Rules</i>):	2.3. Teorias do Equilíbrio (<i>Equilibrium Theories</i>);
1.2.1. Técnica do Segundo Olhar (<i>Second Look</i>).	2.4. Teorias da Participação (<i>Partnership Theories</i>);
1.3. Teoria do Minimalismo Judicial (<i>Judicial Minimalism</i>).	2.5. Fusão Dialógica (<i>Dialogic Fusion</i>).

Como se percebe, há uma diversidade considerável de teorias do diálogo. A classificação mais abrangente as divide em teorias prescritivas (ou normativas) e descritivas (ou positivas). Entretanto, o escopo desta pesquisa reclama atenção especial às primeiras. Esse recorte se justifica em razão de as teorias normativas situarem as bases para um possível o exercício do poder de não decidir. Este ponto será abordado durante o próximo capítulo. À proporção em que o texto avançar, serão apresentadas ratificações e contrapontos às críticas de Bateup em desfavor das teorias normativas do diálogo. Para esta ocasião, prestigia-se principalmente o mapeamento feito pela autora¹⁰².

São justos, porém, os questionamentos quanto à aplicabilidade desses preceitos no Brasil. Afinal, existem precedentes de uma postura minimalista no Brasil? É possível estabelecer um diálogo institucional? O ordenamento dispõe de meios hábeis para o seu exercício? Quais os desafios para tanto? Esta é a discussão que se pretende abordar no capítulo seguinte. Concomitantemente, será desenvolvido com mais profundidade o conteúdo das teorias normativas do diálogo, a saber, as teorias do aconselhamento judicial, as regras centradas no procedimento (destacadamente, a técnica do segundo olhar), e a teoria do minimalismo judicial.

3.4 Alguns precedentes em que se invocam os diálogos institucionais ou há superação legislativa

¹⁰² Deixe-se claro que as teorias da interpretação constitucional não estão sendo desprezadas. Elas são úteis para que os intérpretes busquem as respostas aos problemas de interpretação. O foco, porém, está na resolução da dificuldade contramajoritária.

Antes de avançar, cabe deixar claro que o STF já contemplou os diálogos institucionais em alguns precedentes. Sem pretender exaurir a lista, seguem alguns exemplos, acompanhados de breves considerações.

Na resenha da revista *Consultar Jurídico*, retrospectiva de 2014, o ministro Barroso elenca algumas ações em que, segundo argumenta, buscou-se o diálogo com o legislador¹⁰³. Cite-se: (i) ADI nº 4.650/DF, de relatoria do Min. Luiz Fux, na qual se discutia o financiamento eleitoral por empresas; (ii) RE nº 661.256/SC, de relatoria do Min. Barroso, que versa sobre a desaposentação; (iii) ADIs nsº 4.357/DF e 4.425/DF, de relatoria do Min. Luiz Fux, concernentes aos precatórios. Questiona-se, entretanto, se a forma como o Min. Barroso tentou dialogar nesses casos não reafirmou a supremacia judicial¹⁰⁴.

Tem-se ainda a ADI 5.105/DF¹⁰⁵, no bojo da qual o Min. Luiz Fux, relator, fala sobre superação legislativa e reserva uma parte de seu voto para tratar de diálogos institucionais. A ação proposta pelo partido Solidariedade – SD visava à inconstitucionalidade do art. 1º, da Lei nº 12.875/2013, que alterou o art. 29, § 6º, e o art. 41-A da Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), bem como do art. 2º também da Lei nº 12.875/2013, que acrescentou o § 7º ao art. 47 da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições). Segundo o impugnante, as mudanças legislativas subtraíam dos partidos criados após a eleição da Câmara dos Deputados o direito de antena e o acesso ao Fundo Partidário, contraditando as disposições da Corte nas ADIs nº 4.430 e 4.795.

Reconhecendo a dificuldade contrajoritária do *judicial review* e o papel de guardião conferido ao STF, o Min. Luiz Fux afirmou que “a despeito desse arranjo, não se pode advogar que o arquétipo constitucional pátrio erigiu um modelo de supremacia judicial em sentido forte (ou material), de vez que, além de equivocada, sob a ótica descritiva, não se afigura desejável, sob o ângulo prescritivo”¹⁰⁶. Desse modo, o ministro resguarda explicitamente a possibilidade de reversão legislativa (delineando limites no decorrer do voto, como a observância às cláusulas pétreas) e segue em defesa do diálogo institucional, nos seguintes termos:

Destarte, a interpretação do sentido e do alcance das disposições constitucionais não pode ser vista como apanágio exclusivo do Supremo Tribunal Federal, em uma

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **Ano trouxe mudanças e amadurecimento do Supremo Tribunal Federal**. *Consultar Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-31/roberto-barroso-ano-sinaliza-mudancas-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 29 ago. 2023.

¹⁰⁴ SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos Constitucionais?** Análise da Interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. 2016. p. 210-214.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro-Relator Luiz Fux na ADI 5.105**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308937289&ext=.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2023.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro-Relator Luiz Fux na ADI 5.105**. p. 04.

leitura anacrônica e arrogante do princípio da separação de poderes. Ao revés, a interpretação constitucional passa por um processo de construção coordenada entre os poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada, em um processo contínuo, ininterrupto e republicano, em que cada um destes players contribui com suas capacidades específicas no embate dialógico, no afã de avançar os rumos da empreitada constitucional, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta da República e no aperfeiçoamento das instituições democráticas.¹⁰⁷

Ao fim, porém, o Min. Luiz Fux vota pela inconstitucionalidade dos dispositivos, aduzindo que a superação legislativa não trouxe novos argumentos que infirmassem as deliberações anteriores da Corte e que a novel legislação inviabilizava o funcionamento de minorias político-partidárias, contrariando os princípios do pluralismo político e da liberdade partidária (art. 7, *caput* e § 3º, da CF/88)¹⁰⁸. Por isso, em parte, a decisão tem a denotação de avançar na compreensão dos diálogos institucionais¹⁰⁹, mas também recebe críticas por aparentemente reafirmar a supremacia judicial¹¹⁰. De toda sorte, é de chamar atenção o fato de as teorias do diálogo terem sido invocadas de forma intencional como se deu nesse caso.

Souza¹¹¹, por sua vez, lida com dois casos específicos em que a decisão judicial foi superada por Emenda Constitucional e discute se neles houve ou não diálogo institucional. Fala-se da (i) ADI nº 2.240-7/BA, superada pela EC nº 57/2008, relativa a criação de novos municípios; e da (ii) ADI nº 4.983/CE, superada pela EC nº 96/2017, que incluiu o § 7º ao art. 225, da CF/88, para não considerar como cruéis “as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestação culturais”¹¹². No primeiro caso, Souza afirma que não há de fato diálogo, porque o Congresso, ao fim e ao cabo, apenas convalidou a interpretação do Supremo; e, no segundo caso, na sua percepção, não houve construção do significado constitucional entre os poderes, senão uma disputa de autoridade. O autor aparentemente adota o critério de diálogo em sentido material, que envolve a efetiva troca de informações e a

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro-Relator Luiz Fux na ADI 5.105**. p. 15.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro-Relator Luiz Fux na ADI 5.105**. p. 36-37.

¹⁰⁹ Silveira esclarece essa diferença de diálogo em sentido material e formal. SILVEIRA, Ramais de Castro. **Diálogos Constitucionais?** Análise da Interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. 2016. p. 219.

¹¹⁰ SOUZA, Tiago Clemente. **A ilegitimidade democrática das decisões judiciais: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2022. p. 227.

¹¹¹ O autor vai além e ainda empreende o esforço de analisar, em alguns casos, a admissão de *amicus curiae* e a forma como suas contribuições influenciaram ou foram utilizadas pelos ministros. SOUZA, Tiago Clemente. **A ilegitimidade democrática das decisões judiciais: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2022. p. 149-150.

¹¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

colaboração mútua, não se limitando à superação de uma decisão por outra (diálogo em sentido formal)¹¹³.

Mais recentemente, chamou atenção o voto da Min. Rosa Weber na ADPF nº 442/DF, que discute a descriminalização do aborto até a décima segunda semana de gestação. Na ocasião, a ministra reservou uma parcela de suas motivações para abordar os limites da cognição judicial e os diálogos institucionais, oportunidade em que se utiliza da técnica decisória de apelo aos demais poderes¹¹⁴. Todavia, reserva-se uma análise mais detida para o próximo capítulo, em virtude da conexão entre o voto da relatora e uma das teorias que será tratada adiante.

Esclarecidos esses pontos, pode-se prosseguir para a investigação das teorias normativas do diálogo. O recorte a ser feito no próximo capítulo visa à interação entre essas teorias e o exercício do poder de não decidir por parte do Supremo Tribunal Federal. Alguns precedentes mencionados agora serão lembrados e outros processos também virão à baila.

¹¹³ Silveira esclarece essa diferença de diálogo em sentido material e formal. SILVEIRA, Ramáís de Castro. **Diálogos Constitucionais?** Análise da Interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. 2016. p. 217.

¹¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto da Ministra-Relatora Rosa Weber na ADPF 442**. p. 101-102.

4 TEORIAS NORMATIVAS DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL E EXERCÍCIO DO PODER DE NÃO DECIDIR – SÍNTESES, CRÍTICAS E CONTRAPONTO

4.1 Teoria do aconselhamento judicial e o fornecimento de manifestações judiciais opinativas

Seguindo a linha de Bateup, as teorias que apresentam maior grau de normatividade são as teorias do método judicial (*theories of judicial method*), que impõem sobre o Judiciário a autoconsciência de que é necessário utilizar determinada técnica de decisão para estimular o debate constitucional entre os poderes. A autora, no entanto, aponta que esse grupo de teorias falharia ao fornecer suas prescrições, por não considerar a dinâmica de funcionamento do sistema constitucional¹¹⁵.

A primeira teoria normativa trabalhada por Bateup é a teoria do aconselhamento judicial (*theory of judicial advice-giving*) que, de modo geral, consiste em o Judiciário recomendar cursos de ação específicos aos demais poderes, fazendo saber sua interpretação constitucional sobre determinado caso. Nessa concepção, a Corte forneceria conselhos opinativos de caráter persuasivo, e não vinculante, com o objetivo de auxiliar na elaboração ou alteração da legislação e, assim, evitar problemas constitucionais futuros¹¹⁶.

Essa teoria pode ser operada de diversas maneiras. Bateup apresenta duas formas principais. O Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade da legislação, e, *pari passu*, indicar um mapa da estrada constitucional (*constitutional road maps*), ou seja, o caminho constitucionalmente aceitável para aquele fim; ou, então, poderia manter a constitucionalidade, mas encorajar os legisladores para que mudem a lei, ou desencorajá-los a não ultrapassarem os limites atuais¹¹⁷.

Já Katyal identifica, entre os vários tipos de aconselhamento, três que seriam especialmente propícios a incentivar o *accountability* popular. O primeiro deles se denomina

¹¹⁵ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71, 3, 2006. p. 1.122-1.123.

¹¹⁶ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71, 3, 2006. p. 1.123; SOUZA, Tiago Clemente. **A ilegitimidade democrática das decisões judiciais: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2022. p. 74.

¹¹⁷ A autora cita como exemplo a concordância do Judge Guido Calabresi em *United States v. Then*, 56 F.3d 464, 467 (2d Cir. 1995). BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71, 3, 2006. p. 1.124.

esclarecimento (*clarification*)¹¹⁸, através do qual o Judiciário sinaliza ambiguidades e lacunas na legislação e presta orientação aos poderes competentes, evitando o desgaste desnecessário com representantes eleitos¹¹⁹.

A segunda técnica, denominada de auto-alienação (*self-alienation*), é propícia para situações em que a Corte esteja impedida de exercer o *judicial review*, por motivos formais ou informais. Através dela, a revisão judicial não é operada em sentido puro, mesmo porque a Corte não revisa o ato para declará-lo inconstitucional, mas sim para dizer se, a ela, é apropriado fazê-lo. Esse aconselhamento é feito em duas etapas: na primeira, a Corte reconhece que sua função está circunscrita aos limites do poder judicial, ao passo em que deixa claro que a questão precisa ser decidida pelos outros poderes, posto que “existe uma lacuna entre o que é inconstitucional e o que as cortes podem considerar inconstitucional” (tradução nossa)¹²⁰. Na segunda etapa, o Tribunal presta conselhos sobre a questão constitucional e sugere possíveis rumos¹²¹.

A terceira técnica de aconselhamento apontada por Katyal, dentre as que favorecem o *accountability* popular, é a personificação (*personification*)¹²², que incumbe o Tribunal da competência de identificar a que ente cabe determinado ato. Essa abordagem seria especialmente útil para resolver conflitos entre os poderes, que lançam, de um lado para o

¹¹⁸ O autor menciona os casos *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731 (1982), e *Greene v. McElroy*, 360 U.S. 474 (1959).

¹¹⁹ “[...] *there is a gap between what is unconstitutional and what the courts may hold unconstitutional*”. KATYAL, Neal Kumar. *Judges as advicegivers*. *Stanford Law Review*, v. 50, 1998. p. 1.716. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2746&context=facpub>. Acesso em: 04 abr. 2023.

¹²⁰ KATYAL, Neal Kumar. *Judges as advicegivers*. *Stanford Law Review*, v. 50, 1998. p. 1.717.

¹²¹ Katyal exemplifica o uso da *self-alienation* com a *opinion dissent* do Justice Robert Houghwout Jackson, no precedente *Korematsu v. United States* (323 U.S. 214 (1944)). Essa decisão tem o seguinte contexto: o governo dos Estados Unidos, temendo planos de sabotagem, emitiu ordens para que os nipo-americanos fossem realocados, como resposta ao ataque a Pearl Harbor, durante a Segunda Guerra Mundial. Diante disso, Fred Korematsu, cidadão da Califórnia, nascido nos Estados Unidos, filho de pais japoneses, manteve-se em sua residência, convicto da violação perpetrada pela ordem governamental. O caso chegou à Suprema Corte que, não obstante tenha se posicionado majoritariamente em deferência ao governo, contemplou alguns votos contrários, entre os quais o do Justice Robert H. Jackson. Este, a seu modo, afirmou que a Ordem Militar, por natureza, difere daquelas emitidas pelo Congresso e pelo Executivo em tempos de paz. O exército busca não só a defesa da Constituição, mas daquela sociedade, ainda que, para isso, tome medidas drásticas. Entretanto, o Justice bem observou que a simples ratificação da Corte, por uma construção judicial da cláusula do devido processo legal, era mais perigosa para a liberdade do que a própria ordem, porquanto integraria a doutrina da Constituição e ultrapassaria a simples emergência militar, validando para sempre o princípio. Nesse caso, o Justice apontou a diferença entre o que seria constitucional e aquilo que seria prudente à Corte dizer que é constitucional. ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Korematsu v. United States**: 323 U.S. 214 (1944). *Certiorari to the Circuit Court of Appeals for the Ninth Circuit No. 22*. Argued October 11, 12, 1944. Decided December 18, 1944. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/>. Acesso em: 04 abr. 2023.

¹²² O autor cita o precedente *Pennhurst State School and Hospital v. Halderman*, 451 U.S. 1 (1981).

outro, questões de sua responsabilidade. A Corte, nessas circunstâncias, viria para dirimir a dificuldade, indicando o ator responsável¹²³.

Cabe reafirmar que esses exemplos não exaurem o rol apresentado por Katyal, que é ainda mais extenso. Não obstante, por mais que, num primeiro olhar, pareça causar desconforto cogitar que o Judiciário possa prestar manifestações opinativas, essa prática não é de todo estranha ao exercício da atividade jurisdicional. Isso porque, nas palavras de Antônio do Passo Cabral, “ao contrário do que se costuma professar, os pronunciamentos judiciais nem sempre são decisórios”¹²⁴.

O autor recentemente lançou uma obra em que se propõe a falar sobre jurisdição consultiva e os casos em que se admitiria o *non liquet* no Brasil. Cabral elabora uma pródiga lista de dispositivos que prescrevem ao magistrado atos não necessariamente decisórios. Constan no ordenamento atos comunicativos¹²⁵; informativos ou exortativos¹²⁶; constatativos ou investigativos¹²⁷; de direção ou orientação¹²⁸; e de incentivo, advertência, alerta, admoestação, fomento ou indução¹²⁹. No entendimento do autor, a quem se deve dar razão, “dentre essas manifestações há aquelas que veiculam opiniões”¹³⁰ - pronunciamentos valorativos que, por vezes, antecedam a aplicação do direito através da decisão (o juiz manifesta sua *opinio*, para, então, decidir), mas que também podem gozar de autonomia. Isso se daria por não haver uma correlação necessária, senão contingencial, entre interpretação e aplicação do direito, ou entre cognição e decisão judicial. Por isso, advoga o ínclito processualista:

Pois bem, se quebramos essa associação equivocada e separarmos cognição e decisão, bem como os momentos de interpretação e aplicação do direito, compreende-se mais facilmente que a emissão de manifestações opinativas pelo juiz pode ser autônoma: às vezes virá atrelada a outros atos, inclusive de natureza decisória; mas pode ser desempenhada sem necessária correlação com o poder de julgar. É possível, portanto, que haja opinião sem decisão. A expressão das conclusões cognitivas não se confunde com o *decisum*.¹³¹

¹²³ KATYAL, Neal Kumar. *Judges as advicegivers*. *Stanford Law Review*, v. 50, 1998. p. 1.717-1.718.

¹²⁴ CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição e decisão: *non liquet* e consulta jurisdicional no direito brasileiro**. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 102.

¹²⁵ Cabral menciona os arts. 236 a 283 do CPC.

¹²⁶ Cabral menciona os art. 77, § 6º; 134, § 1º; 139, X; 158, 234, § § 3º e 5º, 468, § 1º; 741, § 2º; 979, § 1º; 982, § 1º; 985, § 2º; 1.018, § 1º; 1.019, I, 1.037, § 1º; 1.037, § 12, II; 1.040, IV, todos do CPC; art. 8º, I, da Lei nº 13.300/16.

¹²⁷ Cabral menciona os arts. 456, 461, § 1º, 470, II, 480, 751, do CPC.

¹²⁸ Cabral menciona o art. 321, parte final, do CPC.

¹²⁹ Cabral menciona o art. 3º, § 2º; 77, § 1º; 139, IV e V; 257, IV; 385, § 1º; 458, parágrafo único; 536 e 537; 772, II, do CPC.

¹³⁰ CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição e decisão: *non liquet* e consulta jurisdicional no direito brasileiro**. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 103.

¹³¹ CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição e decisão: *non liquet* e consulta jurisdicional no direito brasileiro**. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 103.

Por não haver aplicação do direito ao caso concreto, a opinião judicial não forma precedente e não constitui título executivo, mas exerce influência e colabora para a solução do conflito. Cabral leciona que existem quatro modos de expressá-la: oficiosa, reativa, principal ou incidentalmente. Quando manifesta por iniciativa do emitente, a opinião será oficiosa; quando provocado a fazê-la, reativa¹³².

Quando o objetivo central do procedimento for a emissão da opinião, como na consulta, será principal. Nessa hipótese, a autonomia da opinião pode servir para a “resolução de questões desvinculada da solução de casos concretos”, como aconteceu no AgInt. no REsp. nº 1.370.308/MG, precedente invocado pelo próprio autor, em que o Superior Tribunal de Justiça se manifestou sobre o mérito, reputando a insurgência dos recorrentes como litigância de má-fé, mesmo julgando pela inadmissibilidade do recurso. Nesse caso, a manifestação tem clara finalidade persuasiva¹³³.

Porém, já ocorreu de o Tribunal prestar “manifestações judiciais destacadas de conflitos concretos, com o objetivo único de firmar interpretação sobre questões jurídicas”¹³⁴. Foi o que se deu com os recursos repetitivos. Os litigantes habituais, buscando frustrar a manifestação judicial, desistiam do recurso ou se utilizavam de expedientes semelhantes para obstar o exame da questão jurídica. No entanto, reconhecendo o interesse público, a Corte passou a indeferir a desistência, prosseguindo com a apreciação do mérito, como sucedeu na Q.O. no REsp. nº 1.063.343/RS, entendimento que foi posteriormente adotado no art. 976, § 1º, do CPC/15, como recorda Cabral. Ele afirma que:

Neste caso, há interpretação, resolvendo-se a questão jurídica, mas não há decisão de qualquer caso concreto. Mesmo que emitida em caráter principal, pois a solução da *quaestio iuris* é o objeto do incidente de resolução de casos repetitivos, a opinião é autônoma em relação aos casos.¹³⁵

É interessante notar que, no julgamento da Questão de Ordem ora mencionada, a posição concorrente postulava que a Corte, de igual modo, examinasse o mérito do recurso, mas, em seguida, homologasse a desistência. Essa perspectiva não prevaleceu no momento. Todavia, no REsp nº 1.067.237/SP, também sob a sistemática dos recursos repetitivos, a 2ª Seção do STJ tanto apreciou a questão jurídica quanto julgou prejudicado o recurso especial por desistência da ação. Isso porque a desistência não obsta a análise do mérito, que, embora

¹³² CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição e decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro**. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 104-106.

¹³³ CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição e decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro**. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 106.

¹³⁴ CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição e decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro**. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 106.

¹³⁵ CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição e decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro**. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 107.

não tenha efeitos para o caso concreto, servirá de parâmetro para os casos sobrestados. Por isso, o pedido não precisaria ser negado¹³⁶. Nesse caso, o destacamento entre pronunciamento judicial e caso concreto é ainda mais enfático.

Por fim, a opinião judicial que seguir a prática de atos de outra natureza, isto é, não for prestada em caráter principal no procedimento, é classificada como incidental. Esse ato pode ser até mesmo decisório, porém ainda assim a opinião exposta incidentalmente terá relativa autonomia, em virtude da separação entre a cognição e a decisão, a interpretação e a aplicação do direito. Cabral traz exemplos significativos. Ele aduz que o julgador nem sempre se utiliza apenas dos fundamentos que sustentam estritamente sua conclusão. Por vezes, enuncia “fundamentos amplos demais, aplicáveis não apenas ao caso *sub judice* mas a outros litígios com diversas variáveis fáticas e jurídicas”¹³⁷; e faz uso de argumentos retóricos que não guardam relação direta com o caso, argumentos *ipse dixit* e *obiter dictum*. Mais uma vez, as palavras do autor são imprescindíveis:

Não obstante, ainda que desimportante para a conclusão, é equivocado afirmar que os *obiter dicta* não possuem qualquer efeito ou que servem apenas para descarregar as dissonâncias e discordâncias internas ao órgão jurisdicional colegiado. Embora sejam argumentos jurídicos irrelevantes *para o caso*, usados apenas como reforço argumentativo, a opinião não vinculativa emitida pode assumir efeito persuasivo *em outros casos*, podendo ser manejada ainda como sinalização ou alerta de uma mudança de entendimento futuro.¹³⁸

Dito isso, a teoria do aconselhamento judicial não está imune às críticas. Bateup chega a questionar se se trata mesmo de uma teoria do diálogo. Na sua visão, além de outros problemas, não se fornece um espaço real para a discussão entre os poderes; pelo contrário, privilegia-se a voz do Judiciário, ao passo em que se desconfia da capacidade do legislador para proceder a debates sobre princípios, o que pode ensejar a substituição de considerações legislativas relevantes por decisões judiciais. Por isso, para ela, a abordagem em análise pode ser descrita como uma forma de juízes dizerem aos demais poderes como interpretar a

¹³⁶ Ver, nesse sentido, as considerações de Humberto Theodoro Júnior: “A desistência do recurso paradigma não precisa ser negada (mesmo porque se acha amplamente assegurada pelo art. 998) para que o procedimento coletivizado nos moldes do art. 1.036 alcance o seu objetivo de interesse público. Bastará que o Tribunal, mesmo após a desistência do recurso singular, se pronuncie no sentido de fixar a tese de direito aplicável a todos os recursos repetitivos represados. É assim que se pode interpretar o acórdão da 2ª Seção do STJ no REsp 1.067.237 que concluiu por proclamar que a desistência da demanda não inibe o julgamento do correlato recurso especial processado nos moldes do art. 1.036, ‘que apenas ficaria sem efeito para o caso concreto’” THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. 3**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 1.030. *E-book*. ISBN 9786559642373. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642373/>. Acesso em: 14 ago. 2023.

¹³⁷ CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição e decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro**. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 108.

¹³⁸ CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição e decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro**. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 110.

Constituição, dado que, embora não operem diretamente o *judicial review* num primeiro momento, certamente o farão depois¹³⁹.

Pensando no contexto brasileiro e no desenho institucional do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que a preocupação de Bateup se justifica. A alocação de poderes individuais descentralizados aos ministros, notadamente os poderes de sinalização, pode fazer com que o aconselhamento judicial seja mais uma ferramenta de reforço da supremacia judicial disponível a todos os membros. Perceba-se, como descrito, que o uso dos argumentos *obiter dictum* são meios suficientemente hábeis para expressar uma manifestação opinativa e, assim, sinalizar as preferências. A busca por uma unidade institucional constitui, nesse contexto, um desafio para o sucesso do diálogo, visto que ele se dá entre instituições, e não entre indivíduos, como já advertiu Silva¹⁴⁰.

Silveira, inclusive, menciona os casos do financiamento eleitoral por empresas (ADI nº 4.650/DF), da desaposentação (RE nº 661.256/SC), dos precatórios (ADIs 4.357/DF e 4.425/DF) e da perda automática do mandato (AP nº 565/RO) como exemplos de aconselhamento judicial. Em tom crítico, arremata que, embora se fale de diálogo institucional a respeito das decisões, na prática o Judiciário manteve uma postura imperativa, restando ao Legislativo dispor em conformidade com os limites estabelecidos¹⁴¹.

Voltando-se à ADPF nº 442/DF, percebe-se que aconteceu algo similar. A relatora, que votou a favor da descriminalização do aborto até a décima segunda semana de gestação, aduziu que essa medida “não se revela como instrumento normativo autossuficiente dos direitos reprodutivos das mulheres, do exercício da sua autonomia pessoal, liberdade e dignidade”¹⁴², sendo necessária uma vertente prestacional, isto é, que o Estado forneça normativa e materialmente os meios para a realização desses direitos afirmados por ela.

Em seguida, a ministra passa a sugerir algumas medidas. A primeira é no sentido de que competiria ao Estado estruturar um marco normativo que viabilize a prestação material dos direitos, dentre eles, o aborto nos moldes delineados no voto, acompanhado de um sistema sanitário “que assegure a justiça social reprodutiva”¹⁴³. Semelhantemente, a segunda sugestão propõe que:

¹³⁹ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71, 3, 2006. p. 1.125-1.128.

¹⁴⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo* nº 250. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2006, p. 219.

¹⁴¹ SILVEIRA, Ramaís de Castro. *Diálogos Constitucionais? Análise da Interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. 2016. p. 212.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto da Ministra-Relatora Rosa Weber na ADPF 442**. p. 101.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto da Ministra-Relatora Rosa Weber na ADPF 442**. p. 101.

Compete ao Estado realizar os ajustes institucionais em matéria de federalismo para criar fórmulas capazes de assegurar a permanente cooperação entre os órgãos administrativos, a partir da articulação entre as dimensões estáticas e dinâmicas das competências comuns atribuídas aos entes federados, em especial, no que aqui importa, quanto à remoção dos entraves normativos e orçamentários indispensáveis à realização desse sistema de justiça social reprodutivo.¹⁴⁴

Frente a tais recomendações, Weber afirma que não competiria ao STF elaborar políticas públicas como essa, por não dispor de conhecimento técnico suficiente, e, nesses termos, utiliza-se da técnica decisória do apelo aos demais Poderes para que o façam. Assim, percebe-se que ela está indicando cursos de ação, com vistas a prevenir problemas constitucionais futuros; resumidamente, está se valendo do aconselhamento judicial.

Porém, deve-se observar que a convocação da ministra não envolve a discussão do aborto até a décima segunda semana de gestação. Ela não propõe que os outros entes se detenham a analisar a constitucionalidade e, posteriormente, passem a decidir, podendo, inclusive contrariar as disposições da Corte. Tratar-se-ia de outra abordagem, a saber, da técnica do segundo olhar, descrita na seção seguinte. A convocação, em termos claros, se limita à adoção dos meios que permitam o cumprimento de seu voto. Ela traçou parâmetros incontornáveis e deixou a cargo dos outros poderes agirem em conformidade.

E, reverberando as críticas de Bateup, ainda que o STF não exerça, num primeiro momento, o controle sobre as questões indicadas nos conselhos da ministra, o poderá fazer depois, visto que ela mesma menciona a ADPF nº 989/DF, de relatoria do Min. Edson Fachin, que decidirá justamente o aspecto prestacional mencionado anteriormente. Por isso, entende-se que o voto da ministra não viabiliza a colaboração entre os poderes; antes, reafirma sua própria posição.

Assim, questiona-se o sucesso do aconselhamento judicial no Brasil, como forma viabilizar o diálogo institucional. Frente às análises, sustentam-se as objeções de Bateup. Ressalte-se, porém, que as considerações expostas não envolvem as consultas públicas dispostas na legislação brasileira. Apenas a relação entre aconselhamento judicial e diálogo entre os poderes.

4.2 Regras centradas no procedimento e técnica do segundo lugar

As regras centradas no procedimento (*process-centered rules*) constituem a segunda abordagem mencionada por Bateup. Diferentemente do aconselhamento judicial, em que a Corte instrui como os poderes políticos devem decidir, nesta segunda teoria objetiva-se

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto da Ministra-Relatora Rosa Weber na ADPF 442**. p. 102.

determinar se, em suas deliberações, eles prestaram atenção suficiente aos valores constitucionais. Reconhece-se que os atores políticos, embora possam se envolver em discussões substantivas a respeito de princípios, podem também falhar em considerá-los por diversos motivos, entre os quais, pressões eleitorais e partidárias. Sendo assim, o Judiciário utiliza-se das regras centradas no processo para forçar a reconsideração desses valores¹⁴⁵.

O grande exemplo desta seção é a técnica do segundo olhar (*second look*), do Judge Guido Calabresi, que a definiu como uma abordagem Bickeliana. Para Calabresi, as legislaturas podem cometer falhas de *constitutional accountability*, por agirem precipitada e irrefletidamente; ou por desconsiderarem leis que, promulgadas outrora, se reanalisadas hoje, seriam reputadas violadoras dos direitos fundamentais; ou ainda porque delegam poderes a burocratas irresponsáveis¹⁴⁶. Diante disso, caberia ao Tribunal invalidar a lei e forçar o *second look* por parte dos agentes políticos, os quais deveriam reapreciar a questão e responde-la cuidadosamente. Nesse expediente, a Corte estabelecerá definições provisórias de direitos fundamentais, que poderão ser acolhidas ou refutadas pelos legisladores, se reeditarem abertamente as normas atacadas¹⁴⁷.

Vale mencionar, inclusive, a percepção de Calabresi, segundo a qual, em descompasso com a supremacia judicial, a técnica do *second look* deixa claramente a última palavra com o Legislativo. A seu ver, a interação entre o Judiciário e o Legislativo cria minis-momentos constitucionais, nos quais as controvérsias acerca de direitos fundamentais putativos são levantadas para discussão acima da política ordinária¹⁴⁸. Por isso que, reafirmando este mesmo ponto e reverberando o pensamento de Mendes, Souza destaca que o Judiciário inicia as rodadas procedimentais deliberativas¹⁴⁹.

Para esta ocasião, têm especial relevância as contribuições de Marinoni a respeito do *second look*, notadamente porque o autor associa sua utilização ao exercício do poder de não

¹⁴⁵ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71, 3, 2006. p. 1.128, 1.130.

¹⁴⁶ Calabresi resume as condutas em duas categorias: pressa e imprudência (*haste and thoughtlessness*) e ocultação (*hiding*).

¹⁴⁷ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71, 3, 2006. p. 1.129; CALABRESI, Guido. Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores). *Harvard Law Review*, v. 105, 1991. p. 103-105.

¹⁴⁸ CALABRESI, Guido. Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores). *Harvard Law Review*, v. 105, 1991. p. 105, 107.

¹⁴⁹ SOUZA, Tiago Clemente. **A ilegitimidade democrática das decisões judiciais: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2022. p. 76.

decidir¹⁵⁰. Para ele, decidir propondo ao Parlamento um segundo olhar é também não decidir determinada questão constitucional, pois a provisoriedade da decisão inspira a necessidade de pouco aprofundamento teórico. Como a questão ainda não está madura para ser decidida definitivamente, a adoção de uma postura dialógica nesses moldes, além de se valer do minimalismo judicial, faz demandar o uso das virtudes passivas de Bickel, para quem “o poder de não decidir da Corte é tão relevante quanto o de afirmar a (in)constitucionalidade”¹⁵¹.

Marinoni afirma que o *second look* vai além de simplesmente dar oportunidade para que o Legislativo se manifeste. A intenção é abrir espaço para o debate popular e para o diálogo entre os poderes. É nesse sentido que tanto o referido autor quanto Calabresi citam a possibilidade de emenda à Constituição da Califórnia por meio de referendo. Naquele contexto, a decisão de inconstitucionalidade da Corte é uma convocação não só ao Parlamento, mas também à população¹⁵².

Nesta discussão, alguns precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos recordados por Marinoni merecem especial destaque. Os casos *Furman v. Georgia*¹⁵³ e *Gregg v. Geórgia*¹⁵⁴, a respeito da pena de morte, são geralmente apontados como exemplos bem-sucedidos de *second look*. Em *Furman*, a Corte, por cinco votos a quatro, declarou a inconstitucionalidade dos procedimentos da pena de morte, porém - dos votos vencedores - apenas dois defenderam que a pena era inconstitucional em si mesma; os outros três atribuíram a inconstitucionalidade tão-somente aos procedimentos legais, sem afirmar que a pena padeceria do mesmo problema em circunstâncias diferentes¹⁵⁵.

Diante da decisão, o Legislativo da Geórgia revisou os procedimentos apontados como inconstitucionais. E, quando a questão voltou à Corte, em *Gregg*, que invocou o precedente de *Furlan* para afirmar que a pena era inconstitucional em si mesma, os julgadores interpretaram

¹⁵⁰ Em que pese o resumo feito neste trabalho, recomenda-se a leitura da obra “Processo constitucional e democracia”, já amplamente mencionada. Para esta seção, é dado especial destaque à Parte 1, Capítulo IV, item 7, em que se discute “A técnica do ‘second look’ como meio de salvaguarda da participação popular e da atuação do Parlamento”.

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan-jun. 2022. p. 53.

¹⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan-jun. 2022. p. 55-56.

¹⁵³ 408 U.S. 238 (1972).

¹⁵⁴ 428 U.S. 153 (1976).

¹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan-jun. 2022. p. 55.

que a *ratio decidendi* daquele julgamento se limitava aos procedimentos legais, que já haviam sido saneados, e não à matéria mais abrangente¹⁵⁶.

A conclusão a que se chega é que, em termos de diálogo institucional, a decisão deu bons frutos por influenciar o comportamento do Legislativo. Malgrado, para Marinoni, decisões plurais como essa (em que não há uma *opinion* majoritária) não deem origem a precedente, após a delimitação de *Furman v. Georgia*, outros trinta e sete estados mudaram sua legislação à luz das reivindicações da Corte, em claro exercício de segundo olhar¹⁵⁷.

Não obstante, embora reconheça as vantagens (principalmente quando em comparação com as teorias do aconselhamento), Bateup tece algumas objeções às regras centradas no procedimento, sob o fundamento geral de que elas não contornam adequadamente a preocupação democrática do *judicial review*. Duas, pois, são as críticas feitas pela autora. Primeiramente, ela questiona a interação entre regras centradas no procedimento e regras substantivas, que protagonizam o controle forte de constitucionalidade. Afinal, quando cada uma delas deve ser usada? Em segundo lugar, Bateup enfatiza que os poderes políticos podem encontrar dificuldade, por diversos motivos, para reanalisar suas decisões, gerando prejuízos à democracia¹⁵⁸.

Na mesma linha, Souza aponta, ao menos, outras duas observações importantes. Primeiramente, ele ressalta que não é uma prática comum adjetivar decisões como provisoriamente ou momentaneamente inconstitucionais. De modo geral, entende-se em termos objetivos: é ou não é inconstitucional¹⁵⁹. Segundamente, como consequência do primeiro problema, ele aduz que, com a judicialização da política, o efeito de permanência tende a privilegiar a posição política vencedora, a qual, empoderada pela decisão dita provisória, passará a dispor de trunfos permanentes¹⁶⁰.

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 242-243.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 243-245.

¹⁵⁸ BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71, 3, 2006. p. 1.130-1.131.

¹⁵⁹ “As pretensões dos intérpretes, na realidade de trabalho em que elas operam, raramente assumirão a forma de uma proposição constitucional provisória. Pelo contrário, interpretações constitucionais tipicamente assumem a forma de que algo é ‘constitucional’ ou ‘inconstitucional’, ou que determinado estado de coisas é ‘o sentido constitucional’, ou, ainda, ‘não está de acordo com o espírito constitucional’. Não é comum o uso de qualificadores como ‘provisório’ ou ‘momentâneo’”. SOUZA, Tiago Clemente. **A ilegitimidade democrática das decisões judiciais: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2022. p. 78.

¹⁶⁰ SOUZA, Tiago Clemente. **A ilegitimidade democrática das decisões judiciais: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2022. p. 78.

De fato, os apontamentos não podem ser ignorados, mesmo porque, mais uma vez, há o risco de suceder o efeito reverso ao pretendido: em busca do diálogo, pode-se desembocar no monólogo. De toda sorte, algumas ponderações são pertinentes.

Quando utilizar o *second look* e quando operar o *judicial review* típico, questiona-se. Pois bem. Marinoni aponta que a busca pelo diálogo não eliminou o uso do controle forte de constitucionalidade, na tutela dos direitos estruturais e enumerados, como são conhecidos nos Estados Unidos. Nesses termos, a técnica do *second look* se aplica aos direitos que estão na zona de penumbra das cláusulas constitucionais (*penumbral rights*)¹⁶¹. Nesse sentido, os diálogos institucionais seriam especialmente adequados às deliberações mais complexas, aos desacordos morais razoáveis, aos desafios hermenêuticos que partem de cláusulas constitucionais abstratas.

Já no que toca aos privilégios usufruídos pelas posições políticas vitoriosas, poder-se-ia argumentar que as teorias dialógicas podem ser aplicadas conjuntamente, como Marinoni sinaliza. Nesse contexto, a provisoriedade faria demandar uma decisão minimalista, conquanto bem fundamentada. O julgador não se aprofundaria mais que o necessário na matéria e deixaria clara a necessidade de pronunciamento tanto da população quanto do Parlamento, ainda que lhe seja reservado o poder de decidir em um segundo momento. Destarte, esse trunfo, declaradamente provisório, não terá a mesma força política que uma decisão em controle forte de constitucionalidade.

Todavia, essas respostas não eliminam todas as preocupações com o uso do *second look*. Permanece, ainda, a dúvida quanto às dificuldades para que o Legislativo reanalise a decisão e a forma como uma possível resposta seria interpretada pela Corte¹⁶².

4.3 Minimalismo judicial e o exercício do poder de não decidir

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 247-248.

¹⁶² É interessante trazer as palavras de Marinoni quanto à finalidade geral da técnica do segundo olhar: “Por isso, é importante sublinhar o que está na raiz da preocupação com o *second look*. O problema tem início na indeterminação do significado de alguns dispositivos da Constituição e na possibilidade, daí decorrente, de que a Corte institua direitos e invalide as leis a despeito da vontade da população e do processo democrático. Consequência disso é a necessidade da rejeição da interpretação constitucional em que impera apenas e tão somente a vontade do Judiciário, retirando-se a população e as demais instituições da condição de passivos assistentes do papel desempenhado pelos juízes. O resultado é a abertura à participação popular e à presença do Parlamento no processo de atribuição de significado à Constituição, garantida pela técnica do *second look* especialmente quando há carência de deliberação popular e parlamentar”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor**. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan./jun. 2022. p. 58.

A terceira teoria normativa do diálogo apontada por Bateup é a teoria do Minimalismo Judicial (*Judicial Minimalism*). A autora destaca que, ao contrário das demais abordagens, que afirmam uma conduta ativa do Judiciário em prol do diálogo, no minimalismo o julgador recua, a fim de permitir maior espaço para considerações democráticas. Nesta seção, dois autores se destacam, a saber, o próprio Bickel e o jurista norte-americano Cass R. Sunstein, ambos trabalhados por Bateup.

As conclusões de Sunstein sobre o comportamento das Cortes são imprescindíveis nessa discussão. Após realizar uma pesquisa, ele observou que, pelo custo das decisões e do erro judicial, os *Justices* norte-americanos adotaram uma postura passiva, através do uso construtivo do silêncio. Os objetivos, contudo, eram diversos: comportavam-se assim por estratégia, por pragmatismo ou por, de fato, objetivarem promover os valores democráticos¹⁶³. A essa abordagem deu-se o nome de minimalismo judicial, porque o julgador decidirá estreitamente, buscando resolver a questão que está diante de si, e não estabelecer regras amplas (*narrow rather than wide*)¹⁶⁴.

Sunstein faz duas grandes sugestões a respeito do caminho minimalista. Primeiramente, afirma que o minimalismo é capaz de forçar a democracia (*democracy-forcing*), não só por deixar problemas não decididos a nível judicial para que se favoreça a deliberação democrática, mas também por promover a fundamentação e garantir que certas decisões serão tomadas por quem ele denominou atores democraticamente responsáveis¹⁶⁵. Em segundo lugar, ele defende que o minimalismo faria sentido justamente quando se estivesse lidando com temas de complexidade elevada, resultante da incerteza moral que permeia a matéria ou do grande número de informações decorrentes das múltiplas circunstâncias. Assim, num primeiro momento, evita-se que a questão seja resolvida incorretamente e que, após, o fruto da deliberação seja inefetivo ou cause graves problemas¹⁶⁶.

Outra ideia sustentada pelo jurista estadunidense é o uso dos argumentos teóricos incompletos no direito constitucional. Ele afirma que, numa sociedade pluralista, as pessoas podem concordar com muitas práticas constitucionais e até direitos constitucionais, sem necessariamente concordarem com as mesmas teorias constitucionais. Nesse caso, o uso de

¹⁶³ “Todas essas ideias envolvem usos construtivos do silêncio. Os juízes recorrem frequentemente ao silêncio por razões pragmáticas ou estratégicas ou para promover objetivos democráticos. É claro que é importante estudar o que dizem os juízes; mas é igualmente importante examinar o que os juízes não dizem e por que não o dizem” (tradução nossa) SUNSTEIN, Cass. *Foreword: leaving things undecided*. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 1, Nov. 1996. p. 07.

¹⁶⁴ SUNSTEIN, Cass. *Foreword: leaving things undecided*. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 1, Nov. 1996. p. 15.

¹⁶⁵ SUNSTEIN, Cass. *Foreword: leaving things undecided*. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 1, Nov. 1996. p. 07.

¹⁶⁶ SUNSTEIN, Cass. *Foreword: leaving things undecided*. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 1, Nov. 1996. p. 08.

argumentos teorizados de forma incompleta se mostra hábil para o bom funcionamento da ordem constitucional. Isso, pois, em certos momentos, far-se-ia necessária uma decida conceitual (*conceptual descent*) a princípios de baixo e médio nível, em que haja maior consenso, visando, ao fim, o respeito mútuo. Essa ferramenta, argumenta Sunstein, torna a produção constitucional possível e está presente também na esfera privada: na universidade, no trabalho e na família¹⁶⁷.

Porém, pode-se questionar a forma como o minimalismo e a técnica do segundo olhar seriam utilizados no Brasil. Há algum instrumento (capaz de permitir uma decisão sob a perspectiva minimalista) à disposição do Supremo Tribunal Federal? Marinoni advoga que sim. Por entender que a função do STF não é solucionar conflitos cotidianos, mas sim colaborar para a atribuição de sentido à Constituição, ele defende que as disputas particulares que chegam até a Corte e o próprio recurso extraordinário são meios que servem àquela finalidade precípua. Por isso, em sua percepção, nem todas as lides deveriam ser apreciadas pelo Supremo. Apenas os casos mais importantes, que sirvam para o desenvolvimento do direito constitucional, devem ser objeto de sua apreciação. Daí se falar da importância de filtros recursais que possibilitem à Corte escolher os casos que deseja julgar. O exemplo clássico é o *writ of certiorari* dos Estados Unidos, que, embora tenha sido idealizado para diminuir o número de recursos, hoje é um instrumento essencial para o exercício da função da Suprema Corte estadunidense.

Marinoni sustenta que, no Brasil, a ferramenta útil para a seleção de litígios relevantes e o exercício do poder de não decidir é a repercussão geral¹⁶⁸. Ela, cujas origens remontam à jurisprudência defensiva e à arguição de relevância, foi acrescentada ao art. 102, § 3º, da Constituição pela EC 45/2004, constituindo verdadeiro requisito de admissibilidade recursal intrínseco. O autor, no entanto, enfatiza que o recurso extraordinário já tinha condições de admissibilidade, a saber, o art. 102, III, da Constituição, em razão do que “o Supremo Tribunal Federal obviamente não pode ser visto como passagem necessária ao exercício do direito fundamental de ação”¹⁶⁹.

¹⁶⁷ SUNSTEIN, Cass. *Incompletely theorized agreements in Constitutional Law*. *John M. Olin Law & Economics Working, Paper n. 322, University of Chicago*, 2007.

¹⁶⁸ Em nome da prudência e devido à complexidade da matéria, não se fecha questão sobre isso. Apenas, repercute-se a percepção do autor.

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 514.

Nesse aspecto, Marinoni afirma que o recurso extraordinário não é um direito subjetivo do litigante¹⁷⁰. A Constituição confere o direito à tutela jurisdicional, no art. 5º, XXXV. Entretanto, não se extrai desse dispositivo a garantia de uma manifestação do Supremo Tribunal Federal. Antes, na visão do autor, de um lado, a inafastabilidade da jurisdição prevê a resposta judicial sobre o litígio e, de outro, “a disciplina normativa do julgamento dos casos concretos, delineada pelo Código de Processo Civil, confere à parte o direito de interpor recurso de apelação, postulando a revisão da justiça da decisão que resolveu o litígio”¹⁷¹. Logo, o direito fundamental à tutela jurisdicional se exauriria nos Tribunais de segundo grau. O papel exercido por Cortes Supremas e Superiores, como o STF e o STJ, é distinto das demais e, portanto, a não decisão não “pode ser vista como violação à proibição do *non liquet*”¹⁷². Outro indicativo seria a recente criação do filtro da relevância da questão federal do recurso especial, por meio da EC 125/2022. Conquanto não seja idêntico, o filtro se assemelha à repercussão geral, e visa ao desenvolvimento do direito infraconstitucional.

No tocante ao regramento que o Código de Processo Civil de 2015 dá à repercussão geral, o art. 1.035, § 3º, afirma que será reconhecida mediante a observância de dois requisitos essenciais: a relevância e a transcendência. A primeira se refere à importância econômica, política, social ou jurídica da matéria apreciada; a segunda, à não limitação do caso ao interesse subjetivo das partes. O legislador utilizou-se de conceitos jurídicos indeterminados, que, ao mesmo tempo, impõem um ônus argumentativo ao recorrente e permite que a Corte adeque a repercussão geral às circunstâncias concretas, sem que, contudo, haja discricionariedade para escolher deliberadamente¹⁷³. Ainda assim, dentro dos critérios estabelecidos, ausentes a relevância e a transcendência, Marinoni defende que é possível uma não decisão.

Apegando-se à transcendência, ele conclui que, se o Supremo Tribunal Federal não é o único intérprete legítimo da Constituição, pois concorre com outros agentes nessa atividade, como o Legislativo e o próprio povo, debates sobre questões constitucionais que estejam além do Judiciário – como desacordos morais razoáveis - não podem ser decididos sem que se

¹⁷⁰ Cabe esclarecer também nesse ponto que não é o objeto deste estudo investigar a relação entre direito fundamental à jurisdição e o julgamento de recursos extraordinários. O tema é de alta complexidade e requer atenção específica. Portanto, faz-se uma descrição dos argumentos e não necessariamente uma ratificação deles.

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 523.

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 524.

¹⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 514-517.

tenha dado oportunidade aos demais atores para refletirem e deliberarem. Faltaria a transcendência e o recurso deveria ser negado. Nas palavras do autor:

Nessa dimensão, reclama-se perceber que o instituto da repercussão geral não foi delineado apenas para dar à Corte oportunidade de escolher os casos importantes à formação de precedentes. O problema da função da Corte é mais abrangente do que o de decidir para atribuir sentido à Constituição, de modo que o Supremo Tribunal Federal também deve usar de forma virtuosa do seu *poder de não decidir* diante de casos que expressam situações que *devem ser discutidas pelas pessoas ou contar com a deliberação parlamentar mediante um “segundo olhar”*. Isso significa que a repercussão geral não só confere à Corte poder para não decidir e, conseqüentemente, escolher casos relevantes e adequados para bem decidir e formar precedentes, mas também para *não decidir* de modo a que a interpretação constitucional possa ser encontrada mediante *a devida participação das pessoas e do diálogo institucional*.¹⁷⁴

Cabral e Koatz compartilham da mesma posição. Para eles, a repercussão geral também é o instrumento que permite ao Tribunal declarar a não decisão, a fim de que o conflito, em vista de sua inesclarecibilidade, seja resolvido no *locus* apropriado¹⁷⁵. Cabral, nesse sentido, voltado ao exame das competências, menciona em sua obra a atenção que deve ser dada às capacidades institucionais dos centros decisórios¹⁷⁶. O argumento é válido no tocante aos diálogos institucionais: não decidir também significa reconhecer outro local como instância mais capacitada a fazê-lo. Ainda assim, a Corte guarda para si a possibilidade de voltar a decidir no futuro e, portanto, não há alienação da jurisdição constitucional. Aliás, a decisão denegatória de repercussão geral tem caráter essencialmente provisório¹⁷⁷. Lembre-se, nesse sentido, o art. 326, § 1º, do RISTF, que permite a negação de repercussão geral com “eficácia apenas para o caso concreto”¹⁷⁸⁻¹⁷⁹.

¹⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 512-513.

¹⁷⁵ CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição e decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro**. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 319-321; KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 270, set-dez. 2015, p. 200.

¹⁷⁶ CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição e decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro**. São Paulo: Juspodivm, 2023, p. 311.

¹⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 590.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2023.

¹⁷⁹ Um dos julgamentos que, recentemente, têm atraído a atenção para a Corte no cenário nacional poderia ser trazido, a título exemplificativo, para ilustrar a operacionalização do conceito. Fala-se do Tema 506, “em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada”. O *leading case* é RE nº 635.659/SP, sob relatoria do Min. Gilmar Mendes (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 635.659/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 30 ago. 2023). O tema, evidentemente, é de grande complexidade e suscita debate em vários aspectos. Pode-se abordá-lo do ponto de vista do direito à intimidade, dos impactos da decisão sobre a saúde pública e, máxime, dos impactos sobre a segurança pública, o sistema penal e o carcerário. Não atoa a repercussão geral foi reconhecida há mais de onze anos e ainda não teve desfecho. O julgamento se encontra na seguinte situação: cinco ministros, a saber, Gilmar

Obviamente, há uma gama de dúvidas acerca das implicações dessa nova compreensão. Primeiramente, pode-se colocar sobre a mesa a suficiência normativa para que os conceitos sejam aplicados. Afinal, há o suporte normativo necessário? Segundo, é válido perguntar quanto ao sucesso dos diálogos, pois, mesmo o aconselhamento judicial, como visto, pode ser instrumentalizado para sobrepor as percepções da Corte. Por fim, outros questionamentos poderiam ser colocados, mas as respostas, em certa medida, só seriam vistas e analisadas com a prática, o que constitui um desafio para o futuro.

Mendes, Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber, atual presidente, votaram favoráveis à descriminalização (embora os votos sigam entendimentos diferentes); o recém-indicado Min. Cristiano Zanin votou de forma contrária e, posteriormente, o Min. André Mendonça pediu vista, suspendendo o julgamento. Nesse contexto, observando as circunstâncias que envolvem a discussão, Medina faz a seguinte sugestão: “Mas aí pode-se olhar o problema sob outra perspectiva: o Supremo, quando os limites entre o que é jurídico e o que é político é bastante tênue, ou, até, em que o caráter político parece prevalecer sobre o jurídico, não poderia recusar-se a se manifestar a respeito, decidindo que ao legislador incumbe decidir sobre o dilema? O fato de o processo estar aguardando alguma definição no Tribunal há tanto tempo talvez revele que seus juízes não estejam seguros de que a solução do dilema caiba à Corte, e não ao Legislativo. Ao também não decidir (ou adiar, por mais de uma década, a sua decisão), tacitamente o STF talvez esteja desejando expressar que o dilema deve ser solucionado pelos legisladores, e não pelos juízes.” (MEDINA, José Miguel Garcia. **Maconha é constitucional? De que modo o Supremo pode se manifestar a respeito?** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-24/processo-novo-maconha-constitucional-modo-supremo-manifestar#:~:text=O%20STF%20pode%20decidir%2C%20por,com%20determina%C3%A7%C3%A3o%20legal%20ou%20regulamentar%22>. Acesso em: 30 ago. 2023). Inclusive, o caso gerou reações por parte dos senadores. O Presidente do Congresso Nacional, senador Rodrigo Pacheco, classificou a possibilidade de descriminalização por decisão do STF como equívoco grave e contou com apoio de parlamentares de diversos matizes (BRASIL. Senado Federal. **Descriminalização de drogas por decisão do STF é 'equivoco grave', diz Pacheco**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/08/02/descriminalizacao-de-drogas-por-decisao-do-stf-e-equivoco-grave-diz-pacheco>. Acesso em: 30 ago. 2023). De fato, a natureza da matéria, sua complexidade e seus impactos parecem fazer concluir que talvez o STF não seja o melhor local para decidi-lo. Marinoni, nesse sentido, critica a tentativa de um acordo teórico aprofundado por parte alguns ministros e a argumentação própria de legislador adotada pelo Min. Barroso, que diferencia uso e tráfico pela quantidade, em gramas, de maconha. Nesse contexto, o autor argumenta que, mesmo reconhecendo a repercussão geral, a Corte poderia decidir com efeitos *inter partes*, de modo a viabilizar o diálogo com o Legislativo (MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 602-605).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início do trabalho, foram delineadas as controvérsias que envolvem o controle de constitucionalidade. A desavença reside especialmente nas democracias constitucionais, que visam resguardar, ao mesmo tempo, o caráter democrático das decisões públicas e o desenho institucional, bem como os direitos fundamentais previstos pelo legislador constituinte originário. Nessas circunstâncias, a Suprema Corte eventualmente é chamada a decidir casos de elevada complexidade técnica e moral, acerca dos quais a sociedade pode se manter em desacordo.

Debate-se, nesses momentos, a legitimidade do *judicial review*, pois, através dele, um agente público não eleito anula a vontade majoritária expressa no ato legislativo. Daí vem o conceito de dificuldade contramajoritária. Nesse contexto, percebeu-se que uma tentativa para contornar o déficit envolve as teorias dos diálogos institucionais, entre elas, as teorias normativas, a saber, (i) o aconselhamento judicial, (ii) as regras centradas no procedimento (com destaque para a técnica do segundo olhar), e (iii) o minimalismo judicial. O enfoque dado a cada uma delas esteve voltado à análise do exercício do poder de não decidir e o alcance ou não do seu escopo, a saber, o diálogo entre os poderes.

Partindo da análise do surgimento histórico do controle de constitucionalidade, verificou-se que as raízes desse mecanismo precedem *Marbury vs. Madison*, já estando presentes desde *Sir Edward Cook*, na Inglaterra. A decisão de Cook, reconhecendo um direito superior, que não poderia ser contrariado pelo monarca, qual seja, o *common law*, estabeleceu as bases do que viria a ser o *judicial review* posteriormente. Ocorre que, após a Revolução Gloriosa, a Inglaterra adotou o modelo de supremacia do Parlamento, que se mantém até hoje. Por isso, apenas depois, em solo norte-americano, o *judicial review* se desenvolveu tal qual conhecido cotidianamente, estabelecendo-se a noção de supremacia judicial.

Constatou-se, também, que o controle de constitucionalidade se espalhou pelo mundo. Porém, essa expansão veio acompanhada da ascensão institucional do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional. A Corte passou de órgão técnico a um Poder que disputava espaço com os demais. Com o passar do tempo, temas de relevância política, social e moral estavam sendo, cada vez mais, deliberados e decididos pelos magistrados. Esse fenômeno, também chamado de judicialização, alcançou o Brasil, onde se viu o fortalecimento do STF, notadamente, pós-Constituição de 1988. Esse processo de empoderamento, contudo, conjuga diversos fatores de ordem política, institucional e de interpretação. E pode-se afirmar que ele não é fruto apenas do desenho conferido pelo texto constitucional; a atuação da Corte também

importou (e importa) para avanço ou retração de seus poderes. Em análises recentes, também se percebeu que uma marca do STF é a alocação de poderes individuais descentralizados entre seus ministros, que, utilizando-se dos poderes de agenda, de sinalização e de decisão, conseguem agir enfaticamente sobre o *status quo*.

Em face dessas circunstâncias, volta à tona a desavença referida anteriormente, quanto à relação entre os conceitos de constitucionalismo e democracia. Nesse debate, pode-se cotejar entre as visões de Dworkin e Waldron. O primeiro consagrou, de um lado, o Judiciário como fórum dos princípios, em que vigora a primazia dos argumentos de princípio, afetos a defesa dos direitos morais individuais; e, de outro lado, o Legislativo, fórum da utilidade, em que o argumento de política é utilizado como forma de alcançar os objetos coletivos e o bem-estar da sociedade, embora possam ser utilizados argumentos de princípio. Nesse caso, Dworkin não enxerga conflito em o Judiciário, mesmo não sendo eleito, derrubar as normas postas pelos legisladores. A legitimidade das decisões judiciais, nesse caso, não estaria na forma de investimento no cargo, mas no conteúdo da decisão. Waldron, contudo, aduz que Dworkin ignora que o desacordo é uma marca da sociedade contemporânea, inclusive entre magistrados. Por isso, basear a legitimidade apenas no acerto da decisão pode não ser o melhor argumento, já que mesmo o erro é dotado de força cogente. A proposta de Waldron, desse modo, é em favor do direito de participação (a seu ver, direito dos direitos), por garantir maior equidade. Até porque a busca pelo sufrágio também envolvia argumentos de princípio. Assim, percebe-se que Waldron põe a Corte sob suspeita, porque não se espera dela inerrância, nem uma postura messiânica além das próprias capacidades. A síntese desse debate envolve a compreensão das limitações a que o Judiciário pode estar sujeito. Por isso, dele não pode vir a ideia de que o *judicial review* seja ilegítimo. As concepções de supremacia e rigidez constitucional embasam a operação do controle, que também foi instrumento de limitação de poder e defesa de direitos fundamentais.

Outro argumento em favor dos diálogos parte da hermenêutica constitucional. As contribuições de Häberle, em prol de uma sociedade aberta de intérpretes, quebram a ideia de que a interpretação constitucional deva pertencer a um único órgão. Afinal, todos os que vivem as normas constitucionais possuem interesse no processo de interpretação e, por isso, são intérpretes legítimos. Nesses termos, a função da Corte não se limita à inserção de argumentos de princípio. Ao compartilhar sua fundamentação e decisão, ela, em exercício de *accountability*, expõe-se aos demais intérpretes. Logo, pode ser que o Tribunal deva decidir estreita e limitadamente, visando preservar o respeito mútuo.

O esforço em proveito de uma catalogação das teorias do diálogo foi feito por Bateup. A autora as divide em dois grandes grupos: teorias do método judicial e teorias estruturais do diálogo. As primeiras, também chamadas de teorias normativas (ou prescritivas) do diálogo, defendem que o julgador deve adotar determinados comportamentos para que o diálogo aconteça – um ideal normativo. Já as últimas, referidas como teorias descritivas (ou positivas) do diálogo, buscam efetividade observando a forma como os poderes de fato atuam. Esta pesquisa, entretanto, traça o recorte nas teorias normativas do diálogo. Isso porque, em seu bojo, tem-se tecido debates no tocante a um possível exercício do poder de não decidir. A hipótese esteve circunscrita a entender se essas teorias viabilizavam o diálogo e se existem ou não meios no ordenamento brasileiro, através dos quais a não decisão possa ser declarada.

A teoria do aconselhamento judicial preconiza que o Tribunal pode fornecer rumos específicos de ação aos demais poderes, como forma de evitar o confronto direto com agentes eleitos. E, por mais que pareça causar desconforto, não é totalmente estranha para a atividade jurisdicional a concessão de manifestações opinativas. Cabral mostra que o ordenamento não é composto apenas de dispositivos que impõem atos decisórios. Observou-se, porém, que as críticas de Bateup ao aconselhamento judicial merecem guarida. A seu ver, a teoria em comento não fornece espaço real para a discussão entre os poderes, ao passo em que privilegia a voz do julgador. Pensando no contexto brasileiro, a preocupação da autora se justifica face à distribuição de poderes individuais descentralizados aos ministros do STF. Se o argumento *obter dictum* é suficiente para promover o aconselhamento, tem-se aí mais uma forma de exercer o poder de sinalização, o que, em certo sentido, já acontece. Portanto, entende-se que, no direito brasileiro, existem formas de promover o aconselhamento judicial, mas não necessariamente, através dele, um diálogo entre os poderes. Advirta-se, contudo, que não se lidou com procedimentos consultivos públicos previstos na legislação: o foco está sobre o diálogo promovido entre os poderes.

Já as regras centradas no procedimento pretendem fazer com que Judiciário force os atores políticos a reconsiderarem o ato impugnado com os olhares do povo e dos valores constitucionais. Parte-se da premissa de que o legislador pode, por alguma circunstância, não ter prestado atenção a esses mandamentos quando na elaboração da legislação. Aqui, o exemplo mencionado é sempre a técnica do *second look*, desenvolvida pelo *Judge* Guido Calabresi. Ela objetiva forçar o segundo olhar e esperar a reconsideração. Entretanto, algumas objeções são levantadas contra essa abordagem. Primeiramente, questiona-se a interação entre regras centradas no procedimento e regras substantivas, que protagonizam o controle forte de constitucionalidade. Sobre isso, Marinoni esclarece que a técnica do segundo olhar é própria

para os direitos que estão na zona de penumbra das cláusulas constitucionais. E não poderia ser diferente, porque os diálogos institucionais visam exatamente às deliberações mais complexas, os desacordos morais razoáveis, os desafios hermenêuticos que partem de cláusulas constitucionais abstratas. Em segundo lugar, há quem afirme que a posição política vencedora, empoderada pela decisão dita provisória, gozaria de privilégios e passaria a dispor de trunfos permanentes. Todavia, poder-se-ia argumentar que as teorias do diálogo podem (e, em certos momentos, talvez devam) serem conjugadas. Nesse caso, a provisoriedade faria demandar uma decisão estreita, nos moldes minimalistas, cuja força não é igual às decisões amplas. Todavia, essas respostas não eliminam todas as preocupações com o uso do *second look*. Permanece, ainda, a dúvida quanto às dificuldades para que o Legislativo reanalise a decisão e a forma como uma possível resposta seria interpretada pela Corte.

Por fim, a teoria do minimalismo judicial, desenvolvida por Sunstein, advoga que, em certas ocasiões, ao julgador é prudente adotar uma postura de autocontenção para evitar o erro judicial e decisões problemáticas ou inefetivas. Sunstein também defende o uso de acordos teóricos incompletos no direito constitucional, como forma de viabilizar o consenso e o respeito mútuo. Porém, pergunta-se sobre a aplicabilidade dessa teoria no Brasil e uma sugestão foi construída por Marinoni, ao aprofundar a compreensão do uso da repercussão geral como ferramenta para que a Corte escolha, dentro dos critérios legais, os casos que deseja julgar. Para ele, a função da Suprema Corte de desenvolver a compreensão do direito constitucional está intimamente atrelada ao gerenciamento dos casos que serão apreciados. Como se sabe, o art. 1.035, § 3º, do CPC, afirma que a repercussão geral será reconhecida desde que estejam presentes a relevância e transcendência. Marinoni propõe, de modo disruptivo, que a repercussão geral pode ser negada se a matéria em discussão envolver desacordo que carece de deliberação por parte da população e do Parlamento. A seu ver, o critério da transcendência estaria maculado. Constata-se, então, que, caso sejam acolhidas as posições do autor, haverá no ordenamento uma ferramenta apta a operar o minimalismo judicial e a técnica do segundo olhar no controle difuso. Todavia, subsistem dúvidas acerca das implicações dessa compreensão. Primeiramente, pode-se questionar a suficiência normativa para que os conceitos sejam aplicados. Em segundo lugar, é válido inquirir quanto ao sucesso dos diálogos, pois, mesmo o aconselhamento judicial, como visto, pode ser instrumentalizado para sobrepor as percepções da Corte. Entretanto, em certa medida, algumas respostas só podem ser analisadas com a operacionalização e a prática, o que constitui um desafio para o futuro.

REFERÊNCIAS

- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, mai-ago. 2016. p. 405-440. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/hCRPpBpxFwSv4JhVJbhBKbK/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 11 jul. 2023.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocracia: o supremo tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novos Estudos**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32. jan-abr. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Ano trouxe mudanças e amadurecimento do Supremo Tribunal Federal**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-31/roberto-barroso-ano-sinaliza-mudancas-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 29 ago. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD - Revista da Faculdade de Direito - UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan-jun. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em: 29 jun. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, vol. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>. Acesso em: 10 jul. 2023.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786555598995. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598995/>. Acesso em: 08 fev. 2023
- BATEUP, Christine. *The Dialogic Promise: assessing the normative potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71, 3, 2006. p. 1.109-1.180.
- BILDER, Mary Sarah. *The corporate origins of judicial review*. *The Yale Law Journal*, v. 116, p. 502-566, 2006-2007. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/article/the-corporate-origins-of-judicial-review>. Acesso em: 15 jun. 2023.
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2012. p. 139-140 *apud* SOUZA, Tiago Clemente. **A ilegitimidade democrática das decisões judiciais: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2022. p. 50.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 ago. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Descriminalização de drogas por decisão do STF é 'equivoco grave', diz Pacheco**. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/08/02/descriminalizacao-de-drogas-por-decisao-do-stf-e-equivoco-grave-diz-pacheco>. Acesso em: 30 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 635.659/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 30 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto da Ministra-Relatora Rosa Weber na ADPF 442**.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro-Relator Luiz Fux na ADI 5.105**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308937289&ext=.pdf>.

Acesso em: 29 ago. 2023.

CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição e decisão: non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro**. São Paulo: Juspodivm, 2023.

CALABRESI, Guido. Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores). *Harvard Law Review*, v. 105, 1991.

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

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

<https://www.scielo.br/j/rinc/a/4m6g6DbMwXn6sRM37f6vPxD/?lang=pt>. Acesso em: 23 mar. 2023.

COKE, Sir Edward Coke. *The Reports of Sir Edward Coke*, vol. IV, London: Josseph Butterworth and son, 1826 *apud* NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Sir Edward Coke e o judicial review* inglês: breve história *apud* DIDIER Jr., Fredie (Org.). **Teoria do processo doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 308-309.

DAHL, Robert A. *Decision-making in a democracy: The Supreme Court as a national policy-maker*. *Journal of Public Law - Role of The Supreme Court Symposium*, n. 1, 1957.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. 3. ed.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. **Korematsu v. United States**: 323 U.S. 214 (1944). Certiorari to the Circuit Court of Appeals for the Ninth Circuit No. 22. Argued October 11,

12, 1944. Decided December 18, 1944. Disponível em:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/323/214/>. Acesso em: 04 abr. 2023.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *Why do countries adopt constitutional review?* **The journal of law, economics & organization**, v. 30, p. 587, 2013. Disponível em:
https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5621&context=journal_articles#:~:text=The%20literature%20has%20proposed%20different,electoral%20market%2C%20and%20diffusion%20theories. Acesso em: 16 jun. 2023.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. 2015.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**. ano 1, n. 1, p.17-78, jan-mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. **Direito Público**, v. 11(60), p. 25–50, nov-dez, 2014. Disponível em:
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>. Acesso em: 18 ago. 2023.

KATYAL, Neal Kumar. *Judges as advicegivers*. **Stanford Law Review**, v. 50, p. 1.709-1823, 1998. Disponível em:
<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2746&context=facpub>. Acesso em: 04 abr. 2023.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 270, p. 171-205, set-dez. 2015.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788: edição integral**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira; SERAFIM, Matheus Casimiro Gomes. A jurisdição constitucional messiânica e os riscos das mutações inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. v. 14, p. 119-143, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil *apud* DIDIER Jr., Fredie (Org.). **Teoria do processo doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 546-547.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. **Suprema: revista de estudos constitucionais**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan-jun. 2022.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Maconha é constitucional? De que modo o Supremo pode se manifestar a respeito?** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-24/processo-novo-maconha-constitucional-modo-supremo-manifestar#:~:text=O%20STF%20pode%20decidir%2C%20por,com%20determina%C3%A7%C3%A3o%20legal%20ou%20regulamentar%22>. Acesso em: 30 ago. 2023.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo, Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. 2008.

MIRANDA, Jorge. **Coleção Fora de Série - Teoria do Estado e da Constituição, 5ª edição**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*. ISBN 9788530982768. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982768/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Sir Edward Coke e o judicial review* inglês: breve história *apud* DIDIER Jr., Fredie (Org.). **Teoria do processo doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=2788082&forceview=1>. Acessado em: 14 de fevereiro de 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786553620490. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>. Acesso em: 26 fev. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo** nº 250. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, p. 197-227, 2006.

SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos Constitucionais?** Análise da Interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. 2016.

SOUZA, Tiago Clemente. **A ilegitimidade democrática das decisões judiciais: a manutenção da supremacia judicial a partir da teoria dos diálogos institucionais no Brasil**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2022.

STRECK, Lenio L. **Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. *E-book*. ISBN 9788530987497. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987497/>. Acesso em: 28 fev. 2023.

SUNSTEIN, Cass. *Foreword: leaving things undecided*. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 1, Nov. 1996.

SUNSTEIN, Cass. *Incompletely theorized agreements in Constitutional Law*. *John M. Olin Law & Economics Working, Paper n. 322, University of Chicago*, 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/228190324_Incompletely_Theorized_Agreements_in_Constitutional_Law. Acesso em: 23 mar. 2023.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. *E-book*. ISBN 9788553616411. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616411/>. Acesso em: 10 fev. 2023.

THEODORO Jr., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. 3**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. ISBN 9786559642373. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559642373/>. Acesso em: 14 ago. 2023.

VICTOR, Sérgio Antônio F. **Série IDP - Linha pesquisa acadêmica: diálogo institucional e controle de constitucionalidade : debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 1. ed. *E-book*. ISBN 9788502631656. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502631656/>. Acesso em: 13 abr. 2023.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.