

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

**A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS PERSPECTIVAS
DE ADOÇÃO DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: um estudo sobre os casos da
Alemanha, do Brasil e dos Estados Unidos**

Amanda Castro Nehme

Orientador: Professor Doutor Vitalino José Ferreira Prova Canas

**Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Mestre em Direito,
Especialidade de Direito Constitucional**

2024

RESUMO

A investigação avalia os fundamentos da expansão da jurisdição constitucional global, permitindo com que os Tribunais se fizessem bastante presentes e dessem a sua palavra a diversas questões sociais, políticas, institucionais e econômicas. Por essa razão, analisa-se a legitimidade democrática da *judicial review* e as suas implicações na separação de poderes. Diante da complexidade das sociedades contemporâneas, questiona-se se a separação de poderes como é estruturada atualmente é suficiente para a complexa dinâmica entre os Poderes. O estudo centra-se em analisar a atividade da jurisdição constitucional nos casos particulares da Alemanha, do Brasil e dos Estados Unidos, relacionando como as suas estruturas e as suas decisões refletem na dinâmica política e institucional de cada país. O trabalho utiliza-se das Teorias dos Diálogos Institucionais para pensar em uma reconfiguração institucional que harmonize a revisão judicial com princípios democráticos. Investiga-se, assim, as teorias dialógicas em seus conceitos e críticas, com o intuito de equilibrar os Poderes e repensar a separação de poderes de forma colaborativa, sem comprometer a legitimidade da jurisdição constitucional. Uma relação dialógica e cooperativa entre os Poderes é defendida na interpretação e implementação da Constituição, promovendo uma maior colaboração entre os poderes em processos deliberativos que visam alcançar uma decisão ideal e duradoura.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional, Legitimidade Democrática, Separação de Poderes, Supremacia Judicial, Teorias Dialógicas.

ABSTRACT

The investigation evaluates the underlying principles of the global expansion of judicial review, thereby enabling the Courts to exercise their influence on various social, political, institutional, and economic issues. Hence, an analysis is conducted on the democratic legitimacy of judicial review and its implications for the separation of powers. Given the complexity of contemporary societies, the question arises whether the separation of powers as currently structured is sufficient for the complex dynamics between the Powers. The study focuses on analyzing the activity of judicial review in the particular cases of Germany, Brazil and the United States, relating how their structures and decisions reflect on the political and institutional dynamics of each country. The work uses Institutional Dialogue Theories to consider an institutional reconfiguration that would harmonize judicial review with democratic principles. Dialogical theories are therefore investigated in their concepts and criticisms with the aim of balancing the Powers and rethinking the separation of powers in a collaborative way without compromising the legitimacy of judicial review. A dialogical and cooperative relationship between the Powers is encouraged in the interpretation and implementation of the Constitution, promoting greater collaboration between the Powers in deliberative processes that aim to reach an ideal and lasting decision.

KEYWORDS: Judicial Review, Democratic Legitimacy, Separation of Powers, Judicial Supremacy, Dialogic Theories.

*“É preciso sair da ilha para ver a ilha.
Não nos vemos se não saímos de nós.”*

José Saramago

AGRADECIMENTOS

Após esta longa jornada, não posso dizer que concluí este trabalho sem o apoio das pessoas mais queridas em minha vida. Isto é fruto de um sonho sem o qual não seria possível sem os incentivos daqueles que me são tão especiais.

Aos meus pais, Hélia e Roberto, por sonharem os meus sonhos comigo. Agradeço pelo amor incondicional, pelo acolhimento, pelo exemplo de profissionais, de ética e pelo constante incentivo de crescimento pessoal e profissional. Não consigo medir o meu amor e a minha gratidão por vocês em palavras.

Às minhas irmãs, Flávia, Renata e Lívia, pelo exemplo de mulheres fortes, de profissionais excepcionais e de mães amorosas. Agradeço a nossa troca de experiências e os conselhos de irmãs mais velhas. Obrigada também pelos meus sobrinhos queridos que colorem as nossas vidas e unem ainda mais a nossa família.

Aos Professores do Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em especial ao meu orientador Prof. Dr. Vitalino Canas e ao Prof. Dr. José Melo Alexandrino, sou muito grata pelas imensas lições de sabedoria, conhecimento, produção acadêmica e pela motivação de aprender sempre mais.

Aos meus inúmeros amigos do Brasil que, mesmo à distância, proporcionaram-me tanto suporte e alegrias. Agradeço por compartilharmos nossas vitórias e nossas vidas por tantos anos. Aos meus amigos de Portugal, agradeço por sentir-me acolhida, amenizando a distância de casa e por tantos ensinamentos de vida.

À Deus, sempre, por tudo.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	12
I. A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO MUNDO E O ANTIGO PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA	14
1. Evolução e desenvolvimento da jurisdição constitucional no mundo.....	17
2. Teorias sobre a expansão da <i>judicial review</i>	21
2.1. Teorias conceitualistas.....	21
2.2. Teorias funcionalistas	22
2.3. Teorias estratégicas.....	22
3. O papel da jurisdição constitucional.....	23
4. Expansão da jurisdição constitucional e sua participação na política - <i>Everything is political?</i>	25
4.1. Alguns exemplos ilustrativos	29
5. Legitimidade dos Tribunais Constitucionais	31
5.1. Abordagens da legitimidade dos Tribunais Constitucionais	32
5.1.1. Estado Constitucional como fonte de legitimidade da Justiça Constitucional	32
5.1.2. A ausência de sufrágio direto e universal na indicação dos membros do Tribunal Constitucional	32
5.1.3. O Tribunal Constitucional e o controle dos órgãos legitimamente eleitos.....	33
5.2 O Tribunal Constitucional e as diversas formas de legitimidade democrática.	35
5.2.1. A legitimidade democrática para além do sufrágio	35
5.2.2. Legitimidade pela vontade constitucional	35
5.2.3. Legitimidade técnica de controle dos órgãos eleitos	36
5.2.4. Legitimidade democrática indireta	37
5.2.5. Legitimidade material.....	38
5.2.6. Legitimidade pela tutela dos direitos fundamentais	38

5.2.7. Legitimidade pela diversidade.....	39
5.2.8. Legitimidade pela amplitude de acesso	39
5.3. A chamada legitimidade aparente (legitimidade em momentos de crise institucional)	40
5.4. Limites da legitimidade democrática do Tribunal Constitucional	41
6. A Separação de Poderes	42
6.1. Traços da evolução histórica da separação de poderes.....	42
6.2. Novas perspectivas para a separação de poderes.....	47
7. Conclusão parcial	51
II. TRÊS GRANDES CORTES: UM ESTUDO SOBRE O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL NA ALEMANHA, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL E A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA	53
1. O Tribunal Constitucional alemão e o controle judicial de constitucionalidade	54
1.1. O Tribunal Constitucional Federal	56
1.1.1. Organização	56
1.1.2. Competência	57
1.1.3. Escolha dos juízes.....	58
1.1.4. Objeto da jurisdição constitucional	59
1.1.4.1. Conflitos entre órgãos do Estado, entre Federação (<i>Bund</i>) e as Regiões (<i>Länder</i>), entre Regiões (<i>Länder</i>) ou dentro de uma Região (<i>Land</i>).....	60
1.1.4.2. Controle de constitucionalidade dos atos do governo federal	60
1.1.4.3. Controle de constitucionalidade de normas federais e regionais.....	61
A. Controle abstrato de normas	61
B. Controle concreto de constitucionalidade.....	62
1.1.4.4. Controle de constitucionalidade em casos de omissão do legislador	63
1.1.4.5. Controle de constitucionalidade sobre os julgados dos tribunais dos <i>Länder</i>	63

1.1.4.6. Controle de constitucionalidade como garantia dos direitos fundamentais.....	63
1.1.4.7. Perda de direitos fundamentais por ofensa ao Estado Constitucional de Direito.....	64
1.1.4.8. Controle de constitucionalidade das eleições e juízo sobre a constitucionalidade de partidos políticos.....	64
1.1.4.9. Atos cometidos pelo Presidente da República e juízes federais.....	64
1.1.5. Tipos de Decisões.....	65
1.1.5.1. Provimentos cautelares.....	65
1.1.5.2. Pronúncias de acolhimento ou indeferimento.....	65
1.1.5.3. Sentenças de mera inconstitucionalidade e de apelo ao legislador ...	66
1.1.5.4. Sentenças interpretativas e as pronúncias de acolhimento parcial ...	68
1.2. Decisões de expansão da Jurisdição Constitucional alemã.....	70
1.2.1. O Tribunal Constitucional e o financiamento de partidos alemães.....	70
1.2.2. O Tribunal Constitucional e as decisões de interpretação de direitos fundamentais.....	72
1.2.3. O Tribunal Constitucional e a influência na política econômica e monetária.....	73
2. O Controle judicial de constitucionalidade brasileiro.....	75
2.1. O Supremo Tribunal Federal.....	77
2.1.1. Organização.....	77
2.1.2. Competência.....	77
2.1.3. Escolha dos juízes.....	79
2.1.4. Objeto da jurisdição constitucional.....	80
2.1.4.1. Direito federal.....	80
2.1.4.2. Direito estadual, distrital e municipal.....	80
2.1.4.3. Regulamento.....	81
2.1.4.4. As leis <i>in concreto</i>	81

2.1.5.	Tipos de decisões.....	82
2.1.5.1.	Declaração de nulidade de lei ou ato normativo.....	82
2.1.5.2.	Declaração de constitucionalidade da lei ou ato normativo	84
2.1.5.3.	Declaração de constitucionalidade e “lei ainda constitucional”	85
2.1.5.4.	Interpretação conforme a Constituição.....	85
2.1.5.5.	Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ..	87
2.1.5.6.	Declaração de inconstitucionalidade de caráter limitativo ou restritivo	89
2.1.5.7.	Súmulas vinculantes	90
2.2.	Decisões de expansão da Jurisdição Constitucional.....	91
2.2.1.	O Supremo Tribunal Federal e as decisões estruturais.....	91
2.2.2.	O Supremo Tribunal Federal e a política	93
2.2.3.	O Supremo Tribunal Federal e o seu impacto na economia.....	93
3.	O controle judicial de constitucionalidade norte-americano	95
3.1.	A Suprema Corte norte-americana	96
3.1.1.	Organização	96
3.1.2.	Competência	97
3.1.3.	Escolha dos juízes.....	98
3.1.4.	Objeto da jurisdição constitucional	99
3.1.4.1.	Conflitos institucionais	99
3.1.4.2.	Conflitos judiciais.....	99
3.1.5.	Tipos de decisões.....	100
3.1.5.1.	Provimentos cautelares	100
3.1.5.2.	Pronúncia de deferimento ou indeferimento	100
3.1.5.3.	Efeitos gerais da declaração de inconstitucionalidade	101
3.2.	Decisões de expansão da Jurisdição Constitucional norte-americana.....	102
3.2.1.	<i>Brown v. Board of Education of Topeka</i>	102

3.2.2. <i>INS v. Chadha</i>	103
3.2.3. <i>Trump v. Anderson</i>	104
4. Grelha Comparativa.....	106
5. Conclusão parcial	110
III. QUAL O CAMINHO? UMA ANÁLISE DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS	113
1. Os desafios do constitucionalismo no mundo contemporâneo.....	113
2. Democracia e constitucionalismo	115
3. A jurisdição constitucional, a supremacia judicial e a democracia	116
4. Teoria dos diálogos institucionais	120
4.1. Teorias dialógicas conforme o método judicial.....	122
4.1.1. O aconselhamento judicial (<i>judicial advice-giving</i>).....	123
4.1.2. Teorias centradas no processo	124
4.1.3. Minimalismo judicial (<i>Judicial Minimalism</i>).....	125
4.1.4. Síntese das teorias do diálogo fundadas no método judicial	128
4.2. Teorias estruturais do diálogo (<i>Structural Theories of Dialogue</i>).....	129
4.2.1. Teorias da construção coordenada (<i>Coordinate Construction Theories</i>)	129
4.2.2. Teorias dos princípios judiciais (<i>Theories of Judicial Principle</i>)	131
4.2.2.1. Princípios e controle político sobre a Corte (<i>Principle and Political Checks on the Court</i>)	132
4.2.2.2. Princípio de articulação legislativa da política (<i>Principle and Legislative Articulation of Policy</i>).....	133
4.2.3. Teorias de Equilíbrio (<i>Equilibrium Theories</i>)	135
4.2.4. Teorias de Parceria (<i>Partnership Theories</i>).....	136
4.2.5. Teoria da Fusão Dialógica (<i>Dialogic Fusion</i>)	137
5. Da supremacia judicial aos diálogos institucionais	139
6. A guinada rumo aos diálogos institucionais	143

7. A dinâmica dos diálogos institucionais: considerações sobre a relação do Poder Judiciário e o Poder Legislativo	145
8. Conclusão parcial	150
CONCLUSÃO.....	152
BIBLIOGRAFIA	154
JURISPRUDÊNCIA.....	163

INTRODUÇÃO

A presente investigação pretende analisar o fenômeno da expansão da jurisdição constitucional no mundo e, particularmente, os casos do Tribunal Constitucional Federal, do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte, na Alemanha, no Brasil e nos Estados Unidos, respectivamente.

À medida que as sociedades evoluíram, novos desafios vieram à tona, tornando as questões jurídicas, políticas, econômicas e sociais cada vez mais complexas, devido a um novo contexto internacional e a redefinição das concepções de Constituição. Assim, o papel dos Tribunais Constitucionais se transformou significativamente, refletindo em uma crescente dependência da revisão judicial para salvaguardar os direitos fundamentais e defender o Estado de Direito.

Com o aumento do ativismo judicial e a expansão do Poder Judiciário, dissociados da clássica noção de supremacia judicial fizeram elevar as discussões sobre a legitimidade da revisão judicial e sua eficácia na proteção dos direitos fundamentais. Em especial, quando examina-se os casos específicos dos três países que estão sendo analisados nesse contexto, fica claro que os Tribunais passaram a ocupar uma posição central na dinâmica política.

O objetivo deste estudo é enriquecer o debate sobre este assunto, utilizando a apresentação e o exame das Teorias dos Diálogos Institucionais como ferramenta metodológica, com o objetivo de promover uma reconfiguração do arcabouço institucional no contexto da jurisdição constitucional, a fim de harmonizar a revisão judicial com os princípios democráticos e aprimorar a aplicação dos direitos fundamentais.

Parte-se, primeiramente, da análise de como se deu a evolução da expansão da *judicial review* em todo o mundo, apresentando as implicações que permitiram a adoção de um comportamento central dos Tribunais em relação aos outros Poderes. Por assumir tal posição, se faz necessário analisar a legitimidade das Cortes ao decidirem, não somente questões de direitos fundamentais, mas também questões políticas e institucionais. Neste primeiro capítulo, é imprescindível também refletir sobre a capacidade institucional dos Tribunais e uma possível releitura do modelo da separação de poderes.

Já no segundo capítulo, examina-se as experiências das jurisdições constitucionais da Alemanha, do Brasil e dos Estados Unidos, onde visualiza-se a importância que cada Corte possui em cada contexto nos três países de Estado federal, cuja clássica separação de poderes, embora possuam as suas diferenças, são bastante semelhantes e frutíferas para uma análise comparada. Assim, o estudo perpassa pela estrutura, competências e tipos de decisões de cada Tribunal. A fim de demonstrar como cada Corte atua em seu contexto, analisa-se, ainda, nove decisões – três de cada um – que retratam o seu relacionamento com os outros Poderes.

Por fim, o último capítulo procura trazer luz ao debate e apresentar as teorias dialógicas com a finalidade de verificar se tais teorias podem ser consideradas para trazer um equilíbrio entre os Poderes e repensar a separação de poderes de uma maneira mais colaborativa, sem que a legitimidade da jurisdição constitucional possa ser afetada. Para isso, analisam-se os conceitos e as críticas das Teorias dos Diálogos Institucionais mais relevantes.

Em termos metodológicos, o estudo se utiliza de minucioso estudo bibliográfico da doutrina nacional e estrangeira acerca da jurisdição constitucional, separação de poderes, controle de constitucionalidade e diálogos institucionais, relacionados aos específicos contextos da Alemanha, do Brasil e dos Estados Unidos. Além disso, realiza-se a análise empírica de *leading cases* de tais países para a completude do estudo.

I. A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO MUNDO E O ANTIGO PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Antes de abordar a evolução da jurisdição constitucional é necessário ter em mente a importância da supremacia constitucional que serve de base teórica para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade.

As Constituições democráticas do século XX assumiram um papel de grande importância com normas diretas fundamentais que estruturam os poderes públicos e asseguram aos particulares a promoção dos direitos fundamentais. Os novos contornos da supremacia constitucional vão além do controle de constitucionalidade e da tutela eficaz dos direitos de liberdade. A nova concepção de constitucionalismo combina as diretrizes de Constituição como norma fundamental de garantia e de Constituição enquanto norma direta fundamental.¹

O constitucionalismo contemporâneo tem contribuído para o surgimento de novos aspectos implícitos da constitucionalização do Direito, que de acordo com Alonso Garcia Figueroa podem ser divididos em: material; estrutural e funcional e; político.²

O aspecto material se relaciona com o conteúdo das normas constitucionais. De certa forma, a supremacia material era difundida pela doutrina jusnaturalista na Idade Média como normas superiores, de derivação divina, em que todas as outras normas deveriam se inspirar.³ Com a recepção dos direitos fundamentais no sistema jurídico, o Direito passou a ter forte carga axiológica, ou seja, transformaram-se as exigências da moral crítica na forma de direitos fundamentais. Tal visão não positivista do Direito pode ser o que diferencia o constitucionalismo atual dos anteriores.⁴

O aspecto estrutural da constitucionalização do ordenamento se relaciona com a estrutura das normas constitucionais. Já o aspecto funcional tem a ver com o tipo de argumentação que as normas fomentam. Nesse sentido, os princípios constitucionais adquiriram grande relevância no ordenamento jurídico e na aplicação do Direito,

¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 1998.

² FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 163-ss.

³ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. p. 51-52.

⁴ STRECK, L. L. O papel do direito e da jurisdição constitucional. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 595-619, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/54>. p. 601. Acesso em: 12 dez. 2022.

sobretudo nos tribunais constitucionais europeus e no desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica, muito em razão da irradiação provocada por tais princípios.⁵

Como bem aduz Figueroa, os aspectos material e funcional possuem um papel de aproximação do raciocínio jurídico do raciocínio moral. Para completar, o aspecto político representa o aglutinamento dos aspectos anteriores na relação entre os Poderes do Estado. A consequência mais relevante que tal movimento apresenta é a transferência do papel central do Poder Legislativo para a Justiça Constitucional. O protagonismo do Poder Judiciário levanta diversos questionamentos e a maior queixa é, justamente, a violação ao princípio democrático.⁶ A possibilidade de que juízes que não foram eleitos por voto popular possam controlar e anular leis formuladas por um poder estabelecido para esta função é criticada por muitos autores.⁷

De imediato, ao observar a história constitucional do mundo é possível afirmar que o Estado Democrático de Direito não funcionaria sem a jurisdição constitucional. Diversas nações experimentaram, à medida de suas especificidades, que a justiça constitucional é, na verdade, condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.⁸ Durante as fases históricas de estabelecimento da jurisdição constitucional – tribunais constitucionais criados após a Segunda Guerra Mundial; aqueles surgidos na década de 70 e, ainda, os que foram criados na África e nos países recém-saídos da Cortina de Ferro – todas as nações adotaram tribunais constitucionais.

A partir de então, as normas constitucionais desenvolveram-se ao longo do tempo até o momento em que elas ganharam um patamar de eficácia, fazendo com que as Constituições deixassem de ter um papel meramente formal para, em seu texto, conter comandos de ações a serem cumpridas. O Estado Democrático de Direito passa a ser, então, instrumento de transformação através do Direito, o que exigiu da jurisdição constitucional, representada pela instituição dos tribunais constitucionais, novos

⁵ FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 163-ss.

⁶ STRECK, L. L. O papel do direito e da jurisdição constitucional. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 595–619, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/54>. p. 602. Acesso em: 12 dez. 2022.

⁷ Dentre os autores que criticam a legitimidade da Justiça Constitucional estão: PERRY, Michael. *The Constitution, the Courts, and human rights. An inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*. New Haven: Yale University, 1982, p. 9; BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed. Yale University Press: New Haven, 1962.

⁸ Particularmente para Louis Favoreau, a legitimidade do controle jurisdicional já não é mais questionada a partir dos anos 80. Para mais, cf.: FAVOREAU, Louis. Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale. *Revue du droit publique*. 1984. p. 1149.

parâmetros aptos a viabilizar a materialidade dos textos constitucionais, como se fossem tribunais *ad hoc*.⁹ Como se verá adiante, a instituição destes tribunais *ad hoc* parecem ter adquirido atualmente requisito de legitimação e credibilidade política nos regimes das democracias constitucionais.¹⁰

O modelo de jurisdição constitucional, uma vez difundido pelo notório caso *Marbury v. Madison* (1803) nos Estados Unidos, se espalhou por todo o mundo e, atualmente, é possível dizer que a maioria dos países incorporaram o *judicial review* em seus ordenamentos jurídicos. Há anos que grandes juristas afirmam a importância e o papel central que os tribunais constitucionais têm desempenhado¹¹ e continuam a desempenhar até os dias atuais.

Até mesmo em França, país tradicionalmente adepto à supremacia do Parlamento, adotou em seu ordenamento jurídico o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis realizado pelo Conselho Constitucional, inicialmente criado para impedir o Parlamento de ultrapassar seu âmbito de poder, tem evoluído no sentido de transformar-se em um tribunal constitucional, além do crescimento de doutrinas com a proposta de alargamento de tais poderes.¹²

Outros países onde o sistema de fiscalização de constitucionalidade não é tradição, mas que também tem se rendido à adoção de controle de leis federais por tribunais são a Suíça, em que a comissão de peritos para a revisão da Constituição recomendou a introdução de fiscalização concreta das leis federais, e a Grã-Bretanha que tem confiado aos tribunais a defesa dos direitos fundamentais.

Diante disso, é possível dizer que a jurisdição constitucional tanto avançou que alcançou um patamar de agente ativo na formulação de políticas públicas e na condução

⁹ STRECK, L. L. O papel do direito e da jurisdição constitucional. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 595–619, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/54>. p. 603. Acesso em: 12 dez. 2022.

¹⁰ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In: BRITO, Sousa e et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 178-ss.

¹¹ Os principais estudos nesse sentido são: HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *The Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008; WHITTINGTON, Keith E. "Interpose Your Friendly Hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005; GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press.

¹² Sobre tais ideias, cf.: LUCHAIRE, François; CONAC, Gérard. *La constitution de la République Française*. 2. ed. Paris, 1987. p. 1112.

de processos democráticos. Os Tribunais Constitucionais do mundo todo têm decidido sobre os mais diversos problemas sociais, políticos e institucionais e têm ido muito além do que decidir sobre a extensão dos direitos fundamentais. Decidem sobre proteção de liberdades religiosas e de expressão, direitos à igualdade e privacidade, e liberdade de reprodução, até políticas públicas relacionadas à justiça criminal, propriedade, comércio, educação, imigração, trabalho e proteção ambiental. As questões mais polêmicas da sociedade também não escapam: casamento entre pessoas do mesmo sexo, limites para o financiamento de campanhas e ações afirmativas são grandes exemplos. Todavia, o que chama a atenção é que as Cortes também não têm se limitado em decidir o destino de uma nação, sendo também grandes exemplos: as eleições presidenciais dos Estados Unidos em 2000, a nova estrutura constitucional na África do Sul, o papel da Alemanha na União Europeia, a guerra na Chechênia, a política econômica na Argentina, o sistema de bem-estar social na Hungria, o golpe militar liderado por Pervez Musharraf no Paquistão, questões de justiça transicional na América Latina pós-ditadura e na Europa pós-comunista, a natureza secular do sistema político turco, a definição fundamental de Israel como "Estado judaico e democrático", e o futuro político de Quebec e da federação canadense.

1. Evolução e desenvolvimento da jurisdição constitucional no mundo

Ao observar o desenvolvimento e a construção de diversos Tribunais constitucionais ao redor do mundo, é possível identificar que tal expansão se desenvolveu em três momentos históricos.¹³

A ideia de que em um sistema normativo as leis inferiores não podem desprezar a lei superior deixa claro que, caso uma lei inferior não esteja dentro dos limites propostos pela lei superior, ela deverá ser anulada. Outro fator a ser considerado é o conceito do contrato social, no qual o Estado possui deveres para com os cidadãos e estes possuem direitos para com o Estado. Tais conceitos somados à inovação de uma constituição escrita, sem dúvida contribuiu para a formação da supremacia constitucional norte-americana.¹⁴

¹³ GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, p. 81.

¹⁴ GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, p. 82.

Entretanto, para a garantia da supremacia constitucional na prática é preciso ainda mais um ingrediente, isto é, a força dos juízes. A autonomia institucional e a desconfiança no que diz respeito à tutela de direitos pelo Parlamento¹⁵ permitiu aos juízes que se tornassem guardiões da lei maior nos Estados Unidos do século XIX.¹⁶

Não à toa o caso de *Marbury v. Madison*¹⁷ é tão emblemático e é um marco no histórico da evolução da jurisdição constitucional.¹⁸ O caso é reconhecido como a primeira afirmação de *judicial review* da Suprema Corte.¹⁹ O voto de John Marshall estabeleceu o poder da Corte de julgar uma lei inconstitucional e deixar de aplicar uma lei contrária à Constituição.

O *writ of mandamus* proposto por William Marbury em face do Secretário de Estado James Madison, diretamente na Suprema Corte, visava obrigar o demandado a outorgar-lhe poderes de Juiz de Paz do Distrito de Columbia, cargo pelo qual havia sido nomeado por John Adams quase ao fim de seu mandato. Logo após tomar posse em 1801, Thomas Jefferson, que havia acabado de derrotar John Adams nas eleições, ordenou que Madison negasse a investidura de Marbury. Diante da situação, Marbury utilizou-se da Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, em que previa a competência originária da Suprema Corte para julgar *mandamus* contra autoridades públicas.

A Suprema Corte reconheceu o pedido de William Marbury de assumir o cargo, bem como a jurisdição originária da Suprema Corte prevista na Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789. Entretanto, a Corte negou o pedido fundamentado no art. III da Constituição de que haveria somente jurisdição em sede de recurso para julgar tal demanda. Assim, de acordo com a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, o Congresso não poderia ter expandido sua jurisdição para além daquilo previsto na Constituição.

¹⁵ A desconfiança dos colonos em relação ao Legislativo vem da luta pela independência de seu colonizador, a Inglaterra, que lutavam por seus direitos individuais com o lema “no taxation without representation” contra o Legislativo britânico.

¹⁶ GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, p. 82-83.

¹⁷ ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Marbury v. Madison*. 5 US (1 Cranch), 197, (1803).

¹⁸ Importante ressaltar que o controle de constitucionalidade já dava seus primeiros sinais no século XVII, como na decisão no Juiz Edward Coke em que se estabeleceu que quando um ato do Parlamento fosse contrário aos direitos costumeiros, tal ato deveria ser invalidado. Para mais, cf.: CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2^o reimpr. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 45/65.

¹⁹ TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*, 2. ed., Nova Iorque, The Foundation Press, 1988, p. 23.

A Corte de Marshall julgou o caso inconstitucional e deixou de aplicar a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, sob o argumento de que a Constituição é lei suprema e não pode ser modificada por atos infraconstitucionais ou atos contrários à sua essência. Portanto, um ato legislativo contrário à Constituição é um ato nulo e cabe à Suprema Corte declarar a nulidade de tal ato.

O segundo acontecimento para que a revisão constitucional se espalhasse pelo mundo foi a redemocratização dos países que passaram por regimes fascistas após a Segunda Guerra Mundial, como a Alemanha e a Itália, bem como o processo de independência de antigas colônias, como a Índia e os países africanos.²⁰

A criação de uma corte constitucional nos moldes da teoria de Hans Kelsen²¹ foi desenvolvida justamente para a proteção de direitos fundamentais, com o objetivo de impor limites aos poderes legislativos. Tais cortes foram criadas juntamente com constituições que traziam em seu texto extensas previsões de direitos fundamentais, tonando-se, portanto, protetoras de tais direitos. Na Europa, os principais exemplos são Áustria, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha. Mas a onda de reconstrução democrática não se limitou ao velho continente: Índia e Japão também adotaram modelos de revisão constitucional.²²

O segundo movimento de expansão da revisão constitucional no Pós-Segunda Guerra, que coincidiu com a expansão dos direitos humanos em todo o mundo, consolidou o seu sucesso como sistema protetor contra as arbitrariedades estatais e ganhou ainda mais legitimidade.²³

Um terceiro movimento que permitiu a expansão da *judicial review* veio com a terceira onda de democratização,²⁴ seguida da queda do muro de Berlim. Tal época foi marcada pela promulgação de diversas constituições escritas de países recém-saídos de

²⁰ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy - The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 7-8.

²¹ KELSEN, Hans. *A Jurisdição Constitucional*. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²² GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, p. 85.

²³ GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, p. 87.

²⁴ HUNTINGTON, Samuel P. Democracy's Third Wave. *Journal of Democracy*. Vol. 2. No. 2. Spring, 1991, p. 31.

ditaduras militares da década de 1980 e de países ex-comunistas da década de 1990, o que levou, por consequência à criação de novas cortes constitucionais.²⁵

Além desses três movimentos históricos, é possível apontar, ainda, o constitucionalismo do ordenamento jurídico como outro fator para o crescimento da jurisdição constitucional. Tal movimento caracteriza-se pela irradiação das normas constitucionais no ordenamento jurídico que, conseqüentemente, fazem com que as normas constitucionais condicionem a legislação infraconstitucional, a jurisprudência, a doutrina e a ação dos atores políticos.²⁶ Seguindo tal lógica, os direitos fundamentais transformaram-se em base para a formulação das ações dos Poderes públicos.²⁷ Além de servirem de fundamento, os direitos fundamentais são limites para os Poderes.²⁸

Outro importante fator para a expansão é a força vinculante da Constituição. As Constituições contemporâneas, em sua maioria, são extensas, promovendo não somente a organização do Estado, mas também a previsão de uma série de direitos que regulam o Estado e a sociedade. Com força vinculante, as normas constitucionais devem produzir efeitos jurídicos. Dessa forma, é possível dizer que a Constituição é uma “grande agenda pública”.²⁹

A perda da capacidade de proteção dos direitos das minorias pelos Poderes políticos também pode ser apontada como um movimento que culmina na maior atuação da jurisdição constitucional. Através dessa incapacidade de proteção das minorias, estas recorrem ao Poder Judiciário quando as suas demandas não são atendidas no processo político ordinário.³⁰

²⁵ GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press, p. 87.

²⁶ SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 107.

²⁷ Consoante dos ensinamentos de Cristina Queiroz, os direitos fundamentais possuem eficácia expansiva sobre todo o ordenamento jurídico (QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais – Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 126).

²⁸ SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 107.

²⁹ SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 110.

³⁰ URBANO, Maria Benedita. Politics and the Judiciary: A Naïve Step Towards the End of Judicial Policy-Making. In: COUTINHO, Luís Pereira; SMITH, Steven D.; LA TORRE, Massimo. *Judicial Activism - An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*. Switzerland: Springer, 2015. p. 164.

Diante disso, após analisar a evolução do constitucionalismo e da jurisdição constitucional é possível afirmar que sua evolução histórica coincide exatamente com a evolução dos direitos e da democracia no mundo.

2. Teorias sobre a expansão da *judicial review*

Neste tópico serão desenvolvidas as principais teorias sobre a expansão global da jurisdição constitucional. As teorias mais antigas se dividiam entre conceitualistas e funcionalistas. Mais tarde, as teorias estratégicas também ganharam força para explicar o movimento de expansão.

O fenômeno fez com que diversos juristas elaborassem diversas teorias para explicar a razão de tal avanço. Todavia, as condições culturais e jurídicas de cada país possuem suas peculiaridades, o que torna desafiador apontar somente uma delas como a mais adequada. Na verdade, todas elas se complementam à sua maneira, podendo coexistir mais de uma em um mesmo sistema constitucional, razão pela qual serão expostas neste trabalho as mais relevantes para serem refletidas.

2.1. Teorias conceitualistas

As teorias conceitualistas acreditam que a expansão do Poder Judiciário se deu com o advento da “cultura de direitos”.³¹ Isto se deu com a reconstrução democrática e o surgimento das constituições escritas no Pós-Segunda Guerra Mundial. A positivação dos direitos fundamentais e firmação dos tratados internacionais de direitos humanos foram passos importantes após tempos tão obscuros de violações de direitos tão caros aos seres humanos.

Os tempos dos regimes autoritários deixaram claro que a regra da maioria não poderia ser absoluta e as democracias deveriam abarcar também o respeito às minorias. Os juízes passaram a ter o dever de serem “guardiões da constituição” com o papel de contrabalançar os poderes do Estado.³²

Pode-se dizer, assim, que a judicialização tem importante função de limitar os poderes legislativos e administrativos. Além disso, o controle de constitucionalidade

³¹ Sobre o termo, cf.: EPP, Charles. *The rights revolution*. Chicago: Chicago University Press.

³² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 148-150; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: UERJ, 2012. Dissertação de mestrado, p. 86.

ganha mais legitimidade democrática ao incluir interesses de grupos minoritários no processo democrático.³³

2.2. Teorias funcionalistas

As teorias funcionalistas afirmam que a judicialização é fruto da estrutura do sistema jurídico de um sistema amplamente descentralizado com a previsão de múltiplos pontos de veto (*veto points*).³⁴

O federalismo é o maior exemplo de um sistema político descentralizado, mais especificamente no presidencialismo, em que a rígida separação de poderes faz com que seja necessário um terceiro imparcial para moderar o conflito entre todos os poderes da federação.³⁵ O terceiro imparcial, no caso, seria o Poder Judiciário que faria o papel de moderador entre os poderes.

2.3. Teorias estratégicas

Para além das clássicas teorias conceitualistas e funcionalistas há também as teorias estratégicas. É fato que, para que haja espaço para a expansão do Poder Judiciário, os Poderes Legislativo e Executivo devam aceitar as decisões emitidas por aquele órgão, o que, na verdade, representa um paradoxo, pois tais decisões limitam seus poderes.

O que ocorre nesse sentido é que os grupos políticos se utilizam do Poder Judiciário como uma forma de estratégia, como um seguro político no caso de derrota em eleições democráticas. Nesta esteira, segundo Tom Ginsburg, há uma correlação entre incerteza eleitoral e expansão do Poder Judiciário. Isto porque, quanto maior o temor de não vencer as eleições, maior é a chance de certos grupos políticos incentivarem a constitucionalização e a judicialização. A razão para isso está no fato de que as constituições trazem em seu bojo limitações materiais ao processo eleitoral. Assim, o

³³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 148-150; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: UERJ, 2012. Dissertação de mestrado, p. 87.

³⁴ Os *veto points* conferem a possibilidade de atores políticos exercerem seu poder de veto sobre uma decisão política. Sobre o instituto, cf.: IMMERGUT, Ellen M. Institutions, Veto Points, and Policy Results: a comparative analysis of health care. *Journal of Public Policy*, vol. 10. n. 4, oct.-dec., 1990, p. 391-416.

³⁵ ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Virginia Law Review*. vol. 83, n. 4, 1997. pp. 71-97.

guardião da constituição tem o papel de resguardar o processo democrático e, de certo modo, impedir que o “vencedor leve tudo”.³⁶

A expansão do Poder Judiciário, o ativismo judicial e um forte sistema de controle de constitucionalidade estão relacionados à conveniência de atores políticos que, quando contrariados na implementação de suas agendas políticas, se utilizam dos tribunais para buscar afirmar seus interesses.³⁷

Em uma outra perspectiva, Antoine Garapon sustenta que a retração do sistema representativo, bem como a sua incapacidade de cumprir as garantias de justiça social de constituições ambiciosas é que fazem com que o Judiciário amplie cada vez mais sua atuação no cenário político. Mas tal fato representa, na verdade, um paradoxo, haja vista que a tentativa do Judiciário de suprir a inércia de outros poderes representativos contribui ainda mais para a crise de autoridade da democracia.³⁸

Diante disso, em uma pequena síntese, é possível concluir que a expansão do Poder Judiciário está intimamente ligada com a evolução e fortalecimento da democracia. A alternância de poder e o processo eleitoral como características intrínsecas de democracias maduras abrem espaço para a atuação dos tribunais constitucionais, que também possuem importante papel no fortalecimento de tal regime.

3. O papel da jurisdição constitucional

A Constituição é lei superior que possui fundamento de validade em si mesma. Isto implica em ser fonte de produção de normas jurídicas e, por esta razão todos os atos dos poderes políticos previstos na Constituição devem estar em conformidade com o seu texto.³⁹ Em um Estado Constitucional, prevalece, portanto, a supremacia constitucional.

A justiça constitucional surge com o desenvolvimento do constitucionalismo que limita o poder político dos detentores do poder e, ainda, visa garantir o exercício dos direitos fundamentais através do sistema de fiscalização de constitucionalidade das leis e

³⁶ GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in asian cases*. USA: Cambridge University Press, 2003. p. 21-34.

³⁷ No mesmo sentido, cf.: HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *The Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008; WHITTINGTON, Keith E. "Interpose Your Friendly Hand": Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005.

³⁸ GARAPON, Antoine. *O guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 43-ss.

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p.1.147.

de atos normativos emitidos pelo poder público. A justiça constitucional certamente não possui o monopólio da garantia de aplicação da Constituição, mas pode-se afirmar que é um dos meios mais utilizados e eficazes para a proteção e garantia da Constituição.⁴⁰

Definir a justiça constitucional não é tarefa fácil e já foi alvo de inúmeras tentativas que, de acordo com Maria Benedito Urbano, são vagas e genéricas.⁴¹ Diante da dificuldade, a autora adota uma definição que não reduz a jurisdição constitucional simplesmente no controle de constitucionalidade das leis, sendo, assim, toda atividade de aplicação da Constituição realizada por tribunais especializados ou tribunais ordinários.⁴²

Acerca da necessidade de uma justiça constitucional, é certo dizer que a sua dimensão de controle de poder, através do controle das normas, é uma contribuição eficaz para salvaguardar a coerência da ordem jurídica.⁴³

A jurisdição constitucional possui, assim, os papéis de aplicação e defesa da Constituição,⁴⁴ de modo a preservar o seu conteúdo e, ainda, garantir a proteção dos direitos fundamentais, resguardar as regras da democracia direta ou indireta, controlar o funcionamento dos poderes públicos em relação à regularidade do exercício de suas competências constitucionais e garantir o equilíbrio da federação.⁴⁵

Diante disso, a jurisdição constitucional possui relação simbiótica com o próprio Estado Democrático de Direito e a Constituição, sendo esta considerada o alicerce do ordenamento jurídico e, por isso, deve ser continuamente protegida e densificada, caso contrário, a ineficácia de suas normas representariam a ineficácia de todo o sistema normativo.⁴⁶

⁴⁰ URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controle de constitucionalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 13.

⁴¹ Veja-se a coletânea de definições em: URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controle de constitucionalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 14.

⁴² URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controle de constitucionalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 15.

⁴³ URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controle de constitucionalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. pp. 19 e 20.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 557-561

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 892.

⁴⁶ AGRA, Walber de Moura. *A Reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 17.

4. Expansão da jurisdição constitucional e sua participação na política - *Everything is political?*

Após a Segunda Guerra Mundial, a Constituição ganhou um importante papel através da constitucionalização dos direitos fundamentais, assim como a jurisdição constitucional, que no constitucionalismo pós-guerra atribuiu àquela a função de tutelar os direitos fundamentais e zelar pelos valores materiais previstos constitucionalmente. A partir desse momento começam-se os debates sobre o papel da Constituição e sua relação com a política.

As Constituições do século XX são essencialmente políticas, segundo a visão de Maurizio Fioravanti.⁴⁷ Possuem conteúdo político, pois além da organização do Estado também englobam os princípios de legitimação do poder. A Constituição é também “ordem jurídica fundamental da comunidade”⁴⁸, assim ela manifesta-se não apenas na instauração de poder – conhecido pelo Poder Constituinte originário – mas também pela efetivação da ordem constitucional através de uma política constitucional.

Para os juristas que conectam a Constituição com a política, a associam com a ideia de Constituição como totalidade, que evidencia seu caráter dinâmico não se limitando mais à sua normatividade.⁴⁹ É justamente essa visão elaborada por autores como Carl Schmitt⁵⁰ e Rudolf Smend⁵¹ que dá origem à Teoria Material da Constituição. Tal teoria leva em consideração que o conjunto das condições jurídicas, políticas e sociais façam parte do Estado Constitucional Democrático. Assim, os princípios políticos e

⁴⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e Costituzione: Materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993. p. 144.

⁴⁸ Essa expressão é utilizada por Konrad Hesse em: HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999. pp. 10-11.

⁴⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 8. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1993. pp. 80-81.

⁵⁰ Após as considerações de Hans Kelsen, ao estabelecer a passagem para a Teoria Geral do Estado para a Teoria da Constituição, a primeira obra que traz a Teoria da Constituição como ramo próprio da teoria geral do direito público é a *Verfassungslehre* (Teoria da Constituição) de Carl Schmitt. Este autor criticava o positivismo normativo ao separar a divisão entre Teoria Geral do Estado, Direito Constitucional e Política, defendendo a política dentro da análise dos temas da teoria constitucional (SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 8. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. pp. XI-XIV).

⁵¹ Em seu livro *Constituição e Direito Constitucional (Verfassung und Verfassungsrecht)*, Rudolf Smend apresenta a Teoria da Integração como alternativa ao positivismo jurídico. Segundo o autor, a Constituição seria o ponto de referência ao invés da Teoria Geral do Estado. Para Smend, a questão mais relevante da Constituição não é sua normatividade, mas sim sua realidade integradora por seus valores materiais próprios. Além disso, a Constituição desempenha um papel de estímulo e limitação que estrutura o Estado como poder de dominação formal (SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1994. pp. 274, 190-193 e 195-196).

ideologia que conformam a Constituição, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação também são levados em conta.

Conforme as lições de Hans Peter Schneider, a Constituição pode ter três funções: (i) uma dimensão democrática para formação da unidade política; (ii) uma dimensão liberal que coordena e limita o poder e; (iii) uma dimensão social de configuração social das condições de vida.⁵² Para o autor, estas funções estão interligadas e, desta maneira, a Constituição não esgota a sua função ao regular procedimentos de governo, mas deve ela ser compreendida em sua totalidade, sendo direito político: do, sobre e para o político.⁵³

Por outro lado, existem autores procedimentalistas, como Wilhelm Hennis, que criticam as teorias materiais por sobrecarregarem a Constituição, e propõe que a Constituição deve ser vista como um instrumento de governo, como uma Teoria Processual da Constituição.⁵⁴ Em estudo mais recente, John Hart Ely defende que a Constituição não garante direitos substantivos, entretanto isso não quer dizer que a maioria tenha seus direitos ameaçados, ou que haja ameaça aos direitos das minorias. A Constituição, em sua visão, não contém ideologia de governo e deve garantir o processo governamental.⁵⁵

As teorias procedimentalistas⁵⁶ e materialistas⁵⁷ também foram analisadas sob a perspectiva da jurisdição constitucional.

A teoria procedimentalista critica veementemente a inserção da política no direito e, em consequência, a politização do Poder Judiciário. Os procedimentalistas sustentam que deve haver uma concepção procedimental a ser adotada para a Constituição e pelo Estado Democrático de Direito, na qual os tribunais constitucionais devem limitar-se à compreensão procedimental da Constituição. O modelo ideal de democracia

⁵² SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. pp. 35-37, 39 e 43.

⁵³ SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 39-47.

⁵⁴ HENNIS, Wilhelm. *Verfassung und Verfassungswirklichkeit: Ein deutsches Problem in* FRIEDRICH, Manfred (org.). *Verfassung: Beiträge zur Verfassungstheorie*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978. p. 265-267.

⁵⁵ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. reimpr. Cambridge (Mass.)/London: Harvard University Press, 1998. p. 100-101.

⁵⁶ Tal corrente é sustentada por Antoine Garapon e Jürgen Habermas.

⁵⁷ Dentre os principais defensores desta corrente são Bruce Ackerman, Mauro Cappelletti, Ronald Dworkin, Laurence Tribe.

constitucional seria aquele que não se fundasse em valores compartilhados ou em conteúdos substantivos, mas sim em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião e que exija uma identidade política, visando construir uma nação de cidadãos. Por essa visão, rejeitam a jurisprudência de valores⁵⁸ e criticam profundamente o ativismo judicial.

Em outro ponta, a teoria substancialista acredita que a função da jurisdição constitucional é concretizada quando dissemina em suas decisões os valores substanciais da Constituição, como os direitos fundamentais. Com efeito, o Poder Judiciário teria a função de promover o equilíbrio entre os outros Poderes, além de possuir o papel de intérprete da vontade geral implícita em relação ao texto constitucional e seus princípios nela previstos. Os seus defensores apresentam profunda preocupação com as minorias, pois entendem que os Tribunais Constitucionais devem prezar pelos valores constitucionais em relação aos textos legislativos. O Poder Judiciário teria, então, uma postura mais ativa na sociedade com o objetivo de cumprir os preceitos e princípios constitucionais.

É nesta discussão que surge o grande impasse sobre como interpretar a Constituição. Existem aqueles que entendem que a interpretação jurídica não se resume à simples subsunção do fato à norma, tendo em vista que o juiz não é um ser alheio à realidade e autômato de decisões.⁵⁹ Entretanto, esta visão propicia uma elasticidade semântica do texto normativo constitucional, de modo a ampliar em demasiado os limites interpretativos da norma. Com efeito, esta interpretação potencializa a criação judicial do direito constitucional, em razão da própria estrutura principiológica do texto constitucional, que permite à jurisdição constitucional a construção de novos sentidos atribuíveis ao texto constitucional, em especial, aos princípios constitucionais.⁶⁰

É preciso considerar, todavia, que a semântica escolhida pelos julgadores não pode ser arbitrária e deve ter como limite hermenêutico o próprio texto normativo, sob pena de se tornar em um decisionismo judicial.⁶¹ Ressalte-se que esta lógica deve ser

⁵⁸ A jurisprudência de valores adota uma interpretação constitucional orientada pelo sentido teleológico de normas e princípios constitucionais.

⁵⁹ FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Manuel Andrade (Trad.) Coimbra: Arménio Amado Editor, 1933. p. 97.

⁶⁰ QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 190.

⁶¹ ADEODATO, João Maurício Leitão. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 331.

aplicável aos princípios, que possuem como característica serem normas abertas para interpretação.

É neste ponto que a jurisdição constitucional se esbarra na política. O Estado Democrático de Direito ampliou as competências do Poder Judiciário e, além da função de declaração de inconstitucionalidade, os Tribunais Constitucionais também adquiriram função criativa e construtiva. De acordo com os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho, o problema está no momento em que se ultrapassa os parâmetros jurídico-materiais quando o Tribunal Constitucional aprecia a constitucionalidade da política. A jurisdição constitucional tem competência para apreciar a constitucionalidade do “político”, mas isto não quer dizer que possa decidir sem levar em conta os parâmetros materiais do texto constitucional. Assim, em outras palavras, apenas quando existem parâmetros jurídico-constitucionais para apreciação do comportamento político é que o Tribunal Constitucional pode analisar a violação desses parâmetros.⁶²

Antes de adentrar nos detalhes de como a expansão da jurisdição constitucional tem acontecido no âmbito político, é preciso diferenciar os conceitos de “política constitucional” de “direito constitucional”.

O primeiro refere-se às decisões primárias tomadas no campo de debate político em sentido amplo. Isto quer dizer que são as discussões ou criação de texto relativos à criação de diretrizes mandamentais sobre a megapolítica ou política em sentido amplo. Aqui não se pode afirmar sobre a legitimidade do Poder Judiciário, tendo em vista que este não tem competência para decidir sobre tal questão.

Já em relação ao direito constitucional, é admissível que o Poder Judiciário decida sobre a interpretação da Constituição, função para o qual foi designado, mesmo que se refira a decisões políticas. Em outros termos, é possível decidir questão de cariz político, mas deve estar adstrito à norma do Poder Constituinte originário ou derivado.

A grande questão aqui é ponderar onde situa-se o papel da jurisdição constitucional. No entendimento de Marcelo Rebelo de Sousa, a jurisdicionalização da fiscalização de constitucionalidade das leis e atos normativos pode ser “uma forma que é

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1264.

a mais política das fórmulas jurisdicionais e porventura a mais jurisdicional das fórmulas políticas”.⁶³

De acordo com os parâmetros estabelecidos pelo Poder Constituinte originário, o Tribunal Constitucional não foge dos seus limites quando exerce o controle de constitucionalidade, conforme os limites impostos pela própria Constituição. Assim, o Poder Judiciário está dentro do seu mister quando analisa a adequação de certa política constitucional realizada por uma reforma à Constituição, utilizando como parâmetro o próprio texto constitucional estabelecido pelo constituinte originário ou derivado. Tal demonstração é uma atuação jurídico-política, mas é aceita quando realizada dentro dos limites atribuídos ao Tribunal Constitucional.

Entretanto, os limites são ultrapassados quando a jurisdição constitucional ignora o organograma idealizado entre o Poder Constituinte originário e a Constituição, ignorando a atuação do Poder Constituinte derivado nas suas decisões em sede de “política constitucional”.

4.1. Alguns exemplos ilustrativos

Para melhor visualização do cenário, mister se faz apresentar exemplos da atuação central dos Tribunais Constitucionais na política. As áreas em que a judicialização tem aumentado é a dos poderes centrais de legislaturas e executivos em questões de relações exteriores, segurança nacional e política fiscal.

A Suprema Corte do Canadá rejeitou a doutrina da "questão política" e decidiu que questões relacionadas à Constituição, incluindo questões políticas e de política exterior, podem ser analisadas pelas cortes, assumindo, desta forma, prerrogativas inerentes do Poder Executivo. Isso foi estabelecido após a adoção da Carta Canadense de Direitos e Liberdades em 1982. No julgamento *Operation Dismantle v. The Queen*, a Corte decidiu por unanimidade que questões políticas devem ser respondidas pela Corte se forem relacionadas à violação da Constituição.⁶⁴ A Suprema Corte canadense também

⁶³ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Orgânica Judicial, responsabilidade dos juízes e Tribunal Constitucional*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1992.

⁶⁴ CANADÁ. Supreme Court of Canada. *Operation Dismantle v. The Queen*, 1985, 1 S.C.R. 441.

ocupa um lugar central nas principais discussões do país que vão desde o futuro de Quebec à política de saúde pública do Canadá.⁶⁵

Outra área que demonstra a super atuação de um Tribunal Constitucional é na (in)validação de mudanças de regime. Um exemplo claro disso foi em 2004, na Coreia do Sul, quando a Corte Constitucional do país negou o impeachment do presidente Roh Moo-hyun, realizado pela Assembleia Nacional. Este foi o primeiro caso conhecido na história moderna de constitucionalismo em que um presidente foi reinstalado no cargo por uma decisão judicial, após ter sido destituído por uma decisão legislativa.⁶⁶

Uma outra área em ascensão da megapolítica que tem sido submetida à judicialização é a da justiça transicional ou restaurativa. Nos últimos anos, houve uma tendência de transferir questões políticas e morais relacionadas a injustiças graves e atrocidades cometidas contra grupos e indivíduos historicamente desprivilegiados para os tribunais. Esta transferência apresenta diversas subcategorias, cada uma representando concepções diferentes de justiça restaurativa. Um grande exemplo recente de judicialização da justiça restaurativa é o da África do Sul pós-Apartheid, onde a fórmula de anistia em troca de confissão foi aprovada pela Corte Constitucional no caso *Azanian Peoples' Organization ("Azapo") v. President of the Republic of S. Afr.*, que permitiu a criação da Comissão de Verdade e Reconciliação, de caráter quase judicial.⁶⁷

Outra questão de utilização dos tribunais são para definir ou estabelecer a razão de ser de uma comunidade. Isso pode ser exemplificado pelo papel cada vez maior do Judiciário no Canadá na questão bilíngue do país e do futuro político de Quebec e da federação canadense. Uma decisão histórica da Suprema Corte canadense, a Consulta sobre a Secessão de Quebec, foi a primeira vez que um país democrático testou juridicamente os termos da sua dissolução.⁶⁸

⁶⁵ O caso de *Chaoulli v. Que. (Att'y Gen.)* de 2005 foi decidido pela Suprema Corte do Canadá e estabeleceu que os limites no fornecimento de saúde privada no Quebec violavam a Carta de Direitos Humanos e Liberdades do Quebec. Três juízes também concluíram que esses limites violavam a seção 7 da Carta de Direitos e Liberdades. Esta decisão pode ter implicações significativas na política de saúde do Canadá e pode ser interpretada como um passo na direção do sistema de saúde conhecido como "2/3".

⁶⁶ LEE, Youngjae. Law, politics, and impeachment: the impeachment of *Roh Moohyun* from a comparative constitutional perspective. *American Journal of Comparative Law*. v. 53, 2005.

⁶⁷ ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. *Azanian Peoples' Organization ("Azapo") v. President of the Republic of S. Afr.* 1996 (4) SA 672 (CC).

⁶⁸ CANADÁ. Supreme Court of Canada. *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 SCR 217, 161 DLR (4th) 385.

5. Legitimidade dos Tribunais Constitucionais

Qualquer estudo que busque tratar, direta ou indiretamente, a teoria da justiça constitucional, não pode deixar de analisar a legitimidade democrática ou a representatividade do Tribunal Constitucional. Hodiernamente é possível afirmar, de pronto, que a legitimidade dos Tribunais Constitucionais é inquestionável. As razões para as controvérsias sobre a existência das Cortes são variadas, todavia, considerando o histórico da instituição, ou mesmo pela presença em diversos sistemas jurídicos, não há como desconsiderá-lo. Entretanto, é possível discutir a extensão, o alcance e os limites da legitimidade dos Tribunais Constitucionais, isto é, pensar quais são as dimensões legitimadoras da ação dos Tribunais.⁶⁹

Muito embora haja ampla aceitação dos Tribunais Constitucionais, ainda há muitos questionamentos em relação à legitimidade democrática da instituição. A desconfiança está ligada à ideia de que a democracia é um governo que representa a vontade do povo. Tradicionalmente, foi a teoria democrática que deu força à noção de separação de poderes, repudiava qualquer ato que limitava a vontade do povo, exceto os atos de própria vontade deste, e por isso demandava que os atos governamentais sejam fiscalizados por pessoas eleitas.⁷⁰

Diante disso, a justiça constitucional seria um governo composto por pessoas não eleitas – portanto, não representativas – porque não foram conduzidas ao cargo por voto popular. A partir desse pensamento, torna-se necessário para a teoria democrática que a representação seja um axioma. Por isso é que prescinde de demonstração. Por outro lado, a atuação judicial que não possui representatividade popular, somente terá legitimidade se devidamente justificada.⁷¹ Existem também aqueles que enxergam na Justiça Constitucional certo elemento de representatividade popular, contudo a julgar que esta seria insuficiente, tendo em vista que o Poder Judiciário seria menos democrático do que os outros Poderes.⁷² Além da grande questão em relação à natureza dos Tribunais

⁶⁹ Para um aprofundamento do tema, cf.: TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 492 e ss.; CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019; BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

⁷⁰ CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process*. A functional reconsideration of the role of the Supreme Court. Chicago: The University of Chicago, 1980. p. 4.

⁷¹ PERRY, Michael J. *The Constitution, the Courts, and human rights*. An inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary. New Haven: Yale University, 1982. p. 9.

⁷² CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process*. A functional reconsideration of the role of the Supreme Court. Chicago: The University of Chicago, 1980. p. 5.

Constitucionais, também há dúvidas sobre a identificação dos elementos integrantes da legitimidade da Jurisdição Constitucional.⁷³

5.1. Abordagens da legitimidade dos Tribunais Constitucionais

5.1.1. Estado Constitucional como fonte de legitimidade da Justiça Constitucional

Para que o Estado Constitucional seja viável, necessário se faz a existência de um órgão que seja o guardião da Constituição. Este órgão seria responsável pela fiscalização das leis e dos Poderes, garantindo limites ao governo. A proteção das constituições, como garantidora das regras do Estado Constitucional, representa, acima de tudo, a proteção de um alto grau democrático. Dentre as razões para isto pode-se dizer: (i) impede que algumas pessoas queiram se impor à vontade do povo, pelo menos nas decisões mais básicas; (ii) ao Tribunal Constitucional é dada a função de controle das mudanças formais da Constituição, através da reforma constitucional, evitando-se, dessa maneira, uma crise de legitimidade da Constituição seja levada em diante pela manipulação legislativa de seus termos.⁷⁴

Sem dúvida, é comum que a legitimidade do Tribunal Constitucional seja questionada devido à ausência de sufrágio direto e universal na escolha de seus membros.

5.1.2. A ausência de sufrágio direto e universal na indicação dos membros do Tribunal Constitucional

A composição do Tribunal Constitucional, de fato, é constituída por membros não eleitos diretamente pela vontade majoritária do povo, o que poderiam afirmar que tal fato seria uma lesão ao princípio democrático dentro de tal conjuntura. Entretanto, a questão deve ser mais aprofundada. As razões para repensar a questão são dadas por Otto Bachof,⁷⁵ para quem: (i) o caráter democrático da Justiça Constitucional não necessariamente está relacionado à forma de eleição de seus membros. Isso porque, em um Estado existem também os servidores públicos em geral, os Ministros de Estado, os Secretários, dentre outros, que também não foram eleitos pela população, em que não é negado a eles legitimidade democrática por suas ações; (ii) as teorias das decisões públicas asseguram o caráter democrático através da utilização de instrumentos de

⁷³ FAYT, Carlos S. *La supremacia constitucional y la independencia de los jueces*. Buenos Aires: Depalma, 1994. passim.

⁷⁴ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 493-494.

⁷⁵ BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1987. p. 59.

abertura social, como um processo participativo ou submissão das decisões ao controle social. Tais instrumentos também garantem a representatividade do Tribunal Constitucional;⁷⁶ (iii) a utilização de sufrágio universal direto para a composição subjetiva do Tribunal Constitucional não parece ser o mais aconselhável, apesar de ser viável. Tal fato poderia abrir espaço para um populismo judicial, devendo a Justiça Constitucional recorrer à população e concorrer com o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

Além disso, após a nomeação ou eleição de um juiz constitucional, em que possuem um termo definido ou vitaliciedade, não há possibilidade de se submeterem novamente a um processo seletivo. Isto garante a neutralidade e a independência no julgamento de questões políticas.⁷⁷

Com efeito, a ausência de sufrágio universal para a escolha de membros do Tribunal Constitucional não representa perda da sua legitimidade democrática. O sistema constitucional é que o garante a legitimidade democrática através da lógica da divisão funcional dos poderes.

5.1.3. O Tribunal Constitucional e o controle dos órgãos legitimamente eleitos

O Tribunal Constitucional possui, ainda, a função de controlar órgãos legitimamente eleitos, o que a princípio reflete sua ausência de substrato direto na vontade popular da Corte.

Sob uma visão rousseauiana, o Tribunal Constitucional, ao julgar atos de órgãos compostos por pessoas eleitas diretamente pelo povo que representam a sua vontade geral, atuaria de forma democraticamente ilegítima. Neste cenário, alguns estudiosos apresentam exemplos de dificuldades de legitimação do Tribunal Constitucional, dentre eles: (i) quando o Tribunal Constitucional assume posição contrária às decisões dos demais poderes, exercendo *função arbitral*; (ii) quando o Tribunal Constitucional se coloca em sentido diverso do que foi definido pela lei, fruto da vontade da maioria, hipótese em que exerce sua *função estruturante*; (iii) quando o Tribunal Constitucional decide ao contrário da vontade popular majoritária; (iv) ou

⁷⁶ FRIEDRICH, Carl J. *Teoría y realidade de la organización constitucional democrática*: en Europa y America. México: Fondo de Cultura Económica, 1946. p. 257.

⁷⁷ CANAS, Vitalino. *Justiça Constitucional I – De Bonham à constituição prima facie*, certezas e inquietações. Lisboa: AAFDL Editora, 2024. p. 37.

mesmo quando o Tribunal Constitucional inova as suas próprias decisões na ordem jurídica. De acordo com André Ramos Tavares,⁷⁸ é importante lembrar que a função estruturante desempenhada pelo Tribunal Constitucional pode colidir com a função normativa do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Dessa forma, a discussão gira em torno da possibilidade de legitimar um órgão não eleito democraticamente com o poder de anular decisões de órgãos representativos do eleitorado.⁷⁹

Neste contexto, há certa crítica à competência de controle exercida pela Tribunal Constitucional, por parte de John Hart Ely,⁸⁰ no sentido de que um órgão sem responsabilidade política e sem representatividade popular acabaria por interferir negativamente nos órgãos representativos.

Entretanto, com mais detalhes a seguir, ver-se-á que o princípio democrático e a representatividade popular não são alcançados somente pelo voto. O sufrágio é um dos mais importantes instrumentos jurídicos para o funcionamento da democracia, mas não é apenas o único. A função exercida pelo Tribunal Constitucional de controle de outros órgãos é decorrência da divisão funcional dos poderes e, em última instância, do próprio modelo constitucional de Estado.⁸¹

O próprio objetivo do controle de constitucionalidade é a garantia do princípio da separação de poderes, com vistas a garantir os seus limites e o seu equilíbrio, próprios do constitucionalismo moderno.⁸² Dessa maneira, o controle de constitucionalidade é visto como um contrapeso em relação aos outros poderes.

⁷⁸ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 496.

⁷⁹ Com mais detalhes sobre a questão, ver: MARTINEZ, Miguel-Angel Alegre. *Justicia constitucional y control preventivo*. León: Universidad de León, 1995. p. 50; NICOLIELLO, Nelson. Los criterios de Suprema Corte de Justicia en materia de declaración de inconstitucionalidad. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y político. Serie Congresos y Conferencias*, Montevideo, v. 1, pp. 87-92, 1994. p. 87; ZAPATA, Juan Carlos Moncada. Control constitucional y separación de poderes en el mundo contemporáneo. *Estudios de derecho*. Medellín, ano LX, n. 129, p. 12-57, mayo-1998. p. 33.

⁸⁰ ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1998. passim.

⁸¹ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 497 e ss.

⁸² URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controle de constitucionalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 21.

5.2 O Tribunal Constitucional e as diversas formas de legitimidade democrática

5.2.1. A legitimidade democrática para além do sufrágio

Ao contrário do que sustenta Michael Perry de que apenas decisões advindas de órgãos eletivos são democraticamente legítimas,⁸³ existem, na verdade, outras formas de legitimação democrática.⁸⁴ Na verdade, a noção rousseuniana de vontade do povo que é retratada como marco da democracia popular, está desatualizada. Atualmente, como ensina Jürgen Habermas, a concepção de democracia está mais próxima da defesa dos direitos fundamentais do que da ideia de uma vontade soberana do povo.⁸⁵

Além disso, é preciso ressaltar que o processo de decisão no âmbito representativo pode ser manipulável. Vitalino Canas chama a atenção de que a influência de grupos minoritários, mas persuasivos podem contrariar as reais opiniões populares.⁸⁶

Nesse sentido, é possível assegurar com clareza que a legitimidade democrática pode existir e ser exercida sem que precise de uma vontade majoritária legitimante.⁸⁷ Ademais, a análise da legitimidade democrática é complexa. Não é uma solução binária, como propõe a teoria rousseuniana, mas sim uma metodologia que deve ser entendida e analisada de forma escalonada.

5.2.2. Legitimidade pela vontade constitucional

A Constituição confere prioridade à soberania popular, além de estabelecer os contornos do princípio majoritário, estabelecendo os limites, os mecanismos de proteção e as exceções a ele. Já o Tribunal Constitucional é alvitado da vontade da Constituição. Assim, a ele cabe a proteção e promoção da Constituição, o que inclui também a soberania popular. É nesse aspecto que se dá aos Tribunais Constitucionais a sua conotação de representante da soberania popular.

⁸³ PERRY, Michael. *The Constitution, the Courts, and human rights. An inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*. New Haven: Yale University, 1982. p. 9.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 39.

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 38.

⁸⁶ CANAS, Vitalino. *Justiça Constitucional I – De Bonham à constituição prima facie, certezas e inquietações*. Lisboa: AAFDL Editora, 2024. p. 36.

⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 57.

Sob a ótica da vontade constitucional, pode-se aduzir que todos os Poderes são democráticos, uma vez que todos eles derivam do poder constituinte originário, assumindo que este último é a força estruturante da ordem constitucional democrática. De acordo com André Ramos Tavares, a Constituição prevê que haja um Tribunal Constitucional responsável por supervisionar os demais poderes, o que já o legitima democraticamente, independentemente das formas utilizadas para indicar os seus membros.⁸⁸ Por essa razão, como lembra Eduardo García de Enterría,⁸⁹ a legitimidade do Tribunal Constitucional existe enquanto este respeitar a Constituição. A partir do momento em que a Corte se afasta dos ditames da Constituição, que é seu poder legitimador, as suas ações serão consideradas ilegítimas.

Por ser legitimado democraticamente pela Constituição, o Tribunal Constitucional funciona como freio para as exaltações de maiorias qualificadas que se formam em detrimento tanto das minorias, como também do próprio interesse geral. O Tribunal Constitucional funciona, assim, como controlador dos órgãos eleitos, sobretudo no controle das modificações da Constituição, com o fim de evitar o descrédito da Constituição.

Portanto, à esta altura já é possível apontar uma premissa geral para esta análise: a justificativa democrática do Tribunal Constitucional está presente nos textos constitucionais. Ainda que tal premissa seja válida, torna-se necessário investigar qual é a medida de legitimidade da Corte dentro da Constituição a que pertence.⁹⁰ Para isso, é imperioso analisar outras possibilidades de modalidades da legitimidade do Tribunal Constitucional.

5.2.3. *Legitimidade técnica de controle dos órgãos eleitos*

Por definição, o Estado Constitucional é um Estado limitado. Dessa forma, os Poderes constituídos que estão limitados pela Constituição são legítimos e democráticos quando não violam os limites impostos pelo povo, presentes na Constituição. Tais limites

⁸⁸ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 499.

⁸⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983.

⁹⁰ PIRES, Francisco António Lucas. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 168.

são analisados pelo Tribunal Constitucional, de acordo com o que determina o sistema constitucional.

O Tribunal Constitucional emite decisões baseadas no devido processo legal, cercado por garantias constitucionais, ao contrário das decisões públicas tomadas pelo Poder Executivo, que muitas vezes é insuficiente aos parâmetros do devido processo ou às exigências de fundamentação. As decisões do Tribunal Constitucional devem ser técnicas e transparentes, com possibilidade de controle social. Tal modelo de decisão com atributos de técnica e processualidade concedem ao Tribunal Constitucional a legitimidade democrática.⁹¹

5.2.4. *Legitimidade democrática indireta*

Os integrantes do Tribunal Constitucional são escolhidos por representantes do povo e, por serem escolhidos por essa via indireta, adquirem necessariamente a legitimidade democrática.⁹² Todavia, existe, ainda, outra maneira de visualizar a questão, de acordo com José Manuel Bandrés,⁹³ em que o Poder Judiciário não precisaria de legitimidade popular direta ou caráter representativo, tendo em vista que a sua legitimidade democrática estaria exclusivamente na sujeição às leis emanadas da vontade popular. Desta maneira, haveria uma legitimidade democrática indireta, uma vez que a instituição operaria somente na exata medida dos contornos das leis – no caso do Tribunal Constitucional, a Constituição –, tendo estas a legitimidade democrática direta.

A visão de Bandrés, entretanto, cabe uma crítica. Isso porque, a sua ideia parte de uma noção superada de que o aplicador do Direito atua mecanicamente. Assim, para o autor, qualquer distanciamento que o julgador manifesta em relação à letra expressa da lei seria entendido como falta de legitimidade. Contudo, sabe-se que atualmente o intérprete não é agente neutro, reativo ou estático. Existe sim um papel dinâmico e criativo na interpretação da lei. Por essa razão, a visão de Bandrés não é suficientemente adequada para poder justificar as funções desenvolvidas pelo Tribunal Constitucional, principalmente no que tange às dimensões interpretativa, governativa e legislativa.⁹⁴

⁹¹ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 502-504.

⁹² URTUBEY, Rodolfo. Designación y remoción de jueces en la Argentina. In: *Anais do I Congresso Mundial das Escolas da Magistratura*, 1998. p. 32.

⁹³ BANDRÉS, José Manuel. *Poder judicial y constitución*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1987. p. 36.

⁹⁴ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. pp. 504-505.

Sendo assim, ao debater a legitimidade indireta do Tribunal Constitucional, é importante ter em mente que, para a escolha dos juízes constitucionais, há a entrega de legitimação democrática através do sufrágio universal, mesmo que de forma indireta, através das pessoas eleitas que estão envolvidas no processo de escolha destes juízes.

5.2.5. *Legitimidade material*

A teoria democrática clássica postula que a vontade prevalecente é a vontade suprema da população, que é efetivamente assegurada por meio de representantes escolhidos por meio de sufrágio. No entanto, não existe nenhuma proibição que impeça uma instituição não composta por integrantes eleitos diretamente de influenciar as decisões substantivas da sociedade. Essa função é cumprida pelo Tribunal Constitucional, ressoando com o conceito de Peter Häberle de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”,⁹⁵ ao lado da proposição de Cesáreo Rodríguez-Aguilera de “independência cultural do magistrado”,⁹⁶ que capacita o juiz constitucional a aprimorar continuamente os seus conhecimentos, compreender as realidades da sua época e aumentar a doutrina das suas considerações, facilitando assim a evolução mais apropriada do Direito.

De uma perspectiva material, o Tribunal Constitucional conduz a justiça em nome do povo, o que ressalta uma referência aos ideais democráticos e exige uma consciência jurídica da sociedade que sustenta a Constituição.⁹⁷ No entanto, é imperativo ter cuidado para evitar que o Tribunal Constitucional ultrapasse a avaliação da opinião do público, agindo assim de forma populista e transcendendo os seus limites constitucionais.

5.2.6. *Legitimidade pela tutela dos direitos fundamentais*

Um dos importantes papéis desempenhados pela Justiça Constitucional é a proteção dos direitos fundamentais que, atualmente, é considerado como um limite ao poder político. É considerado um limite, tendo em vista que as decisões políticas devem

⁹⁵ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

⁹⁶ RODRIGUEZ-AGUILERA, Cesáreo. *El poder judicial em la Constitución*. Barcelona: Bosch, 1980. p. 111.

⁹⁷ MIRANDA, Jorge. *A actividade do Tribunal Constitucional em 1993*. Separata da Revista *O Direito*, 1995, ano 127, p. 96.

respeitar os direitos fundamentais e, assim, a sua atuação deve seguir os seus parâmetros e tutelar a dignidade da pessoa humana.⁹⁸

Há tempos já defendia Kelsen⁹⁹ que a Justiça Constitucional, ao garantir a eficácia das leis e, principalmente, a constitucionalidade material, garante ao Tribunal Constitucional a importante função de proteger as minorias contra usurpações das maiorias.

5.2.7. *Legitimidade pela diversidade*

Como Jorge Miranda afirma apropriadamente, no processo de interpretação da Constituição, os juízes constitucionais revelam as suas inclinações filosóficas, políticas e teóricas, estejam eles cientes disso ou não.¹⁰⁰ No entanto, é esse mesmo pluralismo, juntamente com as origens variadas, as trajetórias profissionais e as experiências pessoais, que confere maior legitimidade à Corte.

Consequentemente, a essência democrática do Tribunal também é assegurada por meio do seu papel. Isso se manifesta, entre outras vias, no seu dever de salvaguardar, promover e ampliar o consenso constitucional.¹⁰¹

5.2.8. *Legitimidade pela amplitude de acesso*

A acessibilidade do Tribunal Constitucional deve ser ampla para aumentar a legitimidade das suas ações, particularmente em relação ao poder normativo e às decisões de governo. Isso representa uma estrutura de natureza democrática e participativa. Vários mecanismos facilitam o acesso ao Tribunal Constitucional: (i) ação pública direta; (ii) envolvimento de qualquer indivíduo interessado como “auxiliar” no processo decisório envolvendo questões constitucionais; (iii) via recurso ou contestação indireta relacionada às partes envolvidas em processos judiciais.¹⁰²

⁹⁸ URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo de constitucionalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 22.

⁹⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁰⁰ MIRANDA, Jorge. *A actividade do Tribunal Constitucional em 1993*. Separata da Revista *O Direito*, 1995, ano 127, p. 96.

¹⁰¹ PIRES, Francisco António Lucas. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 170.

¹⁰² TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 511-513.

Nesse contexto, é evidente que um modelo com acesso excessivamente rigoroso ao Tribunal Constitucional pode levar a injustiças constitucionais. Conforme observado por Vital Moreira,¹⁰³ inúmeras disposições constitucionais permanecem sem implementação devido à ausência de vias processuais adequadas ou porque as partes interessadas não têm legitimidade para invocá-las.

O amplo acesso ao Tribunal Constitucional serve como complemento aos outros elementos examinados neste estudo. Por exemplo, a salvaguarda efetiva dos direitos das minorias, juntamente com o avanço da pluralidade, é garantida somente quando a legitimidade é promovida por meio do acesso participativo ao Tribunal Constitucional.

5.3. A chamada legitimidade aparente (legitimidade em momentos de crise institucional)

Embora tenha se exposto as diversas formas de legitimidade, é preciso dizer que a ideia de legitimidade é relativa, isto por causa da atuação de Tribunais Constitucionais em regimes de exceção.

Em circunstâncias em que um regime antidemocrático é instituído, a autoridade do Tribunal Constitucional na tomada de decisões diminui significativamente. Consequentemente, a Corte deve angariar apoio da população para impedir a apropriação ilegítima do poder. No entanto, se o Tribunal falhar em identificar métodos eficazes para lidar com as violações constitucionais, a questão da legitimidade do Tribunal Constitucional após a usurpação se torna pertinente.

Durante períodos de estabilidade institucional, o Tribunal Constitucional tende a ser amplamente apolítico nas suas funções. No entanto, existem cenários de crise em que uma postura politicamente ativa pode ser necessária para restabelecer a legitimidade que foi minada. Por outro lado, um Tribunal Constitucional que capitula às ambições autoritárias perde a sua legitimidade democrática.

¹⁰³ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. In: *Colóquio de 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, 1995. p. 199.

5.4. Limites da legitimidade democrática do Tribunal Constitucional

É interessante apontar que existem diversas ordens de limitação para a Justiça Constitucional. O primeiro dos limites está ligado à concretização de preceitos programáticos. Nesta hipótese, há uma área aberta ao legislador infraconstitucional com a possibilidade de criação de normas, desde que mantida a coerência com o sistema constitucional. Dessa maneira, não é cabível ao Tribunal Constitucional a invalidação da opção política adotada, pois, neste caso, deve prevalecer o poder dos representantes eleitos democraticamente para governar.

O segundo limite se encontra na esfera da função interpretativa do Tribunal Constitucional. Neste contexto, o Tribunal não poderá adotar interpretações que não estejam compreendidas na norma a ser interpretada. Em outros termos, o Tribunal Constitucional ultrapassaria indevidamente os limites estabelecidos para a sua função legislativa, isto é, ultrapassando o campo interpretativo e passando ao campo legislativo ilegitimamente.¹⁰⁴

O terceiro limite se dá ante a desconstituição de atos dos demais órgãos previstos constitucionalmente. Devem-se considerar aqui inúmeras variantes. Por exemplo, ao invalidar um ato de outro poder, não pode o Tribunal Constitucional alterar o enunciado normativo. Caso feito, o Tribunal estaria criando uma norma totalmente diversa da pretendida originalmente pelo legislador. Isso corresponde ao alargamento do âmbito da função legislativa do Tribunal Constitucional que, como já dito, é inadmissível.¹⁰⁵

O quarto parâmetro diz respeito ao arranjo da jurisdição dos demais órgãos constitucionais. O Tribunal Constitucional, ao executar seu papel estruturante, é obrigado a não deslegitimar nem diminuir a autoridade de outros Poderes, mas sim a honrar a jurisdição delineada de cada Poder designado constitucionalmente. Além disso, o Tribunal está impedido de restringir significativamente essa jurisdição, pois tal ação constituiria uma apropriação ilegítima de autoridade.

¹⁰⁴ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In: BRITO, Sousa e et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 196.

¹⁰⁵ MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In: BRITO, Sousa e et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993. p. 196.

6. A Separação de Poderes

A expansão da jurisdição constitucional para o âmbito político não deixou de receber críticas dos estudiosos. Estes autores sustentam que o Poder Judiciário não possui capacidade institucional ou a expertise para tomar decisões que deveriam ser tomadas pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo.¹⁰⁶ Também há autores que afirmam que Tribunais Constitucionais não podem tomar decisões em nome do povo por não ser um órgão representativo do povo.¹⁰⁷ Outros juristas sustentam a hipótese de que o Tribunal Constitucional deve se reservar diante de decisões de implantação de políticas públicas, tendo em vista que o modelo liberal de separação de poderes impede que os Tribunais emitam tais tipos de decisões.¹⁰⁸

Adiante se demonstrará que o modelo rijo e estanque de separação de poderes já não se alinha mais com a complexidade do Estado contemporâneo ou a falta de representatividade dos Tribunais.

6.1. Traços da evolução histórica da separação de poderes

A separação de poderes é tratada como um elemento nuclear nos sistemas constitucionais contemporâneos. A divisão de poderes em funções administrativas, legislativas e judiciais realizadas por órgãos distintos e independentes faz parte do elemento essencial da noção de Constituição dos tempos modernos.¹⁰⁹

A conquista de ter atingido tal patamar de importância deriva da famosa obra “O espírito das leis” publicada em 1748 de Charles-Louis de Secondat, barão de Brede e de Montesquieu. A prevenção e a defesa da liberdade natural eram as ideias centrais na concepção de Montesquieu, no sentido de proteger o indivíduo do nepotismo e da autoridade. Em um pensamento próximo ao de David Hume, Montesquieu defendia que todo ser humano que se encontra em uma posição de poder pode ser tentado a abusar dele. Para conter tal premissa, o barão difundia a ideia de que o poder deve encontrar limites em outros poderes, daí sua conhecida expressão: *le pouvoir arrête le pouvoir*. Para

¹⁰⁶ SUNSTEIN, Cass R; VERMULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*. No. 156. Chicago, 2002. pp. 47 e ss.

¹⁰⁷ BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. Yale University Press: New Haven, 1962, p. 16 e ss.

¹⁰⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 52 e ss.

¹⁰⁹ Nesse sentido, ver o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e cf.: BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 208.

solucionar o problema em relação ao possível abuso de poder, Montesquieu propõe separar os poderes¹¹⁰ para que as partes destes poderes se detenham entre si reciprocamente.¹¹¹

O mecanismo de freios e contrapesos apresentado por Montesquieu tinha como objetivo equilibrar os poderes do Estado que seria alcançado com a distribuição de funções entre diferentes órgãos compostos por diversas pessoas e diferentes princípios,¹¹² de tal modo que não seja permitido impor a sua vontade a outros, nem que outros imponham os seus poderes, fazendo com que os outros permaneçam em posição de submissão. Necessário ressaltar que não deve haver um isolamento de funções, mas sim contato entre elas, tendo em vista que a finalidade do sistema é de que os poderes possam limitar-se de forma recíproca, de maneira que a colaboração entre eles funcione da melhor forma possível.¹¹³

Entretanto, vale acrescentar que na Inglaterra do século XVII, a doutrina do *rule of law* e da supremacia parlamentar fizeram com que a separação de poderes já fosse uma ideia imanente ao Estado.¹¹⁴ Isso aconteceu, pois, a vontade dos ingleses era de submeter o monarca à vontade do Poder Legislativo, o que culminou em um desenvolvimento institucional que permitiu tal submissão – a separação de poderes – e, ainda, foi combustível para tensões políticas, resultando na Guerra Civil Inglesa.

Dentre tais circunstâncias é que surge outra relevante obra sobre a separação de poderes: *Two Treatises of Government*, de John Locke. Para estudiosos, a obra foi uma

¹¹⁰ É imperativo reconhecer o seguinte: a repartição do poder político dentro da Nação não é possível. Um conceito fundamental a considerar é que a "repartição de poderes" pertence a uma ideia preliminar, uma vez que a autoridade do Estado, sendo inerentemente unificada e indivisível, é incapaz de ser segmentada, pois o detentor supremo da autoridade política é o próprio povo. Para isso, cf.: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 31.

¹¹¹ Com maiores detalhes, cf.: BOSCH, Jorge Tristán. *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*. Buenos Aires: Universidade de Buenos Aires, Faculdade de Direito e Ciências Sociais, 1944. pp. 35 ss.

¹¹² Sobre essa questão, cf.: VILE, Maurice J. C. *Constitucionalismo y separación de los poderes*. Madrid: Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, 2007. pp. 17-18.

¹¹³ Nesse mesmo sentido, cf.: BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho constitucional*. tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1966. pp. 698 e 703, obs. 31; BOSCH, Jorge Tristán. *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública?*. Buenos Aires: Zavalía, 1951. p. 37; VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. vol. II, 2. ed., Madrid: Tecnos, 1977. p. 135.

¹¹⁴ Nesta toada, vale consultar: PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 71; MACPHERSON, C. B. *The political theory of possessive individualism: Hobbes to Locke*. Oxford: Oxford University Press, 1962. passim; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 217.

das pioneiras a realizar a sistematização da separação de poderes,¹¹⁵ uma vez que havia necessidade de distribuição orgânico-funcional para que uma lei pudesse ser aplicada por outro órgão que não a elaborou. Assim, Locke defendia a existência de dois órgãos de poder: (i) o órgão que exerce a função legislativa, o Parlamento, a que se atribuía prioridade; (ii) o Monarca que exercia a função executiva, e que se desdobrava em: a) função federativa, para os assuntos externos e de guerra e paz; e b) a função de realizar o bem-estar público sem se submeter a regras.¹¹⁶

As obras de Montesquieu e Locke sobre a separação de poderes contribuíram em demasia para a incorporação da teoria nos mais variados sistemas de direito constitucional. Na Europa, a doutrina da separação de poderes difundiu-se como um compromisso entre o rei e o povo,¹¹⁷ trazendo a solidificação da supremacia parlamentar. Neste contexto, o rei sujeitava-se às leis parlamentares, pois esta representava a *vontade geral* rousseauiana,¹¹⁸ meio pelo qual não havia outros poderes superiores a este, fato que também submeteu o monarca ao Parlamento, garantindo-se, assim, a liberdade.¹¹⁹ A supremacia do Parlamento também se dava em relação ao Poder Judiciário, o que demonstra grande influência dos pensamentos de Rousseau, Locke e Montesquieu. Para este último, o Poder Judiciário, em particular, era nada mais do que “a boca de pronúncia a lei”.¹²⁰

¹¹⁵ Sobre a importante contribuição de Locke, existem (i) autores que lhe atribuem a originalidade da doutrina; (ii) outros que o enxergam como um mero precursor; e ainda (iii) aqueles que não consideram qualquer ligação de sua obra com a doutrina em questão. Sobre tais controvérsias, cf. PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 63.

¹¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 217.

¹¹⁷ Vale trazer à tona que a este tempo inexistia sufrágio universal. Para mais, cf.: CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 27.

¹¹⁸ É importante destacar que, apesar de Jean-Jacques Rousseau ter rejeitado a possibilidade de um corpo de representantes eleitos, as suas ideias sobre a soberania da vontade geral acabaram por influenciar e fortalecer o Poder Legislativo e sua supremacia. Em sua obra "Do Contrato Social", Rousseau sustentava a plena soberania popular e acreditava no monismo de poder, ou seja, a existência de apenas um centro único de poder no Estado, excluindo qualquer outro polo de poder além do Legislativo soberano” (PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 136). Rousseau argumentava que o poder legislativo só poderia ser exercido diretamente pelo povo, tornando a representação política impossível. Apesar disso, a ideia de soberania do parlamento tem em Rousseau sua maior origem, devido à sua defesa radical da "vontade geral" (PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 134).

¹¹⁹ Conforme Locke: “where there is no law there is no freedom; for liberty is to be free from restraint and violence from others; which cannot be, where there is no law”. LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Book II, London: C. Baldwin Printer, Harvard University Press, p. 162).

¹²⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. edição brasileira. Jean Melvill (Trad.). São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 169 e 172. Essa perspectiva ajuda a compreender por que o controle de constitucionalidade das leis só foi amplamente aceito na Europa de forma tardia. Na verdade, somente na

É preciso acrescentar que a separação de poderes não ficou livre de críticas. A primeira, já introduzida, veio do próprio Rousseau para quem o poder soberano reside no povo, que deve ser uno e não pode estar sujeito a limitações. É justamente a partir das críticas da divisão de poderes de Rousseau que, curiosamente, os Estados de ideologia marxista-leninista adotaram a unificação ou concentração de poder. Isto, porque, o Estado é quem detém o domínio do poder, inclusive dos instrumentos do domínio de classe. Portanto, quando a classe de trabalhadores detém o poder político, a divisão dos poderes torna-se inconveniente.¹²¹ Outra objeção à separação de poderes advém das correntes totalitárias, críticos do individualismo, na qual o indivíduo é mero instrumento para alcançar objetivos superiores da nação. Assim, a divisão de poderes, para os autoritários, não faria sentido.¹²²

Todavia, logo a doutrina da separação de poderes viu terra fértil para prosperar nos Estados Unidos da América. Sob influência dos iluministas europeus, *O Federalista* difundia a ideia da separação de poderes no país norte-americano. Diante da importância da teoria, a separação de poderes foi incorporada como norma jurídica constitucional. A partir de então, a separação de poderes começou a ser interpretada e desenvolvida pelo Poder Judiciário da *common law*. Por essa razão, a rígida noção de separação de poderes foi aos poucos relativizada, uma vez que as Cortes renovaram seu significado para se adaptarem à um sistema de governo que continha raízes de tradição inglesa.¹²³

Nos Estados Unidos, a separação de poderes teve de se adaptar a um forte Poder Judiciário, que não figurava como a *bouche de la loi* de Montesquieu, bem como um Poder Executivo representado pelo Presidente. Como parte da tradição da *common law*, o Poder Judiciário norte-americano cresceu como um forte órgão do Estado capaz de declarar a invalidade das leis do Parlamento.¹²⁴ Com tal adaptação, as funções foram

Constituição austríaca de 1920, influenciada diretamente por Hans Kelsen, o controle de constitucionalidade de leis encontrou espaço na Europa. Isso ocorreu mais de um século depois do pioneiro caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1803, no qual se considerou inconstitucional uma lei do parlamento. Sobre a questão, amplamente, cf.: BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 15 e ss.

¹²¹ CANAS, Vitalino. *Ciência Política*. Coimbra: Almedina, 2022. p. 179.

¹²² CANAS, Vitalino. *Ciência Política*. Coimbra: Almedina, 2022. pp. 179 e 180.

¹²³ GOODNOW, Frank. *The principles of administrative law of the United States*, Nova York: G. P. Knickerbocker Press, 1905. p. 42.

¹²⁴ Ver, por exemplo, o clássico *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte dos EUA.

capazes de se nivelarem melhor, o que acabou por permitir maior equilíbrio entre os Poderes, desenvolvendo-se um sistema de supervisão recíproca.

A clássica frase de James Madison “*Ambition must be made to counteract ambition*”¹²⁵ contribuiu para a construção de um sistema de controle entre as instituições, apoiado por um Poder Judiciário independente, além de um Poder Executivo com forte legitimidade democrática por força do presidencialismo. Neste cenário é que surge a doutrina dos *checks and balances* que “determinou, afinal, não um equilíbrio permanente entre os 'poderes separados', mas sim a predominância cíclica de cada um deles”¹²⁶.

Segundo os ensinamentos de Jorge Miranda, a separação de poderes foi introduzida em todas as Cartas constitucionais dos séculos XVIII e XIX, em razão do artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Embora esteja presente em todas as Constituições, a separação de poderes não foi adotada uniformemente. Nos Estados Unidos, como visto, a separação de poderes assumiu um papel de coordenação dos freios e contrapesos. Por outro lado, na França a separação de poderes tem uma perspectiva mecanicista.¹²⁷

Ainda de acordo com Jorge Miranda, a separação de poderes persistirá como um princípio fundamental para a organização ideal das funções do Estado, garantindo uma estrutura orgânica funcionalmente adequada, legitimando as decisões e responsabilizando os tomadores de decisão. Isso estabelece um aspecto positivo e um aspecto negativo em relação ao controle e limitação de poder. Portanto, é imperativo reconhecer a competência essencial de cada entidade, que é determinada pela adequação de sua estrutura em relação ao tipo ou natureza específica da competência em questão.¹²⁸

Logo, por tudo o que foi postulado até aqui, a separação dos poderes como fundamento do estado liberal foi fundamental, sobretudo nos países europeus de tradição monárquica, para reduzir o poder real ao aumentar a sua submissão ao Parlamento. Foram criadas condições institucionais de liberdade e prevenção da tirania, mas dependia em

¹²⁵ MADISON, James. *The federalist n° 51*. In: ed. Wesleyan University Press, p. 349.

¹²⁶ PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 184.

¹²⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III, 5. ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 383.

¹²⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III, 5. ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 385.

grande parte da submissão dos demais poderes ao Parlamento como símbolo da vontade geral do povo. Nos Estados Unidos, a separação de poderes foi desenvolvida para ser um sistema de supervisão recíproca, na qual os Poderes funcionam segundo uma lógica de predominância cíclica em que as funções essenciais do Poder Executivo, é administrar, do Poder Legislativo, legislar e do Poder Judiciário, julgar.¹²⁹

6.2. Novas perspectivas para a separação de poderes

O estudo da separação de poderes segundo os parâmetros da doutrina clássica é essencial para seu entendimento, entretanto, é importante ter em mente que os contornos atuais dados à separação de poderes são outros. Com base na experiência cultivada nos Estados Unidos, pode-se afirmar que uma estrutura orgânica e funcional para a separação de poderes, particularmente no que diz respeito às funções fundamentais do estado, complementada por mecanismos de supervisão recíproca, parece mais adequada. Dentro desse paradigma, existe uma convergência de papéis e um processo contínuo de supervisão mútua, que reflete as exigências e realidades que o estado contemporâneo enfrenta.¹³⁰

Certamente, os princípios sociológicos, políticos e jurídicos fundamentais que motivaram a formulação inicial da separação de poderes passaram por uma transformação significativa. A evolução das estruturas sociais e, conseqüentemente, do Estado, dentro das suas diversas configurações, engendrou instituições que possuíam atributos que eram inconcebíveis para os arquitetos originais da separação de poderes.

No entanto, de acordo com Vitalino Canas, foi a própria prática institucional dos governos democráticos que culminou o abandono da teoria clássica da separação de

¹²⁹ A divisão do poder estatal em três partes, conhecida como tripartição de poderes, é caracterizada por uma distribuição de funções. É importante observar que não há regra estrita que determine uma alocação tripartite de poder. Na verdade, configurações alternativas, como estruturas quadripartidas ou pentâmeras, também podem ser formas viáveis de uma separação orgânica. Conferir em: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 124.

¹³⁰ Para melhor ilustrar o entendimento, vejamos o caso brasileiro: (i) o Legislativo julga o Presidente da República e, em caso de *impeachment*, o Senado Federal tem a função de processar e julgar o chefe do Poder Executivo em crimes de responsabilidade, bem como Ministros de Estado e comandantes das Forças Armadas em crimes da mesma natureza (art. 52, I, da CRFB/1988); (ii) o Poder Judiciário também exerce funções administrativas como os outros poderes (art. 96, I, CRFB/1988); (iii) o Poder Executivo também exerce poderes legislativos, que pode ser realizado tanto através da Medida Provisória (art. 62, da CRFB/1988), quanto por regulamentos (art. 84, IV e VI, da CRFB/1988). Diante disso, a toda evidência, a separação de poderes já não é a mesma proposta no século XVIII (GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 248).

poderes.¹³¹ O contexto social do século XIX em que a doutrina foi elaborada foram substituídos por outra sociedade, onde se desenvolveu o sufrágio e o poder monárquico já não possui influência. A força motriz da teoria, que antes era a limitação de poder, já não faz mais sentido. Além disso, o Estado torna-se demasiadamente complexo, a ponto de atuar em diferentes setores. No contexto moderno, o Poder Executivo recebe poderes legislativos, o Poder Legislativo também ganha novos instrumentos executivos e fiscalizatórios. Já o Poder Judiciário, desenvolve o controle de constitucionalidade que permite atuar como legislador negativo e, por vezes, como legislador positivo.¹³²

Atualmente, portanto, é evidente a erosão da tradicional divisão tripartite da separação de poderes, levando ao desenvolvimento de várias características institucionais, como: o surgimento do Poder Executivo não político; a diminuição do papel do parlamentarismo; o crescimento do aparato do Estado administrativo; os partidos políticos; a expansão das agências tecnocráticas; o aumento da fiscalização de constitucionalidade; a privatização de órgãos reguladores; e a integração dos sistemas jurídicos nacionais na arena global.¹³³

A separação de poderes, embora sob novos contornos, ainda se mantém. Entretanto, as formas de controle de poder modificaram-se com os anos. Um dos destaques dessas mudanças é, justamente, a criação dos tribunais constitucionais com responsabilidades de fiscalização de constitucionalidade dos atos dos órgãos dos poderes políticos.¹³⁴ Outra mudança que se destaca, consoante Vitalino Canas, é o advento da sociedade da comunicação, da informação e do escrutínio em tempo real, que está sempre a observar as decisões do Parlamento e do Poder Executivo.¹³⁵ Não se pode deixar de mencionar a nova dinâmica das redes sociais que, juntamente com os grupos tradicionais de empresários, sindicatos e associações, formam um contrapoder capaz de influenciar as decisões políticas.¹³⁶

¹³¹ CANAS, Vitalino. *Ciência Política*. Coimbra: Almedina, 2022. p. 180.

¹³² CANAS, Vitalino. *Ciência Política*. Coimbra: Almedina, 2022. pp. 180 e 181.

¹³³ MOELLERS, Christoph. *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford: OUP, 2013. p. 8.

¹³⁴ CANAS, Vitalino. *Ciência Política*. Coimbra: Almedina, 2022. p. 181.

¹³⁵ “Por via do processo transparente de decisão que o parlamento tem de seguir, a sua atividade está permanentemente sujeita ao crivo crítico da oposição e do público ativo nas redes sociais. (...) Tudo isso, e mais, leva a que a separação de poderes e funções entre parlamento e governo adquira novo valor, mesmo que aquele tenha escassas hipóteses de um controlo político eficaz deste.” (CANAS, Vitalino. *Ciência Política*. Coimbra: Almedina, 2022. p. 182).

¹³⁶ CANAS, Vitalino. *Ciência Política*. Coimbra: Almedina, 2022. pp. 182 e 183.

Para fundamentar esse novo cenário, vários elementos podem ser identificados que validam uma nova perspectiva para a separação de poderes¹³⁷: (i) uma estrutura evoluída de legitimidade democrática que, facilitada pelo sufrágio, fortalece os Poderes Executivo e Legislativo e, por meio de seu alinhamento com a Constituição, confere às ações do Judiciário um caráter definitivo;¹³⁸ (ii) o estabelecimento de um Estado Democrático de Direito que, por sua própria definição, pressupõe a exploração de formas alternativas de legitimação do poder além mera legalidade formal; (iii) o constitucionalismo que mina a veneração da lei (legalismo); (iv) os mecanismos de controle social característicos da democracia através de uma mídia independente e de uma sociedade pluralista;¹³⁹ (v) a ampla supervisão recíproca entre os Poderes, particularmente o controle jurisdicional das ações do Estado; (vi) a evolução do estado de bem-estar social e sua manifestação como um Estado regulador, necessitando de uma postura excessivamente proativa, inconcebível dentro o paradigma iluminista original; e (vii) os mecanismos de controle político decorrentes da dinâmica partidária e suas metodologias para a formação de consensos, dos quais dependem as ações parlamentares, bem como a própria Administração Pública, representada pelo Presidente da República, Governadores e Prefeitos.¹⁴⁰

Com relação a essa evolução na teoria da separação de poderes, Bruce Ackerman postula que, apesar de sua estatura eminente de Montesquieu, ou qualquer outro filósofo iluminista:

não tinha nenhuma noção sobre partidos políticos, política democrática, desenhos constitucionais modernos, técnicas burocráticas contemporâneas e as ambições específicas do moderno Estado regulatório. E, mesmo assim, nós o seguimos sem maiores reflexões, assumindo ser possível captar adequadamente toda a complexidade contemporânea por meio de uma separação tripartite de poderes em Legislativo, Judiciário e Executivo - sendo o Direito Administrativo Comparado inserido, de alguma forma, dentro do último ramo da trindade.¹⁴¹

¹³⁷ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira (Trad.). *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, 2014. p. 13-23.

¹³⁸ TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 492 e ss.

¹³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 103.

¹⁴⁰ Sob a perspectiva do ordenamento jurídico estadunidense, conferir proposta de revisão do princípio da separação dos poderes em: ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira (Trad.). *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, 2014. p. 13-23.

¹⁴¹ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira (Trad.). *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, 2014. p. 14.

Em essência, os proponentes da teoria da separação de poderes não contemplaram a sua aplicação no contexto das realidades partidárias, que finalmente surgiram como consequência das complexidades introduzidas pelo Estado federal. De fato, os Federalistas se opuseram ao estabelecimento de partidos políticos, pois esses pensadores acreditavam que essas entidades poderiam precipitar o surgimento de facções.¹⁴² O processo de construção de consenso, particularmente no que diz respeito às complexidades de estados federais, exige uma reavaliação do princípio da separação de poderes, com o objetivo de manter a sua eficácia como um mecanismo legítimo para reduzir a arbitrariedade e facilitar o funcionamento da democracia.

Conforme estudo desenvolvido por Eisenmann¹⁴³ ao analisar Montesquieu, a interpretação tradicional da separação de poderes demonstrou que a ideia original do autor francês não se tratava de uma estrita divisão de funções entre os poderes do Estado. Na verdade, Montesquieu defendia que a participação direta do Poder Executivo na função legislativa era fundamental para proteger a prerrogativa real.¹⁴⁴

Para Montesquieu, o veto real era uma ferramenta essencial para garantir que o Poder Legislativo não invadisse a esfera do Poder Executivo. Como o direito de veto era visto como um poder de fazer lei naquela época, a participação do Poder Executivo na função legislativa era inerente ao sistema constitucional.

A interpretação de Eisenmann forneceu uma base para uma análise mais flexível da separação de poderes. Ao afirmar que a independência dos órgãos não exige uma especialização rigorosa das funções, Eisenmann argumentou que é possível haver exceções sem comprometer o princípio fundamental da separação de poderes.

Essa ideia de uma separação flexível de poderes não é nova e já existia para justificar o funcionamento do sistema parlamentar, no qual o Poder Executivo e o Poder Legislativo trabalham juntos. O gabinete, que é estreitamente associado ao exercício do poder, é uma expressão desse modelo de separação flexível de poderes.

Em resumo, a interpretação de Eisenmann da obra de Montesquieu ofereceu uma visão mais flexível da separação de poderes, que permite exceções e a participação direta

¹⁴² Nesse sentido, cf.: MADISON, James. *The federalist n. 10*. In: ed. Wesleyan University Press, p. 56-65.

¹⁴³ EISENMANN, Charles. *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*. Paris: Mélanges Carré de Malberg, 1933.

¹⁴⁴ PIMENTEL, Carlos-Miguel. Le sanctuaire vide: la séparation des pouvoirs comme superstition juridique? *Le Seuil. Pouvoirs*. n. 102. 2002/3. pp. 119-131.

do Poder Executivo na função legislativa sem comprometer o princípio fundamental da separação de poderes. Essa abordagem é especialmente relevante para sistemas políticos como o sistema parlamentar, no qual o Poder Executivo e o Poder Legislativo trabalham juntos.

Certamente, os arquitetos da doutrina da separação de poderes não previram a crescente importância que os Tribunais Constitucionais assumiriam na salvaguarda da democracia, traçando assim uma nova trajetória para sua função política no âmbito da distribuição de poder. Os diálogos institucionais têm incorporado cada vez mais o Poder Judiciário como participante regular desses intercâmbios. Embora esse engajamento oscile na fronteira precária do potencial abuso por meio do ativismo político, é inegável que, dentro do paradigma constitucional contemporâneo, o Poder Judiciário assume um papel fundamental na influência de políticas públicas.

Consequentemente, essa reconfiguração da separação de poderes se alinha mais estreitamente com um modelo baseado na premissa de que o exercício e a supervisão do poder político estão sujeitos a verificações internas recíprocas, que não estão inerentemente vinculadas às três funções tradicionais do governo. Dentro desses parâmetros, o sistema agora é caracterizado por vários controles interdependentes que servem como restrições contra minorias transitórias e entidades institucionais que abrigam ideologias antidemocráticas. Essa observação é particularmente relevante no contexto da dinâmica entre o Governo, o Parlamento e o Poder Judiciário, bem como das medidas regulatórias promulgadas pelo governo e suas implicações para as minorias eleitorais.¹⁴⁵

7. Conclusão parcial

Em aspectos gerais, neste primeiro capítulo demonstrou-se que a evolução e expansão dos tribunais constitucionais avançou conforme o passo do desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo que eleva as normas constitucionais a um patamar de eficácia, tornando-as um comando a serem cumpridos por todos os agentes do Estado Democrático de Direito. A jurisdição constitucional torna-se, então, imprescindível para a fiscalização formal e material das normas constitucionais.

¹⁴⁵ Cf. ACKERMAN, Bruce. *La nueva división de poderes*. Ciudad du México: Fondo de Cultura Económica, 2007. pp. 703 e ss.

Entretanto, a expansão dos tribunais constitucionais tem crescido de tal maneira que é quase impossível que qualquer tema escape das suas pautas. Os assuntos decididos pelas Cortes não se limitam a direitos fundamentais, mas referem-se também a problemas sociais, políticos e institucionais. Para isso, criaram-se teorias para tentar explicar a razão para tal e, dentre as principais razões estão a positivação de direitos fundamentais, a rígida divisão de poderes de um Estado e a utilização estratégica do Tribunal Constitucional por agentes políticos.

É possível estabelecer, assim uma correlação entre a expansão dos Tribunais Constitucionais com a evolução e fortalecimento da democracia. A alternância de poder e o processo eleitoral como características intrínsecas de democracias maduras abrem espaço para a atuação dos tribunais constitucionais, que também possuem importante papel no fortalecimento de tal regime.

Diante de tantos poderes, é comum que se questione a atuação das Cortes no que se refere à sua legitimidade democrática por ser um Tribunal composto por pessoas não eleitas diretamente pelo povo e, ainda, em relação à sua capacidade institucional de tomar decisões que, a princípio, seriam tipicamente da competência do Poder Legislativo e Executivo dentro do regime de separação de poderes.

Muito embora os questionamentos sejam legítimos, não há como negar que a atuação dos Tribunais Constitucionais não seja imprescindível para o funcionamento do Estado Democrático de Direito.

O Tribunal Constitucional é um elemento fundamental do constitucionalismo, pois sem ele, este sistema não poderia existir e funcionar de forma adequada. A legitimidade democrática do Tribunal Constitucional deve ser reconhecida como um fator importante para sua efetividade. Essa legitimidade não se limita à compreensão do princípio majoritário, mas é fundamentada na própria Constituição e na moderna concepção de separação dos poderes.

Embora não precise ser eleito pelo voto popular, o Tribunal Constitucional é dotado de representatividade, pois representa a Constituição e a ordem jurídica do país. A sua legitimidade também é baseada em sua função de garantir a conformidade das leis e atos do poder público com a Constituição, bem como de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos.

Portanto, o Tribunal Constitucional é um órgão legítimo, com legitimidade democrático-majoritária e representativa, o que o torna essencial para o bom funcionamento do Estado de Direito.

Já em relação à capacidade institucional dos Tribunais Constitucionais ficou demonstrado que o clássico modelo de separação de poderes já não cabe mais ao Estado contemporâneo, fruto de diversas transformações ao longo do tempo que levaram à criação de complexas estruturas estatais. Repensar a separação de poderes de modo a incluir o Poder Judiciário na teoria dos diálogos institucionais torna-se extremamente necessário, caminho pelo qual se fará ao decorrer deste trabalho nos casos específicos da Alemanha, do Brasil e dos Estados Unidos.

II. TRÊS GRANDES CORTES: UM ESTUDO SOBRE O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL NA ALEMANHA, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL E A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

Nos escritos anteriores, observou-se que o crescimento do constitucionalismo foi um dos principais fatores para o fortalecimento dos Tribunais Constitucionais ao redor do mundo, principalmente após 1945. O movimento de expansão não parou desde a Segunda Guerra Mundial e, pelo contrário, se fortaleceu com o amadurecimento das democracias.

Neste capítulo, pretende-se estudar três Cortes: o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha; o Supremo Tribunal Federal do Brasil e a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para uma compreensão mais profunda, será apresentado um panorama histórico que contextualiza a evolução de cada uma dessas instituições, permitindo identificar os fatores sociais, políticos e jurídicos que influenciaram sua formação e desenvolvimento ao longo do tempo. Além disso, o estudo se debruçará sobre as principais características que definem o funcionamento e a atuação de tais Tribunais, em que serão apresentadas as suas estruturas organizacionais, destacando-se, também, como se dá a composição dos seus membros e os critérios utilizados para a escolha dos juízes. Serão identificadas, ainda, as competências específicas de cada Corte, incluindo as áreas de jurisdição constitucional que podem atuar. Por fim, serão examinados os diferentes tipos de decisões que tais Tribunais emitem, buscando compreender como as suas deliberações impactam a sociedade e influenciam os outros Poderes.

Outro ponto fundamental de análise serão alguns casos que cada Corte foi chamada a resolver, que ilustram claramente a influência significativa que exercem na sociedade, bem como a notável expansão de seus poderes que impactam a dinâmica da separação de poderes de cada país. As decisões não se limitam na análise de direitos fundamentais, mas se entendem para as questões políticas, econômicas e sociais.

A escolha desses três Tribunais não é casual. Trata-se de Estados federais onde a jurisdição constitucional possui um impacto profundo na dinâmica política e na proteção dos direitos fundamentais. Cada um desses Tribunais exerce uma influência significativa, moldando o equilíbrio de poderes, definindo os limites da atuação governamental e decidindo sobre direitos fundamentais concernentes aos cidadãos.

Ao longo deste capítulo, será realizada uma análise comparativa entre esses tribunais, buscando compreender como cada um deles exerce sua função de guardião constitucional em seus contextos específicos. O estudo comparado permitirá identificar tanto as semelhanças, quanto as peculiaridades de cada sistema, contribuindo para uma compreensão mais ampla de como os Tribunais Constitucionais podem influenciar a governança e a estabilidade (ou instabilidade) política em Estados federais.

Este estudo se propõe a examinar os aspectos mais significativos das jurisdições constitucionais dos três países, com o intuito de caracterizar as respectivas Cortes e entender a sua influência nas dinâmicas de poder em que estão inseridas. É importante destacar que, em virtude do escopo limitado deste trabalho, não será viável abordar de forma exaustiva todas as características e procedimentos envolvidos, mas sim focar na análise dos elementos que se mostram mais relevantes para a compreensão do papel dos Tribunais Constitucionais na estrutura federal dos países em questão.

1. O Tribunal Constitucional alemão e o controle judicial de constitucionalidade

Para compreender os poderes da Jurisdição Constitucional na Alemanha necessário se faz contextualizar o momento da promulgação da Constituição alemã. A Lei Fundamental de 1949 foi elaborada com o propósito de promover os direitos humanos diante das atrocidades provocadas pelo regime nazista. Assim, a Constituição alemã adotou um extenso sistema de direitos fundamentais com profundos valores de liberdade,

igualdade, justiça e dignidade do homem e da ordem social.¹⁴⁶ Com a finalidade de garantir a imparcialidade, autonomia funcional e supremacia, o legislador constituinte de 1949 optou pela adoção da fórmula kelseniana de Tribunal Constitucional,¹⁴⁷ garantindo independência em relação aos demais poderes.¹⁴⁸

A Lei Fundamental estabeleceu ao Tribunal Constitucional amplo acesso à jurisdição com monopólio do controle judicial de constitucionalidade das leis, além da missão de fazer valer os direitos fundamentais e garantias da dignidade humana. Embora a *Grundgesetz* tenha conferido somente o status de tribunal em seu art. 92, o próprio Tribunal e a doutrina¹⁴⁹ atribuíram-lhe o status de “órgão constitucional”, que está ligado à ideia de um órgão sobreposto aos outros,¹⁵⁰ no que diz respeito à interpretação e aplicação de normas constitucionais, isto é, o chamado intérprete autêntico da Lei Fundamental.¹⁵¹

Como principal intérprete da Constituição e responsável pelo controle de constitucionalidade das leis, o Tribunal tem desempenhado um importante papel na construção do sistema normativo infraconstitucional. A partir de tais práticas, é possível dizer que o Tribunal alemão participa diretamente da criação do Direito a nível legislativo,¹⁵² sem contar as técnicas decisórias de declaração de nulidade ou inconstitucionalidade das leis, a interpretação conforme a Constituição e a superação das omissões legislativas.

A partir desse entendimento, o Tribunal recebe diversos títulos como “defensor máximo da Constituição”, “defensor” ou “senhor” da Constituição, cujas decisões de interpretação da Constituição teriam força vinculante. Assim, o Tribunal Constitucional

¹⁴⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (mestrado). 2012. p. 87.

¹⁴⁷ Após a unificação da Alemanha depois do fim da Guerra Fria ocorreu a criação dos tribunais constitucionais nas Regiões (*Länder*) com o objetivo de exercer o controle de constitucionalidade dos atos normativos e de outros com força de lei dentro da sua esfera de competência. Embora tal modelo divirja do modelo clássico kelseniano, a jurisdição constitucional alemã não perde a sua unicidade (CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 263).

¹⁴⁸ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 262.

¹⁴⁹ Para isso, cf.; SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

¹⁵⁰ Os outros órgãos constitucionais alemães são: Presidência Federal, Chanceler Federal, Câmara Federal e Conselho Federal.

¹⁵¹ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 36.

¹⁵² SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 36.

Federal, com grande atribuição de poderes, possui grande liberdade de interpretação e o exemplo desse poder é o seu próprio entendimento de que o Tribunal possui competência para preencher as lacunas deixadas pela Constituição, pela Lei Orgânica (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) e, também, do seu Regimento Interno (GeschO).¹⁵³

Diante do crescimento e importância do Tribunal Constitucional Federal não é equivocado dizer que as decisões do Tribunal influenciam a vida política da República Federal da Alemanha, sendo, portanto, o centro de grandes discussões públicas.¹⁵⁴

Tal avocação de competência traz inúmeros problemas processuais e, um maior ainda, problemas de relacionamento com o Poder Legislativo. Neste contexto, o Tribunal manifestou-se na maioria dos problemas hermenêuticos e também não se conteve em se pronunciar em assuntos políticos nos momentos em que a instância política deixou para o crivo judicial assuntos sensíveis como, por exemplo, a legislação do direito de aposentadoria, a constitucionalidade da criminalização do aborto, sobre partidos políticos, política das escolas superiores e decisões sobre subsídios dos parlamentares.¹⁵⁵

1.1. O Tribunal Constitucional Federal

1.1.1. Organização

A organização do Tribunal Constitucional Federal está definida nos Art. 94 e §§ 1 *et seq.* *Bundesverfassungsgericht*. O Tribunal é constituído por dois senados (*senaten*), compostos por oito juízes em cada seção (§ 2 *Bundesverfassungsgericht*). Neste modelo, o tema decidido por cada senado corresponde como decisão do Tribunal, que caracteriza o “princípio senatorial” (*Senatsprinzip*).¹⁵⁶

O primeiro Senado possui competência para decisões sobre direitos fundamentais. Já o segundo Senado decide, principalmente, sobre matéria de organização estatal. Nas últimas décadas, entretanto, o segundo Senado adquiriu certas competências do primeiro referente a asilo político, direitos do estrangeiro e direitos de cidadania,

¹⁵³ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 38.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38.

¹⁵⁵ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 39.

¹⁵⁶ MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Grupo GEN, 2011. pp. 8-9.

sobretudo para diminuir a carga de demandas do primeiro Senado.¹⁵⁷ Em face de uma divergência da jurisprudência de um Senado para o outro, o Tribunal pleno deve decidir (§ 16 I *Bundesverfassungsgericht*).

Além disso, também existem as câmaras compostas por três juízes cada (§ 15a *Bundesverfassungsgericht*) formados por rodízios de juízes que decidem sozinhas sobre a admissão, e a depender de certos pressupostos, até mesmo sobre o deferimento de uma Reclamação Constitucional (§§ 93b 1; 93c 93d I e III *Bundesverfassungsgericht*).¹⁵⁸ As câmaras funcionam com princípios de paridade e independência funcional, uma vez que uma seção não pode servir de câmara recursal para a outra.¹⁵⁹

1.1.2. Competência

A competência do Tribunal Constitucional Federal está definida em termos gerais no Art. 93, da Lei Básica (*Grundgesetz*). É preciso ressaltar que o §2º do art. 93, II, da *Grundgesetz* expandiu a possibilidade de competência do TCF ao prever que ele também poderá decidir nos casos em que a lei federal o confiar.

O § 13 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* prevê as principais atribuições ao Tribunal Constitucional Federal, combinado com interpretação dos dispositivos dos Art. 21, II, 93, 100 I ou 100 II da Lei Básica (*Grundgesetz*).

O controle abstrato das normas (Art. 93 I, nº 2 e 2a *Grundgesetz* c.c. § 13, nº 6 e 6ª *Bundesverfassungsgericht*) [*abstraktes Normkontrollverfahren*] e o controle concreto das normas (Art. 100 I *Grundgesetz* c.c. § 13, nº 11 *Bundesverfassungsgericht*) [*konkretes Normkontrollverfahren*] são uma das principais competências do Tribunal. O controle abstrato pode ser instaurado pelo Governo Federal, Governo Estadual ou um quarto dos membros do Parlamento Federal (art. 93, §1º, n. 2, da Lei Fundamental e §§13, n. 6, e 76 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*). É preciso aduzir que somente lei formal pós-

¹⁵⁷ MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Grupo GEN, 2011. pp. 7-8

¹⁵⁸ MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Grupo GEN, 2011. pp. 7-8

¹⁵⁹ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 264.

constitucional ou leis pré-constitucionais incorporadas pelo legislador pós-constitucional.¹⁶⁰

O recurso constitucional (Art. 93 I, nº 4a *Grundgesetz* c.c. § 13, nº 8a da Lei do *Bundesverfassungsgericht*) [*Verfassungsbeschwerde*] também é outra atribuição significativa do TCF. Tal recurso é um recurso constitucional extraordinário utilizado para afastar violações aos direitos fundamentais realizados pelo Poder Público.¹⁶¹

Nas lides entre Órgãos Estatais (*Organstreitverfahren*) ou litígio entre a União e os Estados-membros (*Bund-Länderstreitverfahren*) é obrigatório que os órgãos em questão estejam vinculados à Constituição.¹⁶²

O Tribunal também possui outras competências de processos destinados à defesa da Constituição, como, por exemplo, a proibição de partidos políticos (art. 21, II, e §§ 3, n. 2, 43 e 47 da Lei *Bundesverfassungsgericht*); denúncia contra o Presidente da República (art. 61, I, e §§ 49 e 47 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*); a supressão de direitos fundamentais (art. 18, § 13, n. 1, e §§ 40 e 41 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*); e o processo especial de aferição da legitimidade das eleições (art. 41, II, § 3, n. 3, e § 48 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*).

1.1.3. Escolha dos juízes

Em primeiro lugar, existem alguns requisitos para ser juiz constitucional: (a) ter completado quarenta anos de idade; (b) ter idoneidade e capacidade técnica para exercer a função de juiz ordinário, isto é, ter completado formação jurídica e habilitação no exame de Estado com nota não inferior ao mínimo para o cargo de juiz federal; (c) não poderá fazer parte de qualquer outro órgão do Estado, assim que assumir o cargo de juiz constitucional, sendo permitido somente docência universitária. O juiz constitucional poderá ficar no cargo por um período de 12 anos ou até o último dia do mês que completar 68 anos de idade, além do que não é permitido reeleição. Entretanto, deverá permanecer

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

¹⁶² Conferir art. 93, I, n. 1, da Lei Básica e §§ 13, n. 5, 63 e 67 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*.

no cargo até a posse do seu sucessor, caso tenha decorrido o seu período máximo de permanência no cargo.¹⁶³

Quanto ao processo de eleição dos juízes constitucionais, a metade deles é escolhida pela Câmara Federal (*Bundestag*) e a outra metade pelo Conselho Federal (*Bundesrat*). Para a eleição são necessários dois terços dos membros de maioria qualificada nos dois grêmios, segundo a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). No Conselho Federal a escolha é realizada em seu Pleno, enquanto na Câmara Federal a eleição se dá de maneira indireta a partir de uma comissão eletiva composta por doze deputados escolhidos pelo Pleno deste mesmo órgão, de acordo com as regras do sistema proporcional de eleição.¹⁶⁴ Dessa maneira, não é incorreto dizer que a composição do Tribunal possa refletir a representatividade parlamentar dos partidos políticos.¹⁶⁵ Ademais, a nomeação do juiz eleito é de competência do Presidente da República e possui natureza meramente declaratória.¹⁶⁶

1.1.4. Objeto da jurisdição constitucional

O processo constitucional alemão, movido diante exclusivamente do Tribunal Constitucional Federal, tem caráter objetivo. Dessa maneira, o sistema de controle concentrado possui três principais procedimentos: controle abstrato de normas, controle concreto, verificação da constitucionalidade das normas¹⁶⁷ e reclamação constitucional.¹⁶⁸

Além do controle normativo, o Tribunal também decide sobre os conflitos constitucionais em sentido estrito entre órgãos constitucionais, defesa da Constituição e,

¹⁶³ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 264-265.

¹⁶⁴ MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Grupo GEN, 2011. p. 10

¹⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 31.

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 32.

¹⁶⁷ A verificação de constitucionalidade das normas é um procedimento condizente com o sistema concentrado alemão. Deve-se ressaltar que este procedimento não possui semelhanças com a conhecida e polêmica “Ação Declaratória de Constitucionalidade” incluída na Constituição Federal brasileira pela EC 3/1993 (Art. 102, § 2º CF) e alterada pela EC 45/2004.

¹⁶⁸ MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Grupo GEN, 2011. p. 11.

ainda, sobre matérias de “difícil classificação”, como a reclamação eleitoral, ou o procedimento de exame de uma eleição e a apresentação de divergência.¹⁶⁹

1.1.4.1. Conflitos entre órgãos do Estado, entre Federação (Bund) e as Regiões (Länder), entre Regiões (Länder) ou dentro de uma Região (Land)

O Tribunal Constitucional Federal possui competência para decidir conflitos entre órgãos do Estado, nos casos em que há controvérsia sobre a extensão de direitos e deveres de um órgão supremo federal que tenha sido conferido pela própria Constituição ou pelo regulamento interno de um órgão federal supremo.¹⁷⁰ Com efeito, não somente o presidente da República possui legitimidade para recorrer ao Tribunal, mas também qualquer órgão que exerça função estatal e seja titular de direito garantido pela legislação constitucional.

Além disso, também podem submeter-se ao controle de constitucionalidade os conflitos entre as Regiões (*Länder*), entre a Federação (*Bund*) e as Regiões, e conflitos internos de uma Região em que não é possível recorrer a uma autoridade judiciária, ou ainda quando se esgotaram todas as via de recurso ordinário.¹⁷¹

É preciso ressaltar que nos conflitos entre Regiões ou entre Federação e Regiões, as controvérsias devem ter caráter constitucional, devendo demonstrar, portanto, quais são os direitos lesados garantidos pela Lei Básica.¹⁷²

Já com relação aos conflitos internos de uma Região, estão autorizados a recorrer ao Tribunal Constitucional somente os órgãos supremos da Região ou as partes destes órgãos que sejam dotados de direitos estabelecidos pela constituição da Região ou pelo regulamento interno de um órgão supremo.¹⁷³

1.1.4.2. Controle de constitucionalidade dos atos do governo federal

A Lei Básica de 1949 conferiu ao Tribunal Constitucional Federal a competência para julgar atos administrativos do governo federal que violem direitos fundamentais.

¹⁶⁹ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

¹⁷⁰ Conferir art. 93, I, da Lei Básica (*Grundgesetz*).

¹⁷¹ Conferir art. 93, I, 3 e 4, da Lei Básica (*Grundgesetz*).

¹⁷² CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 270.

¹⁷³ Conferir §73, I, *Bundesverfassungsgericht*.

Dessa maneira, o ato administrativo ou, até mesmo, a sentença de jurisdição administrativa que tenha exaurido as instâncias ordinárias, poderá ser contestada através de recurso constitucional direto.

O Tribunal Constitucional limitar-se-á em anular o ato impugnado, caso em que poderá remeter à jurisdição competente para proferir nova decisão. Logo, não tem a Corte competência para constituir nova decisão, mas somente de desconstituir o ato administrativo.¹⁷⁴

1.1.4.3. Controle de constitucionalidade de normas federais e regionais

O controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais é certamente uma das principais funções do Tribunal e tem como objetivo expurgar a norma inconstitucional do ordenamento jurídico quando conflituosa com a Lei Básica. Neste contexto, o controle constitucional repressivo inclui o controle concreto (*konkrete Normenkontrolle*) e o controle abstrato (*abstrakte Normenkontrolle*).¹⁷⁵

Os parâmetros de controle são as disposições normativas na Lei Básica (*Grundgesetz*), mas não se limita somente aos dispositivos desta, pois de acordo com o art. 93 e incisos infere-se que qualquer outra fonte de direito federal poderá ser parâmetro, em nome do princípio da especialidade, caso exerça alguma função específica, a qual originalmente era atribuída à norma constitucional.¹⁷⁶ Acrescenta-se também que as regras de direito internacional internalizadas como normas constitucionais também servem de parâmetro de controle.¹⁷⁷

A. Controle abstrato de normas

O controle abstrato de normas tem como função suprimir norma inconstitucional com finalidade ulterior de manter a integridade do ordenamento jurídico e proteger a supremacia da Constituição e a superioridade hierárquica do direito federal em relação ao

¹⁷⁴ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 271.

¹⁷⁵ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 272.

¹⁷⁶ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 272.

¹⁷⁷ Conferir art. 25, da Lei Básica (*Grundgesetz*).

estadual.¹⁷⁸ A legitimidade ativa para propor o controle abstrato se dá somente ao Governo Federal, governos estaduais ou a um terço da Câmara Federal (*Bundestag*).¹⁷⁹

Já o objeto do controle abstrato pode ser todo o direito federal e estadual em todos os graus hierárquicos.¹⁸⁰

Embora o objeto da ação possa ser amplo, de acordo com a estatística no período de 1951 a 2011 foram propostas somente cento e quarenta e cinco ações deste gênero, tendo sido proferidas apenas cento e nove decisões de mérito em tais processos. Entretanto, sob o prisma político, o Tribunal se manifestou sobre questões de grande relevância.¹⁸¹ O controle abstrato muitas vezes é utilizado por minorias políticas derrotadas que recorrem ao Tribunal Constitucional Federal para prevalecer as suas pretensões, revestindo-a de caráter constitucional. Do lado contrário, a maioria política que aprovou o ato normativo defende-o com o mesmo vigor que foi contestado. As argumentações procuram sempre ser cobertos por argumentos jurídico-constitucionais que, a priori, são legítimos.¹⁸²

B. Controle concreto de constitucionalidade

O controle concreto é o controle normativo, porém aplicado a um caso particular em que a norma abstrata é questionada a nível constitucional. O juiz do caso examina apenas a constitucionalidade da norma, contudo não tem competência para deixar de aplicar a norma ainda não declarada inconstitucional de maneira vinculante pelo Tribunal Constitucional. Este, por sua vez, tem competência para denegar a aplicabilidade de uma norma vigente.

Uma das condições de admissibilidade para que o procedimento seja remetido ao TCF é o convencimento judicial em seu sentido material. No entanto, também se

¹⁷⁸ MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Grupo GEN, 2011. p. 13.

¹⁷⁹ Conferir art. 93, I, n. 2 da Lei Básica (*Grundgesetz*).

¹⁸⁰ De acordo com a Lei do *Bundesverfassungsgericht* trata-se de leis federais de emenda constitucional; regras de direito internacional público que foram internalizadas a nível de direito federal; direito constitucional estadual; leis ordinárias federais e estaduais, mesmo que apenas em sentido formal, a exemplo da lei orçamentária; leis ratificadoras de tratados internacionais; decretos e regulamentos; regulamentos autônomos da Administração Pública indireta; e regimentos internos dos órgãos constitucionais.

¹⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 88.

¹⁸² HILLGRUBER, Christian; GOOS, Christoph. *Verfassungsprozessrecht*. Heidelberg: Müller, 2004. pp. 18 e 188 *apud* SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 47.

admite a promoção do Recurso Constitucional pela parte, caso houver violação de direito fundamental se se esgotarem as outras instâncias judiciais.¹⁸³

1.1.4.4. Controle de constitucionalidade em casos de omissão do legislador

O Tribunal alemão também é competente para decidir sobre a conduta omissiva do legislador. Neste aspeto, há declaração de inconstitucionalidade diante da norma que necessita de um complemento legislativo para tornar-se constitucionalmente legítima. O legislador, portanto, comporta-se de forma contrária à disposição da Lei Fundamental (*Grundgesetz*), bem como aos princípios reconhecidos como constituição material da República ou interpretação realizada pela Corte.¹⁸⁴

A declaração de inconstitucionalidade por omissão, como técnica decisória, tem por objetivo a produção de um efeito que obrigue o legislador a legislar.

1.1.4.5. Controle de constitucionalidade sobre os julgados dos tribunais dos *Länder*

Outra competência da Corte alemã é decidir em sede de recurso constitucional nos casos em que as decisões dos tribunais dos *Länder* violem ou sejam incompatíveis com algum direito fundamental. Deve-se ressaltar que não é qualquer caso que pode ser contestado através do recurso constitucional, mas sim aquelas decisões que violam direitos fundamentais ou decisões das demais jurisdições claramente arbitrarias.¹⁸⁵

1.1.4.6. Controle de constitucionalidade como garantia dos direitos fundamentais

Cabe ao Tribunal Constitucional Federal decidir sobre a compatibilidade de ato normativo ou com força de lei diante da Lei Básica quando tratar especificamente de direitos fundamentais garantidos ao indivíduo. Isto não significa, entretanto, que o indivíduo poderá suscitar violação a direito fundamental no controle repressivo concreto. A exceção a este facto surge no caso em que a autoridade pública tenha lesado um dos

¹⁸³ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 49.

¹⁸⁴ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 276.

¹⁸⁵ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 276 e 277.

direitos fundamentais previstos no art. 20, §4º, e arts. 33, 38, 101, 103 e 104 da Lei Fundamental, em que poderá apresentar recurso constitucional direto.¹⁸⁶

1.1.4.7. Perda de direitos fundamentais por ofensa ao Estado Constitucional de Direito

Uma das particularidades que podem ser objeto da jurisdição constitucional alemã é a possibilidade de perda de direitos fundamentais nas seguintes hipóteses: abuso da liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, ensino, reunião, associação, sigilo de correspondência, postal e de telecomunicações, o direito à propriedade ou o direito de asilo, com o objetivo de atacar a ordem fundamental, democrática e liberal da República Federal da Alemanha, poderá ser privada desses direitos. Apenas o Tribunal Constitucional Federal tem a autoridade para declarar a perda desses direitos, decidindo também sobre a duração e os efeitos dessa declaração.¹⁸⁷

1.1.4.8. Controle de constitucionalidade das eleições e juízo sobre a constitucionalidade de partidos políticos

Conforme o art. 41 da Lei Básica (*Grundgesetz*), embora seja a Câmara Federal (*Bundestag*) que tenha competência para realizar o controle inicial das eleições, é o TCF que decidirá em definitivo sobre possíveis controvérsias eleitorais.

Outra competência da Corte alemã em matéria eleitoral refere-se à decisão de declaração de inconstitucionalidade dos partidos políticos que ameaçam princípios constitucionais, democráticos e liberais da República Federal Alemã.¹⁸⁸ Tal hipótese raramente foi utilizada na história da Corte, mas mantém-se até os dias atuais como proteção diante de movimentos antidemocráticos.

1.1.4.9. Atos cometidos pelo Presidente da República e juízes federais

A Lei Básica (*Grundgesetz*) prevê, em seu art. 61, I, a possibilidade de a Câmara Federal (*Bundestag*) ou o Conselho Federal (*Bundesrat*) apresentar acusação formal para a Corte contra o Presidente da República por violação à *Grundgesetz* ou outra lei federal.

¹⁸⁶ Conferir §90, I, da Lei Básica (*Grundgesetz*).

¹⁸⁷ Conferir art. 18, da Lei Básica (*Grundgesetz*).

¹⁸⁸ As duas decisões que colocaram fim a partidos políticos foram a do partido nazista (*Bundesverfassungsgericht* 2, 1, de 23 de outubro de 1953) e do partido comunista (*Bundesverfassungsgericht* 5, 85, de 17 de agosto de 1956).

A acusação poderá ser aceita pelo Tribunal Constitucional Federal após aprovação de dois terços dos votos dos membros de um ou outro órgão. Nesta hipótese, a natureza de tal processo não pode ser considerada penal, mas sim constitucional, uma vez que tem como objetivo a proteção da Constituição.

Já com relação aos juízes federais, o Tribunal também é competente para julgar os atos que ultrapassem os limites constitucionais atribuídos a estes ou que sejam realizados fora de tais limites, configurando abusos ou até mesmo ameaças à estabilidade da ordem constitucional. Da mesma forma neste caso, trata-se de natureza de direito público e não penal.

1.1.5. Tipos de Decisões

1.1.5.1. Provimentos cautelares

A Lei Orgânica (*Bundesverfassungsgericht*) do Tribunal Constitucional Federal, em seu §32, prevê a possibilidade de adotar provimentos cautelares (*einstweilige Anordnung*) em situações de urgência para evitar graves repercussões, independentemente da matéria a que digam respeito. Para a concessão de tais decisões, será necessário o voto afirmativo de pelo menos três juízes. A eficácia dessas medidas será restrita a um mês, embora possam ser estendidas, dependendo da aprovação de dois terços da seção que emitiu a ordem provisória, por mais um mês, com um período máximo de validade de 90 dias.¹⁸⁹

1.1.5.2. Pronúncias de acolhimento ou indeferimento

As decisões do Tribunal Constitucional que declaram a inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade do ato impugnado (*Nichtigerklärung*) possuem ter eficácia *ex tunc* e *ipso jure*, potencialmente resultando em anulação parcial ou total, e são aplicáveis *erga omnes*. Uma vez que a publicação ocorre, a decisão adquire força de lei (*Gesetzeskraft*), embora limitada ao dispositivo da decisão, garantindo assim que o processo de tomada de decisão permaneça tão claro e preciso quanto possível.¹⁹⁰ Assim,

¹⁸⁹ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 286.

¹⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 44.

as decisões do Tribunal vinculam os órgãos constitucionais da União e dos Estados, bem como todos os Tribunais e autoridade.

Relativamente às decisões de indeferimento, podem elas ser proferidas quando o Tribunal determinar que as justificativas do pedido, que poderiam levar à declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado, estão ausentes. Embora esse pronunciamento não apresente inerentemente desafios teóricos significativos, as implicações de tal decisão certamente o farão. Considerando que a estrutura constitucional alemã não acomoda nenhuma ação ou mecanismo legal destinado a obter uma declaração de constitucionalidade para um ato normativo ou que possua força de lei, torna-se evidente que uma decisão de rejeição total, bem como uma decisão de aceitação parcial sobre o aspecto não declarado inconstitucional, afirmará indiretamente a constitucionalidade da questão.¹⁹¹

O efeito vinculante *erga omnes* atribuído à declaração de inconstitucionalidade é igualmente aplicável à decisão que nega provimento ao mérito do pedido, afirmando que ele não pode prevalecer contra um ato normativo ou dotado de legitimidade constitucional. Assim como ocorre na declaração de inconstitucionalidade, o dispositivo da decisão fará coisa julgada material em relação a tal pedido, de modo que o requerente e outras partes interessadas estarão impedidos por esse efeito. O Tribunal também poderá determinar o alcance dos efeitos de sua decisão. A inconstitucionalidade da norma contestada, agora afirmada como constitucional, só pode ser questionada novamente caso surja uma nova circunstância factual ou normativa, gerando assim novos fundamentos capazes de desconstituir a legitimidade constitucional do ato em questão.¹⁹²

1.1.5.3. Sentenças de mera inconstitucionalidade e de apelo ao legislador

A Corte alemã também pode proferir sentenças de “mera inconstitucionalidade” (*Unvereinbarkeitserklärung*) sem que haja decretação da nulidade do dispositivo legal questionado, em circunstâncias em que a aplicação da norma impugnada conferiria um “benefício arbitrário” (*willkürlicher Begünstigungsausschluss*), violando assim o princípio da igualdade. Tal tipo de decisão visa garantir o princípio da igualdade ao caso

¹⁹¹ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 287.

¹⁹² CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 287 e 288.

concreto, ao mesmo tempo em que também se esforça para evitar que vícios parciais eliminem a norma do sistema jurídico, evitando assim o surgimento de um vácuo legal que persistiria até que o legislador resolvesse essa situação crítica novamente.

É importante enfatizar que a consequência imediata desse tipo de decisão não é a declaração de inconstitucionalidade e sua consequente nulidade, mas, ao contrário, o principal efeito imediato é impedir a aplicabilidade da disposição legal impugnada, e esse impacto obstrutivo se estenderá não apenas entre as partes, mas também *erga omnes*, afetando todos os outros casos em andamento nas outras jurisdições.

Em sentido contrário, as decisões de apelo ao legislador (*Appellentscheidung*) determina que a situação apresentada pelo caso particular permanece “ainda” constitucional (*noch verfassungsmässig*), significando uma natureza preventiva e indicando que a omissão legislativa pode levar à exacerbação de uma situação inconstitucional.

No entanto, apesar da sutileza da distinção, a decisão de apelo ao legislador (*Appellentscheidung*) não deve ser confundida com a mera decisão de inconstitucionalidade (*Unvereinbarkeitserklärung*). A primeira emite uma recomendação preventiva ao Poder Legislativo, uma vez que, no caso de um recurso ao legislativo, a inconstitucionalidade ainda não se consumou. Já a segunda, prescreve uma obrigação ao legislador. Ainda é preciso inferir que a eficácia da decisão de mera inconstitucionalidade é *erga omnes* e vinculante, enquanto a de apelo ao legislador tem efeito somente entre as partes. Não obstante a significativa variedade de cenários em que o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*) pode ser aplicado para o TCF, a jurisprudência desta Corte tem frequentemente empregado essa técnica de tomada de decisão em casos de: (i) alterações nas relações factuais ou normativas que necessitam de nova regulamentação legal sobre o assunto em questão e (ii) descumprimento de uma clara obrigação constitucional de legislar.¹⁹³

Consoante ensina Gilmar Mendes, o Tribunal Constitucional alemão já há algum tempo tem proferido decisões que permeiam entre a clássica divisão entre direito e política. A criação de tais tipos de sentença são exemplos da atividade política do

¹⁹³ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 288 e 289.

Tribunal.¹⁹⁴ Os poderes da Corte não se limitam a ele próprio, mas é também conformado ao Poder Legislativo e outras forças políticas que aderem às suas decisões. Maiores exemplos da sua influência serão dados no tópico 1.2 deste capítulo.

1.1.5.4. Sentenças interpretativas e as pronúncias de acolhimento parcial

Existe ainda outra categoria de sentença que visa restringir as possibilidades de aplicação de determinada norma, conforme uma interpretação restrita da norma impugnada. Tais sentenças baseiam-se na técnica hermenêutica de interpretação conforme a Constituição. Desse modo, uma decisão que declara a constitucionalidade de ato normativo ou com força de lei, utilizando interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*) tem um duplo propósito: avalia a legitimidade constitucional de uma interpretação potencial da norma e, ao mesmo tempo, declara implicitamente a inconstitucionalidade de todas as interpretações alternativas que entrem em conflito com a interpretação considerada legítima.¹⁹⁵

No entanto, o efeito vinculativo da sentença é restrito às partes da decisão relativos à interpretação e aplicação da *Grundgesetz*, pois não deve se estender às discussões sobre a interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais. Ressalte-se que o Tribunal não tem autoridade para emitir uma decisão que exclua todas as possibilidades interpretativas futuras em relação à lei, uma vez que o juiz *a quo* e os tribunais ordinários são os principais intérpretes da norma infraconstitucional, e estão autorizados a formular interpretações adicionais das normas de acordo com a Constituição.

Tais tipos de sentença proferidas pelo Tribunal Constitucional são empregues para indeferir um pedido de declaração de inconstitucionalidade, mantendo a norma dentro da estrutura legal, interpretando-a de forma limitada, até que o legislador aja para torná-la totalmente compatível com a norma constitucional que, de outra forma, precipitaria a inconstitucionalidade da medida normativa em questão se interpretada de forma diferente da adotada pelo Tribunal.

¹⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo do legislador: appellentscheidung, na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil* (Brasília), v. 21, 1992, p. 129-153.

¹⁹⁵ CICONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 290.

Em geral, refletindo todas as outras decisões do Tribunal, a eficácia vinculativa da decisão em relação aos outros órgãos constitucionais, administrativos e judiciais está confinada ao dispositivo da sentença. Contudo, uma vez que os motivos e a forma pela qual o ato deverá ser interpretado estão contidos nos fundamentos da decisão, devem os motivos da sentença ter também efeitos vinculantes relativos à interpretação e à aplicação da norma impugnada, mas apenas em relação às interpretações que não fossem de possível compreensão da decisão emitida pela Corte. O reconhecimento dos efeitos vinculativos dos motivos da decisão de interpretação é mais um mecanismo de expansão do poder do Tribunal Constitucional alemão.¹⁹⁶

Em qualquer caso, a adoção da interpretação constitucional é limitada por parâmetros aos quais o Tribunal também deve aderir: (i) adesão à interpretação literal da lei e (ii) o propósito intrínseco que o legislador pretendia alcançar durante sua formulação. Em relação ao primeiro, a interpretação endossada pela Corte não pode contradizer o texto do ato normativo ou com força de lei, pois essa interpretação correspondente a uma técnica hermenêutica por meio da qual certas interpretações são afirmadas como constitucionais, enquanto outras são decididamente consideradas inconstitucionais. No entanto, não deve ser vista como uma “técnica legislativa positiva” destinada a reformular a lei, já que isso prejudicaria fundamentalmente o papel da Corte de “legislador negativo”. Com relação à última limitação, a interpretação conforme a Constituição não deve distorcer o *mens legis*, empregando à disposição de uma forma ou direção que contradiga a intenção do legislador durante as deliberações legislativas. Nestes casos, embora o texto literal da lei possa permanecer intacto, seu significado teleológico seria comprometido, conseqüentemente tornando inválida a interpretação adotada pela Corte.¹⁹⁷

No que tange às pronúncias de acolhimento parcial, eles se caracterizam por declarar segmentos ou partes específicas do texto normativo como nulos e sem efeito, sujeitos à revisão constitucional pela Corte. Isto pode ser observado quando a remoção de um artigo, parágrafo, alínea, ou mesmo uma palavra do texto é suficiente para corrigir o vício. A divisibilidade do ato normativo em questão é um pré-requisito crucial para a aplicabilidade dessa técnica de tomada de decisão. A declaração parcial de nulidade (*Teilnichtigkeitserklärung*) também pode ocorrer sem redução de texto, em circunstâncias

¹⁹⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional II*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 273.

¹⁹⁷ CICONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 292.

em que um segmento do ato normativo é considerado constitucional “desde que” (*soweit*) seja interpretado e aplicado de maneira específica. Além disso, a declaração parcial de nulidade sem redução de texto está sujeita às mesmas restrições da própria interpretação conforme, estando igualmente vinculada à necessidade do texto legal ser divisível.¹⁹⁸

Uma parte da doutrina diverge sobre a equiparação da interpretação conforme à Constituição à declaração parcial de nulidade sem redução de texto, o que efetivamente converteria a interpretação conforme em uma técnica decisória. No entanto, a tendência predominante na jurisprudência constitucional alemã é considerar a interpretação conforme como uma técnica interpretativa, enquanto a declaração parcial de nulidade sem redução de texto é vista como uma técnica de tomada de decisão, permitindo sua adoção com base nessa distinção.¹⁹⁹

1.2. Decisões de expansão da Jurisdição Constitucional alemã

1.2.1. O Tribunal Constitucional e o financiamento de partidos alemães

Um dos primeiros países a estabelecer o financiamento público de partidos políticos foi a Alemanha em 1959. A legislação mudou ao longo do tempo e ao final da década de 80 e início dos anos 90 incluiu-se um montante base, que fornecia uma quantia para aqueles partidos políticos que tivessem recebido pelo menos dois por cento dos votos em uma eleição federal, além da dedução em imposto de renda das doações realizadas por pessoas físicas e jurídicas aos partidos políticos. Em 1992, o Tribunal Constitucional alemão declarou tais disposições inconstitucionais.²⁰⁰

Em relação às doações partidárias, o Tribunal considerou que a dedução de imposto das doações viola a igualdade de oportunidade entre os partidos, uma vez que favorece partidos que direcionam suas ações a grupos empresariais com mais capacidades financeiras. A decisão, portanto, considerou constitucional somente as doações limitadas a 1.200 marcos alemães por ano.²⁰¹

¹⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 323.

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 295.

²⁰⁰ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. 85,264:294 (2001).

²⁰¹ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. 85,264:294 (2001).

A justificativa para a declaração de inconstitucionalidade do financiamento público partidária seria de que o apoio recairia em sua capacidade de recolher votos, doações e quotas de filiação dos cidadãos. O Tribunal argumentou que tal medida compromete a independência dos partidos políticos garantida pela Constituição em relação ao Estado. Entretanto, a Corte foi além e definiu-se que a média anual dos subsídios públicos concedidos aos partidos entre os anos de 1989 e 1992 servirá como um “limite absoluto” para as subvenções estatais, sendo permitida apenas a correção com base na inflação.²⁰²

A reação sobre o novo entendimento da Corte não conteve as críticas. Em artigo sobre a decisão, Volker Schütte reúne algumas das críticas realizadas, aduzindo que o Tribunal conferiu uma nova Lei Básica aos partidos, ou mesmo que o Estado se tornou uma manjedoura para os seus patrocinadores.²⁰³

Pouco tempo após a decisão, o parlamento (*Bundestag*) fez uma revisão da legislação em resposta ao Tribunal, em que um partido recebe 1 marco alemão por cada voto obtido nas eleições federais, estaduais ou da União Europeia. No entanto, para os primeiros 5 milhões de votos, os partidos recebem um acréscimo adicional de 0,30 marcos alemães por voto, além do valor padrão. Este “bônus”, na prática, corresponde a pouco mais do que o montante base anteriormente declarado inconstitucional pelo tribunal.²⁰⁴

Neste ano de 2024, o tema do financiamento dos partidos ainda repercute na política alemã. O Tribunal Constitucional, em recente decisão, determinou que o partido de extrema-direita “Die Heimat” tivesse seus subsídios estatais retirados e os benefícios fiscais cancelados por um período de seis anos. A interpretação da Corte era de que a agenda do partido era suficientemente anticonstitucional para que recebesse apoio estatal.²⁰⁵ A decisão repercutiu também para a AfD que, com o novo entendimento, poderá perder os subsídios estatais devido a comportamentos antidemocráticos.²⁰⁶

²⁰² ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. 85,264:294 (2001).

²⁰³ SCHÜTTE, Volker. “Parteienfinanzierung: Die Doppelte Wende Des Bundesverfassungsgerichts Und Die Folgen.” *Kritische Justiz*, vol. 26, no. 1, 1993, pp. 87–92. *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/23998420>. Acesso em: 18 Jun 2024.

²⁰⁴ VANBERG, Georg. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 5.

²⁰⁵ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. 2 BvB 1/19 (2024).

²⁰⁶ FURSTENAU, Marcel. *Germany's AfD could lose funds for anti-democratic behavior*. Deutsche Welle, 2024. Disponível em: <https://www.dw.com/en/germanys-afd-risks-losing-funding-over-anti-democratic-actions/a-68054159>. Acesso em: 14 Jun 2024.

1.2.2. O Tribunal Constitucional e as decisões de interpretação de direitos fundamentais

Como já dito, a Constituição alemã incluiu direitos fundamentais com valores diversos após a Segunda Guerra Mundial e, por tal razão, o Tribunal Constitucional Federal depara-se com o conflito entre valores inerentes às constituições abrangentes. Ao mesmo tempo em que a Corte tem a função de proteção da Constituição, tem também o dever de resolver conflitos de valores como a liberdade de expressão, de associação, regulação estatal de redes de televisão e energia, criação e financiamento de partidos políticos, processo eleitoral, terrorismo, aborto, eutanásia, entre outros assuntos.

Em casos de conflitos quase irresolúveis de valores, o Tribunal desenvolveu uma metodologia de concretização constitucional que se tornou referência mundial: a *ponderação de bens e interesses*. A metodologia começou a ser utilizada por diversas Cortes no mundo, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal.

O desenvolvimento da metodologia teve início no famoso julgamento do caso *Lüth*²⁰⁷ em 1958. Em um litígio particular entre Eric Lüth, alemão e judeu, e Veit Harlan, cineasta e divulgador das ideias nazistas e mensagens de ódio aos judeus durante a II Guerra, o dissídio deu-se em saber se um bem-sucedido boicote de Lüth aos filmes de Harlan não nazistas após a II Guerra configurava atos lícitos de liberdade de expressão ou ilícitos, configurando um dever de indenizar o cineasta. O Tribunal de Hamburgo entendeu que o boicote contrariou os bons costumes, portanto, justificava-se o dever de indenizar, de acordo com o §826 do Código Civil Alemão. Entretanto, no âmbito do Tribunal Constitucional, determinou-se que o Tribunal de Hamburgo limitou a liberdade de expressão de Lüth.

Na fundamentação da decisão, o Tribunal Constitucional asseverou que o sistema de direitos humanos na Lei Fundamental é uma “ordem objetiva de valores” “centrada na dignidade da pessoa humana”, que demanda prestações positivas do Estado para a sua realização. Tal ordem de valores, segundo o Tribunal Constitucional, promove um efeito de “irradiação dos direitos fundamentais” sobre toda a ordem jurídica, refletindo no dever de interpretar todos os ramos do Direito em conformidade com os princípios constitucionais, o que foi chamado de constitucionalização do direito. Isto não se limitaria apenas ao Direito Público, mas também ao Direito Privado, de forma que os

²⁰⁷ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. 7/198 (1958).

direitos fundamentais vinculam também as decisões e relações entre particulares regidas pela autonomia da vontade (eficácia horizontal dos direitos fundamentais).²⁰⁸

A Corte afirmou que o Tribunal de Hamburgo falhou em considerar todos os aspetos da ordem objetiva de valores, isto é, a irradiação e eficácia horizontal dos direitos fundamentais na aplicação do Código Civil. A decisão de Hamburgo levou em conta somente os interesses económicos do cineasta, enquanto a dimensão dos princípios, reflexo da eficácia horizontal, deveria sopesar também o interesse da liberdade de expressão de Lüth. Diante deste conflito, a Corte Constitucional afirmou que a decisão falhou no processo de ponderação dos valores.²⁰⁹

Nesta altura da decisão que o Tribunal Constitucional apresentou a sua principal ferramenta metodológica: a ponderação de bens e interesses em substituição ao modelo de subsunção. A Corte ponderou os interesses das partes envolvidas e, após sopesá-los, concluiu especificamente para o caso concreto que o direito fundamental de livre expressão de Lüth deveria ser levado em consideração, devido à “importância pública educacional de sua mensagem”.²¹⁰ A partir de tal importante decisão, o Tribunal começou a usar a metodologia nas suas fundamentações, revelando-se como solução equilibrada para resolver conflitos entre princípios constitucionais.

1.2.3. O Tribunal Constitucional e a influência na política econômica e monetária

Em recente decisão de 15 de novembro de 2023, o Tribunal Constitucional Federal decidiu que a realocação da dívida não utilizada das medidas de apoio à pandemia para o Fundo de Energia e Clima, atualmente conhecido como Fundo de Clima e Transformação (*Klima- und Transformationsfonds*, KTF), era inconstitucional.²¹¹

Em resposta à crise econômica provocada pela COVID-19, o freio da dívida (*Schuldenbremse*) foi suspenso por três anos em 2020, permitindo que o governo aumentasse o endividamento para minimizar o impacto econômico da pandemia. O orçamento de 2021 permitiu uma dívida de até € 240 bilhões, entretanto, ao final desse ano, € 60 bilhões dessa dívida alocada permaneceram não utilizados. Conforme previsto

²⁰⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (mestrado). 2012. p. 90.

²⁰⁹ KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2ª ed. Durham: Duke University Press, 1997. p. 368.

²¹⁰ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. 7/198 (1958).

²¹¹ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. 2 BvF 1/22 (2023).

em procedimento padrão, os empréstimos não utilizados devem ser anulados. No entanto, em fevereiro de 2022, o novo governo de coalizão do SPD, Verdes e FDP realizou uma emenda no orçamento de 2021. Tal ato teve o objetivo de transferir os fundos não utilizados, registados como dívida em 2021, para o KTF, aumentando seu orçamento de € 42,6 bilhões para € 102,6 bilhões. Esses fundos foram destinados para alocação futura, principalmente para fins de transformação energética.

Irresignados com o a emenda parlamentar, deputados da oposição do CDU/CSU submeteram a emenda para o juízo do Tribunal Constitucional, argumentando que os fundos emprestados foram destinados exclusivamente para despesas relacionadas à pandemia, conforme justificado pela suspensão do freio da dívida, e que as ações da coalizão representavam uma violação da Lei Básica.

O Tribunal Constitucional acatou os argumentos apresentados pelos autores, apresentando as seguintes: (i) é necessário umnexo causal entre a situação de emergência e ultrapassar os limites do crédito, de acordo com o artigo 109.º, n.º 3, frase 2 e do artigo 115.º, n.º 2, frase 6 da Lei Básica, situação que não ficou demonstrada de uma conexão convincente entre a realocação dos fundos e o objetivo original da dívida; (ii) houve um intervalo considerável no momento em que a dívida relacionada à emergência foi contraída e quando deveria ser gasta; (iii) a aplicação retroativa da decisão da emenda ao orçamento de 2021 foi feita somente em fevereiro de 2022, após o fim do ano fiscal. Consequentemente, o tribunal decidiu que o governo não estava autorizado a contrair nova dívida realocando os fundos da pandemia, reduzindo assim os recursos do KTF em € 60 bilhões.

A repercussão da decisão foi bastante rápida e, no mesmo dia, o governo alemão suspendeu (com algumas exceções) os gastos do Fundo de Clima e Transformação e anunciou sua intenção de apresentar um novo plano de despesas em breve. É necessário ressaltar que a decisão da Corte Constitucional teve impactos macroeconômicos e políticos. Há dúvidas se o corte dos fundos trará impactos para o ano de 2024 ou se será redistribuído para os anos posteriores. Além disso, a decisão criou certa tensão política

na coligação SPD-Verdes-FDP, uma vez que o Partido Verde se utilizou do KFT para implementar diversas de suas iniciativas.²¹²

2. O Controle judicial de constitucionalidade brasileiro

O controle judicial de constitucionalidade das leis foi introduzido no Brasil em 1890 após a proclamação da República com a criação do Supremo Tribunal Federal. O Tribunal foi profundamente inspirado na Suprema Corte norte-americana, que tinha como funções a interpretação da Constituição e árbitro do federalismo. Ao longo das décadas do século XX, a instituição sofreu diversas alterações com a inclusão de novas ações e procedimentos que ampliaram as funções da Corte e a tornara a principal autoridade no controle judicial de constitucionalidade. Neste contexto, é importante ressaltar que em todas as alterações marcantes coincidiram com rupturas institucionais e consolidação de novos regimes.²¹³

A Constituição de 1946 foi a primeira a implementar o controle centralizado, isto é, o Supremo Tribunal começou a ter competência para declarar de forma direta a inconstitucionalidade de leis. Já em 1965 durante o regime militar, foi atribuída ao Supremo Tribunal brasileiro a competência para julgar a representação de inconstitucionalidade que seria encaminhada pelo Procurador-Geral da República. Este ato, entretanto, não foi ao acaso, tendo em vista que a nova função teve um papel político com o objetivo de centralizar as decisões relevantes entre o Procurador-Geral e o Supremo Tribunal Federal, ambos controlados pelo Presidente da República à época. Isto, porque, o Procurador-Geral não tinha autonomia plena, já que era livremente nomeado pelo Presidente e o Supremo já havia passado por uma reforma para aumentar o número de ministros para dezesseis com a finalidade de garantir o controle pelo Poder Executivo.²¹⁴

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ampliou consideravelmente as formas de controle de constitucionalidade, incluindo no leque o controle concentrado, abstrato e por via de ação. É considerado concentrado, uma vez que

²¹² KEDZIERSKI, Michal; PLÓCIENNIK, Sebastian. *Germany: the Constitutional Court deprives the government of €60 billion earmarked for transformation*. Centre for Eastern Studies (OSW), 2023. Disponível em: <https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/analyses/2023-11-17/germany-constitutional-court-deprives-government-eu60-billion>. Acesso em: 14 Jun 2024.

²¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 572.

²¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 572.

é exercido por uma autoridade, o Supremo Tribunal Federal.²¹⁵ Pode-se dizer abstrato, pois tem analisa a lei por si só, não tendo nenhuma conexão com o caso concreto. O controle é realizado por via de ação, porque é através dela que se analisa a constitucionalidade das leis e atos normativos.²¹⁶

As principais razões para a expansão do controle de constitucionalidade brasileiro é a criação de novas ações de controle abstrato²¹⁷ além da ampliação do rol de pessoas legitimadas a ajuizar tais ações.²¹⁸

A jurisdição constitucional brasileira diferencia-se dos modelos dos modelos tradicionais de controle de constitucionalidade (modelo concentrado austríaco ou modelo difuso estadunidense). Isso, porque, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou o modelo de jurisdição constitucional misto, isto é, combina os controles concentrado e difuso em um mesmo sistema.²¹⁹ Assim, além do Supremo Tribunal Federal, a jurisdição ordinária também tem o poder de aferir a constitucionalidade de leis quando as partes alegarem vício de constitucionalidade, caso em que o juiz poderá declarar a norma inconstitucional no caso concreto.

²¹⁵ Embora o Supremo Tribunal Federal tenha sido instituído como principal ator de guarda da Constituição, conforme dispõe o art. 102 da Constituição Federal, outros atores relevantes também realizam o controle de constitucionalidade de leis. O controle político realizado pelo veto presidencial (art. 66, §1º, da CRFB/1988), o controle de atos normativos do Poder Executivo pelo Poder Legislativo (art. 49, V, CRFB/1988) e o controle de constitucionalidade realizado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania no Poder Legislativo (arts. 53, III; 54, I e 139, II, c, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados).

²¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021. p. 573.

²¹⁷ Atualmente, existem quatro ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

²¹⁸ As pessoas com legitimidade para propor ações de controle de constitucionalidade estão listadas no art. 103 da Constituição Federal de 1988, sendo elas: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

²¹⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 250.

2.1. O Supremo Tribunal Federal

2.1.1. Organização

O Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros, nomeados pelo Presidente da República, sendo que a escolha deve ser aprovada por maioria absoluta pelo Senado Federal.²²⁰

O Supremo é composto pelo tribunal pleno, como também é dividido por duas Turmas de cinco ministros, com exceção do Presidente do Tribunal que não participa de nenhuma delas. Quando atua em plenário, o Tribunal deve decidir sobre a constitucionalidade das leis e atos normativos; concessão de liminar na ação direta de inconstitucionalidade; processo-crime contra o Presidente da República, Ministros e membros do Congresso Nacional; conflitos entre a União e Estados ou entre Estado e organizações internacionais e a União ou Estados-membros, Distrito Federal e Territórios.²²¹ Para decidir tais questões é necessária a presença de oito ministros, com votação favorável de seis deles.²²²

Com relação às Turmas, cada uma terá seu próprio presidente de turma que será escolhido conforme o critério da antiguidade. A divisão das turmas não implica na divisão de competências, uma vez que os processos são distribuídos igualmente por sorteio a um Ministro-Relator, pertencente a uma ou a outra turma.²²³

2.1.2. Competência

A partir da leitura do art. 102 da Constituição Federal de 1988 fica claro a divisão de competências do Supremo Tribunal Federal como instância recursal extraordinária e como Tribunal Constitucional. Além disso, a Constituição ampliou significativamente as competências do controle abstrato de constitucionalidade, bem como o controle da omissão do legislador através do controle abstrato de omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

²²⁰ Interessante anotar que já houve proposituras para outras formas de nomeação de ministros, porém preservou-se a maneira de nomeação já consagrada na história republicana brasileira. Para isso, conferir ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Emendas oferecidas à Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo*. p. 213, 308, 327 e 342.

²²¹ Conferir art. 5º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

²²² Conferir arts. 143 e 173, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

²²³ Conferir art. 66, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O inciso I do art. 102 da Constituição Federal lista as competências originais do Supremo Tribunal como tribunal constitucional, cabendo processar e julgar:

- a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
- b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;
- d) o *habeas corpus*, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o *habeas data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004);
- i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público.

No inciso II, também do art. 102 da Constituição Federal, se estabelece as competências recursais ordinárias, cabendo julgar:

- a) o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

Por fim, no inciso III do art. 102 o Tribunal atua como instância recursal extraordinária, cabendo julgar, mediante recurso extraordinário:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

É necessário ponderar que as alíneas do inciso I estabelecem competências de um clássico tribunal constitucional de origem austríaca, com poucos agentes legítimos para propor uma ação de inconstitucionalidade e um rol mais curto de instrumentos processuais, além de outras características clássicas de um tribunal constitucional como decidir conflitos de competências entre poderes e julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade.²²⁴

O inciso III apresenta ao Supremo Tribunal brasileiro um modelo de jurisdição constitucional parecido ao estadunidense com a previsão do controle difuso, alargando o acesso à Corte através controle incidental de ato normativo ou com força de lei.

Já o inciso II dispõe de competências típicas de um tribunal recursal, de forma que não permitiriam classificar o STF como um tribunal constitucional. A alínea “a” manteve a competência já prevista ao STF desde 1891.²²⁵

2.1.3. Escolha dos juízes

Para a escolha dos Ministros, o art. 101 da Constituição Federal determina que seja cidadão de notório saber jurídico, reputação ilibada e ter idade entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos de idade.²²⁶

A Constituição Federal, em seu art. 93, VI, também garante aos ministros a irredutibilidade de vencimentos, a inamovibilidade e a vitaliciedade do cargo. Com efeito, não existe mandato para exercer o cargo de Ministro, entretanto, há previsão de aposentadoria compulsória aos setenta e cinco anos de idade.

²²⁴ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 26.

²²⁵ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 25.

²²⁶ A título de curiosidade, o art. 12, §3º, IV, da CRFB/1988 determina que o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal é privativo de brasileiros natos.

2.1.4. Objeto da jurisdição constitucional

Há que se diferenciar que o modelo de jurisdição constitucional brasileiro adota os dois modelos existentes, o difuso e o concentrado, e, por essa razão, analisar-se-á o objeto da jurisdição constitucional a partir da natureza do ato normativo.

2.1.4.1. Direito federal

A primeira hipótese prevista como objeto da jurisdição constitucional é a lei ou ato normativo federal, conforme o art. 102, I, *a*, da Constituição Federal. Essa matéria listada no início da competência do Supremo Tribunal Federal reflete a sua amplitude e, portanto, deve ser mais bem definida.

A norma de direito federal significa que deve ter sido elaborada no Congresso Nacional, no Poder Executivo Federal ou mesmo nos órgãos federais da Administração Pública direta ou indireta. Assim, algumas espécies normativas que podem ser objeto de controle de constitucionalidade são: lei ordinária, lei complementar, medida provisória, regulamentos com força de lei, resolução, portaria e normas dos regimentos internos dos tribunais.²²⁷

É necessário dar destaque ao controle das emendas constitucionais. De acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal, as normas constitucionais originárias não são objeto de controle.²²⁸ Entretanto, no caso das normas constitucionais secundárias, a doutrina e a jurisprudência já pacificaram entendimento de que é possível que as emendas constitucionais possam ser objeto de controle tanto por vício formal, material, e ainda por conter matéria contrária ao núcleo essencial da Constituição, isto é, as cláusulas pétreas, em conformidade com o §4º do art. 60 da Constituição Federal.²²⁹

2.1.4.2. Direito estadual, distrital e municipal

A previsão de controle dos atos normativos estaduais está também prevista no art. 102, I, *a*, da Constituição Federal. Entende-se que podem ser objeto de ação de

²²⁷ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2022. p. 462.

²²⁸ Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 997-4, Rel. Ministro Moreira Alves, julgamento 28.03.1996, publicação 30.08.1996.

²²⁹ Para recordar, o vício formal caracteriza-se por qualquer ofensa ao devido processo legislativo necessários para a aprovação da emenda. Já o vício material representa qualquer ofensa aos dispositivos presentes na Constituição Federal.

inconstitucionalidade as normas: (i) que contenham vício formal ou material de constitucionalidade em disposições da Constituição estadual em face da CRFB/1988; (ii) de qualquer espécie de lei estadual ou decreto do Poder Executivo com força de lei; (iii) dos regimentos internos dos tribunais de justiça e das assembleias legislativas e; (iv) dos atos normativos ou com força de lei da Administração Pública indireta e das pessoas de direito público vinculadas ao estado.²³⁰

Com relação ao direito distrital, este possui a peculiaridade de possuir competências legislativas características de estado e de município. Neste aspeto, as normas que poderão ser objeto de controle dependerão da natureza material do ato normativo.

Por fim, no que se refere ao direito municipal, a Constituição Federal, em seu art. 125, §2º, previu que o controle de constitucionalidade de ato normativo municipal deve ser realizado pelos tribunais de justiça do estado em que esteja localizado o município. Entretanto, a arguição de descumprimento de preceito federal permite a análise de ato de poder público municipal, caso tenha violado algum preceito fundamental da Constituição.

2.1.4.3. Regulamento

Ao contrário do direito alemão, o Supremo Tribunal Federal não admite o exame de constitucionalidade de atos regulamentares que tenham como objetivo executar determinada lei. A justificativa para tal é que se o regulamento se afasta do conteúdo da lei e, portanto, vai além dos limites traçados o caso seria de ilegalidade e não inconstitucionalidade.²³¹

2.1.4.4. As leis in concreto

Não é novidade que o objeto do exame de constitucionalidade das leis no controle concentrado não pode ser leis de efeitos concretos, ou seja, leis que tenham destinatários específicos. Para que uma norma específica seja analisada pelo Supremo

²³⁰ CICONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 36 e 37.

²³¹ Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário n.º 189.550-1/SP, Rel. Ministro Carlos Velloso, julgamento 08.04.1997, publicação 27.06.1997. No mesmo sentido, cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 536/DF, Rel. Ministro Carlos Velloso, julgamento 08.08.1991, publicação 13.09.1991.

Tribunal Federal, deve ela ser realizada através do controle concreto via recurso ordinário.²³²

Contudo, há alguns anos a Corte admitiu certas exceções a este entendimento, como é o caso da lei de efeitos concretos: a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Em 2008, o Ministro Gilmar Mendes modificou orientação jurisprudencial para admitir que lei de efeitos concretos pudesse ser analisada em controle concentrado, pois poderia ser fracionada em duas partes, em que uma delas contendo efeitos gerais e abstratos poderia servir de parâmetro em relação à Constituição Federal.²³³

2.1.5. Tipos de decisões

2.1.5.1. Declaração de nulidade de lei ou ato normativo

No âmbito das declarações de nulidade tem-se: (i) declaração de nulidade total; (ii) declaração de nulidade parcial; e (iii) declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

À luz do reconhecimento da teoria da nulidade no arcabouço constitucional brasileiro ao longo do século XX, a interpretação predominante no Supremo Tribunal Federal atualmente indica que o pronunciamento de inconstitucionalidade referente a uma lei ou ato normativo com força de lei resulta numa nulidade retroativa (*ex tunc*) e *ipso jure* (de pleno direito) do ato impugnado, revertendo-se desde o momento da sua edição.²³⁴

Porém, o dispositivo normativo inconstitucional pode ser relativo a um determinado artigo, parágrafo, alínea ou mesmo a um segmento específico do texto de um artigo, permitindo assim que a lei permaneça em conformidade com a Constituição. Conseqüentemente, a nulidade total ocorrerá quando o ato normativo for comprometido em sua totalidade em relação à sua legitimidade constitucional. A aplicação mais evidente dessa metodologia adjudicativa surge em casos de leis que apresentam vícios formais, particularmente quando ainda estão no percurso do processo legislativo. Com relação aos

²³² Neste sentido, cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade. N.º 1.937-6/PI, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento 20.06.2007, publicação 31.08.2007.

²³³ Para mais, cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4048 MC, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgamento 14.05.2008.

²³⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 280.

vícios materiais, embora a questão possa estar localizada em uma única disposição do texto legal, como no segmento final de um artigo, a interdependência regulatória inerente acabará por minar todo o arcabouço legal e exigir a declaração de nulidade do ato normativo contestado.²³⁵

Nos casos em que a lei pode ser interpretada como uma coleção de disposições autônomas, o juiz constitucional possui o poder de declarar nulidade parcial, invalidando assim apenas os segmentos da lei que violam a Constituição. A teoria da nulidade, que ganhou aceitação substancial dentro da jurisprudência constitucional brasileira, particularmente por meio dos julgados estabelecidos pela Suprema Corte, integrou o princípio da divisibilidade como um arcabouço teórico destinado a preservar o texto legislativo conforme pretendido pelo legislador, em situações em que não existe interdependência entre a disposição inconstitucional e qualquer outra parte do dispositivo legal. Conseqüentemente, apenas elementos específicos do texto legal sob análise serão tornados nulos.²³⁶

É fundamental reconhecer que a declaração de nulidade parcial é guiada por um limite objetivo claramente delineado: as intenções do legislador. A Suprema Corte funciona como um legislador negativo,²³⁷ dotado da autoridade para invalidar leis ou atos normativos que possuam força legal que exibam vícios constitucionais. Se a Corte declarasse a nulidade parcial de uma lei específica e, ao fazê-lo, distorcesse o significado pretendido, estaria, de fato, agindo como um legislador positivo, invadindo a competência exclusiva designada ao Poder Legislativo ou, potencialmente, a outra autoridade investida de tal poder regulatório.²³⁸

²³⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 264.

²³⁶ A aplicação da nulidade parcial pode exigir uma redução do texto devido à evidente incompatibilidade entre o texto legal examinado e a Constituição Federal, pois as frases, expressões ou termos considerados nulos e sem efeito não seriam suscetíveis de interpretação conforme. Assim, o julgamento sobre a Lei Estadual de Alagoas nº 6.806/07 serve de exemplo para o caso: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.414/AL. Rel. Ministro Luiz Fux, julgamento 31.05.2012.

²³⁷ Ver o clássico conceito em: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 150-155.

²³⁸ O Ministro Moreira Alves chamou atenção a este fato em voto proferido em representação de inconstitucionalidade: “a declaração de inconstitucionalidade parcial importaria verdadeira criação de uma lei nova, não votada pelo Legislativo, que, presumidamente, não a votaria por afastar-se da orientação que presidiu a sua feitura” in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Representação de Inconstitucionalidade nº 1.379, Ministro Relator Moreira Alves, julgamento 12.08.1987, publicação 11.09.1987.

A adesão ao sentido da lei (*mens legis*) surge como uma restrição crítica à autoridade decisória do Tribunal, estipulando que, no caso de disputas relativas à interpretação da lei após o decreto de nulidade parcial, a nulidade total do ato normativo impugnado deve ser favorecida, para que não seja criada inadvertidamente uma nova lei que não tenha recebido o endosso ou disposição de legislador competente.

A declaração parcial de nulidade sem redução de texto é geralmente a técnica decisória utilizada para executar a metodologia interpretativa hermenêutica de interpretação conforme a Constituição, embora exista um debate sobre se tal abordagem é interpretativa ou decisória. O objetivo da declaração parcial de nulidade sem redução de texto é defender a constitucionalidade do ato normativo em questão, “desde que” ele seja executado consoante a interpretação articulada pelo Supremo Tribunal Federal. Esta decisão judicial se assemelha às sentenças interpretativas de indeferimento alemãs, que afirmam a constitucionalidade do ato impugnado “desde que” ou “na medida em que” (*soweit*) interpretado dentro dos parâmetros delineados pelo Tribunal Constitucional no dispositivo da decisão, como visto no tópico 1.1.5.4 deste estudo.²³⁹

A noção de nulidade parcial não é suficiente para invalidar o ato normativo impugnado, mesmo que em parte. Em resumo, o dispositivo potencialmente viciado na sua integridade constitucional persiste, permanece válido e exerce efeitos, mas depende da aplicação estritamente dentro dos limites prescritos pela Suprema Corte. A hipótese inconstitucional decorrente da lei ou ato normativo impugnado deve ser explicitamente referenciado no dispositivo da decisão, facilitando assim a conscientização pública.

2.1.5.2. Declaração de constitucionalidade da lei ou ato normativo

As decisões que estabelecem a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, seja no âmbito de uma ação de declaração de constitucionalidade ou, inversamente, na ação de inconstitucionalidade, representam uma abordagem de tomada de decisão que não recebeu escrutínio significativo ou análise crítica de juristas ou jurisprudência constitucional. O consenso predominante tende a equiparar tais decisões ao mesmo status e consequências daquelas originadas de ações diretas de inconstitucionalidade, aderindo assim às prescrições legais descritas nos artigos 22 a 27 da Lei nº 9.868/99. Há, desse

²³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 421.

modo, implicações duplas de uma decisão no contexto de uma ação direta de inconstitucionalidade ou de uma ação declaratória de constitucionalidade em que a afirmação desta última leva ao reconhecimento da constitucionalidade do ato normativo relevante, enquanto a sua rejeição resultará na declaração de inconstitucionalidade do respectivo dispositivo, permitindo deduzir que estas representam duas modalidades decisórias de natureza e efeitos equivalente. Conseqüentemente, pode-se afirmar que o efeito vinculante e *erga omnes* parece ser uma característica das decisões baseadas no mérito de processos objetivos.²⁴⁰

2.1.5.3. Declaração de constitucionalidade e “lei ainda constitucional”

Em 1994, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de ampliar o leque das técnicas decisórias utilizadas pela Corte. Trata-se de metodologia que visa salvaguardar a legitimidade constitucional do ato normativo impugnado, afirmando que, pelo menos por enquanto, tal ato não apresenta nenhum vício constitucional. No entanto, o potencial surgimento de circunstâncias futuras delineadas pelo próprio marco regulatório ou, mais criticamente, a falha em realizar as condições reais ou regulatórias que foram estabelecidas para manter a sua constitucionalidade podem iniciar um processo gradual de tornar a norma em questão inconstitucional.²⁴¹

2.1.5.4. Interpretação conforme a Constituição

A partir do princípio da supremacia constitucional, pode-se inferir uma presunção de validade em relação a todas as normas dela derivada, estabelecendo a própria Constituição como o fundamento último da legitimidade. No entanto, o domínio de traços gerais e abstratos inerentes às normas legais restringe, em certa medida, que as dimensões cognitivas identificadas pelo intérprete ou aplicador da norma em situações práticas sejam assimiladas preventivamente na formulação da norma antes de sua interação com a realidade por meio do intérprete/aplicador.

²⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 441.

²⁴¹ A oportunidade surgiu em um julgamento em que se reconheceu a constitucionalidade de lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública, enquanto tal instituição ainda não estivesse devidamente estruturada. Para mais do assunto, cf.: MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 446 e ss.

Em última análise, essa restrição cria o potencial para múltiplas interpretações após a aplicação da norma: uma pluralidade de significados semânticos, conceituais e até ideológicos que podem não ter sido previstos durante o processo legislativo. Conseqüentemente, é concebível que, apesar de uma norma estar em conformidade à Constituição, uma interpretação futura possa surgir que a coloque em oposição a legitimidade constitucional. Para prevalecer a supremacia da Constituição e, por extensão, a presunção de validade de todas as normas que dela emanam, sem a necessidade de um exame minucioso da legitimidade constitucional de cada norma que possa gerar uma aplicação inconstitucional, o desenvolvimento de uma técnica interpretativa hermenêutica alinhada com a Constituição teve origem na doutrina constitucional americana do século XIX.²⁴²

Por muito tempo pairou a dúvida sobre se a interpretação conforme é técnica interpretativa ou técnica decisória. No entanto, foi diante dos ensinamentos do Ministro Moreira Alves²⁴³ e do Ministro Sepúlveda Pertence,²⁴⁴ cujo entendimento firmou a ideia de que a interpretação conforme a Constituição é técnica de controle de constitucionalidade, que a celeuma foi superada.

A interpretação conforme a Constituição encontra dois limites. O primeiro trata-se do respeito ao sentido literal da lei, vedando, assim, qualquer interpretação no sentido de utilizar a norma em sentido contrário ao texto da norma jurídica. O segundo limite diz respeito à vontade do legislador, ou seja, a interpretação não pode descaracterizar o sentido original definido inicialmente pelo legislador durante o processo legislativo.²⁴⁵

É importante neste momento trazer à luz o caso das decisões de interpretação conforme à constituição e as decisões manipulativas de efeitos aditivos. Uma decisão manipulativa ocorre quando o órgão jurisdicional altera ou complementa as disposições apresentadas para sua revisão, resultando em um conteúdo normativo que diverge da formulação inicial, embora permaneça em conformidade com a Constituição. É uma observação estabelecida que dentro de ordenamentos jurídicos em que o reconhecimento

²⁴² CICONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 125 e 126.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Representação de inconstitucionalidade n.º 1.417. Relator Ministro Moreira Alves, julgamento 09.12.1987, publicação 15.04.1988.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.046. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento 15.04.2004, publicação 28.05.2004.

²⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 427.

da inconstitucionalidade superveniente não está explicitamente delineada na Constituição ou em que as limitações temporais relativas efeitos sancionatórios de tais declarações surgem de uma decisão criativa emitida pelo Tribunal Constitucional, essa forma de decisão foi reorientada para o domínio mais amplo das decisões manipulativas.²⁴⁶

As decisões manipulativas subdividem-se em manipulativas de efeito aditivo e manipulativas de efeito substitutivo. A primeira, e mais comum, ocorre quando o Tribunal Constitucional declara um dispositivo legal como inconstitucional, não por seu conteúdo explícito, mas por suas omissões, ampliando assim o texto da lei ou a sua aplicabilidade. As manipulativas com efeitos substitutivos são caracterizadas por casos em que o tribunal constitucional declara inconstitucional o segmento em que a legislação prescreve uma disciplina específica em vez de uma alternativa, substituindo a disciplina originária da autoridade legislativa por uma que se alinha aos padrões constitucionais.²⁴⁷

As decisões manipulativas são muito encontradas na Itália, Espanha e Portugal.²⁴⁸ Porém, a jurisdição constitucional brasileira também se aproveitou da técnica decisória. Um dos maiores exemplos ocorreu no caso em que o Supremo Tribunal Federal permitiu a aplicação da Lei n.º 7.783/89, que dispõe sobre o exercício de greve na iniciativa privada, aos servidores públicos, permitindo a extensão aditiva do âmbito de incidência da lei.²⁴⁹

2.1.5.5. Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade

Uma metodologia adicional para tomada de decisão empregada pelo Supremo Tribunal Federal envolve o pronunciamento da inconstitucionalidade sem declarar a nulidade. Essa determinação busca estabelecer a inconstitucionalidade de uma medida normativa ou de um ato de omissão, que diz respeito a circunstâncias que podem ser totalmente inviáveis devido à falta de uma norma que possa ser declarada nula. São os

²⁴⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*: Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 239.

²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 428 e 429.

²⁴⁸ O ordenamento jurídico português foi um dos primeiros a positivas as decisões de inconstitucionalidade superveniente no n.º 2 do art. 282.º da CRP. Para aprofundar o tema das decisões manipulativas ver: MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*: Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. pp. 238 e ss.

²⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Mandado de Injunção n.º 708. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento 25.10.2007.

casos das decisões no mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

As determinações que afirmam a inconstitucionalidade da conduta omissiva de um legislador no âmbito de um mandato de injunção são aplicáveis *inter partes*. Apesar dessa restrição ao escopo das partes envolvidas, a decisão originária implicará uma declaração de inconstitucionalidade em relação à omissão impugnada, e cabe à autoridade competente formular a norma ausente para suprir essa deficiência com uma regra que seja universalmente válida. No entanto, a decisão de procedência do pedido do Supremo Tribunal Federal possuirá um caráter mandamental e não deve transcender os limites dessa obrigação, o que significa que não pode atuar como um legislador positivo.²⁵⁰ A sua natureza como instrumento de tomada de decisão é nitidamente peculiar, pois proclama a inconstitucionalidade de uma conduta omissiva. Entretanto, isso não resulta na nulidade de nenhuma norma, já que não existe ato regulatório está em questão, e também não leva ao estabelecimento de uma obrigação imediatamente executável, pois isso depende do início de um processo legislativo, que o Poder Judiciário não pode influenciar.

A distinção primária e mais substancial entre um mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão reside no fato de que esta última, sendo um processo objetivo de natureza política voltado principalmente à salvaguarda do interesse público, produzirá uma decisão com efeitos vinculantes *erga omnes*. Se deixarmos de lado esse aspecto da eficácia, as metodologias de tomada de decisão empregadas para ambos os instrumentos processuais exibirão características fundamentais idênticas. A decretação de nulidade também será inviável, uma vez que não existe nenhuma norma para ser considerada nula. No entanto, nos casos em que uma declaração de inconstitucionalidade decorre de omissão parcial, pode-se afirmar que pode ser necessária a declaração de nulidade de toda a norma ou segmentos dela que indiquem a inconstitucionalidade da lacuna existente no marco regulatório, que, mesmo presente, é inadequada à luz das disposições constitucionais que deveria implementar.²⁵¹

²⁵⁰ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 130.

²⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 459.

Um possível cenário em que, inicialmente, a nulidade da norma incompleta existente seja declarada por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade, permitindo então, por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a resolução abrangente da omissão legislativa, determinando que o legislador formule uma norma inteiramente nova e alinhada com a Constituição que exige regulamentação. No entanto, o STF reconhece que, em casos de omissão parcial em que uma norma existe, mas se mostra insuficiente a ponto de torná-la constitucionalmente ilegítima, a fungibilidade pode ser aplicada entre ações diretas de inconstitucionalidade genérica e ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, facilitando assim a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade da omissão parcial e, ainda, a nulidade da norma existente cuja constitucionalidade foi prejudicada em virtude dessa omissão.²⁵²

2.1.5.6. Declaração de inconstitucionalidade de caráter limitativo ou restritivo

O art. 27 da Lei n.º 9.868/99²⁵³ introduziu um novo mecanismo das técnicas decisórias empregados pelo Supremo Tribunal Federal: a decisão de inconstitucionalidade com efeitos limitados. Trata-se de uma estratégia de tomada de decisão que visa aliviar as implicações do caráter absoluto da potencial nulidade retroativa que uma declaração de inconstitucionalidade sob controle abstrato poderia acarretar.²⁵⁴

A irreversibilidade de eventos já consumados sob a forma de um ato normativo considerado inconstitucional constitui um fator crucial na determinação do grau de eficácia a ser atribuído à declaração de nulidade em relação à norma em questão.

Em resumo, a limitação de efeitos estipulada pelo referido artigo 27 pode ser decretada pelo Supremo Tribunal principalmente por meio de uma das seguintes modalidades de declaração de inconstitucionalidade: (i) eficácia *ex nunc*, que entrará em vigor somente após o trânsito em julgado decisão, estipulando a ocorrência ou ausência

²⁵² Nesse sentido, ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 526. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento 12.12.1991.

²⁵³ Art. 27, da Lei n.º 9.868/99: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

²⁵⁴ Conforme ensina Gilmar Mendes, a técnica decisória foi moldada à semelhança da modalidade portuguesa do art. 282 (4), da CRP (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 473).

de efeitos repristinatórios; (ii) eficácia *pro futuro*, que terá início somente após um prazo a ser delineada pela própria decisão, estipulando a ocorrência ou ausência de efeitos repristinatórios, ficando a decisão suspensa até a expiração do prazo especificado na decisão; (iii) sem pronúncia de nulidade, pelo qual o ato normativo impugnado e os processos em andamento são suspensos até que o legislador articule uma resposta dentro de um prazo razoável sobre o status constitucional da norma em questão; (iv) eficácia *ex tunc*, salvaguardando certas circunstâncias delineadas na decisão.²⁵⁵

2.1.5.7. Súmulas vinculantes

A súmula vinculante foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Emenda Constitucional n.º 45/04 e da Lei n.º 11.417/06. O objetivo de tais súmulas é estabelecer uma certa normatividade que sintetiza as interpretações consolidadas do Supremo Tribunal Federal sobre uma questão específica, vinculando assim todos os casos potenciais que dizem respeito ao assunto.

A Constituição Federal, em seu artigo 103-A, autoriza a Corte, de ofício ou por provocação, após uma decisão de dois terços dos seus membros, aprovar súmula vinculante após várias decisões sobre determinada questão constitucional. Assim que for publicada, possuirá efeito vinculante relativamente a outros órgãos judiciais e à Administração Pública direta e indireta nos níveis federal, estadual, distrital e municipal, além da possibilidade da sua revisão ou cancelamento.²⁵⁶ O §1.º do art. 103-A especifica que a súmula visa esclarecer a validade, interpretação e aplicabilidade de normas para as quais existam controvérsias entre órgãos judiciais ou entre esses órgãos e a Administração Pública, o que resulta em grave insegurança jurídica e uma considerável proliferação de litígios sobre o mesmo assunto.²⁵⁷

A súmula vinculante pode ter eficácia imediata e *erga omnes*. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal pode, com a aprovação de dois terços de seus membros, limitar o seu efeito vinculante ou estipular que o seu efeito comece num momento específico, com base em considerações de segurança jurídica ou interesse público excepcional.²⁵⁸

²⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 479 e 480.

²⁵⁶ Conferir art. 103-A, da CRFB/1988.

²⁵⁷ Conferir art. 103-A, §1.º, da CRFB/1988.

²⁵⁸ Conferir art. 4.º, da Lei n.º 11.417/06.

Não obstante a disponibilidade de recursos ou outras vias de impugnações permitidas, caberá reclamação a ser apresentada ao Supremo Tribunal Federal contra um ato administrativo ou decisão judicial que contrarie a súmula. Caso a Suprema Corte reconhecer procedente a reclamação, ela possui a autoridade para anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial impugnada, determinando que uma decisão alternativa seja proferida.²⁵⁹

2.2. Decisões de expansão da Jurisdição Constitucional

2.2.1. O Supremo Tribunal Federal e as decisões estruturais

Uma das decisões mais paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347.²⁶⁰ A decisão, proferida em medida cautelar, foi pioneira ao adotar medidas estruturantes²⁶¹ com o objetivo de alterar a realidade do sistema penitenciário brasileiro e, ainda, importou uma teoria inédita para o direito brasileiro, o Estado de Coisas Inconstitucional, desenvolvida pela Corte Constitucional colombiana.

O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a ação perante o Supremo Tribunal Federal para este declarar o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, em face às condições precárias e desumanas dos presídios. Como contexto fático, as prisões brasileiras enfrentam superlotação extrema, tornando o Brasil o terceiro país com a maior população carcerária no mundo. Devido a essa superlotação, as condições nas prisões são insalubres, favorecendo a disseminação de doenças infecciosas, além de haver escassez de água potável, produtos de higiene e alimentação adequada. A violência é um problema constante, com casos frequentes de homicídios, tortura, violência sexual e rebeliões.

Diante desse cenário alarmante de violações de direitos fundamentais, o partido argumentou que tais condições infringem a Constituição Federal de 1988. Isto violaria, portanto, preceitos fundamentais, incluindo a dignidade da pessoa humana, direitos

²⁵⁹ Conferir art. 103-A, §3.º da CRFB/1988 cumulado com art. 7.º, da Lei n.º 11.417/06.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator Ministro Marco Aurélio, publicado 19.02.2016.

²⁶¹ As decisões estruturais serão mais bem explicadas no tópico “3.2.1. *Brown v. Board of Education of Topeka*”.

sociais como saúde, educação, trabalho e segurança dos presos, além da proibição de tortura e o direito de acesso à Justiça.²⁶²

Em um primeiro momento, o partido solicitou, através de uma medida cautelar, o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro. Além disso, pediu a adoção de medidas estruturantes para pôr fim às violações dos preceitos fundamentais, atribuídas à omissão dos outros Poderes Públicos – Executivo e Legislativo.²⁶³

O Ministro Relator Marco Aurélio, acompanhado por todos os outros Ministros, reconheceu a grave precariedade e a massiva violação dos direitos fundamentais resultante do descaso dos Poderes Públicos. Destacou que a situação é consequência da falta de coordenação institucional entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal, ressaltando que há falhas na formulação de políticas públicas e que a interpretação das leis penais contribui ainda mais para o aumento da população carcerária.²⁶⁴

Grande parte da fundamentação discutiu o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) em promover o diálogo entre as instituições e quebrar a falta de coordenação entre os Poderes. Os Ministros argumentaram que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional permitia que a Corte interviesse para sanar a grave violação dos direitos fundamentais. Para os Ministros, o litígio estrutural seria, portanto, a solução para que o Tribunal exigisse a formulação de novas políticas públicas, corrigisse as existentes, realocasse recursos orçamentários, ajustasse as instituições e reinterpretasse a legislação penal.²⁶⁵

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal conta com um Núcleo de Processos Estruturais e Complexos (NUPEC),²⁶⁶ que integra a Assessoria de Apoio à Jurisdição (AAJ). Consoante as informações do próprio Tribunal, o STF já proferiu vinte e uma decisões estruturais e nove delas estão processos de monitoramento, com os mais diversos

²⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator Ministro Marco Aurélio, publicado 19.02.2016. pp. 8-14.

²⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator Ministro Marco Aurélio, publicado 19.02.2016. pp. 14-18.

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator Ministro Marco Aurélio, publicado 19.02.2016. pp. 26-29.

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Relator Ministro Marco Aurélio, publicado 19.02.2016. pp. 29-37.

²⁶⁶ Para mais informações conferir: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=cmc&pagina=nupec_apresentacao.

temas, como a proteção dos indígenas durante a pandemia de Covid-19, o desmatamento ilegal na região da Amazônia, a violência policial no estado do Rio de Janeiro e o uso de câmeras corporais pelos policiais do estado de São Paulo.

2.2.2. O Supremo Tribunal Federal e a política

O ano de 2021 foi relevante para o Tribunal Constitucional brasileiro, pois além de ter uma participação ativa em casos relacionados à pandemia de Covid-19, a Corte julgou um dos casos mais importantes relacionado à política. O plenário do Supremo Tribunal confirmou a decisão do Ministro Edson Fachin no Habeas Corpus (HC) 193726, que declarou a incompetência da 13ª Vara da Justiça Federal de Curitiba e anulou as ações penais contra, à época, ex-presidente Luiz Ignácio Lula da Silva por não se enquadrarem no contexto da operação lava-jato.

O Ministro relator destacou que o Ministério Público formulou as acusações de maneira semelhante, posicionando Lula como a figura central do alegado grupo criminoso, com a Petrobras sendo apenas uma das entidades envolvidas. Na visão do relator, a acusação não conseguiu estabelecer uma relação de causa e efeito entre a atuação de Lula como Presidente da República e qualquer contratação específica realizada pelo Grupo OAS com a Petrobras que resultasse em pagamento de vantagem indevida.²⁶⁷

Neste contexto, não havendo relações diretas das condutas de Lula aos desvios ocorridos na Petrobras, as ações foram anuladas e serão remetidas à vara competente – à Justiça Federal do Distrito Federal – para serem julgadas novamente.²⁶⁸ A maior consequência da decisão é que Lula voltou a ser elegível, o que impactou decisivamente as eleições do ano seguinte que o político veio a ser o ganhador e tornar-se presidente novamente.

2.2.3. O Supremo Tribunal Federal e o seu impacto na economia

Outra matéria de grande impacto que não foge às mãos do Supremo Tribunal brasileiro é a economia. Em decisão recente, a Corte julgou sobre os chamados “limites

²⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Agravo Regimental em Habeas Corpus n.º 193.726. Relator Ministro Edson Fachin, publicado 14.04.2021.

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Embargos de Declaração em Habeas Corpus n.º 193.726. Relator Ministro Edson Fachin, publicado 08.03.2021.

da coisa julgada em matéria tributária”, que pode resultar na cobrança de cerca de R\$ 6 bilhões das empresas contribuintes.²⁶⁹

Originalmente, o caso envolve duas decisões transitadas em julgado na década de 1990 que admitiram o não pagamento da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), tendo em que vista que à época o tributo foi considerado inconstitucional. No entanto, em 2007 no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 15,²⁷⁰ o Supremo Tribunal validou a lei que havia criado o tributo.

A União entrou com os Recursos Extraordinários nº 955227 (Tema 885) e o de nº 949297 (Tema 881) que tiveram conhecimento de repercussão geral. A União advogou que a cobrança do tributo poderia ser retomada desde 2007, ano em que a constitucionalidade da lei foi reconhecida. O Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2023 concluiu que uma decisão definitiva, ou seja, transitada em julgado, relativa a tributos recolhidos de forma continuada, perde sua eficácia se, posteriormente, o próprio STF se manifestar em sentido contrário.²⁷¹

As empresas afetadas pela decisão apresentaram embargos de declaração argumentando que o entendimento do colegiado, segundo o qual a alteração do cenário jurídico permite a cessação automática dos efeitos de uma decisão definitiva, é uma inovação e, por essa razão, sua eficácia não deveria ser retroativa.

Adicionalmente, sustentaram que, como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui jurisprudência que impede a revogação de uma decisão definitiva favorável ao contribuinte, foi criada uma legítima expectativa de direito. Para superar esse precedente, seria necessário modular os efeitos do novo entendimento.

No início do julgamento dos recursos, o ministro Luís Roberto Barroso (relator) destacou que, na análise do mérito, o Tribunal já havia concluído que não havia razões de segurança jurídica que justificassem uma eventual modulação. Para o Ministro relator, a manutenção das decisões definitivas que isentavam empresas da Contribuição Social

²⁶⁹ GULLINO, Daniel; NEDER, Vinícius. *'Coisa julgada': STF determina pagamento retroativo de impostos em casos de revisão de decisões tributárias*. O Globo, 2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2024/04/04/coisa-julgada-stf-determina-pagamento-retroativo-de-impostos-em-casos-de-revisao-de-decisoes-tributarias.ghtml>.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 15. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicado 31.08.2007.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário nº 949.297. Relator Ministro Edson Fachin, publicado 02.05.2023. Ver também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário nº 955.227. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, publicado 02.05.2023.

sobre o Lucro Líquido (CSLL) após o entendimento firmado em 2007 resultaria em tratamento desigual em relação aos concorrentes das empresas que continuaram a recolher o tributo.

3. O controle judicial de constitucionalidade norte-americano

O constitucionalismo dos Estados Unidos da América é conhecido como o grande difusor da Constituição como documento jurídico supremo. O caso *de Marbury v. Madison*²⁷² em 1803 foi a primeira famosa sentença que analisou a constitucionalidade de um ato administrativo.

Na realidade, a discussão sobre o constitucionalismo e o papel da Suprema Corte na interpretação da Constituição nos Estados Unidos confunde-se até mesmo com a história da própria nação.²⁷³

O então Presidente da República John Adams, em seus últimos dias de governo, nomeia para juiz de paz William Marbury. Ainda sem ocorrer a posse do novo Presidente Thomas Jefferson, este ordena que James Madison anule o ato de Adams. Irresignado com tal decisão, Marbury recorre à Suprema Corte, com o objetivo de lhe restituir o direito adquirido vigente à época.

No julgamento, o presidente da Suprema Corte, John Marshall, afirmou que a Constituição é um direito superior, caso contrário estaria no mesmo nível da legislação ordinária, portanto, poderia ser alterada como qualquer outra lei. Além disso, a Corte reconheceu a sua jurisdição para o julgamento, bem como o direito de Marbury ao cargo. Não obstante a decisão tenha reconhecido o direito de Marbury, ela não foi favorável para no sentido de deferir o *writ of mandamus* por ele requerido, sob o argumento de que a Seção 13 do *Judiciary Act* seria inconstitucional em face à Constituição de 1787, uma vez que previu uma competência que a própria Constituição não previu, qual seja, a de expedir ordens mandamentais contra o Poder Executivo.²⁷⁴

Em 1857, a Suprema Corte voltou a manifestar-se sobre a possibilidade de *judicial review* no caso *Dred Scott v. Sanford*.²⁷⁵ Uma lei federal que havia proibido a escravidão em todo o território nacional foi declarada incompatível com a Constituição

²⁷² ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

²⁷³ TRIBE, Lawrence. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 45.

²⁷⁴ VAN ALSTYNE, William W. *A Critical Guide to Marbury v. Madison*. Duke Law Journal, v. 1969, n. 1, 1969. pp. 6-10.

²⁷⁵ ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 393 (1857).

dos Estados Unidos, sob a justificativa de que negros, embora fossem livres, não poderiam ser considerados “cidadãos” e, portanto, não tinham legitimidade nem mesmo para ajuizar ações contra cidadãos estadunidenses.²⁷⁶

A história do surgimento do controle de constitucionalidade norte-americano é um tanto quanto paradoxo, já que a própria Constituição de 1787 não prevê qualquer hipótese de exame de constitucionalidade. Contudo, a própria ausência de normas permitiu que os juízes criassem um mecanismo de controle de constitucionalidade das leis. É evidente que a falta da previsão do mecanismo de controle concentrado na Constituição estadunidense não impede que exista um mecanismo de controle difuso realizado por qualquer juiz no exercício dos seus poderes.²⁷⁷

Neste contexto, o princípio do controle difuso advém do caráter rígido da Constituição dos Estados Unidos, bem como do poder-dever do art. 6, §2º que todo juiz possui de interpretar e aplicar a lei e a Constituição, chamada de *Supremacy Clause*. Desse modo, um juiz no exercício de sua função, ao aplicar uma lei ao caso concreto, deve examinar se tal lei está de acordo com a Constituição.

3.1. A Suprema Corte norte-americana

3.1.1. Organização

A Suprema Corte norte-americana é composta por nove juízes, incluindo o presidente da Corte (*Chief Justice*). Normalmente, as decisões são tomadas pelos nove juízes, mas, por vezes, menos de nove juízes participam de um julgamento. Quando apenas oito ministros estão presentes para decidir sobre o mérito de um caso, pode ocorrer um empate, com quatro votos a favor e quatro votos contra. Se houver empate, a decisão do tribunal de primeira instância permanece em vigor. Para que uma decisão seja tomada, é necessário que pelo menos seis membros estejam presentes. Embora seja raro que o

²⁷⁶ SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Myth-Making: Lessons from the Dred Scott Case. *University of Chicago Law Occasional Paper*, No. 37, 1996. pp. 7 e 8.

²⁷⁷ CICONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 333 e 334.

Tribunal não alcance o quórum, quando isso acontece, assim como no caso de empate, a decisão do tribunal inferior é confirmada.²⁷⁸

3.1.2. Competência

A Suprema Corte dos Estados Unidos não possui um rol de competências taxativo, como é o caso das Cortes alemã e brasileira.

A jurisdição da Corte estadunidense pode ser dividida em duas categorias. Primeiramente, a Constituição atribui à Suprema Corte jurisdição originária sobre certos tipos específicos de casos, atuando como tribunal de primeira instância. Isso inclui casos de conflito entre Estados-membros da federação ou entre Estado-membro e governo federal, além de casos que envolvam um corpo diplomático estrangeiro. Em segundo lugar, a Corte tem jurisdição de apelação, podendo analisar casos apresentados por partes que estejam insatisfeitas com as decisões dos tribunais federais de apelação e dos tribunais de apelação especializados do sistema federal.²⁷⁹

A Corte possui autoridade para determinar quais casos examinará e julgará. Isso é conhecido como competência facultativa ou discricionária, pois fica a critério dos Justices verificar se uma questão específica merece consideração pela Suprema Corte. A competência obrigatória do Tribunal é limitada, tornando as suas operações altamente dependentes das inclinações dos juízes em atividade. Essa situação surgiu após a promulgação da *Judiciary Act of 1925*, comumente chamada de *Judge's Bill* ou *Certiorari Act*, que visava aliviar o número de casos da Suprema Corte. Posteriormente, foi estabelecido o direito das partes de buscar o duplo grau de jurisdição, o que é cumprido por meio de tribunais de apreciação a partir dos recursos contra as decisões dos juízos *a quo*.²⁸⁰

²⁷⁸ FINCK, Danielle E. Judicial Review: The United States Supreme Court Versus the German Constitutional Court. *Boston College International & Comparative Law Review*. Vol. XX, Nº. 1, 1997. pp. 147 e 148.

²⁷⁹ FINCK, Danielle E. Judicial Review: The United States Supreme Court Versus the German Constitutional Court. *Boston College International & Comparative Law Review*. Vol. XX, Nº. 1, 1997. pp. 148 e 149.

²⁸⁰ FINCK, Danielle E. Judicial Review: The United States Supreme Court Versus the German Constitutional Court. *Boston College International & Comparative Law Review*. Vol. XX, Nº. 1, 1997. p. 141.

3.1.3. Escolha dos juízes

Os juízes da Suprema Corte são escolhidos pelo Presidente da República, devendo a indicação ser ratificada pela maioria simples do Senado Federal. Os requisitos para se tornar juiz constitucional nos Estados Unidos não são rigidamente estabelecidos por nenhuma lei específica, o que permite, em teoria, que qualquer cidadão americano possa ser nomeado para essa função. No entanto, na prática, as escolhas geralmente seguem critérios como formação jurídica, integridade moral e indicação pela base política do presidente da República. Dessa forma, a sequência de mandatos presidenciais de um mesmo partido (Democrata ou Republicano) historicamente tem influenciado a orientação política da Suprema Corte, levando a períodos em que a maioria dos juízes era predominantemente democrata ou republicana.²⁸¹ Como se pode imaginar, a ausência de previsões constitucionais sobre o número de juízes constitucionais e os requisitos para ascender ao cargo acaba comprometendo a independência da Corte em relação ao chefe do Executivo Federal.²⁸²

Em relação à duração do cargo de juiz constitucional, este é vitalício e só pode ser encerrado por renúncia, aposentadoria ou impeachment. Não há idade mínima para assumir o cargo, nem aposentadoria compulsória. Para obter a aposentadoria integral, o juiz deve ter completado 65 anos de idade e 15 anos no cargo, ou 70 anos de idade e 10 anos no cargo. O impeachment é uma forma de destituição prevista no artigo 2, seção 4, da Constituição dos EUA, que permite a remoção de juízes constitucionais, bem como de outros oficiais civis federais, incluindo o presidente e o vice-presidente da República, por crimes, transgressões, alta traição e suborno.²⁸³

²⁸¹ O Presidente da Supremo Corte (*Chief of Justice*) possui prerrogativas mais amplas do que os outros ministros. É o *Chief of Justice* que preside o *Judicial Conference of the United States*, órgão que elabora a política nacional do Poder Judiciário Federal e também detém controle sobre o *Administrative Office of the United States Courts*, que administra o sistema judiciário federal. Indica-se, ainda, outros poderes procedimentais, como redigir o acórdão do julgamento e o mais relevante dirigir a pauta do Tribunal, selecionando os casos que serão julgados consoante as suas preferências. Em razão da relevância deste papel do *Chief of Justice* na condução das atividades, a Corte é marcada historicamente por suas Eras, conforme a atuação do Presidente da Corte na época. Exemplos das Eras mais relevantes são: Era Marshall, Era Lochner, Era Warren, dentre outras. Para mais estudos sobre os *Chief of Justice*, conferir: DANIELSKI, David J.; WARD, Artemus, *The Chief Justice: Appointment and Influence*. University of Michigan Press, 2016.

²⁸² CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 336.

²⁸³ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 337.

3.1.4. Objeto da jurisdição constitucional

3.1.4.1. Conflitos institucionais

O objeto da jurisdição constitucional mais comum e também de cunho político é o controle de constitucionalidade dos atos das instituições pertencentes ao Estado. Assim, cabe à Suprema Corte a resolução dos conflitos entre as instituições entre direito público interno que estejam a ameaçar a Constituição.

Uma das hipóteses de conflito é aquela que ocorre entre Estados-membros da federação ou entre Estado-membro e governo federal. As atribuições de competências a cada ente federado são estabelecidas pela Constituição e pelas leis federais. Quando se ultrapassa os limites das competências estabelecidas na Constituição ou lei federal, a Suprema Corte será chamada a manifestar-se no caso.²⁸⁴

3.1.4.2. Conflitos judiciais

O modelo concreto de controle de constitucionalidade adotado pelos Estados Unidos torna a jurisdição constitucional quase como jurisdição exclusiva para a análise da legitimidade constitucional de ato normativo ou com força de lei. Dessa maneira, a Suprema Corte norte-americana analisará a decisão judicial que tenha declarado o ato inconstitucional, ou o tenha considerado em desconformidade com a Constituição, ou ainda em contrariedade com a legislação federal.

Com efeito, as decisões dos tribunais federais, estaduais ou distritais podem ser objeto de análise quando estas contrariem a Constituição. Isso pode ocorrer tanto pela aplicação de uma norma federal, estadual ou municipal que esteja em conflito com a norma constitucional, quanto deixar de aplicar uma norma federal, estadual ou municipal que não esteja de acordo com a Constituição.²⁸⁵

²⁸⁴ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 340.

²⁸⁵ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 341.

3.1.5. Tipos de decisões

3.1.5.1. Provimentos cautelares

O ordenamento jurídico norte-americano prevê a possibilidade de medidas cautelares e provimentos liminares em casos de extrema urgência e gravidade. As medidas possuem o objetivo de evitar que o assunto sob análise judicial seja deturpado, comprometido ou, em última instância, torne ineficaz a decisão futura do Tribunal, caso uma liminar não seja concedida. Um juiz da Suprema Corte possui a autoridade de ordenar unilateralmente a suspensão de decisões tomadas por tribunais inferiores ou de estipular ações específicas necessárias para garantir a eficácia da decisão da Corte quando proferida.

3.1.5.2. Pronúncia de deferimento ou indeferimento

As técnicas de tomada de decisão empregadas pela Suprema Corte normalmente se limitam a três categorias de instrumentos. A primeira envolve a decisão de indeferimento (*denial of certiorari*) para pedidos ainda em análise preliminar, pois em certos casos em que o Tribunal indefere o pedido por não existir base constitucional para justificar a avaliação pela jurisdição constitucional. Se o pedido for examinado, a decisão de mérito que dá provimento ao pedido se manifestará como *full opinion*, no caso da Corte ter conduzido um julgamento completo ou, alternativamente, poderá ser conduzido de forma mais curta sem prolongamento das discussões, o que se dá na *curiam opinion* se o procedimento adotado for o sumário (*per curiam*).²⁸⁶

A decisão de mérito pode ser acompanhada por um mandado afirmando que a decisão do tribunal inferior foi examinada e, portanto, necessita de revisão pelo mesmo tribunal a quo. Há também a possibilidade de determinar que se cumpra a nova decisão emitida pela Suprema Corte sobre a questão anteriormente julgada pelo tribunal inferior, ou pode exigir um procedimento alternativo consistente com as diretrizes da Suprema Corte transmitido por meio do mandado.²⁸⁷

²⁸⁶ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 351.

²⁸⁷ CICCONE, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 351.

Na terceira categoria das decisões de mérito, os instrumentos formais empregados serão os mesmos daqueles usados para decisões favoráveis de mérito, porém, os efeitos da decisão exibirão algumas distinções. Veja-se a seguir.

3.1.5.3. Efeitos gerais da declaração de inconstitucionalidade

Em casos caracterizados pela simplicidade técnica, especificamente quando o recurso não é submetido à triagem, a eficácia do indeferimento do recurso ficará limitada entre as partes, sem qualquer repercussão para terceiros. Isso se deve ao fato de a Suprema Corte não ter avaliado o mérito do pedido, mantendo a decisão final do tribunal inferior.

Por outro lado, quando é proferida uma decisão de mérito que estabelece a inconstitucionalidade de um ato normativo ou com força de lei, tal decisão invariavelmente gerará coisa julgada material com efeitos *erga omnes*, servindo assim como um precedente para casos análogos futuros. O princípio do *stare decisis* vinculará os casos subsequentes até que surja um novo precedente que efetivamente substitua o anterior.²⁸⁸

A decisão que declara a inconstitucionalidade de um ato normativo ou com força de lei será anulatória, impondo ao tribunal *a quo* reavaliar a sua decisão à luz das determinações da Suprema Corte. Como alternativa, a Suprema Corte pode, por meio de uma decisão anulatória e constitutiva, reformular a própria decisão do tribunal inferior. Nesses casos, a Corte exercerá a sua autoridade soberana não apenas para julgar a constitucionalidade do ato normativo contestada, mas também para abordar os aspectos materiais pertinentes ao caso concreto.

É vital sublinhar que o princípio de *stare decisis* não denota uma ligação ilimitada de todos os casos subsequentes às especificidades exatas do caso que estabeleceu o precedente; inversamente, é a *ratio decidendi* — o conjunto de princípios jurídicos que justificam o estabelecimento do precedente — que pode ser adotada em futuros casos comparáveis. Consequentemente, o objetivo principal do *stare decisis* é promover a coerência sistemática e argumentativa dentro da jurisdição constitucional e do sistema jurídico norte-americano em geral. Esse princípio não possui a capacidade de converter o precedente em uma regra interpretativa obrigatória para juízes em casos

²⁸⁸ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 352.

subsequentes. Mas, em vez disso, serve como uma referência que pode, em contextos específicos, servir de referência para a compreensão do ordenamento jurídico.²⁸⁹

3.2. *Decisões de expansão da Jurisdição Constitucional norte-americana*

3.2.1. *Brown v. Board of Education of Topeka*

O segregacionismo era uma doutrina presente na sociedade norte-americana no século XIX, permitida pelas Leis de Jim Crow, promulgadas após a Guerra Civil. A constitucionalidade dessas leis foi confirmada no julgamento de *Plessy v. Ferguson*²⁹⁰ em 1896. Em tal julgamento, a Suprema Corte determinou que a lei da Louisiana, que separava os vagões de trem entre brancos e negros, era constitucional e não violava a 14ª emenda da Constituição dos Estados Unidos,²⁹¹ que garante a proteção igualitária. Esse precedente criou a famosa doutrina do "separados, porém iguais" (*separate but equal*). A segregação racial marcou em demasia a sociedade norte-americana e não se limitou aos vagões separados, mas também houve divisão em escolas, hospitais, espaços públicos de convivência, dentre outros.

O caso *Brown v. Board of Education of Topeka*²⁹² foi um dos mais marcantes da história dos direitos civis dos Estados Unidos, cujo objetivo era questionar e abolir a segregação racial nas escolas públicas do país.

Em 1951, Oliver Brown iniciou um processo judicial contra o Departamento de Educação da Cidade de Topeka buscando a matrícula de sua filha em uma escola que a havia rejeitado anteriormente com base em sua raça, limitada a crianças brancas. A Suprema Corte abordou o caso em 1954, levantando a questão fundamental: se a segregação racial nas escolas públicas violava a cláusula de proteção igual da 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos.

²⁸⁹ CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 353.

²⁹⁰ ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

²⁹¹ 14ª Emenda. Seção I. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou fará cumprir qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem qualquer Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.

²⁹² ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

Semelhante a *Plessy v. Ferguson*, este caso confrontou normas sociais e estruturas legais arraigadas. Significativamente, marcou uma mudança histórica ao reconhecer a natureza inconstitucional da doutrina “separada, mas igual”, invalidando assim a base constitucional para a segregação racial nas escolas públicas.

A partir desse momento, o foco mudou das questões jurídicas para os aspectos práticos da implementação da decisão, dada a natureza arraigada da segregação na sociedade americana. Posteriormente, o caso revisitou a Suprema Corte como *Brown II*,²⁹³ introduzindo estratégias progressivas para lidar com as deficiências institucionais, com a supervisão do Judiciário local.²⁹⁴

3.2.2. *INS v. Chadha*

O caso de *INS v. Chadha*²⁹⁵ foi um marco significativo na jurisprudência norte-americana, proferido pela Suprema no ano de 1983. A decisão anulou a prática do “veto legislativo”, que permitia ao Congresso invalidar ações tomadas pelo Poder Executivo ou órgãos administrativos sem passar por um procedimento legislativo completo.

O contexto do caso diz respeito a Jagdish Rai Chadha, um cidadão indiano que, após a conclusão do seu visto de estudante nos Estados Unidos, teve a sua deportação suspensa pelo Serviço de Imigração e Naturalização (*Immigration and Naturalization Service - INS*) devido a dificuldades significativas. No entanto, a Câmara dos Deputados, aproveitando a autoridade de veto legislativo concedida pela Lei de Imigração e Nacionalidade de 1965, reverteu a decisão de suspender a deportação de Chadha.

O cerne da questão jurídica girava em torno da constitucionalidade do veto legislativo, um mecanismo que facilitava o procedimento legislativo e aprimorava a supervisão do Congresso sobre as atividades do Poder Executivo. Essa disposição permitia ao Congresso delegar autoridade às agências executivas, mantendo a capacidade de anular as decisões tomadas por tais agências posteriormente, por meio de uma

²⁹³ ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1955).

²⁹⁴ Esse novo modelo de adjudicação foi proposto por Owen Fiss, baseando-se justamente na análise do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*. As decisões estruturais (*structural injunctions*) têm como objetivo implementar reformas estruturais (*structural reforms*) em organizações, instituições ou políticas públicas, com a finalidade de concretizar direitos fundamentais e interesses públicos de relevância social. Esses litígios são complexos, e os processos em que essas decisões são proferidas são denominados processos estruturais ou litígios estruturais. Para mais informações sobre o tema, conferir: FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2007.

²⁹⁵ ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

resolução aprovada por uma das casas do Congresso, evitando assim a necessidade de promulgar nova legislação.

No entanto, a Suprema Corte, no julgamento de autoria do juiz Warren E. Burger, declarou o veto legislativo como inconstitucional. O Tribunal fundamentou a sua decisão em dois argumentos principais. O primeiro seria a violação da cláusula de apresentação do Artigo I, Seção 7, da Constituição, que determina que toda a legislação aprovada pelo Congresso deve ser apresentada às duas casas do Congresso e ao Presidente para aprovação ou rejeição. O veto legislativo, ao permitir que o Congresso anule leis sem a participação do Presidente, subvertia esse processo fundamental. O segundo argumento destacou o conceito de separação de poderes, conforme consagrado na Constituição, que proíbe qualquer órgão governamental de exercer autoridade total. O veto legislativo, ao conceder poder excessivo ao Congresso, rompe o equilíbrio de poderes.²⁹⁶

Por quase cinco décadas, a Suprema Corte dos Estados Unidos demonstrou interesse limitado em casos relacionados à separação de poderes, especialmente aqueles relacionados a procedimentos legislativos. No entanto, no início da década de 1980, o Tribunal iniciou um novo exame dessas questões. Essa mudança de ênfase se materializou quando a Corte começou a anular leis federais²⁹⁷ em casos como *INS v. Chadha*, *Bowsher v. Synar*²⁹⁸ e *Clinton v. Nova York*.²⁹⁹

3.2.3. *Trump v. Anderson*

Nas eleições presidenciais dos Estados Unidos em 2016, Donald Trump foi eleito 45º presidente, cumprindo um mandato de quatro anos. Na eleição de 2020, Joe Biden garantiu a vitória como 46º presidente, apesar da recusa do candidato vencido em reconhecer o resultado da eleição. O Colégio Eleitoral validou oficialmente a vitória de Biden com 306 votos eleitorais em comparação com os 232 de Trump. Este, então, persistiu em contestar os resultados das eleições por meio de canais legais e de mídia. Durante uma sessão do Congresso em 6 de janeiro de 2021, convocada para certificar a eleição, Trump organizou uma reunião, afirmando seu triunfo e incentivando seus

²⁹⁶ ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

²⁹⁷ BROUGH, Christopher B. *From Chadha to Clinton: the Supreme Court in legislative process separation of power cases*. Graduate Research Theses & Dissertations. 2018.

²⁹⁸ ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Bowsher v. Synar*, 478 US 714 (1986).

²⁹⁹ ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Clinton v. Nova York*, 524 US 417 (1998).

seguidores a se manifestarem no Capitólio. No dia seguinte, o vice-presidente Pence confirmou a vitória de Biden.

Uma coalizão de eleitores do Colorado, abrangendo republicanos registrados e eleitores não afiliados, apresentou uma petição no Tribunal Distrital de Denver para impedir Trump de participar das eleições primárias republicanas do Colorado.³⁰⁰ Invocando o Código Eleitoral Uniforme do Colorado, eles instaram o Tribunal a instruir a Secretária de Estado Jena Griswold a remover o nome de Trump das cédulas. O fundamento girava em torno da Seção Três da Décima Quarta Emenda, da Constituição,³⁰¹ alegando que o envolvimento de Trump na insurreição de 6 de janeiro de 2021 o tornou inelegível, pois violava seu compromisso presidencial de defender a Constituição dos Estados Unidos.

Após o exame, o Tribunal Distrital de Denver determinou, com base em evidências convincentes, que Trump estava envolvido em uma insurreição, conforme delineado na Seção Três, mas esclareceu que essa disposição não se aplica ao presidente. Consequentemente, o Tribunal rejeitou a petição.³⁰² Posteriormente, a Suprema Corte do Colorado, após apelação, anulou parcialmente a decisão, determinando que a Seção Três considera Trump não qualificado para a presidência e, portanto, incluí-lo na cédula violaria a lei do Colorado.³⁰³

O tema foi levado à Suprema Corte norte-americana e, após meses de deliberação, considerou que o ex-Presidente poderia figurar na cédula de votação do Colorado.³⁰⁴ A Corte entendeu que os Estados possuem a capacidade de desqualificar funcionários estaduais de acordo com a Seção 3, mas não têm jurisdição para implementá-

³⁰⁰ ESTADOS UNIDOS. Denver District Court, Colorado. *Norma Anderson, Michelle Priola, Claudine Cmarada, Krista Kafer, Kathi Wright, & Christopher Castilian v. Jena Griswold*, nº 2023CV32577, (2023).

³⁰¹ 14ª Emenda, Seção 3: Nenhuma pessoa poderá ser senador ou representante no Congresso, ou eleitor do presidente e vice-presidente, ou ocupar qualquer cargo, civil ou militar, nos Estados Unidos ou em qualquer Estado, que, tendo previamente prestado juramento, como membro do Congresso, ou como um oficial dos Estados Unidos, ou como um membro de qualquer legislatura estadual, ou como um oficial executivo ou judicial de qualquer Estado, para apoiar a Constituição dos Estados Unidos, se tiver envolvido-se em uma insurreição ou rebelião contra o mesmo, ou tenha dado ajuda ou conforto aos seus inimigos. Mas o Congresso pode, por uma votação de dois terços de cada Câmara, remover essa impossibilidade.

³⁰² ESTADOS UNIDOS. Denver District Court, Colorado. *Norma Anderson, Michelle Priola, Claudine Cmarada, Krista Kafer, Kathi Wright, & Christopher Castilian v. Jena Griswold*, nº 2023CV32577, (2023). pp. 100-102.

³⁰³ ESTADOS UNIDOS. Colorado Supreme Court. *Norma Anderson, Michelle Priola, Claudine Cmarada, Krista Kafer, Kathi Wright, & Christopher Castilian v. Jena Griswold*, nº 2023 CO 63, (2023).

³⁰⁴ ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Donald J. Trump v. Norma Anderson, Michelle Priola, Claudine Cmarada, Krista Kafer, Kathi Wright, & Christopher Castilian*. 601 U. S. (2024).

la contra titulares de cargos e candidatos federais. A Constituição não concede aos Estados o poder de fazer cumprir a Seção 3 em relação a cargos federais, mas atribui a execução ao Congresso de acordo com a Seção 5.³⁰⁵ Interpretar a Emenda como conferindo autoridade de execução aos Estados seria ilógico, dada sua dependência na fiscalização do Congresso.

As cláusulas eleitorais não capacitam implicitamente os estados a aplicar a Seção 3 contra candidatos federais. Ao longo da história, foi o Congresso, não os estados, que aplicou a Seção 3 contra titulares de cargos federais. Permitir que os estados façam isso pode resultar em resultados conflitantes nas eleições federais, particularmente em disputas presidenciais. O Congresso é o único responsável pela aplicação da Seção 3 aos titulares de cargos e candidatos federais.

A juíza Amy Coney Barrett escreveu uma opinião parcialmente concordando e concordando com a decisão, observando que o Tribunal não precisou decidir se a lei federal é o meio exclusivo para aplicar a Seção 3. O juiz Barrett afirmou que abordar essa questão complexa só exacerbaria as divergências, particularmente no contexto turbulento de uma eleição presidencial.

As juízas Sonia Sotomayor, Elena Kagan e Ketanji Brown Jackson compuseram conjuntamente uma opinião concordando com a decisão, mas criticando a Corte por se desviar do princípio da restrição judicial, que determina a resolução apenas de questões essenciais do caso. Ao estabelecer “novas regras” sobre a aplicação federal da Seção 3, como exigir legislação específica do Congresso, a maioria abordou desnecessariamente questões constitucionais cruciais não pertinentes ao caso, restringindo assim futuras tentativas de desqualificar candidatos presidenciais de acordo com a Seção 3.

4. Grelha Comparativa

	ALEMANHA	BRASIL	ESTADOS UNIDOS
Organização	O Tribunal é constituído por dois senados (<i>senaten</i>), compostos por oito	O Supremo Tribunal é composto por onze ministros, compondo o tribunal pleno, como também é	A Suprema Corte é composta por nove juízes, incluindo o presidente da

³⁰⁵ 14ª Emenda, Seção 5: O Congresso terá poderes para fazer cumprir, por meio de legislação apropriada, as disposições deste artigo.

	juízes em cada seção.	dividido por duas Turmas de cinco ministros, com exceção do Presidente do Tribunal que não participa de nenhuma delas.	<i>Corte (Chief Justice).</i>
Competência	<ul style="list-style-type: none"> - Controle abstrato das normas; - Controle concreto das normas; - Recurso constitucional; - Processo de proibição de partidos políticos; - Denúncia contra o Presidente da República; - Supressão de direitos fundamentais; - Processo especial de aferição da legitimidade das eleições. 	<p>A competência do Supremo Tribunal Federal subdivide-se:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ações de competência originária, sendo o maior grupo, nas ações de controle abstrato (art. 102, I, da CRFB/1988);³⁰⁶ - Competências recursais ordinárias, como habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção e habeas data de Tribunais superiores (art. 102, II, da CRFB/1988); - Instância recursal extraordinária no controle concreto das normas (art. 102, III, da CRFB/1988). 	<p>Não possui um rol de competências taxativo.</p> <p>A jurisdição pode ser dividida em duas categorias:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Jurisdição originária sobre certos tipos específicos de casos, como conflito entre os Estados-membros da federação ou entre um Estado-membro e governo federal, além de casos que envolvam um corpo diplomático estrangeiro. - Jurisdição de apelação, podendo analisar casos apresentados por partes que estejam insatisfeitas com as decisões dos tribunais federais de apelação e dos

³⁰⁶ Neste caso, remete-se ao art. 102, I, da Constituição Federal brasileira por falta de espaço no quadro. O inciso já citado no tópico 2.1.2 deste capítulo lista as dezoito competências do Supremo Tribunal Federal.

			tribunais de apelação especializados do sistema federal.
Escolha dos juízes	<ul style="list-style-type: none"> - Ter completado quarenta anos de idade; - Ter idoneidade e capacidade técnica para exercer a função de juiz ordinário; - Não poderá fazer parte de qualquer outro órgão do Estado, sendo permitido somente docência universitária; - Permanência de 12 anos no cargo ou até o último dia do mês que completar 68 anos de idade, sem possibilidade de reeleição; - Para a eleição dos juízes constitucionais, metade é escolhida pela Câmara Federal (<i>Bundestag</i>) e a outra metade pelo Conselho Federal (<i>Bundesrat</i>). São necessários dois terços dos membros de maioria qualificada nos dois grêmios; - A nomeação do juiz eleito é de competência do 	<ul style="list-style-type: none"> - Notório saber jurídico, reputação ilibada e ter idade entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos de idade; - Nomeação pelo Presidente da República, sendo que a escolha deve ser aprovada por maioria absoluta pelo Senado Federal. 	<ul style="list-style-type: none"> - Indicação pelo Presidente da República, devendo a indicação ser ratificada pela maioria simples do Senado Federal; - Não há requisitos rígidos para se tornar juiz constitucional; - Na prática, as escolhas geralmente seguem critérios como formação jurídica, integridade moral e indicação pela base política do presidente da República.

	Presidente da República.		
Objeto da jurisdição constitucional	<ul style="list-style-type: none"> - Conflitos entre órgãos do Estado, entre Federação (<i>Bund</i>) e as Regiões (<i>Länder</i>), entre Regiões (<i>Länder</i>) ou dentro de uma Região (<i>Land</i>); - Controle de constitucionalidade dos atos do governo federal; - Controle de constitucionalidade de normas federais e regionais; - Controle de constitucionalidade em casos de omissão do legislador; - Controle de constitucionalidade sobre os julgados dos tribunais dos <i>Länder</i>; - Controle de constitucionalidade como garantia dos direitos fundamentais; - Perda de direitos fundamentais por ofensa ao Estado Constitucional de Direito; - Controle de constitucionalidade das eleições e juízo sobre a constitucionalidade de partidos políticos; 	<ul style="list-style-type: none"> - Norma de direito federal elaborada no Congresso Nacional, no Poder Executivo Federal ou mesmo nos órgãos federais da Administração Pública direta ou indireta; - Controle de ato normativo estadual, distrital e municipal; - Admite exceções de leis em concreto, como é o caso da Lei de Diretrizes Orçamentárias. 	<ul style="list-style-type: none"> - Conflito entre Estados-membros da federação ou entre Estado-membro e governo federal; - Decisões dos tribunais federais, estaduais ou distritais podem ser objeto de análise quando estas contrariem a Constituição.

	- Atos cometidos pelo Presidente da República e juízes federais.		
Tipos de decisões	- Provimentos cautelares; - Pronúncias de acolhimento ou indeferimento; - Sentenças de mera inconstitucionalidade ou apelo ao legislador; - Sentenças interpretativas e as pronúncias de acolhimento parcial.	- Declaração de nulidade de lei ou ato normativo; - Declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo; - Declaração de constitucionalidade e “lei ainda constitucional”; - Interpretação conforme a Constituição; - Declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; - Declaração de inconstitucionalidade de caráter limitativo ou restritivo; - Súmulas vinculantes.	- Provimentos cautelares; - Pronúncia de deferimento ou indeferimento.

5. Conclusão parcial

A análise comparada dos Tribunais Constitucionais da Alemanha, Brasil e Estados Unidos observa-se que cada um destes órgãos desempenha um papel fundamental na configuração e na manutenção da ordem constitucional de seus respectivos países, moldados por contextos históricos, culturais e políticos distintos. Embora compartilhem o objetivo fundamental de garantir a defesa da Constituição, cada um desses Tribunais possui características próprias que influenciam sua atuação e o alcance de suas decisões.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, produto de um passado marcado pelo totalitarismo, destaca-se por sua postura ativa na defesa dos direitos fundamentais e na interpretação da Constituição. Seus poderes abrangentes, tanto no

controle abstrato quanto no concreto da constitucionalidade, conferem-lhe um papel central na ordem jurídica e política alemã.

Como visto, a Corte alemã possui uma ampla gama de competências conferida pela Lei Fundamental,³⁰⁷ destacando-se por decidir, entre controle abstrato e concentrado, conflitos entre órgãos federais, a constitucionalidade de atos do governo federal, os casos de omissão do legislador, a perda dos direitos fundamentais por ofensa ao Estado Democrático de Direito e, até mesmo, a constitucionalidade das eleições e juízo de constitucionalidade sobre os partidos políticos.

Além das competências, o *Bundesverfassungsgericht* desenvolveu uma variedade de técnicas decisórias que permitiu ainda mais a expansão dos seus poderes, seja através do acolhimento ou indeferimento da inconstitucionalidade, seja pelas sentenças de mera inconstitucionalidade, ou pelo grande universo das sentenças interpretativas. Soma-se a isso a força de lei das suas decisões proferidas no âmbito do controle de normas e do efeito vinculante das suas decisões para os órgãos constitucionais e autoridades administrativas.

Também ficou demonstrado na apresentação das decisões de expansão do Tribunal Constitucional Federal que esta Corte, embora tenha desenvolvido importantes e rebuscadas técnicas de interpretação dos direitos fundamentais, não ao emitir decisões que impactam diretamente o cenário político e econômico da Alemanha. A posição assumida pelo Tribunal dentro da estrutura político-constitucional da Alemanha traduz em uma significativa alteração da balança de separação de poderes, refletindo a implementação sistemática de controle do poder político.³⁰⁸

O Supremo Tribunal Federal brasileiro, por sua vez, exerce um papel fundamental na consolidação da democracia e na construção do Estado Democrático de Direito. Os seus poderes são amplos e variados, muito em razão da sua dupla função, atuando tanto como Corte Constitucional, quanto como Tribunal de última instância, o que amplia sua influência, mas também acarreta desafios em termos de eficácia e sobrecarga processual.

³⁰⁷ Dentre os principais atos normativos que conferem competência ao Tribunal Constitucional Federal estão: arts. 93; 18; 21, §2.º; 41, §2.º; 61, §§1.º e 2.º, 84, §4.º; 115, h, §1.º, da *Grundgesetz*.

³⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo do legislador: appellentscheidung, na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil* (Brasília), v. 21, 1992, p. 129-153.

A Corte brasileira possui, assim como a alemã, um amplíssimo rol de competências, oriundos do controle de constitucionalidade, das competências recursais ordinárias e extraordinárias. Conta-se também com a ampla gama de agentes legitimados para dar início ao processo constitucional.

Muito inspirado no Tribunal alemão, o Supremo Tribunal também desenvolveu diversas técnicas decisórias que permitiram ampliar o alcance das suas decisões imiscuindo-se nos mais variados temas da sociedade. A atuação do STF é marcada por um intenso debate público e por uma forte influência da sociedade civil, o que confere às suas decisões um caráter político-social relevante.

O desenho institucional do Supremo Tribunal ampliou o seu acesso a pessoas legitimadas, além de fortalecer o seu poder decisório com diversas oportunidades de interpretação da Constituição Federal e construção da ordem jurídica brasileira. É importante destacar, também, a constitucionalização abrangente de um grande catálogo de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.

As decisões de expansão da Corte brasileira apresentada neste capítulo, ilustram como Tribunal brasileiro tem assumido, em várias ocasiões, um papel proeminente e influente que o posiciona como um ator político crítico e decisivo, particularmente durante períodos caracterizados por significativas crises institucionais.

Nos Estados Unidos, diferentemente da Alemanha e do Brasil, a Suprema Corte se distingue pela doutrina do *judicial review*, estabelecendo um controle difuso de constitucionalidade que, historicamente, moldou a interpretação da Constituição em consonância com os princípios de federalismo e separação de poderes.

Devido à construção histórica do Tribunal dos Estados Unidos, chama-se atenção para a importância dos juízes da Suprema Corte que têm a prerrogativa de escolher quais casos irão julgar a cada ano, através do processo de concessão do *writ of certiorari*. Isso significa que, dentre milhares de petições recebidas anualmente, apenas uma pequena fração é analisada pelo Tribunal. Tal seletividade confere aos juízes um poder considerável para moldar a agenda judicial e, por extensão, influenciar profundamente o ordenamento jurídico e as políticas públicas no país.

Através das decisões de expansão apresentados neste capítulo, a Suprema Corte, por sua vez, exerce uma influência política e social significativa, sendo muitas vezes o

árbitro final em questões que definem a agenda política nacional, refletindo a polarização e as divisões sociais do país. Assim, a Corte além da sua função de interpretar a Constituição, redefine o alcance dos direitos e liberdades individuais, a relação entre os poderes do governo, e a dinâmica entre estados e governo federal através das suas decisões.

III. QUAL O CAMINHO? UMA ANÁLISE DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

1. Os desafios do constitucionalismo no mundo contemporâneo

O constitucionalismo é tema que costuma gerar grande debate na doutrina. É possível identificar diversas acepções sobre o termo “constitucionalismo”,³⁰⁹ embora também possível afirmar que não existe somente um, mas vários como o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo norte-americano e o constitucionalismo de origem francesa.³¹⁰

Para demonstrar como a conceituação é diversa, eis alguns conceitos de constitucionalismo para diferentes juristas. Peter Härbelle aponta que o constitucionalismo é, por excelência, uma criação cultural.³¹¹ Para Gomes Canotilho, o constitucionalismo pode exprimir também uma ideologia, o que equivaleria os conceitos de liberalismo e constitucionalismo, onde o governo é das leis e não dos homens.³¹² Já para Karl Lowenstein, o constitucionalismo se aproxima do que ele chama de “ideia-força” de uma nova crença liberal que se instaurou entre os governados. O constitucionalismo, afirma o jurista alemão, seria a busca pelo homem político de limitação do poder absoluto exercido pelos detentores de poder.³¹³

³⁰⁹ André Ramos Tavares identifica quatro sentidos para o constitucionalismo: (i) entende-se constitucionalismo como movimento político-social de origens históricas que pretende limitar o poder arbitrário; (ii) propõe que o constitucionalismo seja o dever de haver uma carta constitucional escrita; (iii) pretende que o constitucionalismo indica o propósito mais latente e atual da sua função; e (iv) indica que o constitucionalismo é meramente a evolução histórico-constitucional de determinado Estado. In TAVARES, Andre R. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 12.

³¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 66. Nesse sentido, ver também: MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*. Tomo II. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

³¹¹ HÄRBELLE, Peter. Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo. *Anuário Português de Direito Constitucional*. Trad. de J.M Cardoso da Costa. pp. 37-62.

³¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 66.

³¹³ LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1982. p. 150.

Em sentido diverso, de acordo com Maria Lúcia do Amaral entende-se que o constitucionalismo é uma tradição de pensamento que se vincula à história das ideias, podendo ser, também, instrumento de técnica ou prática jurídica que se relaciona à linguagem do direito.³¹⁴

Em uma outra perspectiva, Louis Henkin pretendeu reunir as principais exigências para caracterizar o constitucionalismo, sendo elas: (i) a soberania popular para o atual constitucionalismo; (ii) a supremacia e a imperatividade da Constituição; (iii) o sistema democrático e o governo representativo; (iv) governo limitado pela separação de poderes e *check and balances*, governo através de leis e controle judicial com um Poder Judiciário independente; (v) direitos civis respeitados e assegurados pelo governo; (vi) instituições que resguardem a Constituição; (vii) direito de escolha política livre (*self-determination*).³¹⁵ Em suma, o constitucionalismo possui íntima relação com a limitação do poder político.³¹⁶

Nesta toada, pela diversidade de conceitos é possível perceber que o constitucionalismo é diretamente relacionado com o contexto histórico-social ao qual se insere e, por essa razão, os desafios da jurisdição constitucional contemporânea já não são os mesmos de outrora. Enquanto anteriormente a preocupação constitucional centrava-se na limitação do poder estatal, na separação dos poderes e na garantia de direitos e liberdades, atualmente, os problemas são consideravelmente mais complexos em virtude do próprio desenvolvimento da sociedade moderna.

As constituições modernas são reflexo da alta complexidade sistêmica, da heterogeneidade social e das diversas exigências dos direitos fundamentais. Soma-se, ainda, a organização das limitações de controle interno e externo de poder que resulta na especialização das funções estatais. Com a globalização e a crescente complexidade social, a resolução dos problemas torna-se cada vez mais desafiadora para serem tratados por apenas uma ordem jurídica.³¹⁷

³¹⁴ AMARAL, Maria Lúcia Abrantes. *A Forma da República: uma introdução ao estudo de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 40.

³¹⁵ HENKIN, Louis. *Elements of Constitutionalism*. Center for the Study of Human Rights: Columbia University, 1994.

³¹⁶ ALEXANDRINO, José Melo. *Lições de Direito Constitucional*. v. 1. Lisboa: AAFDL Editora, 2015. p. 41.

³¹⁷ NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, São Paulo, 93: 201-232, 2014. p. 206.

Neste contexto, é preciso fazer uma reflexão sobre o constitucionalismo, o papel das Constituições e, conseqüentemente, da jurisdição constitucional. Os desafios do constitucionalismo contemporâneo, portanto, estão relacionados sobretudo com a delimitação da matéria constitucional para refletir sobre construção de alternativas de que a jurisdição constitucional é o órgão responsável pela última palavra na resolução de conflitos constitucionais complexos.

2. Democracia e constitucionalismo

A dualidade entre democracia e constitucionalismo é um debate clássico entre teóricos constitucionalistas. De um lado, os parlamentos são a expressão mais direta do ideal democrático, pois representa o governo do povo. Por outro lado, as constituições, as declarações de direitos e o próprio controle de constitucionalidade representam o constitucionalismo. Com efeito, a controvérsia que se instaura é a de quem tem a última palavra em conflitos de direitos fundamentais, se seriam os parlamentos ou as cortes, mas mais do que isso, dois ideais políticos, a democracia ou o constitucionalismo.

Dois autores que bem retratam tal dualidade é Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. De acordo com Dworkin, a democracia vai além do que um regime de indivíduos que, juntamente, tomam decisões coletivas, processam os seus interesses e, por meio de políticas públicas sintetizam a vontade da maioria. Democracia é também a filiação moral dos indivíduos na comunidade política, para que o produto final seja a persecução real dos seus interesses, de forma que se sintam pertencentes à comunidade. A filiação moral, portanto, forma-se por requisitos substantivos da “igualdade, consideração e respeito”.³¹⁸

Jeremy Waldron, em outro sentido, rebate que o desacordo moral é um imperativo numa sociedade pluralista e não pode ser desconsiderado como circunstância do debate político contemporâneo. Por isso, segundo ele, atribuir a juízes o dever de decidir sobre questões moralmente controversas não deixa espaço para os indivíduos emitirem os seus juízos em um procedimento majoritário. Isto desrespeitaria um dos valores da própria democracia, que equivale a inexistência de hierarquia entre os indivíduos para, em igualdade de condições, decidirem sobre os seus problemas coletivos. A solução, para o autor, seria a realização de um acordo procedimental sobre o conteúdo

³¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 101

para maximizar o direito de participação, o que permite aos cidadãos realizarem-se igualmente em votação pública.³¹⁹

Enquanto Waldron superestima a regra da maioria, Dworkin concentra a sua versão em uma busca mais genuína da igualdade do que o voto majoritário por si só. Em relação às implicações desses posicionamentos, Waldron destaca que a busca da resposta certa para os dilemas morais é irrelevante ao se pensar nas instituições, uma vez que, em sociedades pluralistas, o desacordo moral resiste aos melhores argumentos. O que importa apenas é adotar procedimentos que deem o mesmo valor aos indivíduos.³²⁰ Já para Dworkin, mesmo que não exista resposta correta e mesmo que as Cortes possam errar, estas estão em melhor posição para encontrar uma resposta.³²¹

O debate entre os dois autores, embora seja rico para a construção das teorias constitucionais, restringe-se à análise do prisma de “quem deve decidir?”. Assim, a doutrina divide-se entre os defensores do Parlamento, que possui melhores condições de decidir já que representa o povo, e os defensores da Corte, tendo em vista que as decisões políticas possuem certos pressupostos morais que não necessariamente são atendidos pelo procedimento majoritário, mas sim pelo melhor caminho dos direitos fundamentais.

Em busca de uma nova perspectiva para elevar a qualidade do debate, novas teorias buscam diminuir o foco em “quem deve decidir?” para outras perguntas: “como e por que devem decidir?”. A partir deste ângulo, as teorias dos diálogos institucionais buscam uma alternativa mais adequada ao potencial epistêmico da democracia, do que as soluções binárias entre Parlamentos e Cortes.

3. A jurisdição constitucional, a supremacia judicial e a democracia

O movimento constitucional norte-americano ficou marcado pelo reconhecimento do caráter jurídico normativo da Constituição, que propiciou o desenvolvimento da jurisdição constitucional. Como demonstrado no capítulo anterior, a partir de *Marbury v. Madison* marcou-se o início da consolidação da supremacia judicial na história constitucional.

Nesse momento, é imperativo elucidar certos princípios fundamentais para uma compreensão precisa do significado e da extensão das decisões em consideração, bem

³¹⁹ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 17.

³²⁰ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003. p. 189.

³²¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 261-262.

como das questões às quais elas dão origem. Reconhecer apenas que a lei confere uma interpretação específica à Constituição como o único indicador de inconstitucionalidade implica na negação da existência de uma interpretação constitucional fora da alçada dos Tribunais, concedendo ao Judiciário uma forma de “monopólio” ou “exclusividade” na interpretação constitucional.

A supremacia judicial contrasta com o monopólio judicial, pois o último afirma que a tarefa de interpretar a Constituição deve ser reservada exclusivamente ao Poder Judiciário, enquanto o primeiro permite que outros Poderes se envolvam na interpretação constitucional, enfatizando, no entanto, que a interpretação judicial tem a palavra final. Em outros termos, o monopólio judicial confere ao Poder Judiciário autoridade exclusiva em questões de interpretação constitucional (semelhante a uma forma de “reserva judicial”), enquanto a “supremacia judicial” concede ao Poder Legislativo autoridade inicial, mas reserva o poder máximo de tomada de decisão para o Poder Judiciário.³²²

Por outro lado, a fiscalização de constitucionalidade deve ser diferenciada da supremacia judicial. A primeira implica a autoridade dos Tribunais para invalidar leis consideradas contraditórias à Constituição, seja no contexto de um caso específico, no controle concreto, ou em tese, no controle abstrato. Embora a revisão constitucional, tradicionalmente, exija que outras entidades públicas cumpram as decisões do Poder Judiciário sobre disputas passadas ou a validade de uma lei em um momento específico, ela não exige que outros atores da sociedade adotem a interpretação judicial da Constituição como uma restrição em suas ações futuras.³²³

Fundamentalmente, a noção de que a interpretação do Poder Judiciário serve como um “precedente vinculativo” para interpretações constitucionais subsequentes por várias entidades (particularmente o Parlamento) e pela sociedade civil constitui supremacia judicial em sua forma mais estrita. De acordo com essa perspectiva, em todas as questões constitucionais levadas aos Tribunais, a interpretação dada pelos juízes à Constituição deve ser considerada conclusiva não apenas para casos passados (na

³²² BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 20.

³²³ MURPHY, Walter F. Who shall interpret? The quest of ultimate constitutional interpreter. *Review of Politics*, 48, 1986. p. 407.

ausência de mudança nos efeitos), mas também para cenários futuros, seja dentro do próprio Judiciário ou em outros órgãos governamentais e na sociedade.³²⁴

Ademais, tal precedente judicial só pode ser superado por uma decisão da própria Corte ou por meio de uma emenda constitucional que modifique a disposição constitucional que sustenta a decisão inicial.

No entanto, Rodrigo Brandão faz uma importante diferenciação entre o significado formal e material que a supremacia judicial pode assumir. Formalmente, a supremacia judicial significa que as interpretações constitucionais dos Tribunais só podem ser anuladas por meio de uma emenda constitucional, impedindo assim que a legislação comum o faça. Materialmente, a supremacia judicial implica que as decisões constitucionais da Corte sejam tipicamente conclusivas, dados os desafios práticos para as autoridades políticas e agentes da sociedade civil mobilizarem mecanismos institucionais capazes de contrariar a interpretação judicial. Portanto, a conexão entre a supremacia judicial e a complexidade do processo de reforma constitucional é inconfundível, este último percebido não apenas como o rigor formal do procedimento, mas também como o verdadeiro desafio de aprovar uma modificação formal da Constituição.³²⁵

Por outro lado, a judicialização da política se refere ao processo gradual pelo qual os tribunais e juízes controlam cada vez mais a formulação de políticas e regulamentos públicos que foram previamente determinados (ou, como amplamente reconhecido, que devem ser determinados) por outros ramos do estado, particularmente o Poder Legislativo e o Poder Executivo, resultando em inúmeras questões políticas sendo levadas ao Poder Judiciário por meio de processos judiciais.³²⁶

Já o ativismo judicial denota a adoção de uma abordagem particular e proativa para interpretar a Constituição, permitindo um envolvimento mais amplo e substancial do

³²⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 21.

³²⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 22.

³²⁶ TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power. In: *The global expansion of judicial power*. TATE, C. Neal e TORBJÖRN, Vallinder. New York: New York University Press, 1995, p. 28.

Poder Judiciário na defesa dos valores e objetivos constitucionais, com maior intrusão na esfera operacional dos outros Poderes.³²⁷

É importante destacar que a convergência dos fenômenos da supremacia judicial em sentido estrito, da judicialização da política e do ativismo judicial leva a uma forma ampliada de supremacia judicial. Como destaca Rodrigo Brandão, isto pode ser elucidado pela existência de uma interrelação no contexto constitucional de uma determinada nação entre (i) a estipulação de que a reversão da jurisprudência constitucional da Corte depende da reforma constitucional, especialmente nos casos em que tal processo é desafiador, (ii) o encaminhamento de praticamente todas as questões políticas cruciais ao Poder Judiciário e (iii) a prontidão dos juízes para estabelecer obrigações de agir com base em normas flexíveis e raciocínios fluidos, culminando num cenário ideal para o surgimento de um sistema judicial abrangente supremacia.³²⁸ Consequentemente, neste cenário, o Poder Judiciário terá a autoridade máxima sobre as questões constitucionais mais controversas e significativas, determinando para o passado, presente e futuro a interpretação da Constituição de forma vinculativa para todas as entidades públicas e privadas.³²⁹

Nos casos em que as instituições demonstram falibilidade e surgem disputas sobre a interpretação dos direitos fundamentais, torna-se pertinente determinar qual instituição deve possuir o "direito de errar por último".³³⁰ A falibilidade de uma instituição majoritária pode levar a um maior senso de responsabilidade coletiva em comparação com uma instituição não representativa. No contexto do autogoverno democrático, a presença da oportunidade de cometer erros é considerada inerente.

Robert Dahl, em um segmento em que ele compara o papel do tribunal a uma forma de “quase tutela”, expressa reservas semelhantes. A eficácia dessa estrutura

³²⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pp. 106 e ss.

³²⁸ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 24.

³²⁹ Neste sentido, Carlos Blanco de Moraes destaca a força dos Tribunais Constitucionais em interpretar a Constituição, que se utilizam de diversos sentidos e princípios constitucionais abertos para fundamentar a sua decisão. Embora o texto constitucional seja o mesmo, os Tribunais promovem até mesmo interpretações contrárias ao sentido original. Tal fenômeno foi chamado pelo professor de “constituição líquida”. Vide: MORAIS, Carlos Blanco de. “Liquid constitutions” and their informal changes. In: BRITO, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luís Pereira (ed.). *The political dimension of constitutional law*. Switzerland: Springer, 2020. p. 106.

³³⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento em Ciência Política. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 12.

institucional específica depende do peso da evidência argumentativa no nível empírico. A menos que certas circunstâncias excepcionais (como a “tirania da maioria”) estejam presentes, geralmente se presume que o legislador eleito detém a autoridade legítima para orientar a tomada de decisões morais na democracia.³³¹

Reconhecendo os desafios associados à comprovação dessas condições prévias, o autor ressalta a importância de permitir que os indivíduos cometam erros e aprendam com eles. Restringir a autonomia ao confiar decisões fundamentais aos tutores diminui o potencial de promover um senso coletivo de responsabilidade. Optar por essa abordagem pode levar a uma infantilização paternalista da população, à medida que ela abre mão de sua autonomia para fazer escolhas morais cruciais.³³²

A defesa substantiva da revisão judicial a alinha estreitamente com o conceito de regime guardião. Ele opera com base na premissa de que indivíduos, particularmente dentro de um ambiente majoritário, podem tomar decisões irracionais, necessitando de medidas de proteção. Há um nível de ceticismo em relação à capacidade dos cidadãos de passar por um processo conduzido pela maioria. Os juízes são vistos como mais bem equipados do que indivíduos autônomos em um ambiente eleitoral majoritário para determinar a substância desses direitos.

O foco particular da pesquisa está na relação entre parlamentos representativos e tribunais constitucionais. Geralmente, as teorias do diálogo não impõem requisitos normativos do que seria o legislador ou juiz ideal. Elas preocupam-se principalmente em compreender a natureza das suas interações. Tais teorias oferecem uma nova abordagem para examinar e compreender os conceitos de revisão judicial e processo legislativo, que foram sujeitos ao ceticismo por teorias que enfatizam a última palavra. Essa mudança de perspectiva visa ter um impacto substancial ao alegar que as decisões do tribunal não devem e não podem ser consideradas a conclusão final.

4. Teoria dos diálogos institucionais

O diálogo denota uma relação horizontal entre as partes e carrega em si uma relação de igualdade e reciprocidade. É troca de ideias que busca um acordo, o que

³³¹ DAHL, Robert A. *Democracy and Its Critics*, Yale University Press, 1989. pp. 196 e ss.

³³² DAHL, Robert A. *Democracy and Its Critics*, Yale University Press, 1989. pp. 196 e ss.

representa a própria política. As melhores decisões são tomadas com diálogo, por isso as instituições devem dialogar entre si.

É evidente que a separação de poderes é pano de fundo para apresentar as teorias do diálogo, cujo desafio está em demonstrar um novo mecanismo para enfrentar as dificuldades do constitucionalismo contemporâneo.

Também é preciso ponderar que a relação de diálogo tratada neste estudo é considerada entre parlamentos representativos e cortes constitucionais. Embora a referência do termo “diálogos institucionais” remeta às mais diversas relações estatais, o cerne do debate sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional restringe-se justamente ao Poder Legislativo e as Cortes Constitucionais, tendo em vista que o Poder Executivo não é considerado como forte candidato como detentor da última palavra no processo de interpretação constitucional.

A ideia de uma interlocução institucional já existe na literatura norte-americana há algum tempo. Alexander Bickel introduziu os conceitos de “colóquio contínuo” (*continuing colloquy*) e “conversa permanente” (*permanente conversation*) já na década de 1970.³³³ Louis Fisher já tinha publicações que mencionavam “diálogos institucionais” nas décadas de 1970 e 1980.³³⁴ Bruce Ackerman já considerava a separação de poderes norte-americana a partir de um “dualismo constitucional”, em que se variava em momentos de “política normal” e “política constitucional”.³³⁵

As teorias do diálogo procuram uma saída para a ideia da “última palavra”, buscando ser uma terceira via ou um meio-termo para amenizar o enrijecimento de uma decisão final. Além disso, as teorias possuem diversas variações que buscam mitigar a “dificuldade contra-majoritária” demonstradas nas preocupações de Alexander Bickel.

Embora existam diversas nuances da teoria e seja defendida por diversos autores, de maioria norte-americanos, faz-se necessário analisá-las para perceber o ponto em comum e como lidam com a teoria da última palavra. Entretanto, adiante-se que todas elas possuem denominadores em comum: a recusa de que deve ser do Poder Judiciário a função de interpretação da constituição, a qual deve ser legitimamente realizada pelos

³³³ BICKEL, Alexander. *Supreme Court and the Idea of Progress*. Yale University Press, 1970.

³³⁴ FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton University Press, 1988.

³³⁵ ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lecture: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, 1984.

outros poderes; e a rejeição da ideia da última palavra de que uma corte detenha tal poder por meio da revisão judicial.

Ressalte-se que neste trabalho as teorias do diálogo serão divididas em três categorias gerais.³³⁶ A primeira leva em conta as teorias de métodos judiciais que retratam a sua interação com o legislador. Isto não se refere à métodos de interpretação, mas sim formas de que a corte reconheça e participe do diálogo. A segunda categoria traz o diálogo como decorrência necessária da separação de poderes, em razão do seu desenho institucional e não da sua disposição em dialogar. Com efeito, é possível dizer que a primeira categoria tem um caráter endógeno, enquanto a segunda possui uma nuance exógena, uma vez que é menos dependente da postura de cada instituição. A terceira, a teoria da fusão dialógica (*Dialogic Fusion*), é considerada a mais ambiciosa, de acordo com Bateup.

4.1. Teorias dialógicas conforme o método judicial

As teorias fundadas no método judicial, como visto, possuem caráter endógeno e por isto caracterizam-se por defender o diálogo dentro da decisão judicial. O elemento central de tal vertente defende o uso consciente do Poder Judiciário de técnicas decisórias que incentivem o amplo debate da interpretação constitucional com os outros atores políticos.³³⁷

Para esta modalidade de diálogo não se exige que existam mecanismos formais de relação institucional, uma vez que o diálogo se estabelece através da simples interação entre os poderes e não pela observação de um preceito específico. Desse modo, tais tipos de diálogo são facilmente observados em sistemas de jurisdição constitucional baseado na supremacia judicial.

Acrescenta-se, ainda, que os autores que defendem o diálogo através das decisões judiciais diferem-se pelo grau de interação, podendo ser mais deferentes, passivos e minimalistas, até mesmo uma intervenção maximalista. Isso pode indicar o

³³⁶ Essa divisão foi realizada por Christine Bateup e além das subdivisões apresentadas pela autora, acrescentar-se-ão outros relevantes ao debate. Conferir a classificação em: BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006.

³³⁷ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 17.

quão complexa uma decisão de controle de constitucionalidade pode ser, pois não se restringe a um dilema binário entre constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Mesmo que se posicionem por um lado ou outro, há diferentes intensidades de fazê-lo, sinalizando ao legislador sobre até que ponto a Corte poderá interferir no caso.³³⁸

Em uma subdivisão das teorias do diálogo em decisões judiciais, Christine Bateup as divide duas categorias: as teorias de aconselhamento judicial (*judicial advice-giving*) e as teorias centradas no processo (*process centered rules*).

4.1.1. O aconselhamento judicial (*judicial advice-giving*)

As teorias de aconselhamento judicial indicam que os juízes podem empregar técnicas proativas de interpretação e tomada de decisão para sugerir possíveis ações específicas aos atores políticos e orientá-los sobre como evitar intercorrências constitucionais. De modo geral, todas as formas de aconselhamento envolvem juízes que fornecem recomendações aos outros poderes, mas não de maneira vinculativa. O principal objetivo dessas técnicas é assegurar que os poderes políticos compreendam as perspectivas do Poder Judiciário sobre a interpretação constitucional, auxiliando-os na elaboração de nova legislação ou modificação da legislação vigente, para que esta resista a futuros desafios constitucionais.³³⁹ Isso amenizaria, de certa forma, a tensão existente entre os dois poderes.

Como não existe uma forma predeterminada para a realização do aconselhamento judicial, ou mesmo a previsão de um mecanismo específico para a sua utilização, ele pode traduzir-se de inúmeras maneiras. Entretanto, Christine Bateup apresenta duas formas de aconselhamento: (i) os *constitutional road maps*; e (ii) indicação do Tribunal Constitucional de fragilidade ou ambiguidade na legislação, mas não pronuncia a inconstitucionalidade da norma.³⁴⁰

Consoante a teoria norte-americana, as decisões judiciais denominadas *constitutional road maps* vão além da pronúncia de inconstitucionalidade de uma lei, mas

³³⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento em Ciência Política. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

³³⁹ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 17.

³⁴⁰ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 18.

também indicam possíveis caminhos aos Poder Legislativo para a correção da incompatibilidade.³⁴¹

O emprego desse tipo de decisão foi utilizado no caso *City of Chicago v. Morales*,³⁴² julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos. O caso analisou a constitucionalidade da uma lei que impedia a reunião pública de membros de gangues e seus associados (*Chicago's gang-loitering law*).

A Suprema Corte, além de ter declarado a inconstitucionalidade da lei por violar o devido processo legal, também proferiu um roteiro detalhado de alternativas legislativas para que estivesse em conformidade com a interpretação constitucional.

Três anos mais tarde, o Poder Legislativo levou em conta as recomendações no voto da Juíza Sandra O'Connor para a elaboração de um novo diploma legal. A doutrina aponta, portanto, que o movimento foi fruto de um diálogo entre os dois poderes.³⁴³

As críticas relacionadas a esta técnica é que para que ocorra um real diálogo dependerá da intenção da Corte Constitucional. Uma recomendação associada a uma declaração de inconstitucionalidade pode resultar em um desencorajamento do Poder Legislativo.³⁴⁴ Além disso, não há um verdadeiro espaço de deliberação das normas constitucionais, mas somente o aconselhamento dos juízes constitucionais do que deve ser feito.³⁴⁵

4.1.2. Teorias centradas no processo

Nas teorias processuais, os juízes são incentivados a avaliar se as autoridades políticas deram a devida atenção e deliberaram adequadamente sobre questões que afetam valores constitucionais. Caso se constate que não o fizeram, o Judiciário pode pressionar os poderes políticos a reconsiderarem suas decisões com maior atenção a esses valores. Essa abordagem judicial estimula o Legislativo a revisar o tema, alinhando-se ao entendimento da Corte. Defensores dessa teoria argumentam que ela promove um diálogo

³⁴¹ LUNA, Erik. Constitutional Road Maps. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 90, nº 4. 2001.

³⁴² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. *Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999).

³⁴³ LUNA, Erik. Constitutional Road Maps. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 90, nº 4. 2001. p. 1128.

³⁴⁴ LUNA, Erik. Constitutional Road Maps. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 90, nº 4. 2001. p. 1238.

³⁴⁵ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 21.

entre juízes e autoridades políticas, contribuindo para a construção compartilhada do significado constitucional. Além disso, ela reforça o caráter dialógico, pois espera-se que o legislador responda à inconstitucionalidade apontada pelo Judiciário, resultando em uma nova análise judicial da atuação parlamentar.³⁴⁶

Ao adotar tais teorias, o Poder Judiciário amplia o espaço para a deliberação democrática e incentiva os juízes a se envolverem de forma mais clara e direta no debate constitucional. O legislador deve responder às decisões judiciais de maneira fundamentada e cuidadosa, tomando decisões políticas com o devido cuidado e deliberação. Além disso, essa abordagem minimiza preocupações democráticas e de legitimidade, permitindo que os poderes políticos resolvam questões constitucionais de forma mais eficaz. Vale ressaltar que o magistrado não entra no mérito, focando apenas nas cautelas procedimentais que devem ser seguidas pelo legislador.³⁴⁷

Christine Bateup aponta algumas críticas às teorias processuais por não superarem completamente a questão da legitimidade democrática da revisão judicial. Ela destaca que a interação entre regras centradas no processo e regras substantivas de tomada de decisão judicial ainda permanece não respondida. Além disso, aponta que o uso dessas regras pode ter custos democráticos invisíveis, dificultando que os poderes políticos revisitem suas decisões anteriores. Mesmo quando o Judiciário oferece a oportunidade de um “segundo olhar”, questões como mudanças no equilíbrio político e a relevância contínua do tema podem impedir uma revisão eficaz das políticas legislativas.³⁴⁸

4.1.3. *Minimalismo judicial (Judicial Minimalism)*

O minimalismo judicial, ao sugerir que os magistrados decidam menos e evitem considerações teóricas complexas, visa reduzir as dificuldades nas decisões polêmicas dos tribunais e prevenir complicações futuras decorrentes de equívocos. Cass Sunstein destaca a falta de legitimidade do Judiciário para abordar questões políticas reservadas aos demais poderes, argumentando que juízes não são eleitos pelo povo, não possuem

³⁴⁶ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 22.

³⁴⁷ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. pp. 23-26.

³⁴⁸ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 26.

qualificações em ética, moral ou política, e muitas vezes não conseguem antecipar as consequências de suas decisões, especialmente nos âmbitos político e econômico.³⁴⁹

Cass Sunstein propõe o “minimalismo judicial” em duas vertentes: (i) procedimental, em que sugere aos juristas que evitem argumentos filosoficamente densos e controversos ao fundamentar decisões judiciais concretas; e (ii) substancial, que busca melhorar o funcionamento da democracia constitucional, estabelecendo conteúdo específico nas decisões em resposta às diversas vozes públicas. Ambos os métodos são pilares morais que requerem igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política.³⁵⁰

Christine Bateup ressalta que o minimalismo judicial amplia a margem para consideração democrática e escolha por parte do legislador. Em síntese, enquanto outras teorias enfatizam como os juízes podem ativamente fomentar o diálogo com os poderes políticos, o minimalismo judicial implica que os juízes se afastem das decisões de casos, permitindo maior espaço para a deliberação democrática e a tomada de decisões.³⁵¹

Os tribunais devem restringir-se a questões diretamente relacionadas ao caso em análise, evitando abordar controvérsias morais ou políticas desnecessárias para a solução da questão. Essa abordagem visa reduzir a carga de trabalho das decisões judiciais e minimizar erros do Judiciário.³⁵²

Assim, preconiza-se que os tribunais evitem se pronunciar sobre questões secundárias que não estejam diretamente relacionadas ao caso específico em análise. O juiz deve restringir-se à resolução de cada litígio de maneira individual, reservando decisões de cunho político apenas quando absolutamente necessário. Essa abordagem minimalista reflete uma postura cautelosa, sem comprometer aspetos futuros.³⁵³

³⁴⁹ SUNSTEIN, Cass. *Radical in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for América*. New York: Basic Books, 2005.

³⁵⁰ SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time: Judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Pres, 1999, p. ix-xi.

³⁵¹ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 27.

³⁵² SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Oxford University Pres, 1999. p. ix-xi.

³⁵³ SUNSTEIN, Cass. Beyond judicial minimalism. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*. n° 432, p. 1-25, september, 2008. p.1.

O minimalismo, quando considerado como “procedimento”, preconiza argumentações modestas para enfrentar o desacordo razoável duradouro. Por outro lado, como “substância”, promove a deliberação democrática nas instituições politicamente responsáveis. A harmonia entre esses conceitos permite articular adequadamente os papéis distintos do poder judiciário e legislativo. Segundo Sunstein, decisões limitadas e superficiais, que evitam aprofundar-se na análise substantiva da questão em pauta ou preferem não apreciar o caso, validam os processos democráticos, ao deixar espaço para a democracia deliberativa. O minimalismo sugere que os tribunais se concentrem no caso concreto, evitando fundamentos abstratos ou diretrizes amplas. Isso impede que os magistrados interfiram indevidamente no processo democrático, reservando questões fundamentais aos poderes políticos.

O minimalismo defende duas características essenciais: a superficialidade (*shallowness*) na fundamentação e restrição (*narrowness*) quanto ao escopo da decisão.

No contexto da superficialidade, os seus adeptos tomam decisões de forma mais superficial do que profunda. Há referência em deixar questões fundamentais não resolvidas, concentrando-se apenas no estritamente necessário, sem se envolver em problemas complexos. Essa abordagem superficial limita a profundidade teórica da decisão, evitando considerações abstratas em sua fundamentação. Embora todas as decisões sejam justificadas, as questões fundamentais são deixadas de lado, sem elaboração de teorias gerais ou explicações detalhadas sobre o caso específico.³⁵⁴

Quanto à estreiteza, refere-se a decisões em que o tribunal resolve um caso com base em suas particularidades, deixando muitos aspectos sem decisão. O foco está na situação específica em análise, evitando estabelecer diretrizes amplas que se apliquem a outras situações. Essa abordagem mantém o escopo restrito à decisão imediata, diferenciando-a da legislação mais geral. A estreiteza pode ser adotada por diversos motivos, como a necessidade de consenso em um órgão colegiado, desconhecimento da matéria ou a possibilidade de criar problemas futuros com base nas decisões tomadas.³⁵⁵

³⁵⁴ SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time: Judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Pres, 1999. p. 13.

³⁵⁵ SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time: Judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Pres, 1999. p. 10.

Cass Sustein explora situações em que os magistrados podem basear suas decisões em princípios mais amplos e abstratos. Essas situações incluem: (i) quando uma decisão mais abrangente reduz os custos da incerteza para as partes envolvidas e o tribunal; (ii) quando a falta de decisões claras priva os cidadãos de uma base sólida para sua atuação democrática; e (iii) quando uma postura mais ativista promove objetivos democráticos e fornece pressupostos essenciais para o funcionamento da democracia deliberativa.³⁵⁶

Por outro lado, o jurista também destaca os casos que requerem uma abordagem moderada e não-ativista: (i) quando uma solução mais ampla pode gerar incertezas significativas para casos futuros; (ii) na ausência de necessidade urgente de estabelecer critérios públicos de planejamento futuro; e (iii) quando as pré-condições da deliberação democrática não estão ameaçadas e os objetivos democráticos dificilmente seriam promovidos por uma decisão mais ousada.³⁵⁷

4.1.4. *Síntese das teorias do diálogo fundadas no método judicial*

Nas teorias dialógicas do método judicial, como o aconselhamento judicial e as abordagens centradas no processo, o Poder Judiciário desempenha um papel central no diálogo. No entanto, esse “diálogo” muitas vezes vai além da mera condução e pode envolver uma certa imposição dos pressupostos pelo magistrado.

No contexto do aconselhamento judicial, o juiz estabelece uma conduta pré-determinada que o legislador deve adotar, sob pena de inconstitucionalidade. Da mesma forma, nas abordagens centradas no processo, o Poder Judiciário avalia se o legislador considerou adequadamente questões relacionadas a valores constitucionais substanciais. Esse “segundo olhar” do legislador visa alinhar a produção legislativa com a interpretação judicial, evitando declarações de inconstitucionalidade.

Por outro lado, o minimalismo adota uma postura diferente. Ele incentiva a superficialidade na fundamentação e a restrição no escopo decisório. O Judiciário evita proatividade e adota uma abordagem mais cautelosa em relação aos casos julgados. Além

³⁵⁶ SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time: Judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Pres, 1999. p. 57.

³⁵⁷ SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time: Judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Pres, 1999. p. 57.

disso, busca-se um diálogo mais equitativo, onde os atores envolvidos contribuem reciprocamente para a melhor decisão, sem estratégias de imposição.

4.2. Teorias estruturais do diálogo (*Structural Theories of Dialogue*)

De acordo com as Teorias Estruturais do Diálogo, que são caracterizadas por sua natureza descritiva e externa, o foco está em elucidar a dinâmica do diálogo constitucional através das lentes dos arranjos institucionais, e não da abordagem construtiva da tomada de decisão judicial, conforme discutido anteriormente. Em outras palavras, essas teorias dão maior importância à maneira pela qual as relações entre estruturas são formuladas, utilizando mecanismos institucionais ou políticos para resolver divergências decorrentes de uma decisão.³⁵⁸

Christine Bateup postula que o diálogo constitucional ocorre por meio da interação de mecanismos de resposta, facilitando um intercâmbio interativo entre juízes e várias partes interessadas constitucionais.³⁵⁹ Essas teorias não abrangem críticas às teorias dialógicas do método judicial, pois não há domínio da interpretação judicial sobre outros poderes ou figuras políticas. Por outro lado, eles defendem a participação de todos os indivíduos na formação do processo de tomada de decisão.

Essa troca iterativa é benéfica na busca pela melhor elucidação da norma constitucional, pois envolve a proficiência de todas os poderes constituídos, mitigando a natureza contra-majoritária da revisão judicial. A solução ideal pode ser aquela que defenda os princípios constitucionais ou aquela que emerge como altamente duradoura e amplamente adotada na sociedade, ou mesmo como resultado da fusão de pontos de vista institucionais de diversos agentes constitucionais.

4.2.1. Teorias da construção coordenada (*Coordinate Construction Theories*)

As teorias da construção coordenada, originalmente apresentadas por James Madison e Thomas Jefferson, reconhecem que todos os poderes possuem a capacidade de moldar a interpretação constitucional coletiva, com autoridade máxima dada às

³⁵⁸ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *Center for Human Rights and Global Justice working paper economic, social and cultural rights series number 3*. New York, NYU School of Law, 2006.

³⁵⁹ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 32.

interpretações feitas dentro das suas competências específicas. Conforme postulado por Bateup, Thomas Jefferson acreditava que cada Poder deveria ser considerado “coordenado e independente” dos outros, com cada um desempenhando um papel primordial na interpretação da Constituição em relação às suas próprias funções.³⁶⁰

Neal Devins e Louis Fisher apresentam um modelo que fornece uma descrição abrangente do diálogo constitucional, enfatizando a interação entre o Poder Judiciário e outros poderes para influenciar a interpretação da Constituição.³⁶¹ Esse processo envolve controles recíprocos para minimizar a margem de erro na tomada de decisões e determinar a interpretação constitucional. O início das discussões é atribuído ao Poder Judiciário, que deve operar dentro de seus limites jurisdicionais para evitar ser submetido ao controle dos outros poderes, com exceções aos casos de omissão legislativa grave. Essa estrutura conceitual visa abordar as preocupações em relação a potenciais confusões resultantes de múltiplas interpretações do texto constitucional, enfatizando a ausência de uma interpretação dominante.

Com efeito, o Poder Judiciário exerce autoridade sobre os outros ramos por meio de revisão judicial. No entanto, também está sujeito aos outros poderes em caso de desacordo sobre a interpretação constitucional, pois o Poder Judiciário também é suscetível à falibilidade. A ênfase no escrutínio e supervisão da interpretação judicial pelos poderes eleitos ressalta que as decisões judiciais não são definitivas, mas fornecem resoluções temporárias. Conforme estipulado pela doutrina Devins e Fisher, é aceito que todos os três Poderes têm o potencial de identificar deficiências, mitigar exageros e estabelecer progressivamente um consenso sobre questões relativas à constituição.³⁶² O objetivo final, portanto, é alcançar um consenso sobre questões constitucionais.

As Teorias da Construção Coordenada, entretanto, não são imunes ao escrutínio. A crítica mais desafiadora está enraizada na afirmação de que essas teorias endossam um retrato competitivo do diálogo constitucional, o que implica que o consenso só é alcançado durante o curso do processo político. Institucionalmente, um Poder mais forte investido numa questão constitucional específica acabará por triunfar na disputa pela

³⁶⁰ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 33.

³⁶¹ DEVINS, Neal; FISCHER, Louis. Judicial Exclusivity and Political Instability. *Faculty Publications*. 445. College of William & Mary Law School, 1998. p. 96.

³⁶² DEVINS, Neal; FISCHER, Louis. Judicial Exclusivity and Political Instability. *Faculty Publications*. 445. College of William & Mary Law School, 1998. p. 106.

interpretação constitucional ou, pelo menos, os outros interlocutores do discurso tendem a se alinhar com ele.³⁶³ Tem sido argumentado que isso pode levar à aquiescência em vez de um consenso duradouro. Se os diversos participantes envolvidos no diálogo debatessem ativamente os seus pontos de vista e se esforçassem para aprender uns com os outros, o diálogo seria mais promissor.

Além disso, reconhece-se que o papel do Judiciário nessas teorias é bastante preliminar e poderia ser desempenhado de forma mais eficaz por uma entidade não judicial e, possivelmente, por uma instituição mais democrática dentro da estrutura social.³⁶⁴

4.2.2. *Teorias dos princípios judiciais (Theories of Judicial Principle)*

As Teorias dos princípios judiciais (*Theories of Judicial Principle*) diferem das teorias de construção coordenada. Esta última não atribui nenhum papel distinto ao Poder Judiciário no diálogo constitucional. Em contraste, as teorias dos princípios judiciais argumentam que os juízes cumprem um papel dialógico único, promovendo a sua competência institucional relacionada a questões de princípios. Christine Bateup aduz que parte da academia sugere que o diálogo ocorre quando os poderes políticos analisam interpretações baseadas nos princípios da Corte em casos de erro judicial.³⁶⁵ Assim, o diálogo surge da verificação das interpretações dos Tribunais por poderes políticas após um erro em tais interpretações. Apesar da percepção da posição privilegiada do Poder Judiciário na abordagem de questões relacionadas a princípios, esse poder permanece falível, necessitando, portanto, da supervisão de outros Poderes.

A partir de tais conceitos decorrem os Princípios e controle político sobre a Corte (*Principle and Political Checks on the Court*) e o Princípio de articulação legislativa da política (*Principle and Legislative Articulation of Policy*).

As teorias dos princípios também sofrem críticas por não incentivarem o aprimoramento de um diálogo, pois levam a explicações hierárquicas da aprovação

³⁶³ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 39.

³⁶⁴ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. pp. 40 e 41.

³⁶⁵ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 41.

legislativa de declarações judiciais de princípio, ao favorecer a função judicial. O potencial de diálogo só surge no contexto de discordância.

Em contraste com essa perspectiva, Jeremy Waldron reconhece que os juízes não possuem capacidades superiores para determinar os aspetos morais dos direitos. Isso não se deve à crença em sua falta de competência moral, mas sim às restrições estruturais e responsabilidades profissionais que os obrigam a abordar as questões de direitos do ponto de vista legal, às vezes complicando em vez de facilitar a identificação e resolução de questões morais fundamentais.³⁶⁶

4.2.2.1. Princípios e controle político sobre a Corte (*Principle and Political Checks on the Court*)

Alexander Bickel foi o primeiro estudioso constitucional a introduzir uma abordagem dialógica baseada em um papel judicial robusto em relação aos princípios. Bickel afirmou que o judiciário possui uma capacidade única de preservar, salvaguardar e defender princípios devido ao seu distanciamento político, derivado da interpretação da constitucionalidade das leis em casos específicos, concedendo aos tribunais a capacidade de “pensamento sóbrio”.³⁶⁷

As teorias dialógicas baseadas nos princípios e controle político sobre a Corte reconhecem uma função significativa na interpretação judicial em relação aos princípios e à supervisão política que seriam implementados em caso de interpretação errônea. Consequentemente, o Legislativo poderia reintroduzir a legislação disputada, limitar os impactos das decisões judiciais, promulgar emendas constitucionais e afirmar sua perspectiva sobre a interpretação constitucional.

Um aspecto intrigante é a indagação de quem pode determinar a precisão de tal interpretação. A própria ciência jurídica, posicionada como instituidora do dever ser normativo, pode afirmar a plausibilidade, mas nunca a verdade absoluta, devido à dinâmica social em constante evolução que exige uma resposta mais rápida do que os resultados legislativos ou judiciais. Nesse contexto, identificar o “erro” na interpretação se inclina mais para uma afirmação retórica, tendo em vista que, assim, deveria de se fazer

³⁶⁶ WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. In: *International Journal of Constitutional Law*. vol. 7, n. 1, 2009. p. 2.

³⁶⁷ Para mais, cf.: BICKEL, Alexander. *The last dangerous branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Paperback – September 10, 1986.

uma teoria geral interpretativa abrangente para validar o que é certo e o que é errado. Além disso, baseia-se na premissa discutível de que o Judiciário tem uma competência distinta para resolver questões de princípio, sujeitas à supervisão política subsequente. No entanto, é válida ao amenizar as preocupações com relação ao déficit democrático na revisão judicial.

Uma crítica articulada pelo Christine Bateup questiona: “se o judiciário realmente se destaca como uma instituição superior para deliberar sobre questões de princípio, por que os ramos políticos da governança deveriam ser invocados para corrigir os erros judiciais?”,³⁶⁸ questionando assim a justificativa para entidades políticas corrigirem erros judiciais se o judiciário de fato possuir uma posição superior para julgar questões de princípio. O próprio Bickel reavalia sua doutrina e se afasta da suposição de que os juízes têm uma capacidade única de julgar casos com base em princípios.³⁶⁹

4.2.2.2. Princípio de articulação legislativa da política (*Principle and Legislative Articulation of Policy*)

Em relação ao princípio da articulação legislativa da política (*Principle and Legislative Articulation of Policy*), um papel mais proeminente é proposto para o Poder Legislativo no engajamento de um diálogo substantivo quando se trata do desenvolvimento de políticas públicas, conforme sugerido por Peter Hogg, Alison Bushell³⁷⁰ e Kent Roach.³⁷¹ Este princípio destaca a competência especial do Poder Legislativo em equilibrar efetivamente os diversos objetivos sociais. O diálogo sobre a interpretação da Constituição se torna evidente quando o Poder Legislativo responde ao Poder Judiciário, expandindo o escopo de uma questão baseada em princípios colocada pelo Poder Judiciário para incluir objetivos políticos.

³⁶⁸ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 49.

³⁶⁹ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. pp. 47 e 48: “Indeed, in his later work Bickel himself moved away from the idea that judges have a special ability to decide cases on the basis of principle, due to what he perceived to be significant failures of the Court in this regard”.

³⁷⁰ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A.. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). *Osgoode Hall Law Journal* 35.1, 1997. pp. 75-124.

³⁷¹ ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Kent Roach argumenta contra a ideia de que o Poder Judiciário possui competência institucional exclusiva para interpretar direitos e abordar questões baseadas em princípios devido ao seu isolamento político. Em vez disso, o professor reconhece o papel significativo do Poder Judiciário na revisão judicial. As decisões judiciais devem iniciar um diálogo com as autoridades políticas sobre como harmonizar os valores individualistas da Carta com a implementação de políticas sociais e econômicas para um bem maior. O Poder Judiciário é visto como o ponto de partida para essa conversa, uma vez que os princípios de justiça, liberdades fundamentais e direitos das minorias são frequentemente negligenciados nos processos legislativos e administrativos.³⁷² O Poder Legislativo, por outro lado, pode se basear em decisões judiciais para buscar objetivos políticos mais amplos.

Entretanto, Christine Bateup destaca as deficiências dessa teoria, enfatizando que o Poder Judiciário ainda é percebido como tendo habilidades superiores nas questões relacionadas aos princípios. Essa percepção contínua do papel excepcional dos Tribunais leva a outra crítica: apesar dos esforços para promover o diálogo entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, o discurso constitucional permanece predominantemente centrado no Poder Judiciário.³⁷³ Há uma relutância em reconhecer o Poder Legislativo como um intérprete constitucional independente. O papel deste Poder é frequentemente visto como passivo ou reativo.

Além disso, a autora ressalta o papel subordinado e secundário do legislador nos diálogos, levantando preocupações sobre como a revisão judicial afeta os processos legislativos e deliberativos. Existe o risco de os legisladores simplesmente seguirem as interpretações judiciais dos valores constitucionais, em vez de se envolverem ativamente no próprio processo de interpretação.³⁷⁴ A falta de reconhecimento do papel legítimo do Poder Legislativo na interpretação desses valores é um ponto de discórdia.

³⁷² ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001. p. 285.

³⁷³ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 55.

³⁷⁴ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 56.

Essas teorias falham em servir como bons exemplos de diálogo e deliberação interinstitucionais devido ao domínio da primazia judicial, que impede a igualdade em tais diálogos.

4.2.3. *Teorias de Equilíbrio (Equilibrium Theories)*

As teorias do equilíbrio são apoiadas por Barry Friedman,³⁷⁵ Robert Post e Reva Siegel,³⁷⁶ destacando a importância da opinião pública e do papel do Poder Judiciário na promoção de um debate construtivo sobre a interpretação da Constituição. Os Tribunais, embora não tenham primazia, servem como atores fundamentais para engajar o público e a sociedade na participação ativa, garantindo assim uma abordagem equilibrada da interpretação constitucional.

Apesar da falta de preeminência, o Poder Judiciário assume uma função crucial na promoção do debate em toda a sociedade sobre a interpretação das normas constitucionais. As Cortes iniciam debates no âmbito social ao apresentar os seus argumentos ao decidir casos específicos, estimulando assim novas discussões e envolvendo várias instituições em ações deliberativas, conforme observado por Christine Bateup.³⁷⁷

Esta teoria postula que a sociedade como um todo pode participar ativamente na construção do significado das normas constitucionais por meio de um debate abrangente e duradouro, com as decisões judiciais servindo como um ponto de partida fundamental. Peter Häberle aduz que o Tribunal Constitucional defende uma “legitimação democrática especial” em relação às leis implicadas no processo de interpretação constitucional.³⁷⁸ O teórico afirma que as leis aprovadas por meio de controle social efetivo com envolvimento público substancial devem ser devidamente consideradas durante a revisão judicial, aumentando assim sua validade e legitimidade constitucional dos Tribunais.

³⁷⁵ FRIEDMAN, Barry. The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review. *University of Cincinnati Law Review*, 72:1257, 2004.

³⁷⁶ POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Vol. 42, 2007. pp. 373-433.

³⁷⁷ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 58.

³⁷⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 45.

Em uma outra perspectiva, Bateup reconhece a importância teórica de ampliar o foco para abranger o diálogo social, mas adverte sobre a possível mitigação da relevância dos diálogos institucionais entre os Poderes, particularmente em casos com impacto popular mínimo.³⁷⁹

4.2.4. Teorias de Parceria (*Partnership Theories*)

Acredita-se que cada Poder constituído possua conhecimentos que contribuem para um diálogo construtivo. O Poder Legislativo oferece uma visão abrangente das questões devido ao seu envolvimento na criação de políticas públicas amplas, enquanto o Poder Judiciário serve como um contrapeso concentrado na resolução de casos específicos dentro de um escopo mais limitado. Como resultado, existe uma relação complementar entre os dois Poderes que considera os argumentos apresentados por cada potência. Por meio da utilização de mecanismos institucionais, essa interação dialógica aprimora a interpretação constitucional, levando à tomada de decisão ideal.³⁸⁰

Não há domínio hierárquico entre os Poderes, pois eles trabalham em conjunto uns com os outros. O requisito essencial para essa sinergia é a dedicação mútua à promoção do diálogo livre de oposição preconcebida ou adesão inabalável aos pontos de vista existentes. Tal perspectiva aborda efetivamente as preocupações com relação ao papel do Poder Judiciário como uma força contra-majoritária em nível institucional, enfatizando que o ele não ocupa uma posição de superioridade sobre outros Poderes, mas os complementa.³⁸¹

O desafio está em preservar o aspecto social do diálogo, enfatizando a importância dos mecanismos institucionais que regulam as interações entre os poderes estabelecidos.³⁸² É importante notar que as teorias do equilíbrio tendem a diminuir a influência dos Poderes Legislativo e Executivo na promoção de um engajamento público

³⁷⁹ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 69.

³⁸⁰ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 70.

³⁸¹ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 74.

³⁸² BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 76.

mais amplo. Por outro lado, a teoria da parceria, atualmente em análise, opera de maneira oposta.

4.2.5. Teoria da Fusão Dialógica (*Dialogic Fusion*)

A teoria da fusão dialógica proposta por Christine Bateup sugere mesclar os conceitos de equilíbrio e parceria para abordar a questão da legitimidade democrática, levando em conta as dimensões sociais e institucionais do diálogo.³⁸³

O Poder Judiciário desempenha um papel de mediador no discurso, com o objetivo de alcançar um consenso que seja abraçado por todos os ramos do poder e da sociedade. É evidente, portanto, que tal teoria defende a aplicação dos direitos por meio do sistema judicial.

Tais teorias advogam contra a ideia de competição ou conflito para ter a palavra final, mas enfatizam um diálogo contínuo e colaborativo entre instituições que, aproveitando seus distintos conhecimentos e contextos de tomada de decisão, colaboram na definição da interpretação constitucional ideal. Consequentemente, não há noção de precedência, hierarquia ou domínio entre instituições que disputam o monopólio dos direitos fundamentais.³⁸⁴ Neste contexto, Rosalind Dixon comporta as teorias dialógicas dentro do constitucionalismo cooperativo, que é caracterizado por discussões, departamentalismo e minimalismo.³⁸⁵ Diante disso, assim como a deliberação política pode ser prejudicada pela ausência de elementos legais e constitucionais, uma decisão judicial sobre uma questão política que não foi completamente amadurecida pela sociedade pode levar a questões significativas. Para evitar tais cenários, a perspectiva dialógica é defendida.³⁸⁶

O diálogo oferece ao Poder Judiciário uma via para adquirir a legitimidade que é denunciado de não ter democraticamente. Isto permite que os Tribunais se envolvam em veredictos legais e políticos controversos sem enfrentar as críticas associadas à sua

³⁸³ BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006. p. 77.

³⁸⁴ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

³⁸⁵ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 5, Issue 3, July 2007, pp. 391-418.

³⁸⁶ RIBEIRO, Eduardo Kahler. Revisão judicial, paradoxo democrático e diálogo institucional. In: *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, nº 63, 2014.

natureza contra-majoritária e ao padrão de um legislador negativo, pois envolve um choque de ideias de diferentes Poderes, promovendo a colaboração institucional e a disposição de apresentar e ouvir argumentos. Hübner Mendes introduz o termo “rodada procedimental” para significar uma deliberação contínua entre os poderes, mesmo após uma decisão judicial, pois permanece provisória (“última palavra provisória”), suscetível a erros e não impede interações dinâmicas entre instituições, cada uma operando de maneira distinta, mas sempre buscando a melhor decisão.³⁸⁷

Nesse contexto, os debates se tornam enriquecedores à medida que cada um dos Poderes oferece sua perspectiva única sobre várias questões. Articular essas divergências durante “rodadas procedimentais” contribui significativamente para moldar interpretações constitucionais, formular políticas públicas e chegar a decisões sólidas, mesmo em questões puramente políticas. Portanto, melhora a deliberação pública ao reconhecer que cada Poder possui pontos fortes e fracos, nenhum dos quais deve receber uma decisão definitiva, irreversível, absoluta e insuperável.

O aprimoramento de cada qualidade pode ocorrer dentro da relação dialógica, onde os erros são identificados e discutidos entre todos os participantes, reduzindo assim o impacto por meio da construção contínua do significado das normas constitucionais ou da implementação de medidas políticas específicas. Consequentemente, o conceito de supremacia judicial é moderado pela promissora interação dialógica entre os Poderes, alinhando-se aos objetivos das teorias dialógicas. A deliberação, portanto, não conclui o processo de tomada de decisão, mas marca o fim de uma fase processual, resultando em uma decisão temporariamente válida que pode desencadear respostas argumentativas de outras partes envolvidas.

A participação ativa de várias partes interessadas no reconhecimento de suas contribuições ao processo de debate e tomada de decisão leva a vários níveis de intervenção judicial, o que exige uma avaliação completa de sua adequação no campo da especialização para eliminar argumentos irracionais ou legalmente fracos.

Portanto, reconhece-se que as questões orçamentárias estão sujeitas à revisão judicial, embora os argumentos justificáveis e plausíveis do Poder Executivo devam ter mais peso do que uma decisão judicial exigindo adesão estrita à Constituição com base

³⁸⁷ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44.

em princípios amplos e multifacetados. Em resposta à escassez de recursos devido a uma grave crise econômica, o Poder Executivo, apoiado pelo Poder Legislativo, pode optar por reduzir um benefício social específico, uma decisão que não deve ser anulada às pressas pelo Poder Judiciário. Em vez disso, por meio de ferramentas dialógicas, o curso de ação ideal para a comunidade deve ser determinado após uma análise meticulosa do argumento mais forte.

De acordo com Lênio Streck, o escrutínio das decisões é conduzido hermeneuticamente, em que os intérpretes devem demonstrar que as suas interpretações se alinham melhor com a estrutura legal da comunidade política. Os destinatários de tais interpretações, por sua vez, têm o dever de desafiá-las, destacando raciocínios fracos e construções infundadas.³⁸⁸

Abraçar a ideia de que os Tribunais Constitucionais detêm o monopólio da interpretação das normas constitucionais, sem considerar o engajamento dialógico e a deliberação pública, corre o risco de subordinar o Poder Legislativo e o Poder Executivo à jurisprudência da Corte, sufocando sua interpretação independente do conteúdo constitucional. Esse cenário poderia levar a processos decisórios e legislativos inconsequentes, sujeitos à validação subsequente pelo Tribunal, como intérprete oficial.

Posturas extremas são improdutivas e oferecem pouco para uma resolução equilibrada, já as abordagens maximalistas e as minimalistas falham em promover a reavaliação dos Poderes dentro da teoria da separação de poderes. Portanto, promover uma relação dialógica significativa entre os Poderes é crucial, tanto descritivamente para avaliar a intensidade do diálogo, quanto normativamente para explorar caminhos para um diálogo estruturado que permita ao Poder Judiciário se envolver com questões políticas específicas.

5. Da supremacia judicial aos diálogos institucionais

A interação na separação de poderes é uma realidade estabelecida, e não uma seleção ou uma potencialidade. Não surge da vontade de uma autoridade ou de qualquer mecanismo institucional específico, mas é um resultado inevitável da divisão de poderes.

³⁸⁸ STRECK, Lênio Luiz. *A PEC nº 3/2011 e o ex-desconhecido Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-no-32011-e-o-ex-desconhecido-supremotribunal-federal>. Acesso em 3 de Jun de 2024.

Não obstante, por mais bem pensadas que sejam, as instituições são falíveis. Como articula John Rawls, não há como evitar a “justiça processual imperfeita”, um aspecto fundamental da política.³⁸⁹

A deliberação interna nos Tribunais resulta de discussões internas dentro de um órgão e facilita a troca de raciocínios e debates dentro de um grupo específico para garantir uma direção coerente seguida por seus membros, levando a uma decisão unificada, mesmo na presença de dissidências e perspectivas variadas na formulação dessa decisão. Assim, a decisão é um resultado coletivo, evitando a fragmentação na tomada de decisões, o isolamento das minorias e a ausência de uma postura institucional coesa. Durante o processo de tomada de decisão institucional, pode haver vigorosos debates e discussões entre pares sobre as suas diferenças, o que é aceitável em um cenário de tomada de decisão colegiada. No entanto, uma vez tomada a decisão final, ela passa a representar a própria Instituição, servindo como base para a deliberação externa.³⁹⁰ Virgílio Afonso da Silva, apoiado pela doutrina Ferejohn e Pasquale, observa que o modelo europeu adota predominantemente o modelo de deliberação interna, com audiências e trocas verbais pouco frequentes, decisões tomadas a portas fechadas, muitas vezes sem votos divergentes. Essa abordagem protege os juízes da exposição individual à esfera externa, buscando uma decisão clara, objetiva, singular, institucional e consensual.³⁹¹

A deliberação externa se concentra em persuadir atores externos, com o objetivo de promover um discurso entre o Poder Judiciário e outros Poderes, bem como a opinião pública. Ainda consoante Virgílio Afonso da Silva, o modelo norte-americano se alinha mais estreitamente com o modelo de deliberação externa, já que os juízes raramente interagem uns com os outros, realizando tarefas solitárias que visam não convencer os pares, mas atingir um público externo, como o Poder Legislativo, o Poder Executivo, as faculdades de direito e os jornalistas.³⁹²

O diálogo entre os Poderes só pode se materializar por meio da fusão desses dois modelos. Uma vez que os argumentos fundamentais de cada instituição tenham sido

³⁸⁹ RAWLS, John. *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971. p. 86.

³⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 250, 2009, pp. 210 e ss.

³⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 250, 2009, p. 211.

³⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 250, 2009, p. 211.

formulados por meio de deliberação interna, surge a oportunidade de diálogo interinstitucional, com cada entidade fornecendo apoio argumentativo enquanto busca deliberação externa. Isso é crucial, considerando que a interpretação constitucional não deve ser monopolizada por nenhum ramo devido à natureza multifacetada das normas constitucionais, que inerentemente abrigam divergências interpretativas.

A questão central que surge seria como um diálogo constitucional entre poderes pode ser iniciado. Para isto, uma solução plausível está no conceito de fiscalização de constitucionalidade, pois existem estruturas de revisão judicial que permitem que os legisladores se envolvam de forma mais transparente e objetiva com as decisões judiciais, contrastando com modelos que impõem complexos requisitos de execução e enfrentamento.

Na Europa, salvo raras exceções,³⁹³ uma decisão sobre a fiscalização de constitucionalidade normalmente só é superável por meio de uma emenda constitucional. No Brasil, no entanto, existe uma realidade distinta em que a superação legislativa também pode ser alcançada pela promulgação de uma nova lei, a menos que não contrariem as cláusulas pétreas,³⁹⁴ que não podem ser abolidas por meio de uma proposta de emenda constitucional. Apesar da possibilidade de superação das decisões judiciais, o processo legislativo via emenda se torna mais árduo no contexto brasileiro, pois exige um quórum qualificado de três quintos dos votos de ambas as casas legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal) em dois turnos de votação, exceto pelas cláusulas pétreas acima mencionadas que torna o diálogo mais desafiador.

Por outro lado, em sistemas como o canadense, cabe ao legislador responder a uma decisão de inconstitucionalidade reintroduzindo a lei invalidada, ao mesmo tempo que a protege de outras decisões judiciais semelhantes e tem a opção de renovar essa proteção a cada cinco anos. Essa abordagem concede ao legislador a opção de cumprir a decisão do Tribunal que considerou a lei inconstitucional ou de anulá-la por meios legislativos (*legislative override*).

³⁹³ No caso da Inglaterra, o *Human Rights Act* determina que as decisões no controle de constitucionalidade não vinculam o legislador, pois são decisões que apresentam incompatibilidade, e não invalidade, como nos demais ordenamentos jurídicos europeus. Para mais informações do caso inglês, conferir: BAMFORTH, Nicholas. *Parliamentary sovereignty and the human rights act 1998*. Public Law, 1998. p. 572.

³⁹⁴ Conforme o Art. 60, §4º da Constituição Federal: “§ 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”.

Nesta perspectiva, há o questionamento pelo qual tal dinâmica poderia mudar o foco do ativismo judicial para a supremacia do legislador, semelhante a uma forma de soberania parlamentar. No entanto, essa noção é refutada por vários motivos: i) o modelo desencadeia um debate substancial entre os Poderes sem que um tenha domínio absoluto de um sobre o outro. O Poder Legislativo age após a decisão judicial, introduzindo um obstáculo deliberativo que deve ser resolvido dentro do Poder Legislativo, muitas vezes levando a obstáculos. Virgílio Afonso da Silva argumenta que o diálogo desempenha um papel crucial na desaceleração do discurso político, permitindo a reconsideração das escolhas legislativas, especialmente quando confrontado com argumentos convincentes de um Tribunal Constitucional;³⁹⁵ ii) a superação de uma decisão judicial representa uma carga política significativa para o legislador, que corre o risco de ser rotulado de inconstitucional se as suas justificativas forem fracas e incongruentes; iii) esse cenário promove o diálogo entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, ilustrando o controle constitucional como um processo dialógico contínuo aberto a novos argumentos de várias partes interessadas, incluindo a sociedade civil.

No Brasil, assim como nos Estados Unidos, prevalece o modelo de deliberação externa, caracterizado pelo método da sua nomeação, pela condução de audiências públicas e debates orais, pela norma de publicação de opiniões divergentes e pela tomada de decisões como um empreendimento individual. O que assemelha a estrutura brasileira com o modelo europeu de controle de constitucionalidade é evidente por meio do controle abstrato, ações diretas de inconstitucionalidade e da vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Em pensamentos semelhantes, John Rawls e Stephen Gardbaun partilham a ideia de que a palavra final não deve ficar nas mãos somente do Poder Legislativo ou apenas do Poder Judiciário.³⁹⁶ Em uma alternativa, o poder final deve ser harmoniosamente partilhado entre todos os Poderes, uma vez que todos eles possuem responsabilidades diante da sociedade civil. Por essa razão, estabelecer o diálogo é criar “pontes procedimentais e institucionais”.³⁹⁷

³⁹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 250, 2009, p. 214.

³⁹⁶ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993. p. 231.

³⁹⁷ GARDBAUN, Stephen. *O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 34.

6. A guinada rumo aos diálogos institucionais

Diante de todo o exposto até agora, é importante questionar o seguinte: É possível considerar os diálogos institucionais como um caminho para equilibrar a dinâmica entre as instituições? Os diálogos institucionais podem, de fato, dirimir os questionamentos relativos à legitimidade democrática da jurisdição constitucional?

Apresentar respostas prontas e exatas foge à pretensão deste trabalho. Não se intenta aqui apresentar grandes reformas institucionais, mas pretende-se ponderar caminhos possíveis de melhora às instituições já existentes, até porque seria imprudente apresentar a mesma solução a três países com histórico de instituições completamente diferentes.

Conforme demonstrado anteriormente, as teorias dos diálogos institucionais têm o potencial de recalibrar o equilíbrio entre os Poderes ao reconhecer a importância e as competências distintas de cada um dentro do domínio da jurisdição constitucional. Elas defendem, também, os esforços cooperativos por meio da verdadeira deliberação entre os Poderes, com o objetivo de alcançar um consenso que seja mais benéfico para a sociedade, produzindo assim um resultado mais eficaz e duradouro.

De uma perspectiva teórica, essa noção parece adequada para abordar a questão, fundamentada principalmente nas teorias da parceria e da fusão dialógica, que visam a realização de um diálogo substantivo desprovido do domínio de qualquer poder, favorecendo uma atuação colaborativa autêntica.

No entanto, é fácil deduzir que a aplicação da jurisdição constitucional, por diversas vezes, culminará na predominância da interpretação de uma das entidades participantes; às vezes, o Poder Legislativo pode ocupar o centro das atenções, enquanto outras vezes, pode ser o Poder Judiciário. Apesar dos extensos esforços teóricos, as observações empíricas indicam que invariavelmente haverá uma última palavra, que é uma característica intrínseca da estrutura de revisão de constitucionalidade dos atos normativos.

Na verdade, há um grande paradoxo para realizar os objetivos democráticos, no qual os Poderes devem refletir o sentimento popular, mas também devem eles perseguir alternativas a caminhos inovadores. A resposta ao paradoxo é bem apresentada por Barry Friedman que, segundo ele, está presente no funcionamento do sistema constitucional.

Por vezes os Poderes se aproximam e se afastam da opinião popular. Nos Poderes eleitos a aproximação é mais evidente a cada eleição. Por sua vez, os Tribunais passam por ciclos instáveis de “liderança” e “majoritarismo”, podendo ser visionária ou reacionária.³⁹⁸

Neste contexto, é fundamental buscar o equilíbrio entre o poder eleito e o poder contra-majoritário. Se a força majoritária predomina na Corte, perderá a sua credibilidade, a sua função crítica e de diálogo; por outro lado, se sobressai a sua função contra-majoritária passará dos limites da liderança. Tal tensão dinâmica é positiva para o surgimento de novas interpretações constitucionais.³⁹⁹

O sistema político oferece ao Poder Judiciário um mecanismo flexível para considerar a opinião pública ao longo do tempo. Em vez de criar distância, a caracterização dialógica assimilaria o Tribunal ao processo de interpretação do significado da constituição. As descrições tradicionais ignoram as complexidades inerentes ao sistema e pressupõem a discórdia entre a Corte e a maioria. Ocasionalmente, essa presunção pode ser verdadeira em relação às preferências imediatas. No entanto, a possibilidade de dissonância temporária é exatamente o que salvaguarda os princípios fundamentais do sistema constitucional.⁴⁰⁰ Apesar dos ciclos distintos de cada Poder, há momentos de alinhamento. Durante esses casos, os Poderes existentes são capazes de realizar mudanças substanciais de forma colaborativa. Essa dinâmica exemplifica a essência da separação de poderes, um sistema que está sempre em fluxo e nunca estático.⁴⁰¹

Friedman identifica que o diálogo embora seja, por um lado, inevitável, ele deve ser cultivado da maneira mais “aberta, vibrante e eficaz” possível. Para conseguir isso, é essencial promover um equilíbrio ideal entre os dois polos duradouros que impulsionam a função do Tribunal: majoritarismo e liderança, alinhamento e dissonância, dinamismo e última palavra. Em essência, é imperativo buscar um equilíbrio entre um lado, a separação e independência dos poderes e, por outro, o sistema de freios e contrapesos.⁴⁰²

³⁹⁸ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, vol. 91, issue 4, 1993. p. 678.

³⁹⁹ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, vol. 91, issue 4, 1993. p. 678.

⁴⁰⁰ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, vol. 91, issue 4, 1993. p. 674.

⁴⁰¹ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, vol. 91, issue 4, 1993. p. 677.

⁴⁰² FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, vol. 91, issue 4, 1993. p. 652.

Consequentemente, postula-se que não se deve ignorar a presença tangível da última palavra, pois é possível que ela sempre estará presente. Mas, em vez disso, ela deve ser percebida e promovida como “provisória”, no sentido de que está sujeita a reavaliação e modificação contínuas por meio da interação entre os Poderes, facilitada por um debate enriquecido e uma maior capacidade de troca de argumentos, com o objetivo de alcançar o entendimento mais favorável da interpretação constitucional.

Nesse sentido, Conrado Hübner Mendes esclarece bem como poderia funcionar a dinâmica da última palavra provisória:

Numa seqüência de perguntas e respostas, talvez consiga sintetizar sem mais rodeios: A última palavra sobre direitos importa? Sim, mas menos do que se supunha. Importa para quê? Para firmar decisões com pretensão de maior durabilidade; para resolver, ainda que temporariamente, uma demanda por decisão coletiva que valha para todos. Qual, então, o critério para a escolha da autoridade detentora dessa prerrogativa? A confiança da comunidade na instituição que tenha maior probabilidade de produzir a melhor decisão. E se essa instituição for, comparativamente, menos democrática do que as alternativas? Mesmo que se aceite a hipótese da qualidade mais ou menos democrática de instituições isoladas, dentro da lógica da separação de poderes, aquela que for “mais democrática”, caso discorde, sempre poderá responder. Se outra, de fato, for “mais democrática”, dificilmente poderá ser derrotada por muito tempo.⁴⁰³

Assim, a última palavra deve estar associada à predominância e à maior eficácia dos direitos fundamentais, em vez de estar intrinsecamente ligada ao domínio da interpretação de um ramo do poder. Isso representa a principal visão a ser extraída das teorias dialógicas sobre a resolução de conflitos entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo em relação à última palavra no domínio constitucional.

7. A dinâmica dos diálogos institucionais: considerações sobre a relação do Poder Judiciário e o Poder Legislativo

A *judicial review* é uma estrutura localizada na tensão entre os Poderes, justificável do ponto de vista institucional, que enfatiza os méritos de aderir à separação de poderes como um “contrapoder”.⁴⁰⁴

Para melhor ilustrar a dinâmica da teoria dos diálogos institucionais, é imperativo introduzir o caso canadense, reconhecido como uma referência na execução

⁴⁰³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento em Ciência Política. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 181.

⁴⁰⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento em Ciência Política. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 27.

da teoria. Após a introdução da “Carta de Direitos e Liberdades” em 1982, surgiu a questão da legitimidade democrática da fiscalização de constitucionalidade. A solução para esse desafio foi que a supervisão fosse integrada ao diálogo entre juízes e legisladores.⁴⁰⁵ Portanto, nos casos em que o Poder Legislativo tem a capacidade de alterar uma decisão judicial, é correto afirmar que um diálogo interinstitucional está sendo promovido.

No Canadá, pode-se observar a natureza contínua das decisões institucionais pelas quais as decisões judiciais podem ser revertidas, alteradas ou substituídas por uma nova legislação. Os diálogos institucionais poderiam, de fato, justificar uma limitação no processo democrático. No entanto, é essencial reconhecer que as práticas de revisão das leis, bem como a adaptação às decisões da jurisdição constitucional, são elementos fundamentais do próprio processo democrático.⁴⁰⁶

Neste contexto, a Carta de Direitos do Canadá surgiu como uma força motriz para a interação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, pois não criou uma barreira insuperável contra as decisões institucionais. Consequentemente, a noção de diálogo institucional não se originou de um imperativo normativo para o diálogo entre as instituições. Em solo canadense, houve, de fato, uma troca de experiências, em grande parte devido a casos em que a fiscalização de constitucionalidade foi sucedida por ações do legislador competente.⁴⁰⁷

O estabelecimento da jurisdição constitucional no Canadá é reforçado por uma série de níveis de escrutínio ou de fiscalização (*standards of review*), já que a seção 1 da Carta de Direitos estipula que os direitos garantidos devem obedecer a limites razoáveis, conforme definido por lei, e podem ser justificados em uma sociedade livre e democrática.

Os níveis de escrutínio articulados na seção 1 foram definidos no caso *R v. Oakes* (1986), que afirma que: 1) a lei deve buscar um objetivo significativo; 2) deve haver uma conexão racional entre a lei e seu propósito; 3) a lei não pode limitar os direitos mais do

⁴⁰⁵ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997. p. 79.

⁴⁰⁶ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997. p. 80.

⁴⁰⁷ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997. p. 82.

que o necessário para cumprir o seu objetivo; 4) a lei não deve impor um efeito excessivamente severo a seus destinatários.⁴⁰⁸ A maioria dos conflitos legais inevitavelmente se concentra no ponto 3, isto é, a lei é considerada inconstitucional porque não consegue atingir seus objetivos usando os meios menos restritivos de um direito protegido pela Carta. Além disso, a seção 1 possibilita aos legisladores a entregar uma resposta institucional para a preservação da lei com base no ponto 4, afirmando que a legislação visa cumprir objetivos específicos usando a abordagem menos restritiva possível.

Assim, o sistema canadense não consiste em confiar na participação popular direta como mediadora de decisões judiciais, mas, ao contrário, reside na própria estrutura institucional e na tradição dialógica contínua estabelecida entre os Poderes. As decisões da jurisdição constitucional são vistas como catalisadoras do diálogo, pois trazem questões controversas para o discurso público que, de outra forma, poderiam permanecer sem solução e obrigam a uma discussão renovada sobre o assunto.⁴⁰⁹

O sistema de controle de constitucionalidade canadense permite que o diálogo seja concretizado quando abre oportunidade de resposta do legislador após a decisão judicial. Dessa forma, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei, cabe ao Poder Legislativo a sua reconstrução, formando, assim, a ideia de diálogo. Em outra hipótese, o Parlamento tem a possibilidade impedir a fiscalização de constitucionalidade a partir do uso da seção 33 da Carta de Direitos, ao suspender as proteções da Carta por um tempo limitado.⁴¹⁰ Tal dispositivo insere a conhecida *notwithstanding clause* ou *override clause*.

Existe a possibilidade do Tribunal, em certos casos, entender que o Poder Legislativo está numa posição institucional mais vantajosa para decidir a questão e, assim, abrir a oportunidade para o Parlamento se manifestar por uma via democrática

⁴⁰⁸ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997. pp. 84 e 85.

⁴⁰⁹ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997. p. 96.

⁴¹⁰ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997. p. 13.

tradicional.⁴¹¹ Tal postura não significa que a Corte se esquivava da sua responsabilidade fiscalizatória, mas decide que outros Poderes devem apresentar primeiro as possíveis correções da violação constitucional. Se a oportunidade de manifestação não for utilizada, a declaração de inconstitucionalidade será realizada pela Corte.

A partir da experiência canadense, é possível tirar lições sobre o papel dos Tribunais Constitucionais na fiscalização legislativa. Entretanto, é importante ressaltar que, embora o desenho institucional do Canadá tenha diferenças profundas com relação aos sistemas dos países analisados neste trabalho, não quer dizer que o seu estudo não possa acrescentar utilidade.

Ao analisar alguns institutos no caso alemão, é possível identificar alguns mecanismos que permitem a abertura ao diálogo com o Poder Legislativo. Para amenizar a intervenção do Tribunal Constitucional Federal no âmbito legislativo, foram desenvolvidas algumas técnicas decisórias, como a declaração de “mera incompatibilidade”, a declaração de “norma ainda constitucional” e a interpretação conforme a Constituição (também vislumbrada no caso brasileiro).

A declaração de uma norma constitucional “ainda” constitucional (ou decisão de apelo ao legislador) surgiu em casos em que, devido a transformações rápidas nas estruturas sociais e econômicas, em que o legislador ainda não conseguiu se adaptar. É uma decisão que, reconhecendo a legitimidade democrática e a autoridade constitucional do legislador para estabelecer uma regra geral e abstrata, ao identificar uma norma obsoleta, o Tribunal não a considera nula e sem efeito. Em vez disso, ele a reconhece como “ainda” constitucional, ao mesmo tempo em que exige a sua revisão.⁴¹²

Como consequência da decisão, uma obrigação de melhoria é imposta ao legislador. Essa obrigação surge da necessidade de corrigir previsões legislativas imprecisas, dependendo das mudanças observáveis na realidade empírica. O legislador, portanto, mantém-se como a autoridade para determinar os meios e o escopo de ação ao formular um prognóstico, preservando o seu poder discricionário.⁴¹³

⁴¹¹ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, 1997. pp. 15 e 16.

⁴¹² SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 112.

⁴¹³ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 112.

No Brasil, houve algumas oportunidades em que o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura dialógica com o Poder Legislativo. Em diferentes julgamentos, o Tribunal demandou explicitamente a manifestação do legislador em determinados períodos.

No julgamento sobre a possibilidade de desaposentação⁴¹⁴ o Ministro Luís Roberto Barroso aduziu que:

Por fim, a decisão aqui lançada, sem abdicar do papel próprio dos tribunais, que é a tutela de direitos, fez questão de abrir um diálogo institucional e respeitar a separação de Poderes. A solução aqui alvitrada decorre da interpretação sistemática e teleológica da Constituição e da legislação, mas é certamente inovadora, na medida em que supre uma lacuna referente ao tratamento jurídico da desaposentação. Nessa linha, fixou-se um prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o início de sua aplicação, facultando-se ao Legislativo e ao Executivo prover acerca da matéria, sanando a lacuna de maneira diversa, se assim entenderem.

Embora o diálogo no cenário brasileiro encontre percalços institucionais, existem disposições que podem facilitar tal dinâmica entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo. Uma das possibilidades encontra-se no art. 52, X, da Constituição Federal brasileira que estabelece a competência do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Esta disposição constitucional afirma que, no controle difuso, uma vez que o Tribunal profere a decisão final e esta passa pelo trânsito em julgado, ela tem efeito *ex tunc*, embora com implicações limitadas entre as partes. Para suprimir a lei do ordenamento jurídico e garantir que seus efeitos sejam *erga omnes* e *ex nunc*, o Senado Federal deve suspender a aplicação da lei por meio de uma resolução formal.

Historicamente, existe um exemplo em que o Senado desconsiderou a decisão do Supremo e optou por manter a lei impugnada. No Recurso Extraordinário n.º 146.733, a Corte declarou inconstitucional o artigo 8º da Lei n.º 7.689/88, por violação ao princípio da irretroatividade. No entanto, o Senado Federal, por meio da Comissão de Constituição e Justiça decidiu manter a lei, permitindo a sua vigência.

Em relação aos Estados Unidos, as reações legislativas às decisões da Suprema Corte são raras devido às dificuldades no processo de reforma por emendas

⁴¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acórdão. Recurso Extraordinário n.º 661.256. Rel. Min. Roberto Barroso, j. 27.10.2016.

constitucionais.⁴¹⁵ Por tal processo ser tão difícil, os Poderes políticos e a opinião pública encontraram mecanismos institucionais para expressar as suas preferências à Corte. De acordo com Barry Friedman, existe um acordo tácito de que os juízes possuam amplos poderes na esfera judicial, desde que não se desviem em demasiado da opinião pública, sobretudo de assuntos políticos relevantes.⁴¹⁶

Assim, a Suprema Corte tende a guiar-se por uma “reação antecipada” para alinhar o seu posicionamento com os Poderes políticos.⁴¹⁷ A opinião pública tem uma influência substancial sobre as interpretações constitucionais dos Supremos Tribunais. Georg Vanberg afirma que o apoio popular à independência judicial fortalece o Poder Judiciário, pois aumenta o custo político de qualquer reação a uma decisão judicial. De fato, se os cidadãos impuserem penalidades significativas a políticos que desconsideram as decisões da Suprema Corte, figuras políticas, mesmo quando buscam metas relacionadas à reeleição, pensarão duas vezes antes de rejeitar a adesão à decisão, ou sugerir o endosso de uma norma superadora.⁴¹⁸

Diante de tais considerações, é imperativo ressaltar que as diferenças culturais e institucionais dos países aqui apresentados são significativas. No Canadá, os diálogos institucionais já fazem parte da prática institucional e da atuação limitada da Corte Constitucional, que produz as decisões já à espera da resposta do Poder Legislativo. Na Alemanha, no Brasil e nos Estados Unidos, os diálogos institucionais ainda são metas a serem conquistadas, de modo a aprimorar os arranjos institucionais.

8. Conclusão parcial

À luz das considerações acima mencionadas, os referenciais teóricos que cercam os diálogos institucionais oferecem uma nova lente para compreender as relações entre os diferente Poderes em arranjo constitucional. Ao acentuar a importância das interações contínuas entre os Poderes, tais teorias desafiam a compreensão convencional da

⁴¹⁵ Raras foram as oportunidades que o Poder Legislativo alterou formalmente a Constituição dos Estados Unidos. De acordo com Louis Fisher, somente em quatro oportunidades o Congresso norte-americano conseguiu aprovar emendas constitucionais para superar um precedente da Suprema Corte, sendo elas a 11^a, 13^a, 16^a e 26^a emendas (FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as a political process*. Oxford: Princeton University Press, 1988, pp. 201-206).

⁴¹⁶ FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009. pp. 1 e 2.

⁴¹⁷ WHITTINGTON, Keith. *Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review*. Disponível em http://www.princeton.edu/~kewhitt/strategic_context.pdf. pp. 465-473. Acesso em: 25 jun 2024.

⁴¹⁸ VANBERG, Georg. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. New York: Cambridge University Press, 2005. pp. 20-24.

separação funcional rígida, propondo, em vez disso, uma forma mais dinâmica de governança. Em vez de perceber os poderes como esferas distintas, os diálogos institucionais promovem a colaboração e a busca de resoluções coletivas, que podem contribuir para um equilíbrio mais estável e adaptativo frente aos desafios contemporâneos.

Os conflitos entre os Poderes não devem ser abordados meramente do ponto de vista da última palavra de um sobre o outro. Em alternativa, devem ser vistas como perspectivas de fortalecer os princípios democráticos e o controle mútuo. O Poder Judiciário, por exemplo, ao revisar decisões do Poder Legislativo, não necessariamente anula a vontade popular, mas pode incentivar o aprimoramento normativo, abrindo espaço para que as instituições envolvidas revisitem suas decisões com base em novas considerações e em um diálogo construtivo.

A eficácia desse novo paradigma depende da disposição dos atores institucionais em adotar uma abordagem aberta e conciliatória, juntamente com uma estrutura jurídica que promova e legitime tais diálogos. O estabelecimento de um equilíbrio entre os Poderes, portanto, passa pela institucionalização de tais metodologias dialógicas, o que, por sua vez, pode exigir mudanças normativas e culturais a depender do contexto que se inserir.

CONCLUSÃO

A análise conduzida ao longo desta dissertação revelou a complexidade e a relevância dos Tribunais Constitucionais no contexto sociopolítico contemporâneo, evidenciando a intersecção entre a expansão dessas instituições e o fortalecimento da democracia. A evolução do constitucionalismo e a necessidade de fiscalização das normas constitucionais pelas Cortes Constitucionais reafirmam a importância da jurisdição constitucional para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

A crescente influência dos Tribunais Constitucionais também trouxe à tona questionamentos sobre sua legitimidade democrática e capacidade institucional, especialmente considerando que seus membros não são eleitos diretamente pelo povo. Os Tribunais constituem um componente essencial no sistema constitucional, pois a sua ausência impediria a existência e o funcionamento adequado desse sistema. A legitimidade democrática atribuída ao Tribunal Constitucional deve ser reconhecida como um determinante crucial da sua eficácia. Essa legitimidade vai além da mera compreensão do princípio majoritário, mas, sobretudo, está fundamentalmente ancorada na própria Constituição e na compreensão contemporânea da separação de poderes.

Ao analisar a atuação de tribunais constitucionais em diferentes sistemas jurídicos, constatou-se que esses órgãos exercem um papel central na interpretação e aplicação da Constituição, moldando a ordem jurídica e política de seus respectivos países. Ao comparar os Tribunais Constitucionais da Alemanha, do Brasil e dos Estados Unidos, ficou evidente que, embora cada um desses órgãos atue de acordo com contextos históricos, culturais e políticos distintos, todos desempenham papéis cruciais na interpretação e proteção da Constituição. Cada Corte, à sua maneira, contribui para a configuração da ordem constitucional, tanto na defesa dos direitos fundamentais, e também nas questões políticas, institucionais e econômicas.

A partir de tais considerações, ficou claro que o paradigma tradicional da separação de poderes não é mais aplicável ao Estado contemporâneo, consequência de inúmeras mudanças ao longo da história que resultaram no surgimento de estruturas governamentais e institucionais complexas. Reavaliar a separação de poderes para pensar em uma nova dinâmica é de suma importância. A teoria dos diálogos institucionais, discutida ao longo desta dissertação, surge como uma proposta promissora para recalibrar

a relação entre os Poderes, promovendo uma interação mais harmoniosa e colaborativa entre eles.

Embora o conceito de última palavra seja inevitável dentro da jurisdição constitucional, esta dissertação argumenta que tal prerrogativa deve ser vista como provisória e sujeita a constante reavaliação. A "última palavra provisória" deve buscar um equilíbrio entre a eficácia dos direitos fundamentais e a interpretação constitucional, sem permitir que um único Poder prevaleça de maneira absoluta.

Portanto, apesar das tensões inerentes entre o poder majoritário e o contra-majoritário, os diálogos institucionais oferecem um caminho viável para um sistema de separação de poderes mais dinâmico e eficaz. A promoção de um diálogo aberto e contínuo entre os Poderes é essencial para a realização de uma democracia robusta e para a proteção dos direitos fundamentais, assegurando que as decisões tomadas reflitam, em última instância, o melhor interesse da sociedade como um todo.

BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. “Adeus, Montesquieu”. Diego Werneck Arguelhes e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira (Trad.). *Revista de Direito Administrativo*, v. 265, 2014.

ACKERMAN, Bruce. *La nueva división de poderes*. Ciudad du México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

ACKERMAN, Bruce. The rise of world constitutionalism. *Virginia Law Review*. vol. 83, n. 4, 1997, pp. 771–97.

ACKERMAN, Bruce. The Storrs Lecture: Discovering the Constitution. *Yale Law Journal*, v. 93, 1984.

ADEODATO, João Maurício Leitão. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. In: SCAFF, Fernando Facury (org.). *Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AGRA, Walber de Moura. *A Reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXANDRINO, José Melo. *Lições de Direito Constitucional*. v. 1. Lisboa: AAFDL Editora, 2015.

AMARAL, Maria Lúcia Abrantes. *A Forma da República: uma introdução ao estudo de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BACHOF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Civitas, 1987.

BAMFORTH, Nicholas. *Parliamentary sovereignty and the human rights act 1998*. Public Law, 1998.

BANDRÉS, José Manuel. *Poder judicial y constitución*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1987.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of Constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. v. 71, 2006.

BICKEL, Alexander. *Supreme Court and the Idea of Progress*. Yale University Press, 1970.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2 ed. Yale University Press: New Haven, 1962.

BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho constitucional*. tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1966.

- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Tecnos, 1987.
- BOSCH, Jorge Tristán. *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*. Buenos Aires: Universidade de Buenos Aires, Faculdade de Direito e Ciências Sociais, 1944.
- BOSCH, Jorge Tristán. *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública?*. Buenos Aires: Zavalía, 1951.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BROUGH, Christopher B. *From Chadha to Clinton: the Supreme Court in legislative process separation of power cases*. Graduate Research Theses & Dissertations. 2018.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: UERJ, 2012. Dissertação de mestrado.
- CANAS, Vitalino. *Ciência Política*. Coimbra: Almedina, 2022.
- CANAS, Vitalino. *Justiça Constitucional I – De Bonham à constituição prima facie, certezas e inquietações*. Lisboa: AAFDL Editora, 2024.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: SaraivaJur, 2023.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Aroldo Plínio Gonçalves (Trad.). Porto Alegre: Fabris, 1984.
- CHOPER, Jesse H. *Judicial review and the national political process*. A functional reconsideration of the role of the Supreme Court. Chicago: The University of Chicago, 1980.
- CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Jurisdição Constitucional Comparada*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2019.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- DAHL, Robert A. *Democracy and Its Critics*, Yale University Press, 1989.

- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DANELSKI, David J.; WARD, Artemus, *The Chief Justice: Appointment and Influence*. University of Michigan Press, 2016.
- DEVINS, Neal; FISCHER, Louis. Judicial Exclusivity and Political Instability. *Faculty Publications*. 445. College of William & Mary Law School, 1998.
- DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. *Center for Human Rights and Global Justice working paper economic, social and cultural rights series number 3*. New York, NYU School of Law, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- EISENMANN, Charles. *L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs*. Paris: Mélanges Carré de Malberg, 1933.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. reimpr. Cambridge (Mass.)/London: Harvard University Press, 1998.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983.
- FAVOREAU, Louis. Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale. *Revue du droit publique*. 1984.
- FAYT, Carlos S. *La supremacia constitucional y la independencia de los jueces*. Buenos Aires: Depalma, 1994.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Manuel Andrade (Trad.) Coimbra: Arménio Amado Editor, 1933.
- FIGUEROA, Alfonso Garcia. La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- FINCK, Danielle E. Judicial Review: The United States Supreme Court Versus the German Constitutional Court. *Boston College International & Comparative Law Review*. Vol. XX, Nº. 1, 1997.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 1998.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Stato e Costituzione: Materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.
- FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2007.
- FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton University Press, 1988.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review. *Michigan Law Review*, vol. 91, issue 4, 1993.

FRIEDMAN, Barry. The Importance of Being Positive: The Nature and Function of Judicial Review. *University of Cincinnati Law Review*, 72:1257, 2004.

FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Strauss and Giroux, 2009.

FRIEDRICH, Carl J. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática: en Europa y America*. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.

FURSTENAU, Marcel. *Germany's AfD could lose funds for anti-democratic behavior*. Deutsche Welle, 2024. Disponível em: <https://www.dw.com/en/germanys-afd-risks-losing-funding-over-anti-democratic-actions/a-68054159>.

GARAPON, Antoine. *O guardador de Promessas: Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 8. ed. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

GARDBAUN, Stephen. *O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: constitutional courts in asian cases*. USA: Cambridge University Press, 2003.

GINSBURG, Tom. The global spread of constitutional review. In: WHITTINGTON, Keith; KELEMEN, R. Daniel e CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of law and politics*. New York: Oxford University Press.

GOODNOW, Frank. *The principles of administrative law of the United States*, Nova York: G. P. Knickerbocker Press, 1905.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

GULLINO, Daniel; NEDER, Vinícius. 'Coisa julgada': STF determina pagamento retroativo de impostos em casos de revisão de decisões tributárias. O Globo, 2024. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2024/04/04/coisa-julgada-stf-determina-pagamento-retroativo-de-impostos-em-casos-de-revisao-de-decisoes-tributarias.ghtml>.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HÄRBELLE, Peter. Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo. *Anuário Português de Direito Constitucional*. Trad. de J.M Cardoso da Costa.

- HENNIS, Wilhelm. *Verfassung und Verfassungswirklichkeit: Ein deutsches Problem in* FRIEDRICH, Manfred (org.). *Verfassung: Beiträge zur Verfassungstheorie*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978.
- HENKIN, Louis. *Elements of Constitutionalism*. Center for the Study of Human Rights: Columbia University, 1994.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Gilmar Ferreira Mendes (Trad.). Porto Alegre: Safe, 1991.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20 ed. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1999.
- HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *The Annual Review of Political Science*, v. 11, p. 93-118, 2008.
- HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy - The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A.. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). *Osgoode Hall Law Journal* 35.1, 1997.
- HUNTINGTON, Samuel P. Democracy's Third Wave. *Journal of Democracy*. Vol. 2. No. 2. Spring, 1991.
- IMMERGUT, Ellen M. Institutions, Veto Points, and Policy Results: a comparative analysis of health care. *Journal of Public Policy*. vol. 10, n. 4, oct.-dec., 1990.
- KEDZIERSKI, Michal; PLÓCIENNIK, Sebastian. *Germany: the Constitutional Court deprives the government of €60 billion earmarked for transformation*. Centre for Eastern Studies (OSW), 2023. Disponível em: <https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/analyses/2023-11-17/germany-constitutional-court-deprives-government-eu60-billion>.
- KELSEN, Hans. *A Jurisdição Constitucional*. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão (Trad.) São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2ª ed. Durham: Duke University Press, 1997.
- LEE, Youngjae. Law, politics, and impeachment: the impeachment of *Roh Moohyun* from a comparative constitutional perspective. *American Journal of Comparative Law*. Vol. 53, 2005.
- LOCKE, John, *Two Treatises of Government*, Book II, London: C. Baldwin Printer, Harvard University Press.
- LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1982.
- LUCHAIRE, François; CONAC, Gérard. *La constitution de la République Française*. 2. ed. Paris, 1987.

- LUNA, Erik. Constitutional Road Maps. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 90, nº 4. 2001.
- MACPHERSON, C. B. *The political theory of possessive individualism: Hobbes to Locke*. Oxford: Oxford University Press, 1962.
- MADISON, James. *The federalist nº 51*. In: ed. Wesleyan University Press.
- MARTINEZ, Miguel-Angel Alegre. *Justicia constitucional y control preventivo*. León: Universidad de León, 1995.
- MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Grupo GEN, 2011.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento em Ciência Política. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo do legislador: appellentscheidung, na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil (Brasília)*, v. 21, 1992.
- MIRANDA, Jorge. A actividade do Tribunal Constitucional em 1993. Separata da Revista *O Direito*, ano 127, 1995.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo III, 5. ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- MOELLERS, Christoph. *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*. Oxford: OUP, 2013.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. edição brasileira. Jean Melvill (Trad.). São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*. Tomo II. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional II*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- MORAIS, Carlos Blanco de. “Liquid constitutions” and their informal changes. In: BRITO, Miguel Nogueira de; COUTINHO, Luís Pereira (ed.). *The political dimension of constitutional law*. Switzerland: Springer, 2020.
- MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade. In: BRITO, Sousa e et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- MURPHY, Walter F. Who shall interpret? The quest of ultimate constitutional interpreter. *Review of Politics*, 48, 1986.
- NEVES, Marcelo. (Não) Solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, São Paulo, 93: 201-232, 2014.
- NICOLIELLO, Nelson. Los criterios de Suprema Corte de Justicia en materia de declaración de inconstitucionalidad. *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y político. Serie Congresos y Conferencias*, Montevideo, v. 1, pp. 87-92, 1994.
- PERRY, Michael. *The Constitution, the Courts, and human rights*. An inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary. New Haven: Yale University, 1982.
- PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.
- PIMENTEL, Carlos-Miguel. Le sanctuaire vide: la séparation des pouvoirs comme superstition juridique? *Le Seuil. Pouvoirs*. n. 102, 2002.
- PIRES, Francisco António Lucas. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. Vol. 42, 2007.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais – Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*, Harvard University Press, 1971.
- RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- RIBEIRO, Eduardo Kahler. Revisão judicial, paradoxo democrático e diálogo institucional. In: *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, nº 63, 2014.
- ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.
- RODRIGUEZ-AGUILERA, Cesáreo. *El poder judicial em la Constitución*. Barcelona: Bosch, 1980.

- SAMPAIO, Jorge Silva. *O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2022. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620490/>.
- SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 8. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. pp. XI-XIV.
- SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SCHÜTTE, Volker. “Parteienfinanzierung: Die Doppelte Wende Des Bundesverfassungsgerichts Und Die Folgen.” *Kritische Justiz*, vol. 26, no. 1, 1993, pp. 87–92. *JSTOR*, <http://www.jstor.org/stable/23998420>.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2021.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 250, 2009.
- SMEND, Rudolf. *Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1994.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Orgânica Judicial, responsabilidade dos juízes e Tribunal Constitucional*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 1992.
- STRECK, Lênio Luiz. *A PEC nº 3/2011 e o ex-desconhecido Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-pec-no-32011-e-o-ex-desconhecido-supremotribunal-federal>.
- STRECK, L. L. O papel do direito e da jurisdição constitucional. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 595–619, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/54>.
- SUNSTEIN, Cass. Beyond judicial minimalism. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*. nº 432, p. 1-25, september, 2008.
- SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Myth-Making: Lessons from the Dred Scott Case. *University of Chicago Law Occasional Paper*, No. 37, 1996
- SUNSTEIN, Cass R; VERMULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*. No. 156. Chicago, 2002.
- SUNSTEIN, Cass. *One Case at Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Oxford University Pres, 1999.

- SUNSTEIN, Cass. *Radical in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for América*. New York: Basic Books, 2005.
- TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power. In: *The global expansion of judicial power*. TATE, C. Neal e TORBJÖRN, Vallinder. New York: New York University Press, 1995.
- TAVARES, Andre R. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SaraivaJur, 2023.
- TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*, 2. ed., Nova Iorque, The Foundation Press, 1988.
- TRIBE, Lawrence. *The Invisible Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo de constitucionalidade*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020.
- URBANO, Maria Benedita. Politics and the Judiciary: A Naïve Step Towards the End of Judicial Policy-Making. In: COUTINHO, Luís Pereira; SMITH, Steven D.; LA TORRE, Massimo. *Judicial Activism - An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*. Switzerland: Springer, 2015.
- URTUBEY, Rodolfo. Designación y remoción de jueces en la Argentina. In: *Anais do I Congresso Mundial das Escolas da Magistratura*, 1998.
- VAN ALSTYNE, William W. A *Critical Guide to Marbury v. Madison*. Duke Law Journal, v. 1969, n. 1, 1969.
- VANBERG, Georg. *The Politics of Constitutional Review in Germany*. New York: Cambridge University Press, 2005.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de Derecho Político*. vol. II, 2. ed., Madrid: Tecnos, 1977.
- VILE, Maurice J. C. *Constitucionalismo y separación de los poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 2007.
- WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.
- WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. In: *International Journal of Constitutional Law*. vol. 7. n. 1, 2009.
- WHITTINGTON, Keith E. Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. In: *American Political Science Review*, Princeton, v. 99, n. 4, p. 583-596, nov. 2005.
- WHITTINGTON, Keith. *Legislative sanctions and the strategic environment of judicial review*. Disponível em http://www.princeton.edu/~kewhitt/strategic_context.pdf
- ZAPATA, Juan Carlos Moncada. Control constitucional y separación de poderes en el mundo contemporáneo. *Estudios de derecho*. Medellín, ano LX, n. 129, p. 12-57, mayo-1998.

JURISPRUDÊNCIA

ÁFRICA DO SUL. Constitutional Court of South Africa. *Azanian Peoples' Organization ("Azapo") v. President of the Republic of S. Afr.* 1996 (4) SA 672 (CC).

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. 85,264:294 (2001).

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. 2 BvB 1/19 (2024).

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. 7/198 (1958).

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. 2 BvF 1/22 (2023).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 997-4, Rel. Ministro Moreira Alves, julgamento 28.03.1996, publicação 30.08.1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário n.º 189.550-1/SP, Rel. Ministro Carlos Velloso, julgamento 08.04.1997, publicação 27.06.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 536/DF, Rel. Ministro Carlos Velloso, julgamento 08.08.1991, publicação 13.09.1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade. n.º 1.937-6/PI, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento 20.06.2007, publicação 31.08.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4048 MC, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgamento 14.05.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.414/AL. Rel. Ministro Luiz Fux, julgamento 31.05.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Representação de Inconstitucionalidade n.º 1.379, Ministro Relator Moreira Alves, julgamento 12.08.1987, publicação 11.09.1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Representação de inconstitucionalidade n.º 1.417. Relator Ministro Moreira Alves, julgamento 09.12.1987, publicação 15.04.1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.046. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento 15.04.2004, publicação 28.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Mandado de Injunção n.º 708. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento 25.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 526. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento 12.12.1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347. Relator Ministro Marco Aurélio, publicado 19.02.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Agravo Regimental em Habeas Corpus n.º 193.726. Relator Ministro Edson Fachin, publicado 14.04.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 15. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicado 31.08.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário n.º 949.297. Relator Ministro Edson Fachin, publicado 02.05.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. Recurso Extraordinário n.º 955.227. Relator Ministro Luís Roberto Barroso, publicado em 02.05.2023.

CANADÁ. Supreme Court of Canada. *Operation Dismantle v. The Queen*, 1985, 1 S.C.R. 441.

CANADÁ. Supreme Court of Canada. *Reference re Secession of Quebec*, 1998, 2 SCR 217, 161 DLR (4th) 385.

ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Marbury v. Madison*. 5 US (1 Cranch), 197, (1803).

ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 393 (1857).

ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Bowsher v. Synar*, 478 US 714 (1986).

ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Clinton v. Nova York*, 524 US 417 (1998).

ESTADOS UNIDOS. Denver District Court, Colorado. *Norma Anderson, Michelle Priola, Claudine Cmarada, Krista Kafer, Kathi Wright, & Christopher Castilian v. Jena Griswold*, n.º 2023CV32577, (2023).

ESTADOS UNIDOS. Colorado Supreme Court. *Norma Anderson, Michelle Priola, Claudine Cmarada, Krista Kafer, Kathi Wright, & Christopher Castilian v. Jena Griswold*, n.º 2023 CO 63, (2023).

ESTADOS UNIDOS. US Supreme Court. *Donald J. Trump v. Norma Anderson, Michelle Priola, Claudine Cmarada, Krista Kafer, Kathi Wright, & Christopher Castilian*. 601 U. S. (2024).