

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**HÁ REALMENTE SEPARAÇÃO DE PODERES?
O PERIGOSO ATIVISMO JUDICIAL E OS DIÁLOGOS
INSTITUCIONAIS COMO UM CAMINHO PARA A PRESERVAÇÃO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

TIAGO RIBEIRO

RIO DE JANEIRO

2022

TIAGO RIBEIRO

**HÁ REALMENTE SEPARAÇÃO DE PODERES?
O PERIGOSO ATIVISMO JUDICIAL E OS DIÁLOGOS
INSTITUCIONAIS COMO UM CAMINHO PARA A PRESERVAÇÃO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Daniel Capecchi Nunes**.

RIO DE JANEIRO

2022

CIP - Catalogação na Publicação

R484h Ribeiro, Tiago
 HÁ REALMENTE SEPARAÇÃO DE PODERES? O PERIGOSO
 ATIVISMO JUDICIAL E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS COMO
 UM CAMINHO PARA A PRESERVAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO
 DE DIREITO / Tiago Ribeiro. -- Rio de Janeiro, 2022.
 85 f.

 Orientador: Daniel Capecchi Nunes.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

 1. Separação de Poderes. 2. Ativismo judicial. 3.
 Diálogos institucionais. 4. Última palavra. 5.
 Democracia. I. Capecchi Nunes, Daniel, orient. II.
 Título.

TIAGO RIBEIRO

**HÁ REALMENTE SEPARAÇÃO DE PODERES?
O PERIGOSO ATIVISMO JUDICIAL E OS DIÁLOGOS
INSTITUCIONAIS COMO UM CAMINHO PARA A PRESERVAÇÃO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Daniel Capecchi Nunes**.

Data da aprovação: ___/___/_____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da banca

Membro da banca

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, quero agradecer ao Deus eterno e imortal, invisível mas real, pois a Ele devo tudo que tenho e tudo que sou. Tenho certeza que se não fosse a graça e a bondade do Senhor Jesus Cristo na minha vida não estaria nessa honrada faculdade e não teria chegado até aqui. Por isso agradeço pelo amor e condução do Espírito Santo nessa caminhada. Que a minha vida seja sempre para fazer conhecido o nome do Senhor.

Em segundo lugar, gostaria de agradecer também à minha mãe que durante toda a vida se esforçou muito para me proporcionar o melhor possível e, dessa forma, me ajudar a chegar até aqui. Não tenho como recompensar tamanho cuidado e dedicação a mim, a não ser colocando em prática tudo de bom que me ensinou, pois desse jeito sei que poderei contribuir para um mundo melhor.

Também agradeço a todos os amigos que me ajudaram e me deram força ao longo dessa caminhada. Em especial aos amigos que Deus me deu no decorrer da faculdade, obrigado por toda ajuda e companheirismo. Um agradecimento especial também aos meus colegas de trabalho que sempre que precisei se mostraram solícitos e assim, me ajudaram a percorrer esse caminho.

Por fim, quero agradecer a todo corpo docente da Faculdade Nacional de Direito, que compartilhando seus conhecimentos contribuiu em nossa formação. Esse agradecimento também se estende a todos os demais funcionários da Nacional e de toda a UFRJ, sejam técnicos, pessoal da limpeza ou segurança, que no cumprimento de seu trabalho ajuda o nosso percurso durante a faculdade ser mais fácil, seguro e agradável.

A todos a minha mais sincera gratidão.

RESUMO

Este presente trabalho de conclusão de curso tem o objetivo de fazer uma reflexão sobre os rumos do Estado Democrático de Direito na atualidade e quais suas perspectivas para o futuro. Para tanto, no primeiro capítulo retoma a época do surgimento da teoria da Separação de Poderes para lembrarmos a importância desse princípio em uma democracia. No segundo capítulo, se aborda o caminho que levou ao que hoje é conhecido como ativismo judicial e o dano que essa prática pode causar às liberdades conquistadas ao longo da história, assim como, o quanto perto nós podemos estar de uma ditadura do judiciário. Finalmente, no terceiro capítulo, apresenta algumas propostas de diálogos institucionais, como forma de manter a democracia a salvo de senhas autoritárias e proporcionar uma interpretação constitucional legítima e que leve em consideração os mais diversos atores da sociedade.

Palavras-chave: Democracia; Separação de Poderes; Estado Democrático de Direito; ativismo judicial; última palavra; diálogos institucionais.

ABSTRACT

This course conclusion work aims to reflect on the rumors of the Democratic State of Law today and what its prospects for the future. To remember the time of the principle in a democracy to remember the importance of this principle in a democracy to remember. In the second chapter, we discuss what led to what is now known as judicial activism and what this practice can cause to the freedoms conquered throughout history, as well as how close we can be to a dictatorship of the judiciary. Finally, in the third chapter, it presents proposals for dialogues with an institution, as some ways to keep a democracy safe from authoritarian passwords and provide a natural constitutional interpretation that takes into account the most diverse of society.

Keywords: Democracy; Separation of Powers; Democratic state; judicial activism; last word; institutional dialogues.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - SEPARAÇÃO DE PODERES	11
1- Conceito clássico de Separação dos Poderes	11
2- Sistema de Freios e Contrapesos (Checks and Balances)	15
3- Evolução e nova concepção na teoria da Separação dos poderes	18
CAPÍTULO II - ATIVISMO JUDICIAL: DEMOCRACIA EM PERIGO	26
1- Bases que favoreceram a prática do ativismo judicial.....	26
2 - Ativismo judicial e judicialização da política	34
3- Argumentos a favor do ativismo judicial.....	41
4- Argumentos contra o ativismo	43
CAPÍTULO III - DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS	47
1- Dos desenhos institucionais	47
2- A questão da última palavra.....	52
3- Diálogos institucionais: um caminho para a preservação da democracia	60
3.1- Propostas de Diálogos por Christine Bateup.....	63
3.1.1- Diálogos pelo Método Judicial	64
3.1.2- Método de Diálogos Estruturais.....	66
CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	78

INTRODUÇÃO

Na Europa da Idade Média, predominava o sistema feudalista onde não haviam garantias civis nem políticas. Existia a consolidação do regime monarquista em que o titular do poder e o soberano eram os reis. Luís XIV, por exemplo, chegou a dizer: “O Estado sou eu”. Isso mostra que todo poder de decisão a respeito de todos os assuntos pertencia somente ao monarca.

Nesse contexto, surge um movimento que ficou conhecido como constitucionalismo e tinha como objetivo limitar os poderes do Estado, criar um sistema democrático com maior participação popular e diminuir a intervenção do Estado na economia. Já o constitucionalismo moderno visa limitar juridicamente o poder do Estado, para que uma vez contido o poder estatal, prevaleçam as liberdades individuais. Esse movimento se assenta em três bases, a saber: a garantia de direitos individuais; a legitimidade do governo através do voto popular; e a limitação do poder do Estado através da técnica de separação dos poderes.

Sendo assim, o princípio da separação de poderes nasce com a finalidade de assegurar que uma única pessoa não tenha o domínio sobre todas as esferas do Estado, nem tenha o controle de todas as funções da Administração. Dessa maneira, surge a teoria da repartição das funções estatais onde pessoas diferentes exercem as atividades de elaborar as leis, governar o Estado e aplicar as leis feitas pelo legislativo, em outras palavras: Poder Legislativo; Poder Executivo; e Poder Judiciário.

Um dos grandes defensores da separação dos poderes foi Montesquieu, com ele essa teoria ganhou prestígio e notoriedade. Para esse pensador, se não houver um limite, todo aquele que tiver poder em suas mãos tem a tendência de incorrer na prática de abuso e autoritarismo. Para evitar esse acúmulo de tanto poder em uma só pessoa é necessário organizar a sociedade política de modo que o poder seja um freio ao próprio poder. Dessa forma, colocam-se as funções estatais sob a guarda de pessoas distintas, fazendo com que um seja limitado pelo outro.

No entanto, com as novas demandas sociais e políticas da sociedade, a teoria da separação de poderes vem ganhando novos contornos e interpretações. A concepção clássica

da separação dos poderes começou a receber duras críticas porque diminuía a capacidade do Estado para resolver os problemas da população. Além disso, argumenta-se que os fatos que motivaram o surgimento clássico da separação dos poderes não existem mais e por isso há uma necessidade de um maior diálogo entre as instituições.

Por outro lado, temos visto de forma crescente, no cenário atual, um protagonismo cada vez maior do Poder Judiciário, um fenômeno que muitos denominam de ativismo judicial. Há diversos questionamentos quanto à legalidade e legitimidade constitucional nas decisões de juízes que intervêm em atos de outros Poderes. No Brasil, por exemplo, a Suprema Corte é a instituição que possui mais autoridade entre os três poderes sem que seus integrantes tenham recebido um voto sequer para representar a sociedade. Assim, surge a problemática da dificuldade contramajoritária que coloca em xeque a legitimidade dos juízes para tomar decisões de cunho político e social sem terem sido eleitos para isso.

Nesse diapasão, como forma de amenizar esses problemas e evitar que o Estado Democrático de Direito se torne uma ditadura do Judiciário, juristas e pensadores do direito sugerem que se desenvolva um desenho institucional capaz de criar vias de comunicação entre as diversas instituições de Estado, de forma que o poder decisório não se restringia a uma só instituição, muito menos ao judiciário, que na visão de boa parte da sociedade e até mesmo dos operadores do direito, não tem respaldo a legitimidade necessária para decidir sobre os rumos da população.

Desta forma, este presente trabalho pretende analisar se realmente o princípio da separação dos poderes é respeitado na relação do Judiciário com os demais Poderes e de que forma as teorias do diálogo institucional podem ajudar na manutenção e estabilização da Democracia e na harmonia e independência entre os Poderes. Para tanto, vamos buscar compreender o princípio da separação de poderes e suas novas nuances. Pesquisar literaturas relacionadas ao ativismo judicial. E, por fim, levantar literatura respeitante aos diálogos institucionais, em especial sobre a sistematização dessas teorias feitas por Christine Bateup.

CAPÍTULO I - SEPARAÇÃO DE PODERES

Neste capítulo buscaremos entender como surgiu e como se desenvolveu a teoria da separação de poderes ao longo do tempo. Para isso foi dividido em três subtópicos, sendo o primeiro tratando a respeito do conceito clássico da separação de poderes, o segundo sobre o sistema de freios e contrapesos e o terceiro apresenta a nova concepção de separação de poderes.

1- Conceito clássico de Separação dos Poderes

Para uma melhor compreensão das mudanças ocorridas ao longo do tempo da técnica de separação de poderes é necessário conhecer os fundamentos teóricos e seu desenvolvimento histórico que a embasam.

Autores como o português Nuno Piçarra, acreditam que gênese da separação de poderes é tida na teoria da constituição mista de Aristóteles, na antiguidade clássica. Ele descreve essa teoria de Aristóteles da seguinte maneira:

(...) constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se-lhe, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político.¹

Dessa forma, Maldonado² observa que Piçarra extrai da teoria aristotélica a ideia de “equilíbrio ou balanceamento das classes sociais” que seria associada à doutrina da separação de poderes.

Marília Barbosa, também identifica em Aristóteles a origem desse sistema de governo, assim, diz ela:

O filósofo Aristóteles, através de uma reflexão e de uma análise descritiva da estrutura política da Grécia Antiga, já distinguia que o governo se compunha de três

¹ PIÇARRA, 1989, p. 33, apud, MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. Revista Jurídica "9 de Julho", n. 2, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 195-214, 9 jun. 2003, p. 224.

² ibidem, p. 225.

partes: aquela que deliberava acerca dos negócios do Estado; uma segunda, que exercia a magistratura (definida como uma espécie de função executiva); e a terceira, que abrangia os cargos de jurisdição. Essas três partes do governo, descritas por Aristóteles, guardam estreita semelhança com as funções ou poderes do Estado que hodiernamente são reconhecidos nas sociedades politicamente organizadas.³

O professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho é outro a reconhecer que há elementos da separação de poderes em Aristóteles. Segundo Ferreira Filho, o filósofo grego se inspirou na república ateniense, onde verificava a diferença de três funções, sendo uma deliberativa, uma executiva e outra judicial, todavia, observa que em nenhum momento Aristóteles sugeriu a técnica da separação de poderes. Para o professor, esse modelo de governança surgiu na república romana, onde existia um sistema de contraposição de poderes, a saber: o do senado, o dos cônsules e o do povo.⁴

De fato, Políbio, historiador grego, desenvolve a “Tese de Governo Misto”, baseada na república romana, onde ele enxerga uma tripartição de poderes, sendo eles, o rei, o senado e o povo. Para ele essa forma de governo misto era a melhor possível, porque um poder poderia controlar o outro, isto é, havia um controle recíproco baseado no princípio do equilíbrio dos poderes. Sobre isso assevera Políbio:

Licurgo... não formulou uma constituição simples e uniforme, mas reuniu todas as características dos melhores sistemas políticos, de modo que nenhuma delas, adquirindo força maior do que a necessária, se desviasse no sentido dos seus males congênitos mas, ao contrário, de forma que cada uma neutralizasse as outras; equilibravam-se os diversos poderes, nenhum deles se tornava excessivo e o sistema político permanecia prolongadamente em perfeito equilíbrio, como um barco que vence a força de uma corrente oposta. (VI, 10). (s.d, apud BOBBIO, 2001, p.60)

Desse jeito, Políbio aponta como êxito de Roma a constituição mista, tendo em vista que já se vislumbrava uma espécie de sistema de freios e contrapesos o que garantiria que um poder tivesse certo controle sobre o outro, evitando um autoritarismo que viesse a prejudicar toda a nação. Diz ainda que esse sistema misto de governo serve tanto para um poder obstruir um abuso por parte de outro, como também para colaborar no desenvolvimento de suas atividades em sua concepção clássica. Como se vê, essas observações do historiador grego,

³ BARBOSA, Marília Costa. Revisão da teoria da separação dos poderes do Estado. Rev. Cient. Fac. Lour. Filho, Fortaleza, v. 1, n. 5, p. 1-16, jul. 2006, p.2.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. Cadernos Jurídicos de Direito Constitucional, São Paulo, v. 40, n. 16, p. 67-81, abr./jun. 2015, p.68.

vem se tornar, mais tarde no século XVIII, a base para o desenvolvimento da técnica de separação dos poderes.

Não obstante, podemos dizer, apesar de não ser unanimidade, que é com John Locke, que a separação de poderes ganha um desenvolvimento teórico um pouco mais técnico-científico, muito influenciado pelo chamado liberalismo clássico. Conforme Fabiano Gonçalves Carlos⁵, o que se destaca na teoria de Locke é a supremacia do Poder Legislativo, face ao Poder Executivo. Mas deve-se observar que Locke apontava para a necessidade de existir outras esferas de poder competentes para exercer o poder político, de modo tal, que o poder de legislar, executar e julgar questões controvertidas, não ficasse concentrado nas mesmas mãos, sob o risco de colocar a prova a fragilidade humana, muito sujeita a ambição.

Contudo, foi com a obra “*O Espírito das Leis*”, lançada em 1748, por Montesquieu, que a teoria da separação de poderes ganhou grande adesão e reconhecimento nos meios acadêmicos e passou a ser implementado em alguns países como uma forma de conter o absolutismo dos monarcas e garantir os direitos dos indivíduos.

Montesquieu foi o primeiro a empregar uma metodologia racional na construção da teoria da separação de poderes, com amplo grau de objetividade científica, quase inflexível, cuja raiz epistemológica habita as ciências naturais. Do grande relato moderno dos fenômenos sociais e políticos necessários e invariáveis resultou a formação de um dogma até hoje cultuado em sua versão original.⁶

Tendo como ponto de partida, a tirania do regime absolutista, que oprimia os cidadãos à época, Montesquieu⁷ propõe que as funções do Estado sejam divididas em três poderes, sendo eles: Legislativo, Executivo e Judiciário, de tal maneira que um poder seja freio aos outros, e dessa forma, para ele, não haveria o risco de abuso ou tirania. Assim, Montesquieu salienta que “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

⁵ CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação dos poderes: da concepção clássica à noção contemporânea. Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 43, n. 140, p. 151-184, out. 2016, p. 155.

⁶ ibidem, p. 156.

⁷ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Do Espírito das leis: Montesquieu. Edição do Kindle. p. 10.

Conforme aduz o professor Carlos⁸, para Montesquieu os poderes deveriam atuar de forma independente, onde cada um decidisse sobre as matérias afetas às suas competências, exercendo a faculdade de ordenar por si mesmo (*faculté de statuer*), e detendo os excessos uns dos outros por meio da faculdade de impedir a prática de “actos contrários ao Direito ou ao equilíbrio constitucional, paralisando a ação deles quando exorbitem ou anulando os seus actos ilegais (*faculté d’empêcher*)”.

Marília Barbosa⁹, também identifica na teoria de Montesquieu as atribuições de estatuir e de impedir dos três poderes e relaciona essas capacidade ao sistema de freios e contrapesos que se torna essencial na técnica de separação de poderes, pois é através desse mecanismo que um poder pode impedir abusos por parte de outros poderes. Para ela, designando essas atribuições, de estatuir e impedir, Montesquieu firmou o sistema de freios e contrapesos, possibilitando cada um dos poderes a desenvolver funções atípicas, isto é, funções que essencialmente pertencem a outro poder.

Dessa forma, Montesquieu firmou o sistema de freios e contrapesos, conferindo ao poder executivo participação legislativa, por sua faculdade de impedir. Recusando ao poder legislativo qualquer participação na execução, consagrou-lhe, todavia, o direito de examinar o modo pelo qual se executam as leis por ele elaboradas, sendo ainda este poder composto de duas câmaras, com forças mutuamente equilibradas, munidas das respectivas faculdades de impedir e estatuir, uma em relação à outra. Não atribuiu Montesquieu as faculdades mencionadas ao poder judiciário, porque, de acordo com a sua concepção, somente os poderes legislativo e executivo seriam essencialmente políticos.¹⁰

Como se vê, Montesquieu não admitia ao poder judiciário a capacidade de executar funções atípicas, pois não o considerava um poder político e sim um poder nulo. Diferente do ocorreu nos Estados Unidos ao implementar a teoria da separação de poderes em sua constituição. Os americanos temiam o risco da grande concentração de poder pelo Legislativo e por isso propuseram a possibilidade de um poder interferir no outro. Isso fica claro na publicação de “Os Federalistas” conforme assevera Ham:

Em 1788, a publicação de “O Federalista” - obra conjunta de Hamilton, Madison e Jay -, colaborou para a instituição do primeiro sistema de governo republicano baseado na separação de poderes. Os autores concordavam com a separação de poderes em diferentes órgãos, de acordo com suas funções específicas. Porém,

⁸ CARLOS, Fabiano Gonçalves, 2016, op. cit. p. 158.

⁹ BARBOSA, Marília Costa, op. cit. p. 7.

¹⁰ *idem*.

acreditavam que a independência entre os poderes não seria praticável na forma proposta por Montesquieu, e defendiam parciais intromissões entre um poder e outro. Em seus textos fica claro que o controle entre os poderes se dá, especificamente, sobre os detentores do poder. A concepção sobre a natureza humana fundamenta as reflexões em “O Federalista” e, em várias passagens, revela uma visão realista do comportamento dos homens.¹¹

De acordo com Ferreira Filho,¹² o objetivo da separação dos poderes é o estabelecimento de um governo limitado, moderado, respeitoso dos direitos fundamentais e apto à realização do interesse geral. Por isso, Como está no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, é ela inerente à (verdadeira) Constituição, portanto, imprescindível ao constitucionalismo.

2- Sistema de Freios e Contrapesos (Checks and Balances)

A partir disso, Ham¹³ traz a diferenciação entre a “teoria de separação de poderes pura” e a “teoria da separação parcial de poderes”, de onde surge o Sistema de Freios e Contrapesos (checks and balances), que possibilita a intervenção de um poder no outro para impedir seus abusos.

A atribuição de funções específicas para cada poder é a importante inovação introduzida pela “teoria da separação de poderes pura”. Como defendido nas teorias anteriores, estabelece que cada poder não pode ingerir-se nas atividades atinentes aos outros poderes, vedando a ocupação simultânea de cargos em um e outro poder pelos mesmos indivíduos.

Já a “teoria da separação parcial de poderes” é estabelecida dentro da perspectiva da “teoria do governo equilibrado”, em que um poder controla o outro. Ela inova ao permitir, em certa medida, o compartilhamento de funções, principalmente no que tange à função legislativa, o que dá ao Executivo, por exemplo, a possibilidade de também dispor de atribuições legislativas (poder de veto). Tal compartilhamento passa a ter atribuições de freios e contrapesos (checks and balances) a serem aplicados nas relações entre os poderes.¹⁴

¹¹ HAM, Jocemar Van Der. Freios e contrapesos: a edição de medidas provisórias e a relação entre os poderes no Brasil. 2005. 73 f. Monografia (Especialização) - Curso de Pensamento Político Brasileiro, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2005, p. 8-9.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 2015, op. cit. p. 69.

¹³ HAM, Jocemar Van Der, 2005, op. cit. p. 10.

¹⁴ idem.

Desse jeito, Barbosa e Saracho,¹⁵ afirmam que o Sistema de Freios e Contrapesos consiste no controle do poder pelo próprio poder, onde cada um tem a autonomia para exercer suas funções, porém seriam controlados pelos outros, a fim de não ultrapassarem seus limites. Isso serviria para que os Poderes embora independentes trabalhassem em harmonia uns com os outros.

Para Frota¹⁶, o mecanismo de freios e contrapesos funciona como reforço da separação dos poderes. O relacionamento entre os Poderes vai além da independência. Ele diz também, que em igual importância, há a necessidade de harmonia, a qual se concretiza na possibilidade de um Poder decotar os excessos de outro.

De acordo com Medeiros,¹⁷ a separação de poderes não deve, de modo algum, ser encarada como um dogma estanque e refletor de realidades alienígenas, mas como uma forma de preservação de uma determinada realidade constitucional. Mostra como exemplo o Brasil, quando diz que a nossa realidade constitucional alberga uma separação de poderes caracterizada por incisivos mecanismos de freios e contrapesos. Contudo, deixa claro que o arranjo institucional dos freios e contrapesos, não pode impedir a independência dos Poderes. Assim, também assevera Canotilho:

(...) Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação de poderes e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial. O alcance do princípio é visível quando com ele se quer traduzir a proibição do 'monismo de poder', como o que resultaria, por ex., da concentração de 'plenos poderes' no Presidente da República, da concentração de poderes legislativos no executivo ou da transformação do legislativo em órgão soberano executivo e legiferante.¹⁸

¹⁵ BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antonio Benites. Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos (checks and balances system). Revista Jurídica Luso Brasileira, Lisboa, v. 2, n. 5, p. 1627-1634, fev. 2019, p. 1.630.

¹⁶ FROTA, Danilo Barroso. A separação dos poderes, a atuação do Poder Judiciário e a efetividade da Constituição. TCC (Graduação em Direito) Universidade Federal do Ceará, Fortaleza/CE, 2008, p. 15.

¹⁷ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação de Poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 178, p. 195-205, abr./jun. 2008, p. 9.

¹⁸ CANOTILHO apud MEDEIROS, 2008, op. cit. p. 9-10.

Segundo Grohmann,¹⁹ a separação de poderes é a independência que existe entre duas partes. Desse jeito, uma parte dispõe de poderes próprios, os quais, para serem empregados, não necessitam de sanção de qualquer outro. Para esse autor isso se diferencia do sistema de freios e contrapesos, uma vez que este, significa que uma parte tem o poder de verificar as ações da outra, checar e balancear e bloquear ou obstaculizar as ações da outra. Dessa forma, ele levanta uma questão que começou a se tornar um problema: “A questão contida na construção da armadura institucional do sistema de governo, é como estabelecer o equilíbrio entre ter poderes independentes e autônomos e a capacidade de circunscrever o outro.”

Sendo assim, Kato, aponta algumas características do sistema de freios e contrapesos.

O sistema de freios e contrapesos afasta a rigidez da separação ao permitir interferências recíprocas entre os poderes, com o objetivo de impedir a hegemonia de um deles sobre os demais. Por meio desta técnica, confere-se a cada um dos poderes os meios necessários para repelir tentativas de usurpação de suas funções por parte de outro. São exemplos de mecanismos de freio e contrapesos: o veto presidencial, o processo de impeachment e o controle judicial da constitucionalidade.²⁰

Esse sistema foi criado para permitir um mecanismo de controle mútuo entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que apesar de distintos e independentes deve funcionar em harmonia. Pelas características de suas faculdades essa harmonia poderia ser infringida, mas continuaria a funcionar se o sistema de freios e contrapesos for seguido. Com isso, percebe-se que cada poder não exerce suas funções de forma exclusiva, pois esse sistema mostra a relatividade da separação de poderes.²¹

Dessa forma, Souza,²² entende que os criadores da ideia do sistema dos pesos e contrapesos, que estavam preocupados em limitar o poder, observaram que a separação de poderes, pura e simplesmente como foi concebida, não era suficiente em alcançar seu objetivo principal que era o de limitar o poder. Sendo assim, ele assevera que esse sistema

¹⁹ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A Separação de Poderes em países presidencialistas: a América Latina em Perspectiva Comparada. Revista de Sociologia e Política, nº 17, p.75-106, nov. 2001, p. 83.

²⁰ KATO, apud, SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. Separação e conflito de poderes: descumprimento de ordens judiciais. 2008. 121 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza - Unifor, Fortaleza, 2008, p. 20.

²¹ HAM, Joemar Van Der, 2005, op. cit. p. 14.

²² SOUZA, Cid Marconi Gurgel de, 2008, op. cit. p. 20.

complementa a separação de poderes e, garante que apesar de permitir que um poder interfira no outro garante a cada um a preservação de suas competências.

3- Evolução e nova concepção na teoria da Separação dos Poderes

Conforme aduz Barbosa e Saracho, a teoria da separação dos poderes surgiu na época da formação do Estado Liberal baseado na livre iniciativa e na menor interferência do Estado nas liberdades individuais.²³

Dessa forma, também observa Marília Costa Barbosa, que a teoria da Separação dos Poderes foi desenvolvida e implementada na sua gênese, como pressuposto de um Estado Liberal, que tinha como objetivo reduzir ao mínimo a atuação estatal.²⁴

A respeito dessa temática, Gonçalves Carlos afirma que

Naquelas circunstâncias históricas, que precederam o florescimento do Estado liberal no século XIX, presumia-se uma igualdade formal em razão da qual o Estado não poderia interferir na esfera individual dos cidadãos que, por sua conta e risco, teriam condições de satisfazer suas necessidades materiais e existenciais. Por obra do constitucionalismo da época, surgiram, no século XVIII, os direitos fundamentais de primeira dimensão, que correspondem aos direitos individuais e políticos, pelos quais o indivíduo possui uma esfera de liberdade intangível, na qual o poder do Estado é juridicamente limitado, devendo abster-se de interferir na liberdade de seus membros.²⁵

Não obstante, na esteira do desenvolvimento das teorias da separação de poderes e dos freios e contrapesos, surge o movimento jurídico-político que ficou conhecido como constitucionalismo, conforme afirmam Sarmento e Souza.²⁶ Esses autores apontam que tal movimento tinha como objetivo a limitação jurídica do poder do Estado em favor da liberdade individual. Isso porque o poder ilimitado que os soberanos do Estado Absolutistas possuíam atrapalhava o desenvolvimento e crescimento do capitalismo e dessa forma a burguesia

²³ BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antônio Benites, 2009, op. cit. p. 1.630.

²⁴ BARBOSA, Marília Costa, 2006, op. cit. p. 23.

²⁵ CARLOS, Fabiano Gonçalves, 2016, op. cit. p. 162-163.

²⁶ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 72-73.

emergente da época, buscou proteger a liberdade, a propriedade e os contratos. Daí vem a noção de que os governantes também deveriam estar submetidos a ordenamentos jurídicos.

A ideia de liberdade alentada pelo constitucionalismo liberal-burguês era muito mais identificada à autonomia privada do indivíduo, compreendida como ação livre de interferências estatais, do que a autonomia pública do cidadão. Além disso, a liberdade era concebida em termos estritamente formais, como ausência de constrangimentos externos, imposto pelo Estado à ação dos indivíduos. Não havia qualquer preocupação com a liberdade real das pessoas, que pressupõe a existência de condições materiais mínimas necessárias para que cada um possa fazer conscientemente suas escolhas e persegui-las em sua vida particular. Ademais, o foco centrava-se mais sobre as liberdades econômicas do que sobre as liberdades existenciais.²⁷

Sobre isso, acrescenta Carlos Henrique Bezerra Leite:

No Estado Liberal, no qual só se reconhecem os chamados direitos humanos de primeira dimensão (direitos civis e políticos) e, ainda assim, numa perspectiva individualista, o processo é caracterizado pelo tecnicismo, legalismo, positivismo jurídico acrítico, formalismo e “neutralismo” do Poder Judiciário (juiz “boca da lei”). A ação, no Estado Liberal, nada mais seria do que a derivação do direito de propriedade em juízo. Daí a supremacia, quase que absoluta, do princípio dispositivo.²⁸

Todavia, ao longo do século XX, o liberalismo econômico começa sofrer fortes abalos e a ser questionado, devido a grande desigualdade social que gera na sociedade. Enquanto os mais ricos acumulavam cada vez capital, a parte mais pobre da sociedade sofria com falta moradia, educação, serviço de saúde entre outras necessidades básicas do ser humano, dando espaço para o surgimento dos chamados direitos de segunda geração.

Cíntia Morgado,²⁹ salienta que devido a política liberal ter entrado em declínio durante o século XX, aumentou as exigências para que os governos governassem de fato, isto é, atuassem de uma forma mais prática para atender as reivindicações sociais que começaram a surgir na sociedade. Dessa forma, continua ela dizendo, as consequências da industrialização, somados aos cada vez mais graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam e a

²⁷ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 81.

²⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho - 19. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.e-book, p. 98.

²⁹ MORGADO, Cíntia. A nova face da separação de poderes: capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, nº 66, p. 64-93, 2011, p. 68.

comprovação por parte da população que a simples formalização de ideais como liberdade e igualdade não garantiam a efetivação desses direitos, fez eclodir no seio da sociedade vários movimentos de lutas por direitos sociais.

Ora, o tipo de Estado que se limitava a prover regras básicas para o comércio e sociedade civil, oferecer políticas, prisões e Forças Armadas, para afastar o perigo interno e externo, ou seja, o Estado "guarda noturno", tornou-se obsoleto. Sinal da mudança dos tempos veio com a promulgação das Constituições Mexicanas de 1917, e de Weimar, de 1919, representantes do advento do constitucionalismo social, acentuado após a II Guerra Mundial, quando surgiram outras Cartas Fundamentais, em que se relacionavam os novos direitos fundamentais.³⁰

Devido a esse processo de derrocada do modelo liberal na condução da economia e aos recorrentes protestos por melhores condições de vida a dinâmica da separação dos poderes também sofre alterações como bem aponta Souza:

Empós, a evolução do capitalismo deixa o modelo liberal em decadência para ceder espaço ao Estado Social, também chamado de "Estado Providência". Para este, não basta a garantia das liberdades negativas, o Estado deve também atender às prestações positivas.

Com isto, o Executivo passou a legislar, especialmente após o crack da Bolsa de Nova Iorque, em 1929. Esta alteração deu início à terceira fase da teoria da Separação de Poderes, em que sua característica primordial foi a crescente interferência entre os três Poderes, mas estas intromissões sempre limitadas constitucionalmente.

Até hoje, os reflexos desta terceira fase são notados. Vê-se que, por intermédio das Medidas Provisórias e as suas constantes reedições, o Executivo passa verdadeiramente a legislar.³¹

Nesse mesmo sentido afirma Barbosa:

Nesse momento histórico não mais se exigia uma limitação rígida das ações do Estado, o que muitas vezes engessava o desempenho de suas funções, mas reclamava-se uma atuação estatal que atendesse às exigências da sociedade, cada vez mais graves e urgentes, primando pela sua eficiência.

Surge, pois, a necessidade de adaptar a clássica separação dos poderes a essas novas aspirações, mantendo-se, entretanto, a sua função de frear a invasão do Estado na esfera individual.³²

³⁰ *ibidem*, p. 68.

³¹ SOUZA, Cid Marconi Gurgel de, 2008, *op. cit.* p. 21.

³² BARBOSA, Marília Costa, 2006, *op. cit.* p. 9.

Diante do novo cenário mundial, a teoria clássica da Separação dos Poderes passou a ser rejeitada e duramente criticada, pois não atendiam aos anseios da sociedade, uma vez que as condições que a fizeram surgir já não existiam mais e as necessidades eram outras. A respeito disso, avalia Barbosa.

Uma rígida separação entre os poderes do Estado e suas funções passou a ser vista como fato inviável dentro da engenharia constitucional de determinada sociedade. Por outro lado, percebia-se que seria incoerente suprimir o Princípio de Tripartição da estrutura organizacional de um Estado Democrático de Direito, uma vez que isto representaria um risco e uma afronta expressa às conquistas alcançadas através da legitimidade liberal, nas quais estão assentados os pilares da democracia. Dessa forma, foi a necessidade de aliar a democracia da tradicional separação dos poderes à eficiência do sistema político que impôs nova visão à Teoria. Esta nova visão começou a ser suscitada ao longo do Estado Social e conserva aplicabilidade ainda hoje, em tempos de neoliberalismo.³³

O professor Fabiano Gonçalves,³⁴ segue esse mesmo raciocínio, ao afirmar que ao longo do tempo vem ocorrendo uma quebra de paradigmas no Direito Público, onde alguns conceitos como legalidade, igualdade e separação de poderes pedem uma nova reflexão diante de novas realidades que vão surgindo. Aduz, também, que ao ganhar status de princípio, a separação de poderes passa a ter um conteúdo mais flexível e adaptável, o que facilita a se adequar às mudanças exigidas em cada momento histórico. Assim, defende que diante das novas realidades a separação de poderes não pode ter as mesmas características de outrora.

De fato, não existem mais razões para compreender a separação de poderes como um instrumento de luta contra o poder absoluto, nos moldes formulados por Montesquieu ainda na primeira metade do século XVIII. Para encontrar o sentido e o alcance da separação de poderes na realidade contemporânea, devem ser afastadas cogitações quanto à adesão a uma forma de “interpretação retrospectiva”, que certamente levará a percepção do princípio como um dogma liberal degradado em sua autoridade, vigor e prestígio.

Isso porque, conforme advertido por Cyrino, especialmente nos Estados cujo sistema de governo é presidencialista, os pressupostos de fato e os fundamentos juspolíticos para a aplicação da teoria original (da separação dos poderes) não são mais os mesmos. Além disso, não há mais espaço para uma leitura rigorosa do princípio da separação de poderes em uma era em que o Estado assume compromissos sensíveis e complexos, carecendo de maior agilidade e flexibilidade para concretizá-los.³⁵

Portanto, podemos dizer que o *welfare state* fez com que a engenharia institucional sofresse uma mudança que refletiu diretamente na flexibilização da separação de poderes para

³³ BARBOSA, Marília Costa, 2006, op. cit. p. 10.

³⁴ CARLOS, Fabiano Gonçalves, 2016, op. cit. p. 163.

³⁵ *ibidem*, p. 164.

possibilitar que os órgãos públicos atuassem de uma forma mais forte nas áreas econômica e social, tendo em vista que o Estado passa a desempenhar, de forma mais acentuada, funções ligadas ao serviço público. Com isso, a produção de leis aumenta para atender as demandas sociais cada vez mais complexas e deixa de ser um monopólio do Poder Legislativo. Assim, o Executivo passa a ter mais destaque por causa da maior necessidade de prestação de serviço e da intervenção estatal direta ou indireta, como bem aponta Souza Neto e Sarmento.³⁶

Desse jeito, notamos que as necessidades atuais são bem diferentes das do século XVIII. O Estado passa a ter como objetivo a promoção dos direitos fundamentais. Dessa forma, o novo foco da separação dos poderes, além de prevenir os abusos, é a estabilidade entre os órgãos que desempenham atividades estatais e, assim, evitar os desequilíbrios institucionais. Desta feita, o Estado pode promover a justiça, a segurança, e o bem estar da sociedade que é o seu principal foco.³⁷

Barbosa e Saracho, também apontam a necessidade de mudança na concepção da separação de poderes.

No mundo contemporâneo, percebe-se que, ao se realizar a separação dos poderes, não há regresso à espontânea harmonia segregada por uma suposta organização natural, localizada num passado mítico. E descobre-se que a separação dos poderes significa, inevitavelmente, diferenciação e equivalência, obra da razão, criação do domínio da técnica. Atualmente, vivemos numa sociedade complexa, em constantes transformações, pelo que surgiram diversos institutos como o devido procedimento legal, os regimes de incompatibilidades e de financiamento dos partidos, a limitação dos mandatos, o alargamento do referendo, a entrega de tarefas administrativas a particulares. Há cada vez mais reivindicações da sociedade civil, nos diversos países, clamando por mais transparência dos atos dos integrantes dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, não sendo diferente no Estado brasileiro.³⁸

Nesse sentido observam Streck e Morais:

Atualmente, seria preferível falarmos em colaboração de poderes, particularmente no âmbito do parlamentarismo e de independência orgânica e harmonia dos poderes, quando do presidencialismo, embora mesmo isso sofra os influxos da organização sócio político-econômica atual, podendo-se melhor falar em exercício preponderante de certas atribuições por determinados órgãos do poder público estatal ou, como é o caso das funções executiva e jurisdicional no campo da aplicação do direito ao caso

³⁶ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel, 2017, op. cit. p. 83.

³⁷ CARLOS, Fabiano Gonçalves, 2016, op. cit. p. 166.

³⁸ BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antônio Benites, 2009, op. cit. p. 1.632.

concreto, onde o que diferencia é a maior ou menor eficácia conclusiva do ato praticado ou da decisão.³⁹

Ademais, há uma mudança que começa ainda no Estado Social, na forma em que os Poderes passam a se relacionar uns com os outros. De acordo com Marília Barbosa,⁴⁰ os Poderes do Estado deixaram de ser interpretados como efetivamente separados e rigidamente especializados, passam a ser considerados como distintos e coordenados. Fez-se necessário um maior intercâmbio entre os poderes, com a finalidade de promover a governabilidade, em oposição à intangibilidade recíproca que antes os caracterizava.

Assim, a Teoria da Separação dos Poderes teve que passar por uma revisão, através da ampliação de seus conceitos e da sua adaptação à realidade sócio-política, permanecendo nas Constituições democráticas com a idéia de colaboração de poderes. A colaboração entre os poderes do Estado tornou-se possível através de técnicas que coadunaram a autonomia organizacional de cada poder com a possibilidade de intercomunicação de funções, desempenhadas sistematicamente em cooperação mútua.

Desse modo, a nova acepção da divisão de poderes materializou-se por meio da independência orgânica e da harmonia entre os órgãos legislativo, executivo e judiciário, especialmente nos sistemas presidencialistas.⁴¹

Vale destacar que, após a Segunda Guerra Mundial, começa a se consolidar os direitos constitucionais de terceira geração, isto é, os direitos humanos e fundamentais que têm o objetivo de garantir a dignidade da pessoa humana. Com isso, ocorre um grande avanço da justiça constitucional, como afirma Barroso.⁴² Outra característica desse tempo é a crise do Estado Social que faz surgir o Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos além da proteção e efetivação dos direitos humanos de primeira dimensão e segunda dimensão, também visa proteger os direitos de terceira dimensão como os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.⁴³ Nesse cenário, o Estado começa a ter como prioridade a proteção dos direitos conquistados e, assim, o Poder Judiciário passa a atuar como protagonista entre os poderes se colocando como defensor dos direitos constitucionalmente garantidos.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 146.

⁴⁰ BARBOSA, Marília Costa, 2006, op. cit. p. 10.

⁴¹ BARBOSA, Marília Costa, 2006, op. cit. p. 11.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2009, p. 1.

⁴³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra, 2021, op. cit. p. 103.

De fato, o Estado Democrático de Direito, através da Constituição e tendo por base princípios como o da supremacia das normas constitucionais, da força normativa da Constituição, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, tem como objetivo principal a realização efetiva dos direitos sociais e dos direitos de terceira geração.⁴⁴

Nesse sentido, Carlos Leite,⁴⁵ afirma que por ser os dias atuais marcado por uma grande desigualdade, sobretudo no que tange aos direitos sociais, prejudicam milhares ou até mesmo milhões de pessoas. São lesões de massa, o que ele chama de macrolesões, que exigem um novo comportamento dos atores jurídicos em geral e do juiz em particular, que tem o dever de tornar efetivos os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Isso porque, prossegue o autor, o objetivo maior do Estado Democrático de Direito não é de justificar os direitos sociais e sim de garanti-los.

Segundo Streck e Moraes,⁴⁶ conforme o Estado vai se modificando, suas funções também sofrem transformações na mesma proporção. Em decorrência disso, foi superada a clássica separação de funções dos Poderes. Apontam que os sinais de mudança na relação entre os poderes já foram notados no Estado Social. Com o intervencionismo estatal para garantir direitos, pôde-se observar o deslocamento de poder do Legislativo, que era predominante no Estado Liberal, para o Executivo. Já com o surgimento do Estado Democrático de Direito, advindo do constitucionalismo pós-guerra, fica nítida a preponderância do foco de poder do Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. Esse fenômeno se dá principalmente em países que possuem Constituições dirigentes, o que gera a chamada “judicialização da política” (o que será melhor analisada no capítulo dois), devido a atuação dos Tribunais Constitucionais.

Leite corrobora com esse pensamento.

A jurisdição passa, então, a ser a gênese do sistema pós-moderno de acesso individual e coletivo à justiça (CF, art. 5º, XXXV), em função do que o Judiciário torna-se o Poder mais importante na “era dos direitos”. A principal luta do povo não é mais pela criação de leis, e sim pela manutenção dos direitos. Na verdade, a luta é por democracia e direitos.⁴⁷

⁴⁴ FREIRE, Dorabel Santiago dos Santos. Separação dos poderes: uma readaptação da teoria no âmbito do estado democrático de direito. 2015. 67 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Estado Constitucional e Direito Processual Constitucional, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2015, p. 38.

⁴⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra, 2021, op. cit. p. 104.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de, 2003, op. cit. p. 144.

⁴⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra, 2021, op. cit. p. 98.

Cintia Morgado,⁴⁸ acredita que no Estado Democrático de Direito, existe uma crise do paradigma da separação dos poderes no sentido original de sua criação. Porém destaca que o princípio continua sendo fundamental no contexto atual. Todavia, com as mudanças históricas e teóricas ela conclui que o significado da separação dos poderes é novo. Assim, propõe que a especialização funcional de cada Poder deve se transformar em profissionalismo e consideração de capacidade institucional; que o controle recíproco, que tinha como objetivo a inércia, deve transformar-se em vinculação positiva dos Poderes objetivando a ação, e que se deve abandonar a noção de separação e buscar o diálogo e a cooperação entre os três Poderes.

Como se vê, temos a independência orgânica, que consiste no fato de cada Poder se auto-organizar, sem a interferência dos demais, ao desempenhar suas funções típicas, respeitando apenas as regras da lei. Todavia, a separação entre os poderes não é absoluta, pois dentro da harmonia deve haver entre essas esferas de poder interferências funcionais. Sendo assim, a nova concepção da Separação de Poderes, admite que o relacionamento entre os Poderes obedeça aos princípios da harmonia e dos vasos comunicantes. O bom funcionamento do Estado depende de que as atividades fundamentais sejam exercidas em colaboração pelos distintos Poderes, a saber, Executivo, Legislativo e Judiciário.⁴⁹

⁴⁸ MORGADO, Cíntia, 2011, op. cit. p. 79-80.

⁴⁹ BARBOSA, Marília Costa, 2006, op. cit. p. 12-13.

CAPÍTULO II - ATIVISMO JUDICIAL: DEMOCRACIA EM PERIGO

1- Bases que favoreceram a prática do ativismo judicial

Como visto anteriormente, teóricos como Montesquieu consideravam o Poder Judiciário o mais fraco entre os três poderes. Era visto dessa forma porque não tinha a prerrogativa de inovar na seara política, cabendo apenas seguir o que era decidido pelos demais Poderes.⁵⁰ Contudo, com o surgimento do Estado social, e a necessidade de garantir direitos conquistados, o Poder Judiciário passou a ganhar cada vez mais força e notoriedade, elevando-o a um papel de destaque que hoje em dia é alvo de muitas críticas.

Até meados do século XX, as normas que ditavam a vida social eram editadas pelo Parlamento. Esse desenho constitucional predominava na Europa continental e em outros países que adotavam o sistema jurídico romano-germânico. A justificativa para isso era que o Poder Legislativo representava a vontade da Nação e o único que tinha legitimidade para criar o Direito, ao Judiciário, cabia somente aplicar aos casos concretos as normas anteriormente ditadas pelos políticos eleitos pelo povo.⁵¹

Barroso aponta o fim da Segunda Guerra Mundial como marco de uma mudança na forma de atuação do judiciário com relação aos outros Poderes.⁵² De igual modo, Neto e Sarmento vêem nesse momento da história uma mudança de postura na atuação do Poder Judiciário.

Tal quadro começou a se alterar ao final da 2ª Guerra Mundial na Europa. As gravíssimas violações de direitos humanos perpetradas pelo nazismo demonstraram a importância de criação de mecanismos de garantia de direitos que fossem subtraídos do alcance das maiorias de ocasião, para limitar os seus abusos.⁵³

⁵⁰HAM, Jocemar Van Der, 2005, op. cit. p.44.

⁵¹ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. 2013, p. 120.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 2009, p. 1.

⁵³ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel, 2013, op. cit. p. 120.

Nesse contexto começa a surgir uma nova forma de constitucionalismo ou como ficou conhecido, o neoconstitucionalismo. Nos dizeres de Agra, as causas que pavimentaram o surgimento do neoconstitucionalismo foram: a falência do padrão normativo, que fora desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento; a influência da globalização; a pós-modernidade; a superação do positivismo clássico; a centralidade dos direitos fundamentais; a diferenciação qualitativa entre princípios e regras; e a revalorização do direito.⁵⁴

Conforme Nelson e Medeiros,⁵⁵ é a partir desse período que ocorre a mudança de um Estado Legislativo de Direito, baseado no positivismo, para o Estado Constitucional de Direito, onde diversos países passam a ser regidos por uma constituição que exerce supremacia sobre todo ordenamento jurídico.

Assim Lenza, descreve um Estado constitucional:

supera-se a ideia de Estado Legislativo de Direito, passando a Constituição a ser o centro do sistema, marcada por uma intensa carga valorativa. A lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, o seu caráter axiológico e os seus valores destacados. A Constituição, assim, adquire, de vez, o caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade, superioridade (dentro do sistema) e centralidade, vale dizer, tudo deve ser interpretado a partir da Constituição.⁵⁶

Ademais, é no pós-positivismo que ocorre a volta dos valores na interpretação jurídica, reconhecendo os princípios como normas e sua diferença qualitativa em comparação com as regras, o ressurgimento da argumentação jurídica, a criação de uma hermenêutica nova, o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais baseada na dignidade da pessoa humana e a conseqüentemente reaproximação entre o Direito e a ética. Desse jeito, o neopositivismo é estudado como uma consequência filosófica do neoconstitucionalismo, sendo uma forma de interpretação e aplicação do direito diferente do positivismo.⁵⁷

⁵⁴ AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. - 9. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018, p. 81.

⁵⁵ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre ativismo judicial. Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD, N. 27, 2015. p. 148.

⁵⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. – Coleção esquematizado / coordenador Pedro Lenza – 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 69.

⁵⁷ ZANETTI, José Carlos Trinca. A concretização constitucional, o ativismo judicial e a tutela coletiva. Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto, 2010, p. 53.

Com isso, podemos apontar algumas características do neoconstitucionalismo que ocasionaram a protagonização do Poder Judiciário após a Segunda Guerra Mundial. Entre essas características estão: o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; a rejeição ao formalismo e recurso mais freqüente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, teorias da argumentação, entre outras; a constitucionalização do Direito, com irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; a reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos; e a judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.⁵⁸

Em Machado,⁵⁹ o neoconstitucionalismo é a convergência de três fatores, a saber: a) “Textos constitucionais”, onde o neoconstitucionalismo estuda as Constituições que foram criadas após a Segunda Guerra Mundial, caracterizadas por uma grande e detalhada pauta material, como é a Constituição do Brasil de 1988. b) “Prática Jurisprudencial”, em que o neoconstitucionalismo admite, e até mesmo exige, que os operadores do direito tenham como prática parâmetros interpretativos de ordens distintas, como os valores, princípios e um raciocínio jurídico mais complexo, que engloba tipos de interpretação, como a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, a máxima efetividade, etc. c) “Desenvolvimento teórico”, isto é, assunção de um papel menos contemplativo pela Ciência do Direito, de tal forma que constitua, em si mesma, uma meta garantia.

Julio Cesar Rossi,⁶⁰ afirma que no Brasil o neoconstitucionalismo é visto como um pós-positivismo à moda brasileira e é tratado como o novo direito constitucional. Destaca que esse neoconstitucionalismo brasileiro é apontado como um apanhado de transformações que tem acontecido no âmbito do Estado e no direito constitucional, que se destacam como marco histórico, a formação do Estado constitucional de Direito, ocorridas no final do século XX; como marco filosófico, o pós-positivismo, que tem como centro os direitos fundamentais e a reaproximação entre ética e direito; e ainda como marco teórico, as mudanças que incluem a

⁵⁸ SARMENTO apud NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre ativismo judicial. Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD, N. 27, 2015. p. 148.

⁵⁹ MACHADO, Joana de Souza. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2008, p. 27.

⁶⁰ ROSSI, Julio Cesar. Neoconstitucionalismo e o pós-positivismo à brasileira. Consultor Jurídico. 12 out. 2019.

força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Assim, o desenvolvimento do neoconstitucionalismo tem o objetivo de ir além da simples limitação do poder político, como era no constitucionalismo moderno, mas, acima de tudo, “busca-se a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.”⁶¹

Nas palavras de Neto e Sarmiento, pode-se resumir o neoconstitucionalismo da seguinte maneira:

Em suma, o que se observa atualmente é uma tendência global à adoção do modelo de constitucionalismo em que as constituições são vistas como normas jurídicas autênticas, que podem ser invocadas perante o Poder Judiciário e ocasionar a invalidação de leis ou outros atos normativos.

(...) A conjugação do constitucionalismo social com o reconhecimento do caráter normativo e judicialmente sindicável dos preceitos constitucionais - inclusive seus princípios mais vagos -, gerou efeitos significativos do ponto de vista da importância da Constituição no sistema jurídico, bem como da partilha de poder no âmbito do aparelho estatal, com grande fortalecimento do Poder Judiciário, e, sobretudo, das cortes constitucionais e supremas cortes, muitas vezes em detrimento das instâncias políticas majoritárias.⁶²

Dessa forma, podemos destacar como principais características do neoconstitucionalismo:

Supremacia da Constituição

A supremacia da constituição que se caracteriza pelo fato de todas as normas infraconstitucionais ter que se adequar aos preceitos da constituição vigente sob pena de

⁶¹ LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. – Coleção esquematizado / coordenador Pedro Lenza – 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020, p. 68.

⁶² NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel, 2013, op. cit. p. 04-05.

serem rejeitadas por falta de constitucionalidade, isto é, não serão consideradas válidas se de alguma forma contrariarem ou enfrentarem algum dispositivo da Constituição.

Funciona como o sistema de camadas definido por Hans Kelsen.

(...)A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.

(...) Se começarmos levando em conta apenas a ordem jurídica estadual, a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado. A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais.⁶³

É uma superioridade formal, da Constituição em relação às demais normas do ordenamento jurídico, um resultado da primazia do Poder Constituinte Originário sobre os Poderes por ele constituídos. Dessa forma, foram criadas as diretrizes para que os tribunais tivessem o poder de exercer o controle de constitucionalidade das leis necessárias para que se admitisse aos juízes a função de controlar a legitimidade constitucional das leis. Assim, a superioridade da Constituição é demonstrada no fato de que se pode extrair do ordenamento jurídico qualquer lei que afronte a Carta Magna.⁶⁴

Flavia Bahia,⁶⁵ vai acrescentar que o princípio da supremacia da constituição garante a Constituição ser o ápice do ordenamento jurídico, e que por isso não permite que nenhuma outra norma ofenda seus dispositivos. Ela lembra que pelo fato do Executivo e do Legislativos ser os autores das leis, pressupõe-se que conhecem a Constituição da República e por isso todas as normas criadas por esses Poderes nascem com a presunção de constitucionalidade e

⁶³ Kelsen, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 155.

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012. p. 71.

⁶⁵ BAHIA, Flavia. Coleção Descomplicando - Direito Constitucional/3' Edição - Coordenação: Sabrina Dourado Recife, PE: Armador, 2017. p. 365.

com eficácia jurídica, no entanto, podem a posteriori, ser consideradas inconstitucionais se estiverem em desacordo com a Lei Maior. E, por fim, que de acordo com a ADI 185, STF, apenas as normas constitucionais originárias gozam de presunção absoluta de constitucionalidade.

Força normativa da constituição

O princípio da força normativa da constituição teve sua origem em Konrad Hesse, ele asseverou que toda norma constitucional deve ser imbuída de um mínimo de eficácia sob pena de ser uma norma morta.⁶⁶

Em Lenza,⁶⁷ (2020, p.71) a força normativa da constituição dá aos dispositivos constitucionais a condição de norma jurídica possuidora de imperatividade, gerando penalidades em razão de seu descumprimento, da mesma forma que acontece com as demais normas jurídicas, permitindo o seu cumprimento forçado.

A esse respeito, Agra afirma.

O neoconstitucionalismo representou o fim dos modelos político-institucionais, em que o poder estabelecido não tinha nenhum comprometimento com a concretização dos dispositivos estabelecidos na Constituição, podendo implementar livremente as políticas públicas em nome do princípio da soberania popular. O texto constitucional ganha força normativa e transforma-se em mandamento vinculante para o legislador ordinário, já que cristaliza a vontade do we the people.⁶⁸

Ainda em Moura Agra,⁶⁹ força normativa é a característica que possuem as normas constitucionais fazendo com que todas as demais leis tenham que se subordinar a elas. Isso porque devido a supralegalidade dos dispositivos constitucionais, estes possuem uma capacidade de coerção concedendo um efeito maior que as outras normas. Sendo assim, o princípio da força da constituição faz com que o texto constitucional deixe de ser um texto meramente semântico e seja dotado de respeitabilidade e coercibilidade.

⁶⁶ ARAUJO, Davi. A força normativa e supremacia da constituição.

⁶⁷ LENZA, Pedro, 2021, op. cit. p. 71.

⁶⁸ AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. - 9. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018, p. 72.

⁶⁹ ibidem, p. 75.

É um conceito desenvolvido por Konrad Hesse, onde diz ser prerrogativa do intérprete "valorizar as soluções que possibilitem a atualização normativa, a eficácia e a permanência da Constituição". E, portanto, deve aquele que interpreta as leis dar prioridade a interpretação que dê força maior às normas constitucionais, e nunca deixe de lhe fornecer eficácia.⁷⁰

A reaproximação do direito e a moral e do direito e a ética.

A separação do direito e da moral e do direito e a ética era uma das características do positivismo jurídico. No entanto, quando o positivismo passou a ser questionado e o Estado de Direito começou a ser estabelecido, essa barreira foi rompida, vários conceitos do mundo jurídico sofreram uma reformulação e dessa forma, houve a superação da dicotomia entre direito e moral e direito e a ética, com isso os valores éticos-políticos passaram a ser debatidas amplamente no cenário filosófico-jurídico.⁷¹

Desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais

A dignidade da pessoa humana passou a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica. Nesse contexto, ocorre uma nova forma de entender e proteger os direitos fundamentais, citando Barroso, Pedro Lenza observa:

No contexto de expansão da jurisdição constitucional, Barroso observa que, “antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais”.⁷²

⁷⁰ MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional - 4º ed. revisada e atualizada. - Salvador: Juspodivm, 2016. p. 64.

⁷¹ SANTOS, Karina Alves Teixeira. A relação entre o Direito e a Moral suas consequências no Pós-Positivismo. Conteúdo Jurídico. 27 jul. 2012.

⁷² LENZA, Pedro, 2021, op. cit. p. 72.

Controle de Constitucionalidade

Bonavides aduz que para fazer prevalecer o princípio da supremacia da constituição, a própria Carta Maior, estabelece mecanismos para se proteger das inconstitucionalidades que venham a surgir. Essas técnicas são chamadas de controle de constitucionalidade e podem ser divididas em três categorias. A primeira é o controle político em que o controle é exercido por órgãos políticos como o Poder Legislativo eleito pelo povo. O segundo é o controle jurisdicional ou judicial review, feito pelo Poder Judiciário, que declara inconstitucionais leis ou atos do Poder Público, que a priori, contrariam preceitos ou princípios da constituição. Esse é o sistema que tem predominado no mundo, inclusive no Brasil, e que também tem levantado várias controvérsias. Ainda existe o controle misto, que por sua vez, delega parte das leis e dos atos públicos para o controle dos órgãos políticos e a outra parte ao controle jurisdicional.⁷³

É importante notar que até meados do século XX, a grande maioria dos países rejeitava o controle jurisdicional de constitucionalidade, justamente pelo receio de que ocorresse um “governo de juízes”, e por isso, esse sistema era visto como antidemocrático.⁷⁴ No entanto, com as mudanças promovidas na esteira do neoconstitucionalismo, após a Segunda Guerra Mundial, o judicial review foi ganhando espaço e passou a fazer parte das maiorias das Cartas Constitucionais mundo afora. Desse jeito, as Constituições passaram a ser vistas como normas jurídicas, onde o Poder Judiciário pode ser provocado para declarar a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos. Importante ressaltar, todavia, que essas constituições mais modernas não se limitam a organizar as instituições públicas e a atividade política, elas são analíticas e dispõem sobre os mais variados assuntos, como por exemplo, família, direito do trabalhador, educação, saúde e cultura. Além do mais, dispõe sobre uma gama de direitos sociais e possui normas programáticas que vinculam o Poder Público a executá-las.⁷⁵

⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994 p.49.

⁷⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel. *Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial*. 2013, p. 120.

⁷⁵ *idem*, p. 122

Todos esses fatores foram ingredientes fundamentais para dar ao judiciário um protagonismo na relação com os outros poderes e levar a dois fenômenos contemporâneos que passaram a ser conhecidos como ativismo judicial e judicialização da política.

2 - Ativismo judicial e judicialização da política

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”. Na visão dele, a omissão do Poder Legislativo é o que motiva o Judiciário a atuar de forma mais contundente que age dessa forma para suprir demandas da sociedade que não são atendidas pela classe política.⁷⁶ Logo, questões ligadas ao campo, moral ou social estão sendo decididas pelas instâncias do Poder Judiciário, e com isso, tem ocorrido uma transferência de poder do Legislativo e do Executivo para os órgãos julgadores.⁷⁷

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade.⁷⁸

Além disso, Barroso enxerga mais três causas para o ativismo por parte do judiciário. A primeira seria a necessidade de um Poder Judiciário forte como característica importante na democracia contemporânea. A segunda causa é a desilusão com a política convencional, escândalos de corrupção, promessas não cumpridas e anseios sociais não atendidos levam a população a se desiludir com seus mandatários, o que abre espaço para uma maior atuação dos tribunais. Por fim, ele aponta que para não se desgastar com a opinião pública, alguns políticos preferem que a justiça tome a decisão sobre alguns assuntos polêmicos e não

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 2009. p. 3.

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. 2012, p. 6.

⁷⁸ idem.

consensuais na sociedade.⁷⁹ Além disso, há momentos em que situação ou oposição sofrem derrotas no âmbito político e recorrem ao Judiciário para buscar a reversão do resultado, e gerando a judicialização da política.

Para Reverbel, o ativismo judicial se caracteriza como o ato em que o juiz ultrapassa os limites do Direito e entra no campo político. Dessa forma, traz soluções a problemas políticos por critérios jurídicos. Acrescenta ainda, que entre outras razões desse fenômeno está o desprestígio da lei, a ineficácia da política e a má utilização dos recursos públicos.⁸⁰

Fonseca traz o conceito de Elival Ramos que nos permite compreender melhor o que seria ativismo judicial. Ramos, esclarece que no mundo existem dois tipos de ordenamento jurídico, o *civil law* e o da *common law*. Assim, no sistema *civil law*, não se pode considerar as decisões judiciais como fonte formal, isso porque nesse ordenamento jurídico as fontes formais do direito são as leis criadas pelo Poder Legislativo. Já na *common law*, as decisões judiciais têm outras relevâncias e implicação além de resolver conflitos, tem o papel de gerar precedentes. Dessa maneira, no sistema *civil law*, o ativismo judicial se caracteriza como uma exacerbação da função jurisdicional que, no fim das contas, assume a função legislativa, isto é, passa dos seus limites.⁸¹

Elival da Silva Ramos esclarece ainda que, quando se fala em ativismo judicial, faz-se referência não só à “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”. Sugere, portanto, “uma descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes”.⁸²

Segundo Hachem e Pethechust, em todo o mundo é nítida a grande atuação das Supremas Cortes ou Cortes Constitucionais, em temas de grande relevância e que, a princípio, pertencem à esfera política. Para eles, essa situação tem como causas a crescente falta de

⁷⁹ idem p. 7

⁸⁰ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ativismo Judicial e Estado de Direito*, 2009, p.8.

⁸¹ FONSECA, Cláudia de Oliveira. *O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais*. *Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas*. ED. n. 15, p. 35-57. Vitória da Conquista-BA. 2013, p.19.

⁸² idem.

credibilidade da democracia que resulta na busca por parte da população de governantes salvadores da pátria, desprezo pela política e na hiperconstitucionalização da vida, isto é, o protagonismo que as Constituições assumiram em várias áreas da vida e em todos os ramos do direito, baseado nos princípios da supremacia da constituição e da força normativa da constituição. Assim, ocorre a mudança das decisões políticas do Poder Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário.⁸³

Nesse contexto, podemos dizer que o início do que hoje é conhecido como ativismo judicial tem seus primórdios nos Estados Unidos no fim do século XVIII e início do XIX, mais especificamente no caso *Marbury vs. Madison*. Este julgado é considerado como a inauguração do controle difuso de constitucionalidade e que influenciou o sistema jurídico de vários países por todo o mundo.⁸⁴

Nas eleições americanas de 1800, o partido federalista perdeu cerca de 22 (vinte e dois) assentos na câmara legislativa e logo depois o presidente federalista John Adams, também federalista, perdeu a eleição para Thomas Jefferson, do partido republicano. Diante da derrota nos dois poderes, os federalistas para ao menos tentar manter o controle sobre o judiciário aprovaram uma alteração na lei Judiciary Act de 1789, onde dobraram o número de juízes federais e criaram outros cargos na magistratura. Todos os novos juízes e ocupantes dos demais cargos foram nomeados pelo próprio Adams e aprovado pelos deputados, que ainda seriam substituídos pelos que venceram as eleições. Essa manobra ficou conhecida como “Midnight Judges”, algo como “juízes da meia noite”⁸⁵. Vale destacar que um dos juízes nomeado foi William Marbury, que assumiria o cargo de Juiz de Paz. Além disso, essa lei dava à Suprema Corte americana a competência originária para processar e julgar mandados em face de autoridades federais.⁸⁶

Ocorre que os republicanos, por óbvio, não gostaram dessa manobra. Quando o presidente eleito Thomas Jefferson assume o cargo, nomeia James Madison, como Secretário de Estado. Ao assumir suas funções, Madison percebe que muitos dos nomeados por Adams ainda não haviam recebido a carta de nomeação e, por isso, tal nomeação seria passível de

⁸³ HACHEM, Daniel Wunder e PETHECHUST, Eloi. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. 2020, p. 210-211.

⁸⁴ BOAVENTURA, Thiago Henrique. Conheça o caso *Marbury vs. Madison*. **Jusbrasil**.

⁸⁵ Alguns acham que essa denominação tem a ver com o fato da nomeação ter se dado no “apagar das luzes” do governo Adams, para outros é porque aconteceu às escondidas.

⁸⁶ BOAVENTURA, Thiago Henrique. op. cit.

cancelamento. Assim, Madison cancelou todos os atos de nomeação que ainda estavam pendentes, inclusive o de Marbury. Com isso, Marbury, resolve entrar com um “writ of mandamus”⁸⁷, na Suprema Corte Americana.

O presidente da Suprema Corte John Marshall, responsável pela ação, desenvolveu quatro critérios para chegar a uma solução. A primeira foi saber se Marbury, realmente preenchia os requisitos exigidos pelo cargo; a segunda, se a legislação americana oferecia um remédio para reivindicar aquele suposto direito; a terceira, se o “writ of mandamus” era a ação adequada para reivindicar tal direito; e a quarta, averiguar se a Suprema Corte era a instância competente para julgar e processar aquele caso.⁸⁸

Ao analisar o último ponto, Marshall, chegou à conclusão que a Constituição estadunidense, dá à Suprema Corte competência originária apenas para processar e julgar os cônsules, as ações que forem parte um dos Estados, Ministros Públicos e embaixadores e nas outras causas seriam apenas um grau recursal. Dessa forma, havia um conflito entre o dispositivo da Judiciary Act e a Constituição.

Vigorava na época o entendimento de que em havendo conflito, a lei posterior revoga a anterior. Porém, nesse caso a lei anterior era a própria Constituição Federal. O entendimento da Corte foi de que não havia cabimento em permitir que o congresso editasse leis contrárias à Constituição sem que nada se pudesse fazer, isso seria equivalente a dizer que o Legislativo seria onipotente.⁸⁹

Dessa forma, esse fato se tornou a primeira vez em que uma lei federal foi declarada inconstitucional pelo judiciário.⁹⁰ Vale observar, que a inconstitucionalidade foi apenas para a seção 13 da lei, pois era o ponto que contrariava a Constituição. Outro fato interessante a destacar é que a decisão se deu de forma incidental, sem a análise do mérito. Acredita-se que Marshall não queria gerar conflito com nenhum dos dois lados.⁹¹

⁸⁷ Parecido com o Mandado de Segurança, no Brasil.

⁸⁸ COSTA, Bruno Telles Herkenhoff D'Alcântara. *Ativismo judicial, constituição e democracia: o caso do julgamento da união estável homoafetiva no Brasil*. 2016. (Pós graduação em Direito Legislativo). Brasília/DF: Instituto Legislativo Brasileiro, Poder Legislativo, Sociedade e Instituições - Senado Federal. 2016. p. 22

⁸⁹ *ibidem*

⁹⁰ *ibidem*

⁹¹ BOAVENTURA, Thiago Henrique. *op. cit.*

É interessante notar que a Constituição americana não previa mecanismos de controle de constitucionalidade, muito menos por parte do judiciário, que tinha o papel apenas de aplicar a lei. Ou seja, para não permitir que o Legislativo tivesse poderes infinitos, o Judiciário avocou poderes para si, sem a autorização do próprio Legislativo que é o responsável para editar as leis, por ser considerado o representante do povo.

Ativismo no Brasil

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), o direito constitucional brasileiro, a exemplo do que acontecia em todo o mundo, teve grandes inovações. A Constituição passa a ter como base a dignidade da pessoa humana e, com isso, passa a disponibilizar vários direitos fundamentais, deixando de lado seu aspecto anterior de ser apenas técnica jurídica. Desse modo, os direitos fundamentais ganharam status de cláusula de imutabilidade, o que significa dizer que normas editadas com o objetivo de revogá-los podem ser consideradas inconstitucionais.⁹²

Gisele Cittadino nota que a partir da Constituição da República de 1988, houve um aumento de controle normativo por parte do Poder Judiciário. Na visão dela, isso se deu porque essa Carta incorporou direitos fundamentais, colocou-os com status de diretrizes, princípios e fundamentos e, estabeleceu um Estado Democrático de Direito. Segundo a autora, tudo isso acaba por fomentar aplicações de métodos de interpretação jurídica que buscam saciar aspirações sociais.⁹³

Nesse mesmo sentido, observam Daniel Wunder Hachem e Eloi Pethechust:

O sistema político brasileiro tem sido marcado por uma expressiva ampliação das competências do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, na interpretação e atribuição de sentido à Constituição. As diversas transformações dos mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade, notadamente após a Constituição de 1988, contribuíram para um significativo aumento da judicialização

⁹² NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre ativismo judicial. Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD, N. 27, 2015, p.152.

⁹³ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano li, N° 2 e Ano 111, N° 3 - 2001-2002, p.135.

da política e das relações sociais, levando para a esfera do Poder Judiciário a tomada de decisão acerca de temas sensíveis para a sociedade brasileira.⁹⁴

No Brasil, o ativismo judicial começa a se dar de uma forma mais acentuada a partir do ano de 2008, quando uma série de questões que até então eram resolvidas na esfera política são decididas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). De lá para cá, a Suprema Corte brasileira tem se posicionado sobre os mais variados assuntos que influenciam no dia a dia do cidadão. Barroso traz alguns desses casos que ilustram essa atuação:

Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal. A enunciação que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP). Merece destaque a realização de diversas audiências públicas, perante o STF, para debater a questão da judicialização de prestações de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos fora das listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS).⁹⁵

Ainda de acordo com Luís Roberto Barroso, existem dois principais fatores que favorecem o ativismo judicial no Brasil. O primeiro é o tipo de constituição que possuímos, a saber, analítica e abrangente. O segundo é a previsão que há na própria constituição de

⁹⁴ HACHEM, Daniel Wunder e PETHECHUST, Eloi. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. 2020, P. 205.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. 2012. p. 8.

mecanismos de controle de constitucionalidade⁹⁶, que se dá através da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade, (ADC), ambas previstas no Art. 102, inciso I, alínea a, da Constituição da República de 1988; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), prevista no Art. 103, § 2º, da Constituição da República de 1988 e a Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, prevista no Art 102, § 1º da Constituição Federal de 1988, e de outros remédios constitucionais como o Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Ação Popular e Ação Civil Pública, todos previstos no Art. 5º, da Constituição Federal de 1988, além das súmulas, em especial a vinculante que obriga todos os órgãos públicos a cumprir as determinações do Supremo Tribunal Federal.

Assim, ele complementa:

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz européia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial.⁹⁷

No entanto, o ativismo do Poder Judiciário tem provocado indignação e reação dos outros poderes e até mesmo por parte da população. São cada vez mais crescentes as críticas de que o Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, tem ultrapassado seus limites e invadido competência dos demais Poderes. Como bem aponta Fonseca:

⁹⁶ ibidem, p. 7.

⁹⁷ ibidem, p. 8.

Essa postura mais ativista do judiciário tem causado reações dos demais poderes estatais, principalmente do legislativo que se sente prejudicado pela atuação criativa dos magistrados, que ao decidirem os casos concretos, postos sob sua apreciação, têm ultrapassado esse limite e vêm atuando como verdadeiros legisladores positivo, interferindo, em certa medida, na esfera de elaboração de norma jurídica. (...) o entendimento de uma grande parcela da doutrina é que o Judiciário quase sempre ultrapassa os limites que lhe foram reservados, gerando um desequilíbrio entre os demais Poderes, principalmente no Legislativo, detentor da função típica de elaborar a norma jurídica. Ainda conforme esse entendimento, ao ultrapassar o limite de sua atuação, o Judiciário estaria quebrando a harmonia que deve prevalecer entre os Poderes, no ordenamento jurídico, e impondo um governo de homens, no caso específico, um governo de magistrados, e não de leis.⁹⁸

De acordo com Hachem e Pethechust, a atuação ativista tem fortalecido o STF frente aos demais Poderes, no entanto, isso tem levantado uma série de problemas relacionados à legitimidade democrática, como por exemplo, à ausência de mecanismos eficazes para que os magistrados que cometem excessos possam ser responsabilizados, assim como a falta de controle dos abusos cometidos pelo Poder Judiciário, entre outras dificuldades a serem enfrentadas.⁹⁹

Desse jeito, tem se levantado uma grande discussão se é preciso ou não colocar limites à atuação do Poder Judiciário de forma que realmente haja equilíbrio entre os Poderes e que cada um possa exercer suas atividades típicas sem interferência indevida dos magistrados.

3- Argumentos a favor do ativismo judicial

Um dos teóricos que se posiciona a favor de uma atuação maior do Poder Judiciário em questões políticas é Ronald Dworkin. Segundo ele, essa é uma forma ideal para garantir direitos individuais à população. Argumenta que o judiciário tem tantas condições de decidir sobre esses direitos quanto a classe política. E vai além ao dizer que ao buscar a justiça para resolver os conflitos políticos se está buscando uma solução baseada em fundamentos jurídicos e não políticos. Nesse diapasão, acredita que os Tribunais têm a capacidade de julgar visando os direitos que as pessoas têm do ponto de vista constitucional e não apenas em como se buscar o bem geral como faz a classe política. No seu entendimento, ao tomar controle sobre os atos políticos, o Judiciário poderia democratizar os direitos em favor das minorias,

⁹⁸ FONSECA, Cláudia de Oliveira, 2013, op. cit. p. 37.

⁹⁹ HACHEM, Daniel Wunder e PETHECHUST, Eloi, 2020, op. cit. p. 205.

pois em sua visão essas minorias não tinham seus direitos assegurados pelo Legislativo e Executivo.¹⁰⁰

Sobre o pensamento de Dworkin, Scruton, afirma:

Podemos interpretar o argumento de Dworkin como defendendo uma visão procedimental da justiça. De acordo com essa visão, o direito exige uma sentença; a sentença requer uma atitude baseada em princípios em relação a um caso particular; a atitude baseada em princípio vê o julgamento não como decisão, mas como descoberta; finalmente, a descoberta convida a concordância de outros e responde à “força de atração” de outros julgamentos, com os quais pretende se harmonizar. Segundo esse atraente retrato (parte integral de muitas visões conservadoras da ordem política), o direito é a “busca comum pelo julgamento verdadeiro”, no qual as perenes disputas humanas são resolvidas por princípios que surgem natural e inevitavelmente daqueles que as observam com imparcialidade.¹⁰¹

Cittadino, também vê com bons olhos o ativismo judicial, segundo ela, esse processo de uma maior atuação do Judiciário, decorre da falência de um modelo liberal de constituição e que a judicialização demonstra comprometimento com o princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, assevera, possibilita uma maior participação no processo político, por aqueles que antes não teriam a oportunidade de participar. Por fim, argumenta que isso representa o aumento da oportunidade das pessoas terem suas demandas atendidas, uma vez que a justiça estaria mais aberta aos cidadãos do que as instâncias políticas.¹⁰²

Assim, ela aduz que

É importante ressaltar, em primeiro lugar, que esse processo de "judicialização da política" - por mais distintas que sejam as relações entre justiça e política nas democracias contemporâneas - é inseparável da decadência do constitucionalismo liberal, de marca positiva, exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada. O crescente processo de "juridificação" das diversas esferas da vida social só é compatível com uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade-dignidade humana e com a participação político-jurídica da comunidade. Em segundo lugar, ainda que o processo de judicialização da política possa evocar um vínculo entre "força do direito" e "fim da política" - ou seja, a idéia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras -, é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político. Finalmente, é importante considerar que se a

¹⁰⁰ FONSECA, Cláudia de Oliveira, 2013, op. cit. p. 40.

¹⁰¹ SCRUTON, Roger. Tolos, Fraudes e Militantes: Pensadores da Nova Esquerda. Tradução de Alessandra Bonrrunquer. - 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2018, p. 79.

¹⁰² CITTADINO, Gisele, 2001-2002, op. cit. p. 137.

independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade - o juiz só se manifesta mediante provocação -, os tribunais estão mais abertos ao cidadão do que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhes são apresentadas. São, portanto, várias as razões através das quais podemos compreender o processo de "judicialização da política". Esta ampliação do raio de ação do Poder Judiciário não representa qualquer incompatibilidade com um regime político democrático, ainda que a incidência política da justiça possa variar segundo os países. De qualquer modo, se o atual protagonismo do Poder Judiciário pode ser visto positivamente, "essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada poder político, e assegurar a soberania popular".¹⁰³

Outrossim, Nelson e Medeiros enxergam pontos positivos no ativismo judicial. Aduz a dupla que tendo em vista que todo ordenamento jurídico é pautado pela Constituição, é necessário que se faça a filtragem desse ordenamento através da jurisdição constitucional que por sua vez está pautada nos direitos fundamentais e dessa forma não pode ficar adstrita aos antigos formalismos jurídicos. Asseveram que devido a mora do Legislativo e do Executivo, os cidadãos em busca de seus direitos fundamentais recorrem ao Poder Judiciário para ter os mesmos concretizados. Assim, seguem o raciocínio de que se esses direitos fundamentais foram constitucionalizados, a Constituição ganhou força normativa e se é dever do Poder Judiciário proteger a Constituição cabe a ele atuar no sentido de garantir os direitos previstos na Carta Magna. Partindo desse ponto de vista, defendem que é necessário rever a tripartição dos poderes para que o ativismo judicial e a judicialização da política se tornem legítimos.¹⁰⁴

Vale observar que de certa maneira eles admitem que atualmente essa forma de atuação mais ativista do Poder Judiciário não é legítima, pois não tem previsão no atual sistema de separação de poderes e, portanto, está havendo invasão de competência no âmbito dos outros Poderes.

4- Argumentos contra o ativismo

Por outro lado, são muitas as críticas à atuação ativista do Poder Judiciário. Entre as principais discordâncias dessa postura está o fato de que em boa parte das vezes os juízes atuam como legislador, usurpando competência do Poder Legislativo. Sobre isso, Fonseca

¹⁰³ *ibidem*. p.137.

¹⁰⁴ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre ativismo judicial., 2015, p. 159-160.

observa que é nítida a percepção que o judiciário tem agido como sujeito criador do direito “ora alegando insuficiência ou ineficácia da produção legislativa, ora alegando necessidade de se fazer cumprir os preceitos constitucionais”.¹⁰⁵

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder, etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação constitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só.¹⁰⁶

Oscar Vilhena Vieira denomina de supremocracia o excesso de poder que o Supremo Tribunal Federal conquistou com a constituição de 1988. Nesse caso, a supremocracia alcança duas vertentes, a primeira é o fato do STF ter se tornado a cúpula de todo o judiciário, o que obriga as demais instâncias e Tribunais a acatarem suas decisões. A segunda é a autoridade que o Supremo exerce sobre os demais Poderes.¹⁰⁷

Dois fatos que exemplificam essa autoridade sobre os demais poderes são os casos do Mandado de Segurança Coletivo n.º 37.097/DF, onde o relator Ministro Alexandre de Moraes, suspende a nomeação do delegado Alexandre Ramagem como Diretor da Polícia Federal, feita pelo presidente Jair Bolsonaro ou, ainda, no MS 34.070/DF onde o Ministro Gilmar Mendes suspendeu a posse de Luís Inácio como Ministro da Casa Civil da Presidente Dilma. Não obstante, ainda tem o caso da Ação Cautelar 4.070, STF, em que o Ministro Relator Teori Zavascki através de uma liminar suspendeu o mandato e afastou o Deputado Eduardo Cunha da presidência de um outro Poder, no caso a Câmara dos Deputados. Cunha ainda argumentou que conforme Art, 55, § 2º, da Constituição Federal de 1988, somente a Câmara poderia pedir afastamento de um parlamentar, porém, em sua fundamentação Teóri, alegou que esse dispositivo citado, trata apenas da hipótese de cassação quando o parlamentar é condenado e que fora isso “as investigações e processos criminais deflagrados contra parlamentares haverão de transcorrer ordinariamente, sem qualquer interferência do Poder Legislativo, inclusive quanto à execução das demais medidas cautelares previstas no ordenamento, que ficam à disposição da jurisdição”.

¹⁰⁵ FONSECA, Claudia de Oliveira. O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais. 2013, p. 42.

¹⁰⁶ RAMOS, 2013, p. 141 apud FONSECA, Claudia de oliveira. 2013, op. cit. p. 43.

¹⁰⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV, São Paulo. 4(2) | P. 441-464 | JUL-DEZ 2008. p. 445.

Ademais, se tornou rotina os tribunais agirem como legisladores, dando interpretações às leis que a priori não eram a intenção do legislador. Sobre isso Aduz Vilhena:

Além da proeminência do Supremo, enquanto arena de deliberação pública, é importante buscar demonstrar o quanto o Supremo tem se afastado do modelo tradicional de legislador negativo, imaginado por Kelsen, quando justificou a necessidade de cortes constitucionais no continente europeu, nas primeiras décadas do Século XX.¹⁰⁸

Reverbel aponta que ao fazer isso o Judiciário afronta a Separação dos Poderes:

O atual sistema de controle de constitucionalidade no Brasil também favorece o ativismo judicial. Se na Alemanha, na Espanha, na Itália, ou melhor, no sistema Europeu a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei é restrita a uma Corte Suprema, a um Tribunal Constitucional; no Brasil, todos os juízes e tribunais são capazes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei. O ativismo, assim, na busca de uma solução mágica, na extração de um princípio que fundamente a decisão (razoável ou não), acaba por afrontar à separação de poderes, faz do juiz um verdadeiro legislador e inclusive ex post facto, contrariando o Estado de Direito, em que impera a lei, como decorrência justa.¹⁰⁹

Fernando Leal enxerga outro problema, nas decisões do Supremo Tribunal Federal, aponta que o texto constitucional não é respeitado e até mesmo muitas das vezes a decisão proferida é totalmente contrária ao que diz a literalidade do texto. Usa-se as teorias normativas de decisão jurídica como forma de justificar sentenças ou acórdãos que são manipulados para se alcançar os resultados que os juízes desejam e que variam de acordo com suas preferências político-ideológicas, o que causa uma instabilidade e falta de segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade das decisões do Tribunal.¹¹⁰ Desse jeito, as decisões do STF passaram a ser vistas como uma forma de alcançar as decisões que os Ministros almejam e não a de cumprir o que está escrito formalmente nela. Com isso, o Tribunal foi perdendo ao longo do tempo a capacidade de explicar suas decisões, pois com base no instrumentalismo judicial e da teoria da efetividade criada, qualquer decisão pode ser justificada pela tal teoria da efetividade. Ele diz que

¹⁰⁸ *ibidem*, p. 454.

¹⁰⁹ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Ativismo Judicial e Estado de Direito*. 2009, P. 9.

¹¹⁰ LEAL, Fernando. “A Constituição diz o que eu digo que ela diz: formalismo inconsistente e textualismo oscilante no Direito Constitucional brasileiro. 2017, p.135.

(...) Com um conjunto de slogans vazios (“efetividade”, “leitura moral da Constituição”, “filtragem constitucional” e a ênfase em princípios vagos, como moralidade e dignidade humana), o investimento em teorias de justificação de difícil compreensão e aplicação, aliado ao desapego à formalização metodológica ou dogmática (apesar de, ironicamente, a doutrina da efetividade se sustentar sobre a necessidade de construção de uma dogmática emancipatória), o constitucionalismo hegemônico no Brasil, que se construiu a partir da busca pela efetividade, tornou-se uma teoria internamente incompatível com a existência de limites. O empreendimento teórico mais ambicioso e provavelmente de maior sucesso na trajetória constitucional pós-88 se esgotou na sua incapacidade de auxiliar na compreensão e para garantir alguma previsibilidade de processos decisórios baseados na aplicação da Constituição. A diluição da força do texto constitucional como obstáculo à justificação de certos resultados é apenas um dos efeitos colaterais desse diagnóstico.¹¹¹

Neto e Sarmento, também apontam a “dificuldade contramajoritária” como um dos motivos do questionamento a todo esse poder auto avocado pelo Supremo Tribunal. A crítica está no fato de os juízes mudarem e criarem leis, sem terem sido eleitos pelo povo para isso. Ou seja, roubam a competência do legislativo sem ter a legitimidade para fazê-lo, e para isso usam normas constitucionais abertas que tem interpretações divergentes e que podem ser vistas por vários pontos de vista pela sociedade. Mostram como exemplo a questão do princípio da igualdade e as cotas raciais e o princípio da dignidade da pessoa humana e a eutanásia, que podem ser vistas de maneiras diferentes pelos mais diversos atores da sociedade. Assim, os críticos do controle jurisdicional de constitucionalidade defendem que em casos como esses a interpretação deveria ser feita pelo próprio povo através de seus representantes eleitos e não por magistrados, pois estes não possuem legitimidade popular.¹¹² Com relação a isso é válido destacar que a constituição em seu Art. 1º, parágrafo único, deixa bem expresso que o poder emana do povo e exercido através de seus representantes eleitos ou diretamente. Portanto, para esses críticos, a teoria da supremacia da constituição, não é suficiente para legitimar a jurisdição constitucional em casos como estes.¹¹³

Nesse diapasão, se levanta a questão sobre a quem cabe ou deveria caber a última palavra na interpretação das normas em especial as da Constituição da República. É sobre isso que irá tratar o próximo capítulo, a busca por um maior diálogo entre as instituições para que se chegue a um consenso que não coloque em risco a democracia e o equilíbrio entre os Poderes da República.

¹¹¹ *ibidem*, p. 136.

¹¹² NETO e SARMENTO, 2013, *op. cit.* p. 125-126.

¹¹³ *ibidem*, p. 126.

CAPÍTULO III - DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

1- Dos desenhos institucionais

Desenho institucional é a forma como se organizam as instituições dentro de um Estado Democrático de Direito. Comumente a fim de alcançar máxima efetividade os desenhos institucionais devem possuir em seu escopo duas dimensões fundamentais, a saber, dimensão instrumental e deontológica. A primeira está relacionada ao objetivo, o que está se buscando com aquela instituição, isto é, o que se espera dela. Já a segunda, tem seu alvo em determinada norma a qual o desenho busca dar efetividade. Essas duas dimensões são complementares e precisam ter o condão de proporcionar estabilidade institucional, mas também possibilitar mudanças ao longo do tempo, caso seja necessário, tendo em vista que a democracia é feita por seres humanos, e sendo assim, está constantemente suscetível a mudar em busca de se aperfeiçoar.¹¹⁴

Nas palavras de Moura Reis, o desenho institucional é o melhor sistema para fazer uma constituição funcionar. Dessa forma, o melhor arranjo seria o que possuísse forte ligação com a democracia e assim, ajudar a constituição alcançar sua máxima efetividade.¹¹⁵ A partir dessa lógica, podemos dizer que um bom desenho institucional relacionado à interpretação da constituição é aquele que indique a melhor forma de cooperação entre os órgãos do Estado e que garanta a concretização dos direitos fundamentais sem afrontar o Estado Democrático.

Assim, se posiciona Lucas Guimarães:

Em democracias, a ideia-força do sistema é a de autogoverno, mas há diversas interpretações quanto à viabilização do autogoverno na democracia. Por isso, se conceberam arranjos institucionais diferenciados que tem como objetivo a tomada de decisões coletivas, obrigatórias ou vinculantes. Arranjos democráticos são aqueles que asseguram que a autorização para o exercício do poder público se origine de decisões coletivas dos cidadãos em nome de quem está no poder e por quem o exerce.¹¹⁶

¹¹⁴ GUIMARÃES, Lucas Zandona, 2014. - Revista Direito Izabela Hendrix – Belo Horizonte, vol. 13, nº 13, nov. 2014, p. 92-100. p. 95.

¹¹⁵ REIS, Ana Luiza Oliveira de Moura Reis - Análise da evolução constitucional: desenho institucional e constitucionalismo abusivo. Jus.com.br. 2019, s.p.

¹¹⁶ GUIMARÃES, Lucas Zandona, 2014, op. cit. p. 95.

Ele complementa seu pensamento trazendo a relação entre desenhos institucionais e intencionalidade. Afirma que existe uma relação entre os desenhos institucionais e as teorias intencionais de mudança social e desse jeito, só há desenho institucional onde as instituições tiverem intencionalidade em seu núcleo, pois desenho e redesenho são atividades intencionais. Logo, as instituições são criadas de forma proposital, e é possível planejá-las com regras, estruturas, mecanismos, arranjos e sistemas complexos. Sendo assim, tais instituições estão sujeitas à aceitação mas também à rejeição pelas instâncias políticas e pela sociedade e dessa maneira é perfeitamente possível sua modificação e o seu redesenho.¹¹⁷

Com isso, conseguimos entender que as instituições são criadas com o objetivo de tornar efetivas as normas e princípios constitucionais. Cada desenho institucional é feito de forma intencional para que se alcance os resultados esperados. Todavia, pode acontecer que no decorrer do tempo, esse desenho frustrar as expectativas, seja por não alcançar seus objetivos ou por se mostrar danoso ao Estado Democrático de Direito. Nesses casos, pela sua própria essência é perfeitamente possível e até mesmo necessário o redesenho institucional para que desta forma a constituição seja cumprida e a democracia fortalecida.

Como bem apontado por Mendes, divergências com relação a quem deve decidir por último, nem sempre vem de visões contrárias referente à democracia ou ao constitucionalismo. Concordam que uma decisão para ser democrática precisa respeitar algum procedimento formal, independente do seu teor ou substância. Com relação ao constitucionalismo, independente da posição sobre a quem cabe a decisão, ambos os grupos vêem nesse sistema a necessidade de um teor substantivo e ritos procedimentais, que podem ser percebidos no direito e na separação de poderes, que também podem ser traduzidos como “democracia procedimental” e “democracia substantiva”, em outras palavras, vontade da maioria e direitos fundamentais, sendo que para a vontade da maioria ser legítima tem que ter seus limites baseados nos direitos fundamentais.¹¹⁸

É nesse ponto que começa a se pensar em qual desenho pode alcançar esse objetivo. Pois, a decisão majoritária e os limites a ela têm sua legitimidade fundamentada tanto em

¹¹⁷ *ibidem*, p. 98.

¹¹⁸ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política). São Paulo. Universidade de São Paulo, Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas.. 2008. p. 48.

procedimentos formais como substantivos. Isso porque, democracia propriamente dita, pode ser enxergada como simplesmente como decisão majoritária, porém, “tem que respeitar suas próprias condições de existência”, isto é, a convivência pacífica entre maiorias e minorias, cada uma tendo seus direitos respeitados e as decisões coletivas respeitadas. Todavia, isso não significa que um órgão externo ao Legislativo tenha que controlar as decisões da maioria. Isso consiste apenas em uma característica substantiva para que decisões majoritárias sejam admitidas e respeitadas, não significa que busquem a ruptura do sistema, pois estaria se autodestruindo, tendo em vista que o regime democrático tem que se auto reproduzir.¹¹⁹

Arguelhes e Pereira, também afirmam que a constituição possui dois tipos de regras, as de competência e as regras substantivas. Sendo assim, supor que pelo fato de um Tribunal ser o guardião da Constituição, faz com que todos os atos do Legislativo e do Executivo estejam sujeitos a autoridade desse Tribunal é ignorar esses dois tipos de regras. Quem assim o faz, despreza o fato que as constituições democráticas, como a do Brasil, estabelecem zonas de autonomia para os outros poderes. Não levar isso em consideração não é defender a supremacia da constituição e sim apoiar a supremacia dos Tribunais. Pois desse jeito, os Tribunais constitucionais desconsideram as regras de competência para supostamente priorizar as regras substantivas que possuem conteúdo mais aberto. Isso configura um paradoxo de garantir a Constituição violando a própria Lei Maior. Nesse contexto, deve-se considerar que a Constituição é um documento político, e que os constituintes fizeram o desenho da divisão de competência entre os Poderes da forma que entenderem ser o mais adequado, desse jeito se é verdade que deram a prerrogativa do Judiciário “errar por último”, é plausível que em determinados casos essa prerrogativa tenha sido outorgada aos demais Poderes.¹²⁰ Eles asseveram que:

O dilema que se coloca, portanto, é real. Respeitar a Constituição pode exigir, em alguns casos, que o STF respeite decisões inconstitucionais dos outros poderes – e que cidadãos e outros atores políticos respeitem esse tipo de comportamento por parte do STF. No limite, o que esse caso coloca é: quem se respeita quando se respeita as decisões do STF? Respeita-se a autoridade do tribunal ou respeita-se a autoridade da Constituição? Considerar que ambas são a mesma coisa pode ser, na realidade, negar a segunda, e o pensamento jurídico brasileiro, talvez intoxicado com questões de interpretação constitucional, corre o risco de nublar completamente essa distinção.¹²¹

¹¹⁹ *ibidem*, p. 49.

¹²⁰ ARGUELHES, Diego Werneck; PEREIRA, T. H. A. J. . Separação de Poderes como Alocação de Autoridade: uma espécie ameaçada no direito constitucional brasileiro?. In: Fernando Leal. (Org.). Constitucionalismo de Realidade: Democracia, Direitos e Instituições. 1ed. Belo Horizonte: Forum, 2019, v. 1, p. 103-124. p. 121.

¹²¹ *ibidem*, p. 123.

No que tange ao desenho institucional sobre a quem cabe a última palavra na interpretação constitucional, Conrado Mendes, aponta três arranjos que são debatidos no cenário contemporâneo. O primeiro deles é a preferência por juízes e cortes constitucionais como intérpretes da Constituição. Outro desenho seria a interpretação ficar a cargo dos parlamentos, pois gozam de uma legitimidade maior, porque são representantes do povo. Já a terceira proposta é a dos diálogos institucionais, onde nenhum dos dois teria a prerrogativa da última palavra, dando lugar ao diálogo interinstitucional.¹²²

Os defensores da jurisdição constitucional alegam que os temas mais complexos da sociedade ao serem decididos por juízes são resolvidos com base no Direito e não em preferências políticas ou ideológicas, ao contrário das casas que representam o povo que são guiadas por interesses políticos e não em obediência à constituição. Por outro lado, os que se posicionam contra esse modelo de jurisdição constitucional defendem que esse arranjo configura um tipo de ditadura judicial. Isso porque sob o disfarce de guardião e intérprete da constituição, os juízes impõem à sociedade seus próprios valores, ideologias e interesses ao contrário do que afirmam defensores do controle de constitucionalidade jurisdicional. Desta feita, o mais legítimo e confiável seria deixar a cargo do parlamento a guarda e a promoção dos valores constitucionais.¹²³

Neto e Sarmiento defendem um desenho constitucional intermediário entre essas duas visões, pois para eles o judiciário tem tido uma atuação importante na defesa de direitos fundamentais e de pilares da democracia, principalmente em tempos em que ocorre uma crise de representatividade como tem acontecido no Brasil. Em contrapartida, tem que se levar em conta o constitucionalismo feito fora dos Tribunais, como o parlamento e demandas da sociedade civil que são feitas em espaços públicos informais.

Assim eles dizem que:

Nesse sentido, é preciso, em primeiro lugar, reconhecer realisticamente que os tribunais não são espaços assépticos, imunes à ideologia e às articulações e compromissos políticos. Portanto, eles não estão “fora” da política. Ademais, é necessário também perceber que a política, com todas as suas imperfeições, pode e

¹²² MENDES, Conrado Hübner, 2008, op. cit.

¹²³ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel, 2013, op. cit. p.158.

deve ser um campo aberto ao debate constitucional, inspirando-se também por princípios, e não apenas por preferências ideológicas ou por interesses de facções.¹²⁴

Para Clève e Lorenzetto, toda essa complexidade leva a se pensar atualmente na questão dos desenhos institucionais e não mais no tradicional formato da tripartição entre os Poderes. Advertem que é preciso tomar muito cuidado quando se cria uma nova instância de poder, pois nesse caso tem que se definir bem quais são seus poderes e suas finalidades, em outras palavras, em quais estruturas e diretrizes normativas estão as suas bases. Nesse sentido, ao se criar um poder também está se determinando seus limites, pois nenhuma esfera do Estado possui poderes ilimitados, isso porque um princípio basilar do Estado Democrático de Direito é a harmonia e independência entre os Poderes. Desse jeito, quando é dada determinada competência a um órgão de poder, espera-se que ele atinja seus objetivos para que assim justifique sua existência, caso contrário deverá haver consequências pelo seu mau funcionamento, como por exemplo, uma mudança de estrutura.¹²⁵

A dupla segue o raciocínio de que é muito importante o momento em que está se pensando a criação das instituições porque é nessa hora que se define as diretrizes teóricas e normativas que vão guiar as funções de cada um dos Poderes. Esse processo deixa claro que a clássica separação dos poderes é insuficiente para dar conta da complexidade que existe nas relações das instituições atualmente. Ademais, o que determina o desenho institucional é a distribuição das faculdades de instituir e de vetar. Esses dois fatores conduzem a distribuição de poderes, determinam os objetivos das instituições e o modelo dos canais de comunicação entre os órgãos do Estado.¹²⁶

Logo, levando-se em consideração que em determinados países o controle de constitucionalidade não é superior às atividades legislativas e, em outros, todavia, o sistema de judicial review impõe um controle de constitucionalidade onde a última palavra jurisdicional é forte e definitiva, faz-se necessário o desenvolvimento de propostas que tenham o objetivo de transformar tais construções e ao mesmo tempo, mudar o design institucional e justificar a revisão na tradição governamental.¹²⁷

¹²⁴ *ibidem*.

¹²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos Institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*. v. 2, nº 3. pág 183-206, set/dez 2015. p. 189.

¹²⁶ *ibidem*, p. 189.

¹²⁷ *ibidem*, p. 195.

2- A questão da última palavra

A República Federativa do Brasil fundamenta-se no Estado Democrático de Direito, baseado no princípio que o poder emana do povo. Sendo assim, um dos grandes dilemas atuais é, se o poder emana do povo, que é exercido através dos seus representantes eleitos¹²⁸, então será que juízes que não passaram pelo escrutínio do voto popular devem ter a última palavra na interpretação constitucional?

Outro questionamento que se coloca é, se somente ao STF cabe a última palavra, quem pode corrigir um eventual erro ou abuso do Tribunal? Como diz o velho dito popular “quem vigia o vigia?” Além do mais, o poder de mudar a constituição, por ter a prerrogativa da última palavra, abre a possibilidade dos Tribunais constitucionais retirarem competência que a constituição atribui a outros Poderes para que o próprio Tribunal fique mais fortalecido, o que já tem ocorrido como veremos mais adiante. O que fazer nesses casos? Clève e Lorenzetto expressam preocupações desse tipo.

A série de interrogações é importante, pois acaba por suscitar temas fundamentais a respeito da relação entre constitucionalismo e democracia. O questionamento sobre a palavra final se conecta com o tópico da supremacia constitucional e com a necessidade de um corpo de agentes que tenha o poder para dizer qual é o sentido dos direitos resguardados pela Constituição.¹²⁹

É cada vez mais notória a controvérsia que ocorre entre o controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário e a democracia. Entende-se que por vezes os magistrados extrapolam suas competências e cerceiam a vontade da maioria sem um mínimo de razoabilidade em nome de uma suposta proteção às minorias. Sobre isso, Neto e Sarmiento argumentam que em defesa da democracia pode-se até admitir em alguns casos a determinação de limites das decisões majoritárias, contudo, quando há exagero nesse procedimento, tal atitude revela-se antidemocrática porque não permite o direito do povo se autogovernar. Essa dificuldade democrática ocorre porque em diversos momentos a jurisdição constitucional é utilizada como "fórum central para o equacionamento dos conflitos políticos, sociais e morais mais relevantes da sociedade, ou como a detentora do poder de ditar a

¹²⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF: Presidente da República, [2020]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 jun. 2022.

¹²⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses, 2015, op. cit. p. 195.

“última palavra” sobre o sentido da Constituição”. Assim, para esses autores, o problema da antidemocracia, nesse caso, não estaria propriamente no remédio, isto é, no controle jurisdicional de constitucionalidade, mas sim na dosagem que é utilizada.¹³⁰

Nesse diapasão, no Brasil, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, têm adentrado em questões afetas a outros Poderes, isso porque pelo desenho constitucional brasileiro praticamente todos os assuntos permitem que o STF dê a última palavra, como mostra Leal, a título de ilustração:

No âmbito da delimitação de atribuições das demais esferas do Estado, vem discutindo questões como: restrição à atuação das CPIs; limitação do poder de edição de medidas provisórias pelo Presidente da República; restrição aos poderes de investigação do Ministério Público; garantia dos direitos das minorias parlamentares em face das mesas da Câmara e do Senado; delimitação do campo de autonomia das agências reguladoras; aferição da legitimidade da instituição de controle externo da magistratura; a restrição às sessões secretas do Senado, entre outras questões quentes. Com direto impacto sobre o balanço federativo e também sobre a economia, o Tribunal vê na sua agenda assuntos como guerra fiscal, Cofins e FGTS, além de toda uma linha de decisões relativas aos ajustes econômicos, que marcaram a vida brasileira até o plano real.

Tudo isto sem falar em milhares de habeas corpus, mandados de segurança, alguns de altíssima voltagem política e muitos milhares de recursos extraordinários, que demandam do Supremo decidir sobre uma infinidade de temas constitucionais mais ou menos relevantes. Na esfera político-criminal, por exemplo, temos assistido o julgamento de altas autoridades, como o ex-presidente Collor e os integrantes do escândalo do mensalão.

O Supremo, por outro lado, também não viu nenhuma dificuldade em discutir a validade de emendas à Constituição, como nas reformas administrativa, previdenciária e do próprio judiciário, chegando, sem qualquer hesitação, a declarar algumas emendas contrárias às cláusulas pétreas, como no caso da extinta CPMF. Em resumo, tudo no Brasil parece exigir uma “última palavra” do Supremo Tribunal Federal.¹³¹

Rossi acredita que a tendência de outorgar ao Judiciário o poder de manifestar a última palavra na esperança de concretizar direitos, decorre da crença de uma “equivocada Jurisprudência dos Valores”, que segundo ele, é um movimento oriundo da Alemanha pós Segunda Guerra. Foi uma teoria utilizada pelo Tribunal Constitucional daquele país, para dar legitimidade à Constituição que não tinha sido formulada com a participação da maior parte da população. “Daí a afirmação de um ‘jus’ distinto da ‘lex’, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade.” Para esse autor, a utilização do conceito abstrato de

¹³⁰ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel, 2013, op. cit. p.133-134.

¹³¹ VIEIRA, Oscar Vilhena, 2008, op. cit. p. 451.

“valores”, serve como um mecanismo que legitima uma suposta legalidade mas que ao fim abre caminho para o totalitarismo.¹³²

Para Neto e Sarmento, não é bom que um único órgão fique responsável por manifestar a última palavra sobre a interpretação da Constituição. Isso porque a Carta Maior não é apenas o que Tribunal diz que ela é. Asseveram que as cortes são constituídas por seres humanos que estão suscetíveis a erros, assim como também podem errar os integrantes do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Por essa lógica, a dupla propõe que o desenho ideal seria o que não permitisse nenhuma instituição ser a detentora da última palavra, ou nos dizeres dos autores, que nenhuma instituição tenha o exclusivo direito de “errar por último”. Dessa forma, o que melhor se enquadraria em um arranjo institucional, seria a possibilidade de “correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional”. Dessa maneira, acreditam que o diálogo entre as instituições é a melhor forma de resolver as tensões que existem atualmente.¹³³

Nos dizeres de Vieira, Cortes Constitucionais como o STF, tem deixado de ser legisladores negativos e se tornado poder constituinte reformador, uma vez que por se considerar detentores da última palavra, os magistrados têm se achado no direito de acrescentar ao texto constitucional regras que não foram criadas nem pela Assembleia Constituinte, poder constituinte originário e nem pelo poder constituinte derivado, ou seja, o legislativo. Como caso emblemático, Vilhena relembra o julgamento do Mandado de Segurança (MS) 26.603, de relatoria do Min. Celso de Mello.¹³⁴

Este foi o julgamento onde se determinou a perda do mandado de segurança por infidelidade partidária. A história começou com a consulta nº 1.398, que o até então Partido da Frente Liberal (PFL), hoje União Brasil, fez ao Tribunal Superior Eleitoral, para saber se as coligações partidárias teriam o direito de manter o mandato, caso o parlamentar eleito resolvesse migrar para outro partido. Em resposta, o TSE informou que em seu entendimento os partidos têm o direito sobre o mandato que foi adquirido em eleições proporcionais, o que é o caso de deputados e vereadores, sempre que após as eleições o parlamentar trocar de partido. No entanto, esse entendimento não foi seguido pelo Presidente da Câmara dos

¹³² ROSSI, Júlio César. Neoconstitucionalismo e o pós-positivismo à brasileira. Consultor Jurídico. 2019.

¹³³ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel, 2013, op. cit. p.137.

¹³⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena, 2008, op. cit. p. 455.

Deputados, na época o Deputado Arlindo Chinaglia.¹³⁵ Ele comunicou aos partidos políticos que só poderia analisar o assunto de acordo com o que estava previsto na Constituição, que por sua vez, não tinha em seu rol essa possibilidade para perda de mandato. Isso motivou o Partido Social Democrata Brasileiro (PSDB) a ingressar com o citado MS.¹³⁶

Ao analisar as hipóteses de perda do mandato disposto na Constituição da República, podemos notar que realmente o Presidente da Câmara tinha razão ao indeferir os pedidos dos partidos. Vejamos o que diz o Art. 55 da Lei Maior:

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

- I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
- II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;
- III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;
- IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;
- V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;
- VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.¹³⁷

Como se vê, a infidelidade partidária não é motivo para perda do mandato de acordo com a Constituição. Todavia, a decisão da maioria dos Ministros foi no sentido de ratificar a decisão do Tribunal Superior Eleitoral e garantir aos partidos políticos a posse do mandato em caso de troca de partidos pelo parlamentar. Podemos notar que ocorreu um fenômeno criado no meio jurídico conhecido como “mutação constitucional”, onde se muda o sentido de uma norma da Carta Magna sem que seja alterado o texto propriamente dito.¹³⁸

Em relação a isso, é nítido que a Constituição Federal não autoriza o Supremo Tribunal a criar normas. Porém, o Ministro Celso de Mello argumentou que “o monopólio da última palavra em temas de exegese das normas” foi dado ao STF pela Constituição da República, mas precisamente pela leitura fidedigna do Art. 102, CRFB/88. Isso, segundo o

¹³⁵ *ibidem*.

¹³⁶ MATAIS, Andreza. Chinaglia diz que partidos devem procurar Justiça para reaver mandatos Folha de São Paulo, Brasília, 28 mar. 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u90737.shtml>. Acesso em: 07 jun. 2022.

¹³⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF: Presidente da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 jun. 2022.

¹³⁸ <https://1library.org/article/fidelidade-partid%C3%A1ria-mandado-de-seguran%C3%A7a.9yn963lq>

Ministro, autoriza o Supremo a inovar no texto constitucional. Para justificar seu ponto de vista, ele cita Francisco Campos que disse o seguinte: “A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la [...]. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”. Lembrando que este julgado foi em 2007, o que pode ser considerado o início da grande virada em relação a uma postura mais ativista que o STF passou a adotar a partir de 2008.¹³⁹

Nesse sentido, Jamile Leal, também aponta que o Supremo Tribunal Federal atua de maneira ativista sempre que: ao interpretar a norma constitucional afasta seu sentido original e dá a ela uma nova interpretação diferente da pretendida pelo constituinte; quando para suprir uma suposta inércia do Legislativo, cria norma infraconstitucional para em tese suprir omissão do legislador; anula lei editada apenas com base em princípio constitucional abstrato; cria sem previsão legal, novo dispositivo normativo à Constituição ou altera norma constitucional preexistente, exercendo poder similar ao constituinte reformador, fundamentado em seu “direito” de poder manifestar a última palavra; e também quando adentra em competências dos Poderes Legislativo e/ou Executivo determinando execuções de políticas públicas sem previsão orçamentária, por meio de princípios constitucionais, impactando os gastos públicos.¹⁴⁰

Ao longo dos anos o Supremo Tribunal Federal tem tido um expressivo aumento em seu poder de decidir. É certo que por vezes isso ocorre através de leis editadas no próprio Congresso Nacional, mas em grande parte é o próprio STF que cria jurisprudência atribuindo a si mesmo competências não previstas na Lei Maior do país. Benvindo elenca vários exemplos desses fatos:

1) a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) pela Emenda Constitucional nº 3/93, com sérias consequências no âmbito do controle de constitucionalidade; 2) o surgimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), juntamente com a possibilidade de suspensão liminar de julgamentos que estejam ocorrendo em instâncias inferiores, caso apresentem matéria relacionada com o mérito da ADPF, assim como a modulação de efeitos (Leis nos

¹³⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena, 2008, op. cit. p. 455.

¹⁴⁰ LEAL, Fernando. “A Constituição diz o que eu digo que ela diz: formalismo inconsistente e textualismo oscilante no Direito Constitucional brasileiro. Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. - Direitos Fundamentais & Justiça Direitos Fundamentais & Justiça. – ano 11, n. 36, jan./jun. 2017– Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 305.

9.882/99 e 9.868/99); 3) a Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu a súmula vinculante e o instituto da repercussão geral; 4) julgamentos em que o STF buscou, em algum momento, expandir os efeitos abstratos ao controle difuso, como o HC nº 82.959/SP (BRASIL, 2006), referente aos crimes hediondos, os Mandados de Injunção nº 670/ES (BRASIL, 2008a), 708/DF (BRASIL, 2008b) e 712/PA (BRASIL, 2008c), referentes ao direito de greve do servidor público, e a Reclamação nº 4.335-5/AC, que trouxe à discussão o conceito de “mutação constitucional” a ponto de se buscar tornar letra morta o art. 52, X, da Constituição Federal (que trata da suspensão de efeitos de lei julgada inconstitucional pelo STF em controle difuso, tida agora por parcela de seus Ministros como um recurso ultrapassado); entre outros. Desse modo, por um lado, houve um claro movimento legislativo, que foi ampliando sobremaneira os espaços de atuação do STF, e, por outro, o próprio STF, nesse caminhar, utilizou-se desse impulso para reconstruir parte de sua jurisprudência de modo a se tornar ainda mais presente no exercício da jurisdição constitucional.¹⁴¹

Dentre esses exemplos podemos destacar os Mandados de Injunção (MI) nº 670 e 721. Segundo esses julgados, do STF, o mandado de injunção poderá ter efeitos “erga omnes” ou ultra partes. Tais julgados contrariam a própria Lei nº 13.300/06 que regulamenta esse remédio constitucional. Em seu art. 9º, essa lei afirma que a decisão do mandado de injunção terá eficácia subjetiva limitada às partes. Todavia, o parágrafo 1º desse mesmo artigo, diz que, poderá ser conferida eficácia ultra partes ou “erga omnes” à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração. Desse jeito, o STF sempre diz que é inerente ao direito, e assim, passa por cima dessa tentativa de limitação do artigo 9º, utilizando o §1º.

Já no julgamento do MI nº 670, de 2007, houve uma importante alteração no cenário jurídico que afetou diretamente o princípio da separação de poderes. Em 1990, quando o Tribunal ainda tinha seu ímpeto ativista mais contido, ao julgar o MI 107-3/DF, o STF decidiu que o judiciário poderia apenas declarar a mora legislativa sem poder suprir a lacuna da lei, porque a Constituição da República não autoriza o judiciário legislar, função essa que cabe ao Poder Legislativo.

Eis um trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

¹⁴¹ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014, p. 84 e 85.

O Mandado de Injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. Não legitima, por isso mesmo, a veiculação de provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita à competência, não exercida, dos órgãos públicos. O Supremo Tribunal Federal não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam absterido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do poder.¹⁴²

No entanto, ao analisar o MI n° 670, que questionava a falta de regulamentação do direito de greve para os servidores públicos o Tribunal mudou seu entendimento, entenderam os Ministros que

iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; iv) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5o, XXXV).¹⁴³

A partir desse entendimento os nobres Ministros avocaram para si o poder de legislar, isto é, criar normas para supostamente suprir omissão legislativa, mesmo sem essa prerrogativa ter previsão constitucional. Além do perigo de certo autoritarismo, cria-se uma grande sensação de insegurança jurídica, uma vez que o Tribunal pode mudar seu posicionamento a qualquer momento, inclusive lhe atribuindo cada vez mais competências que constitucionalmente pertencem a outros Poderes.

Nesse contexto, Juliano Benvindo afirma que

¹⁴² BERGAMINI, José Carlos Loitey. Mandado de injunção: panorama jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Jus.com.br. 16 mai. 2017.

¹⁴³ JUSBRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção: MI 670-ES. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es>.

Ter a tão desejada “última palavra” é custoso, porquanto lança, para um único órgão, a defesa institucional final de todo um processo democrático, de todo um diálogo que quer se manter aberto, em que a democracia e o constitucionalismo, como paradoxos necessários, se constroem e se aperfeiçoam. De antemão, já se antecipa a impossibilidade dessa tarefa. Querer ter a “última palavra” é o sinal de não compreensão da complexidade inerente a uma sociedade democrática, que preza pela cidadania. Isso se dá porque a história desses vinte e cinco anos de constitucionalismo democrático no Brasil explicita que o Supremo Tribunal Federal, embora se utilize desse argumento, deixa muito a desejar em termos de justificação daquelas premissas.¹⁴⁴

É claro que por vezes as decisões judiciais vão de encontro à vontade da maioria da população, principalmente quando versa sobre demanda não suprida por um ato do Legislativo ou do Executivo. De certo que também nem sempre o desejo majoritário deve prevalecer sobre as minorias, pois a todos devem ser garantidos os direitos básicos inerentes a cada cidadão e também a proteção de minorias discriminadas.¹⁴⁵ No entanto, a interpretação de uma norma constitucional não termina com o trânsito em julgado de um processo. Questões complexas e que geram polêmicas na sociedade, como é o caso do aborto, não são definidas com uma simples decisão judicial, pois mesmo com uma resolução pelo Judiciário, temas como esse continuaram em discussão na sociedade.¹⁴⁶ Nas palavras de Neto e Sarmento:

Pode-se alcançar, com a decisão judicial, o final de uma “rodada” na interpretação, mas não o encerramento da controvérsia sobre o significado da Constituição. Se a disputa for de fato muito relevante, é pouco provável que uma decisão judicial baste para colocar uma pá de cal no assunto, aquietando os grupos perdedores e os setores da opinião pública que o apóiam.¹⁴⁷

Nesse diapasão, um importante pensador do direito que tem se posicionado contra a jurisdição constitucional, assim como o Judiciário como detentor da última palavra, é Jeremy Waldron. Segundo seu pensamento, uma sociedade democrática não comporta um modelo judicial review sobre a legislação, ou seja, para ele não é legítimo que o Poder Judiciário tenha a última palavra. Seu argumento é que o sistema de jurisdição constitucional tem dois grandes problemas. O primeiro é que os Tribunais não são capazes de fornecer à sociedade uma forma eficiente para resolver problemas reais sobre direitos da população. Em segundo lugar, Waldron crítica que houve por parte dos juízes um abandono do parlamento. Ao

¹⁴⁴ BENVINDO, Juliano Zaiden, 2014, op. cit. p. 85.

¹⁴⁵ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel, 2013, op. cit. p.132-133.

¹⁴⁶ ibidem, p.140.

¹⁴⁷ ibidem, p.140.

delegar a um pequeno grupo de magistrados a decisão final sobre assuntos referentes à vida da coletividade, torna o judicial review algo ilegítimo, pois rejeita um fundamento da democracia que é o princípio da representação e igualdade política. Desse jeito, Waldron defende que a palavra final deve pertencer ao Poder Legislativo, pois é este que representa com maior legitimidade os anseios da população.¹⁴⁸

Dessa forma, Waldron, propõe que o ideal seria deixar os próprios integrantes da comunidade decidirem quais direitos devem ser garantidos através das normas e quais devem ser as prioridades e metas que o grupo deve alcançar. Essa escolha poderá se dar de duas formas, através de participação direta do cidadão ou por meio do método de representação, onde são escolhidos pelo voto representantes para compor o parlamento e assim, deliberar em nome do povo.¹⁴⁹

3- Diálogos institucionais: um caminho para a preservação da democracia

Devido a perceptiva escalada do ativismo judicial, e do perigo disso resultar em uma “ditadura judiciária” colocando em risco o Estado Democrático de Direito, juristas de todo o mundo começaram a pensar uma nova forma de redesenho institucional, de maneira tal que a última palavra não seja monopólio do judiciário, como vem ocorrendo em diversos países, inclusive no Brasil. Das contestações e insatisfações com o excesso de poder nas mãos dos magistrados, surgiu a teoria chamada de diálogos constitucionais. O objetivo dessa teoria é possibilitar um desenho institucional em que o Poder Judiciário tenha maior interação com os demais Poderes. Desse jeito, a interpretação da constituição não ficaria concentrada nos Tribunais, possibilitando o fortalecimento da democracia uma vez que outros atores, como o Poder Legislativo e a própria população, participariam da interpretação constitucional.¹⁵⁰

Como demonstra Mendes, já faz algum tempo que pensadores do direito buscam uma forma de interação entre as instituições:

¹⁴⁸ FONSECA, Claudia de Oliveira, 2013, op. cit. p. 46

¹⁴⁹ VICTOR, Sergio Antonio Ferreira. Diálogo institucional e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. Tese (Doutorado em Direito do Estado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013, p. 130

¹⁵⁰ HACHEM, Daniel Wunder e PETHECHUST, Eloi. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 121 | pp. 203-250 | jul./dez. 2020, p. 205 - 206.

As sementes da ideia de que há uma interlocução institucional que deve ser incorporada à justificativa da revisão judicial já apareciam na dissertação. A metáfora existe na literatura americana há bastante tempo. Bickel, na década de 60, já falava em “colóquio contínuo” (continuing colloquy) e em “conversa permanente” (permanent conversation). Louis Fisher, em publicações das décadas de 70 e 80, já se referia a “diálogos constitucionais”. Bruce Ackerman considera essa imagem para pensar a separação de poderes americana, principalmente pela ideia de “dualismo constitucional” (a variação entre momentos de “política normal” e de “política constitucional”).¹⁵¹

Essa proposta surge em razão da preocupação com as sucessivas decisões que anulam leis editadas pelo Poder Legislativo e que muitas das vezes são fundamentadas em princípios constitucionais abstratos e isso, como aponta Brandão, traz à tona a questão da dificuldade contramajoritária.¹⁵² Fatos como esse têm ocorrido continuamente ao longo do século XX. Por isso, a ideia de uma conversa produtiva entre as instituições é vista como forma de se chegar à solução dos questionamentos sobre quem é o mais indicado para resolver um determinado caso complexo. Nessas situações, para o bem da democracia, e por uma maior legitimidade das atividades realizadas pelos Poderes, é necessário que ocorra uma comunicação mais eficiente entre as instituições responsáveis por dirigir a nação.¹⁵³

Na visão de Mendes, o que vem ocorrendo ao longo dos últimos anos é uma espécie de batalha imaginária entre juízes heróicos e legisladores caídos, ou entre juízes ideologicamente dissimulados e o legislador virtuoso e exemplar. De igual modo, muitos enxergam isso como uma disputa entre direitos fundamentais e democracia ou até mesmo entre minorias e maioria. Nesse diapasão, um método que permitisse o diálogo entre legislativo e Judiciário, colocaria água na fervura e possibilitaria uma existência mais pacífica entre essas instituições, esse seria o papel das teorias do diálogo.¹⁵⁴

A proposta de diálogos surge como alternativa entre a corrente favorável à jurisdição constitucional e a que prefere uma supremacia parlamentar no controle de constitucionalidade. De acordo com essa teoria a resposta para a pergunta "a quem cabe a última palavra?", é que a última palavra deve ser provisória, no contexto em que as

¹⁵¹ MENDES, Conrado Hübner, 2008, op. cit. p. 103.

¹⁵² BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil. In: SARMENTO, Daniel.. (Org.). Jurisdição Constitucional e Política. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1, p. 120-150. p. 1.

¹⁵³ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses, 2015, op. cit. p. 184.

¹⁵⁴ MENDES, Conrado Hübner, 2008, op. cit. p.168

instituições dialogam entre si em busca de uma interpretação constitucional que satisfaça as necessidades sociais e não fira a harmonia e a independência entre os Poderes.

Por essa ótica, a decisão judicial com relação a interpretação constitucional não seria definitiva, a discussão poderia ser reaberta para uma deliberação legislativa com a possibilidade de mudar ou anular a decisão judicial. Isso mostra ser possível que o próprio sistema democrático possa se autocorrigir, pois qualquer decisão seja de que instituição for, pode ser revisada, sobretudo as dos magistrados quando essas não respeitarem os limites impostos pela Constituição.¹⁵⁵

Sobre esse tema Hachem e Pethechust asseveram que

Em face do déficit democrático de que padece o modelo forte de controle jurisdicional de constitucionalidade, notadamente no que toca à tomada de decisões sobre temas constitucionais sensíveis que envolvem fortes desacordos morais no âmbito da sociedade, as teorias dialógicas surgem como alternativa. Entre seus objetivos, encontra-se o propósito de equilibrar o caráter contramajoritário do Poder Judiciário (responsável por tutelar direitos constitucionais de minorias ameaçados por maiorias eventuais no Legislativo) com a questão democrática (que reclama a participação dos atores legitimados pelo voto popular no processo de atribuição de sentido à Constituição), além do escopo de construir um processo de deliberação que seja compatível com a complexidade dos temas constitucionais.¹⁵⁶

Com efeito, o modelo americano de jurisdição constitucional conhecido como modelo forte de controle de constitucionalidade, se espalhou por diversos países mundo afora, o que fez a justiça se tornar o fórum de decisão de questões polêmicas e complexas que não são consenso na sociedade. Em contrapartida, porém, para resolver o problema da “dificuldade contramajoritária” e não correr o risco de se ter uma supremacia judicial frente aos demais Poderes, alguns países criaram o modelo fraco de judicial review, entre eles o Canadá.¹⁵⁷

Até 1982, o Canadá era regido por uma lei denominada de “Declaração Legislativa de Direitos” (statutory bill of rights), que não tinha prerrogativa constitucional. Neste ano, é editada a Carta de Direitos e Liberdades (Charter of Rights and Freedoms), que traz em seu

¹⁵⁵<https://projetoquestoescritaseorais.com/direito-constitucional/discorra-sobre-a-teoria-dos-dialogos-institucionais>

¹⁵⁶ HACHEM, Daniel Wunder e PETHECHUST, Eloi, 2020, op. cit., p. 213.

¹⁵⁷ MENDES, Conrado Hübner, 2008, op. cit. p. 23.

escopo uma diferença importante para o modelo de controle de constitucionalidade. A seção 33 da Carta, deu ao Poder Legislativo a prerrogativa de durante 5 (cinco) anos, não aceitar que o Judiciário anule leis editadas no parlamento. Vale ressaltar que esse prazo pode ser renovado por outras legislaturas. Ademais, para não correr o risco de uma supremacia das Cortes, o Legislativo pode mudar a decisão judicial. Esse poder de alterar decisões dos magistrados raramente é utilizado, mas abre a possibilidade de ocorrer um diálogo entre as duas esferas de Poder.¹⁵⁸

Verifica-se, portanto, que as teorias dos diálogos institucionais são muito influenciadas pelo modelo do sistema de controle de constitucionalidade fraco, adotado pelos canadenses, que possibilita uma resposta do parlamento diante de uma decisão judicial. Sendo assim, diante desse modelo, as decisões dos Tribunais não se tornam a “última palavra”, pois a ideia de diálogo consiste em abrir espaço depois da decisão judicial para respostas do Legislativo.¹⁵⁹

3.1- Propostas de Diálogos por Christine Bateup

Através da sistematização das teorias do diálogo institucional realizada por Christine Bateup, podemos ter uma boa noção do que são essas propostas e como poderiam ser colocadas em prática. A autora divide as teorias dos diálogos em duas espécies gerais, que por sua vez se subdivide em outros tipos. A primeira delas é o “método judicial”, onde se acredita que o diálogo constitucional entre o Tribunal e o Parlamento deve partir de atitudes passivas e ativas do próprio Poder Judiciário. Algo que fica dependente da discricionariedade da Corte, baseia-se na crença da virtude dos magistrados. Por outro lado, a segunda espécie é a “estrutura dos diálogos” que contempla a comunicação exercida através de um desenho institucional garantindo aos outros poderes mecanismos que possibilitem modificar ou anular as decisões judiciais se acharem que não estão de acordo com os preceitos constitucionais.¹⁶⁰

¹⁵⁸ MENDES, Conrado Hübner, 2008, op. cit. p. 144.

¹⁵⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses, 2015, op. cit. p. 192.

¹⁶⁰ FERNANDES Paulo Vinícius Liebl. A quem compete interpretar a Constituição? Uma crítica a supremacia judicial e a alternativa dos diálogos constitucionais. Monografia (Bacharel em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. p. 56.

Desse modo, o método judicial se subdivide em teoria dialógica do aconselhamento, teoria centrada no processo e minimalismo judicial. Em contrapartida as teorias das estruturas dialógicas se subdividem em teoria da construção coordenada, teoria dos princípios jurídicos, teoria do equilíbrio e teoria da parceria.

3.1.1- Diálogos pelo Método Judicial

A teoria do aconselhamento defende a ideia de que o Poder Judiciário utilize técnicas de interpretação para chegar a uma decisão. Quando for o caso de decidirem pela inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, os juízes dariam “conselhos” ao autor da lei ou ato normativo, podendo ser o Executivo ou Legislativo, apontando meios pelos quais poderia se chegar ao mesmo fim por uma via que estivesse de acordo com a Constituição. Alguns doutrinadores classificam esse método como “mapas constitucionais”, pois seriam uma espécie de roteiro que os demais Poderes deveriam seguir na edição de uma nova lei ou ato normativo. Outra forma de pôr em prática essa teoria, seria o Judiciário, manter a lei como constitucional, entretanto, aconselharia ao autor da norma a corrigir as possíveis inconstitucionalidades da Lei.¹⁶¹ Importante ressaltar é que esses “conselhos” ou “orientações”, não seriam vinculantes, isto é, os demais Poderes não estariam obrigados a seguir as recomendações dos juízes.

Por outro ângulo, a teoria centrada no processo, está relacionada aos aspectos procedimentais da edição das normas. Por essa perspectiva os magistrados deveriam auxiliar os demais Poderes, principalmente o Legislativo, no rito processual da produção das leis, especialmente quando se tratar de direitos fundamentais.¹⁶² Bateup descreve essa teoria da seguinte maneira:

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

¹⁶¹ OLIVEIRA, Jadson Correia; SANTOS, Natanael Lima. Os diálogos Institucionais na ordem constitucional brasileira. **Revista Pensamento Jurídico**. – São Paulo – Vol. 14, Nº 3, ago./dez. 2020. p. 19.

¹⁶² *ibidem*, p. 20.

do Governo a reconsiderar as suas decisões com o nível adequado de atenção aos referidos valores.¹⁶³

Christine Bateup, ainda aponta que há uma subespécie deste método chamada de “teoria do segundo olhar”. Nesse contexto os tribunais constitucionais, quando observarem algum erro ou inconstitucionalidade na lei ou ato normativo, ao invés de anularem declarando a inconstitucionalidade, devolveram a norma ao seu autor, para que produzam uma nova edição, fazendo as devidas observações com relação as formalidades a ser seguidas e destacando a importância da matéria discutida para que ocorra as devidas correções.¹⁶⁴

Por sua vez, a teoria do minimalismo, dispõe que o Poder Judiciário deixe suas decisões as mais abertas possíveis, deliberando apenas ao estritamente necessário, para que o Poder Legislativo possa também intervir. Essa teoria tem como grande expoente o constitucionalista Cass Sunstein. Esse autor classifica o minimalismo como uma forma de promoção da democracia. Ao usar termos como “uso construtivo do silêncio”, “acordos teóricos incompletos” e “deixar coisas não decididas”, ele busca demonstrar que o mais saudável para democracia é as Cortes, ao decidirem, deixar questões em aberto para que o legislativo, legítimo representante do povo, possa deliberar sobre o assunto. De acordo com seus entusiastas, esse método oferece as vantagens de dar mais oportunidades para que o processo democrático se amolde ao desenvolvimento futuro, contribui para a produção de compromissos benéficos para todos os envolvidos e gera mais informações e novas visões para o âmbito jurídico.¹⁶⁵

Verifica-se, portanto, que as teorias do método judicial, pautam-se na discricionariedade dos juízes, isto é, só tomam as atitudes propostas se decidirem fazê-lo, o que não mudaria muito a situação atual. Desta feita, outros grupos de juristas, a exemplo de Bateup, preferem as teorias do diálogo estrutural, como veremos a seguir.

¹⁶³ BATEUP apud FERREIRA, Ruan Espíndola. Possibilidade de aplicação das teorias do diálogos institucionais no ordenamento brasileiro: um estudo sobre a inconstitucionalidade por omissão. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade Federal de Uberlândia. Uberlândia/MG, 2014. p. 123.

¹⁶⁴ OLIVEIRA e SANTOS, 2020, p. 20.

¹⁶⁵ FERREIRA, Ruan Espíndola, 2014, op. cit. p. 119.

3.1.2- Método de Diálogos Estruturais

Em contrapartida ao método judicial, Bateup também destaca as teorias dialógicas estruturais, que ao contrário das judiciais, não dependem da discricionariedade dos Tribunais. Os diálogos estruturais focam em mecanismos institucionais que permitem às demais instituições exercer o direito de resposta, anulando ou modificando uma decisão do Judiciário.

Teoria da Construção Coordenada

A primeira que podemos ressaltar é a teoria da construção coordenada. Esse tipo de diálogo é a mais antiga forma de interpretar a constituição, tendo como seus precursores Thomas Jefferson e James Madison. Este último, jurista e político americano, entendia ser normal que as questões relativas à interpretação constitucional cheguem ao Poder Judiciário, porém não aceitava que este Poder deveria ter a última palavra. Desse modo, essa proposta é centrada no princípio dos freios e contrapesos onde todos os poderes devem interpretar a constituição, e não somente o Judiciário. Dessa forma, segundo os defensores desta tese, as três esferas de Poder devem repartir a competência de interpretar a Lei Maior.¹⁶⁶

Tal teoria, também conhecida como departamentalismo e constituição fora das cortes, nasce nos Estados Unidos, em reação à tese de supremacia judicial proposta por Marshall. Este acreditava que a Constituição é uma norma de ordem superior que deveria estar acima da política e ser protegida por um guardião, no caso o Poder Judiciário. Os defensores da teoria da construção coordenada ao rejeitar a tese de Marshall, afirmam que a constituição deve ser interpretada por todos e não só pelos magistrados. Um arranjo institucional que dá a justiça o poder da última palavra ofusca os demais Poderes como legítimos intérpretes constitucionais. Logo, o Judiciário deve ser considerado apenas mais um participante de um jogo de interpretação bastante complexa e que por isso é necessário a participação das demais instituições.¹⁶⁷

Assim, aduz Fernandes:

¹⁶⁶ *ibidem*, p. 127.

¹⁶⁷ MENDES, Conrado Hübner, 2008, *op. cit.* p. 125.

O departamentalismo de Bradley Thayer também é constantemente classificado como um exemplo de teoria de construção coordenada.

O entendimento de que todos os departamentos estatais teriam a mesma autoridade para interpretar os dispositivos constitucionais foi constantemente criticado pelos defensores da supremacia judicial por, supostamente, fomentar uma anarquia no campo da interpretação constitucional e por ser inconsistente com o sistema de freios e contrapesos da Constituição estadunidense. Mais recentemente, a concepção da construção coordenada foi resgatada por autores como Louis Fisher, Neal Devins e Keith Whittington, os quais procuraram responder às objeções apresentadas pelos defensores da supremacia judicial.¹⁶⁸

Bateup, todavia, enxerga alguns problemas na teoria da construção coordenada, que se manifesta no fato de muitos subestimarem o papel exercido pelo Poder Judiciário nesse sistema. Isso porque ela não vê que nesse sistema os juízes estejam no mesmo nível dos demais agentes. De acordo com essa autora, nesse arranjo os magistrados têm mais chances de poder fazer sua vontade prevalecer, o que desconfiguraria a estrutura dos diálogos pretendidos. Além disso, como a base para essa estrutura é a tese dos freios e contrapesos, a chance de se chegar a um acordo ficaria bastante reduzida. Outro ponto levantado pela autora é o fato de que um arranjo que gere uma disputa entre os Poderes dificilmente vai resultar em uma decisão duradoura e aceitável pela sociedade, pois uma disputa resulta em um vencedor e não em um debate com a contribuição de todos.¹⁶⁹

Teorias do Princípio Jurídico

A segunda proposta apontada por Bateup, dentro dos diálogos estruturais, são as teorias do princípio jurídico. De acordo com seus defensores, os magistrados deveriam ter a prerrogativa de interpretar questões relacionadas a princípios constitucionais, enquanto ao Legislativo caberia a interpretação de normas correlatas a políticas públicas. O argumento em favor desta teoria é que em relação aos princípios, o judiciário estaria mais capacitado para tratar deste tema. É uma espécie de competência por matéria, onde os Tribunais interpretaria questões ligadas a princípios constitucionais e o Parlamento as demais matérias afetas a sociedade. Entretanto, isso não significa que haveria uma supremacia judicial, pois o Poder Legislativo poderia responder uma interpretação judicial mesmo quando se tratar de

¹⁶⁸ FERNANDES Paulo Vinícius Liebl, 2016, op. cit. p. 57.

¹⁶⁹ SILVEIRA, Ramaís de Castro. Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de Brasília. Brasília/DF, 2016. p. 150.

princípios, caso achem necessário corrigir erros ou excessos cometidos no âmbito da justiça, porque mesmo sendo considerada uma instância com maior autoridade para tratar do assunto, eles também são órgãos suscetíveis a erros. Desse jeito, caberia aos legisladores fiscalizar e corrigir o que em sua visão não esteja de acordo com a Constituição. Desse jeito, o diálogo aconteceria na correção do Parlamento da decisão judicial com a elaboração de uma nova lei e por outro lado a Corte poderia aceitar ou não o novo posicionamento político¹⁷⁰

Sendo assim, com relação à teoria do princípio jurídico o Poder Legislativo poderia atuar em duas funções. A primeira fiscalizando, controlando e corrigindo decisões do judiciário. A segunda seria contribuir com a interpretação constitucional através de um diálogo substantivo no que diz respeito a políticas públicas.¹⁷¹

Embasada nas teses de Michael Perry e Bickel, Bateup, observa que tais teorias não vêm nenhum problema em reconhecer que o Judiciário está mais capacitado para decidir quando o caso versar sobre princípios. Isso porque na visão desses teóricos os magistrados não decidem influenciados pelas nuances políticas e, além disso, os demais Poderes não teriam imparcialidade o suficiente para tratar de questões morais. Entretanto, ao também reconhecer a falibilidade dos juízes, esses autores ponderam que os demais Poderes, principalmente o Legislativo, fundamentados na legitimidade que o voto popular lhes conferem, poderiam corrigir eventuais erros da Corte. Essa correção poderia ser através de limitação da jurisdição de apelação dos Tribunais Constitucionais, emendas constitucionais, reedição de leis anuladas e aumento ou diminuição do número de juízes. Portanto, o desenho institucional que poria em prática tal teoria é: em primeiro lugar, uma decisão ou atitude tomada pelo Executivo ou Legislativo, depois o judiciário daria o seu veredicto baseado em princípios e, finalmente, as outras esferas dariam uma resposta aceitando, contestando ou anulando a decisão da justiça, utilizando um dos artifícios acima citado.¹⁷²

Não obstante, pensadores como Peter Hogg, Alison Bushell e Kent Roach enxergam no Poder Legislativo a capacidade única que ajudaria a colocar em prática uma estrutura dialógica, colocando em outras palavras, para tais autores somente esse Poder tem a capacidade de elaborar políticas públicas. Isso porque, em seus pontos de vista, é muito

¹⁷⁰ FERNANDES Paulo Vinícius Liebl, 2016, op. cit. p. 61.

¹⁷¹ FERREIRA, Ruan Espíndola, 2014, op. cit. p. 128.

¹⁷² SILVEIRA, Ramaís de Castro, 2016, op. cit. p.151 - 152.

complexo desenvolver esses serviços, pois é necessário contemplar diversos interesses e vislumbrar as possíveis consequências de sua implementação. Dessa forma, somente o Parlamento tem a estrutura necessária para responder de forma satisfatória todas estas exigências. Nesse caso, o diálogo aconteceria a partir do momento que as instituições reconhecem e aceitam que cada um atuaria em determinada matéria, o judiciário com os princípios e o Legislativo com as políticas públicas. Assim, o Congresso não seria mero freio aos erros dos juízes, mas teria papel ativo no que tange aos objetivos políticos. Logo, ao juntar as contribuições de cada uma das partes poderia se chegar a interpretações que garantissem à sociedade seus direitos fundamentais necessários e desenvolvimento socioeconômico almejados.

Ainda que se encontrem pontos positivos nas teorias do princípio jurídico, Christine Bateup, também encontra problemas nessa corrente. O primeiro que podemos apontar é a falsa premissa de que os magistrados são mais capazes que os demais nas questões de princípios, assim como também não é verdade a afirmação sobre as “más práticas autointeressadas” dos deputados e senadores.¹⁷³ Além disso, na visão da autora, o Judiciário e o Legislativo não estariam em pé de igualdade, uma vez que ao ter a prerrogativa de iniciar o diálogo, a partir de suas decisões, a estrutura tem o formato onde os juízes falam os parlamentares escutam, para somente depois emitir uma resposta, restando-lhes uma postura meramente reativa. Bateup, acredita que desse jeito, os legisladores não exerceriam um papel de intérpretes independentes, na medida em que ficariam restritos a deliberar baseados na decisão judicial e não em uma análise autônoma e soberana como deveria ser.

Teoria do Equilíbrio

A teoria do equilíbrio também é abordada por Bateup. Do mesmo modo que as demais teorias do diálogo estrutural, a do equilíbrio também não vê motivos para que o Poder Judiciário tenha a supremacia na interpretação constitucional. Por esse ângulo, os magistrados são apenas mais um integrante que pode participar, em conjunto com os demais, da interpretação da Constituição, sem, contudo, possuir posição privilegiada na discussão. Dessa forma, todas as esferas de Poder junto com a sociedade têm condições de construir uma

¹⁷³ *ibidem*, p. 156

interpretação que satisfaça os princípios constitucionais. Todavia, isso não significa que a justiça não exerça um importante papel nesse sistema. É ela quem a partir de uma decisão abre espaços para que os demais atores contribuam com o debate, isto é, tem a função de fomentar e facilitar a discussão em torno do tema em tela.¹⁷⁴

Por conseguinte, o diálogo, nessa perspectiva, não busca instaurar uma disputa entre as instituições para saber qual tem a melhor interpretação – como faz a construção coordenada –, pelo contrário, procura promover uma interação deliberativa em que o significado da constituição é fruto de um intercâmbio de argumentos entre as instituições. Embora as teorias de equilíbrio incluam também a atuação da sociedade no debate constitucional elas são importantes pelo fato de apresentarem um modelo dialógico não mais centrada no método adversarial, mas na persuasão argumentativa entre os intérpretes da constituição.¹⁷⁵

Os principais articuladores desse pensamento são Barry Friedman, Robert Post e Reva Siegel. Friedman, por exemplo, após a realização de análises de decisões judiciais dos Estados Unidos, observou que quando as Cortes decidem de maneira muito diferente do que desejam os outros Poderes e a sociedade, ocorre grande reação e conseqüentemente exigência de mudança na postura dos juízes. Assim, ele observa que a opinião pública possui uma grande capacidade de controlar as decisões dos magistrados. Isso faz com que a justiça além de pautar e iniciar o debate também seja pautada e influenciada pela vontade da sociedade em geral. Desta feita, ocorre um diálogo em que o Judiciário influencia, mas também é influenciado.¹⁷⁶

Sendo assim, o Tribunal desempenha a tarefa de mostrar a diferença entre direitos fundamentais do que é apenas desejo das minorias. A partir disso, ocorre a contribuição dos demais Poderes e da sociedade através do diálogo, até que se chegue a uma solução aceita pelas partes envolvidas. Para Friedman, essa dinâmica teria o condão de amenizar a tensão do problema da dificuldade contramajoritária, pois todas as instituições e a sociedade poderiam opinar na solução do caso gerando um equilíbrio de vontades na decisão final.¹⁷⁷

Em contrapartida, Reva Siegel e Robert Post, acreditam que mesmo com essa teoria posta em prática, a atuação do Poder Judiciário nesse arranjo coloca a democracia em perigo.

¹⁷⁴ *ibidem*, p. 156.

¹⁷⁵ FERNANDES Paulo Vinícius Liebl, 2016, *op. cit.* p. 66-67.

¹⁷⁶ SILVEIRA, Ramais de Castro, 2016, *op. cit.* p.157.

¹⁷⁷ *ibidem*, p. 158.

Eles enxergam que em determinadas decisões os Tribunais não acatarão a vontade popular e dos demais Poderes. Na concepção deles, para que isso desse certo deveria ocorrer uma autocontenção por parte da justiça, de modo que a sociedade não tivesse a visão de que os juízes têm a última palavra na interpretação constitucional. Dessa forma, com o decorrer do tempo a população e as outras esferas de poder deixariam de ver a Corte como uma ameaça e não questionariam mais suas decisões, com isso, ocorreria um sufocamento do diálogo, pois estes deixariam de acontecer. Finalmente, as decisões judiciais perderiam sua legitimidade e com isso aumentaria a problemática da dificuldade contramajoritária.¹⁷⁸

Bateup também vê alguns problemas nessa teoria como, por exemplo, a pequena ou nenhuma mobilização popular em alguns casos:

O problema principal, por outro lado, estaria no quanto estas abordagens sustentam-se, para discernir a existência de diálogo, em um engajamento popular relevante nos debates sobre direitos. A participação popular e o interesse político têm declinado, segundo diversas pesquisas mencionadas por Bateup, o que talvez enfraquecesse o potencial explicativo da opinião pública como voz dentro do diálogo constitucional. É difícil contestar, porém, que, no longo prazo, as decisões judiciais tendem a acompanhar a opinião pública, o que, então, gera um quadro analítico ainda impreciso sobre os meandros de como se dá essa influência.¹⁷⁹

Assim, resta saber como se daria os diálogos nesses casos. A preocupação da autora é descobrir o que fazer para que o Judiciário não tenha supremacia em caso de baixa adesão da sociedade na resolução de casos de baixo apelo popular. Para solução dessa problemática ela vai sugerir uma fusão da teoria do equilíbrio com a próxima teoria abordada.

Teorias da Parceria

A última teoria nessa divisão feita por Bateup é a da parceria, que tem como principal expoente a professora canadense Janet Hiebert. Essa perspectiva é parecida com a teoria do equilíbrio, no entanto, o diálogo do tipo parceria não abre a possibilidade para a participação do povo. Sendo assim, de acordo com essa tese o ideal seria um desenho institucional que possibilite o diálogo apenas entre os Poderes. Os adeptos dessa teoria

¹⁷⁸ *ibidem*, p. 158.

¹⁷⁹ *ibidem*, p. 159.

também crêem que o Legislativo é a esfera mais apropriada para interpretar normas da Constituição que disponham sobre políticas públicas e que o Judiciário tem uma capacidade maior de perceber quando estão ocorrendo retrocessos no que tange aos direitos fundamentais. Todavia, isso não significa que deva ter uma supremacia judicial, nem que o melhor modelo de interpretação seja o da jurisdição constitucional. Muito pelo contrário, as teorias da parceria buscam somar as habilidades de todas as esferas de Poder para que se obtenha um melhor resultado na interpretação das normas constitucionais. Logo, tanto legislativo quanto judiciário, atuam juntos para dar o melhor significado à Constituição, diferente das teorias do princípio jurídico onde cada um interpreta um tipo de norma.¹⁸⁰

Com relação a isso, Silveira afirma que

Hiebert, assim como outros tantos autores (como Tushnet e Waldron) refutam a ideia de que cortes são melhor paramentadas para lidar com princípios e decidir com base em arrazoados “morais”. Crê, por outro lado, que há um certo insulamento político dos juízes, o que os favoreceria para perceber quando as políticas estipuladas pelo legislativo têm o potencial de ferir ou restringir desnecessariamente direitos fundamentais. Interpretar e enquadrar o sentido de direitos, ademais, é uma tarefa inerente e ordinária de quaisquer juízes, o que, de certa forma, adere como característica do próprio judiciário e o peculiariza.

Há, por outro lado, dificuldades com a atuação da corte, também correlacionadas à sua própria natureza, que podem ser sanadas com o olhar diferenciado do legislativo. É ele que melhor identificaria casos em que é necessário restringir direitos, pois teria mais condições de acessar aspectos da realidade política.¹⁸¹

Dessa maneira, o diálogo se daria com a deliberação do parlamento, que também analisa se a proposta está de acordo com a constituição. No caso de ser acionada a corte constitucional daria seu veredicto com base em argumentos jurídicos. Logo após o Legislativo teria direito a réplica, que dependendo da decisão dos juízes poderá ou não responder.¹⁸²

A teoria da parceria crê que as diversas esferas do Governo podem contribuir de diferentes maneiras para os diálogos entre as instituições, sem que o judiciário tenha preponderância sobre os demais Poderes. Dessa maneira, todos têm participação igual no momento de definir qual o melhor significado da Carta Magna e assim, cada um contribui com uma visão diferente, o que enriqueceria o debate. O legislativo contribui com sua perspectiva sobre políticas públicas enquanto judiciário ajudaria interpretando o significado

¹⁸⁰ SILVEIRA, Ramaís de Castro, 2016, op. cit. p. 160-161.

¹⁸¹ ibidem, p. 161.

¹⁸² ibidem, p.161.

individual das disposições do direito. Portanto, ao invés do judiciário ter mais autoridade que o Legislativo, um complementaria o outro.¹⁸³

No entanto, Bateup, também vê um grande problema nessa tese. A falta da participação popular e o importante papel exercido pela opinião pública. Diferente da teoria do equilíbrio, o povo não tem direito a participar do debate. Em sua opinião, pode acontecer de o legislativo não conseguir dialogar com os Tribunais, e em casos mais complexos simplesmente aderir a decisão judicial por falta de capacidade de articulação. E por fim, existe a possibilidade de o Parlamento não conseguir deliberar sobre uma questão anteriormente decidida por ele, seja porque o assunto não tenha o mesmo apelo de outrora ou porque a maioria de antes não existe mais.

Desse jeito, para tentar resolver esses problemas apontados nas teorias apresentadas, Bateup aponta que a melhor solução seria uma fusão entre a teoria do equilíbrio e a teoria da parceria, que para ela se destaca entre as demais.

Fusão Dialógica

Para Bateup, o que melhor resolveria o problema da legitimidade na interpretação das normas constitucionais é a fusão das teorias do equilíbrio e da parceria, no que ela chama de “fusão dialógica”. Segundo a autora, essa combinação permite uma melhor resposta às objeções da questão contramajoritária, visto que um amplo debate entre a sociedade e as instituições possibilitaria concretizar um equilíbrio de longo prazo, sem a necessidade de resolução mais célere e apressada o que contribui para uma discussão bem enriquecida, porque não há privilégio nem supremacia de nenhum dos atores participante.¹⁸⁴

Desse modo, Silveira assevera que

As teorias do equilíbrio focam nossa atenção no potencial da ampla discussão social dos temas constitucionais – sendo ela ampla no sentido de envolver muitos atores para além das instituições do Estado, mas também de demandar uma alça de tempo maior se comparada com outras pretensões de resposta dialógica em menor prazo. Mas, como visto, estas abordagens não respondem bem à dificuldade contramajoritária

¹⁸³ FERREIRA, Ruan Espíndola, 2014, op. cit. p. 129.

¹⁸⁴ SILVEIRA, Ramaís de Castro, 2016, op. cit. p.163.

quando se trata de temas de menor “saliência” social, em que não se deve esperar grandes mobilizações da cidadania de discussões interpretativas. Estas lacunas podem ser, contudo, bem colmatadas com a adição de aspectos das teorias da parceria, as quais visualizam perspectivas institucionais peculiares a cada poder na busca pelo sentido das normas constitucionais, conhecendo e aprendendo um com a posição do outro e melhorando, com isso, as respostas finais.¹⁸⁵

Desse jeito, essa fusão dialógica permite ao judiciário exercer o papel de facilitador das discussões dando um norte dentro dos parâmetros constitucional ao debate e ao mesmo tempo, ao permitir a participação das outras instituições e da sociedade gera uma interpretação mais sólida e mais aceita pela população dado que também participou da construção da solução do problema.¹⁸⁶

Nas palavras de Bateup:

A visão mais promissora do diálogo institucional e, conseqüentemente, a maior consideração normativa do papel da revisão judicial no constitucionalismo moderno surgem quando os entendimentos equilíbrio e parceria do diálogo são combinados. Por um lado, esta síntese ajuda a resolver persistentes preocupações com a legitimidade democrática do modelo de parceria. Mais importante, esta visão combinada permite uma melhor compreensão dos diferentes aspectos institucionais e sociais do diálogo constitucional, e as várias formas originais em que diferentes atores participam na busca de significado constitucional.¹⁸⁷

Sobre a fusão dialógica, Clève e Lorenzetto asseveram que

A fusão dialógica, apresentada por Bateup, teria o potencial de resolver o problema da legitimação e forneceria uma visão abrangente dos aspectos sociais e institucionais do diálogo constitucional. De um lado, defende a ampliação dos debates constitucionais, com o Judiciário como promotor e facilitador de tais discussões, procurando incluir o povo como um parceiro na construção dos sentidos constitucionais e das mudanças ocorridas na sociedade. Do outro lado, procura resolver a dificuldade contramajoritária ao propor que tanto juízes como legisladores possuem perspectivas institucionais únicas, devido às suas posições separadas, mas interconectadas. Logo, se os ramos do Poder estiverem abertos para escutar e aprender com perspectivas diferentes das suas, pode-se esperar que melhores respostas serão formuladas para os problemas referentes aos sentido constitucional em disputa.¹⁸⁸

¹⁸⁵ *ibidem*, p. 163-164.

¹⁸⁶ FERREIRA, Ruan Espíndola, 2014, *op. cit.* p. 130.

¹⁸⁷ BATEUP apud FERREIRA, Ruan Espíndola, 2014, *op. cit.* p. 130.

¹⁸⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses, 2015, *op. cit.* p. 199.

Como se vê, as teorias do equilíbrio buscam um redesenho institucional de modo que o Judiciário não ocupe um lugar de privilégio na interpretação da Constituição, ficando apenas com o papel de fomentador do debate sem ser superior ao Legislativo e ao povo. Já as teorias da parceria reconhecem que as diferentes esferas governamentais possuem condições de contribuir na construção de um diálogo constitucional sem privilegiar nenhuma instituição, o que em tese dá uma legitimidade maior à decisão final. Desse jeito um contribui com o outro cada um com suas expertises, onde todos, instituições e sociedade, são tidos como legítimos para fins de interpretação constitucional.¹⁸⁹

CONCLUSÃO

Como vimos, a história da humanidade é repleta de exemplos de autoritarismo. Há uma tendência entre todos aqueles que detêm algum tipo de poder querer fazer seus interesses e suas vontades prevalecer em detrimento do interesse público. Contudo, sempre que está diante de uma tirania a sociedade busca uma forma de alcançar a liberdade tão desejada por todos. Assim surge a Teoria da separação de Poderes. No momento em que o homem se via oprimido pela monarquia e pela aristocracia da época, teóricos e pensadores desenvolveram uma forma de governo em que os direitos da população pudessem ser preservados e garantidos sem que o poder ficasse retido nas mãos de uma só pessoa.

Todavia, como o ser humano é falho, tudo feito por nós pode também apresentar falhas. Não tem sido diferente com sistema de Separação de Poderes que ao longo do tempo tem demonstrado brechas que possibilitam a algumas pessoas que chegam ao poder para preservar o sistema se utilizem dele para impor sua vontade e visão de mundo sobre a sociedade.

É isso que tem acontecido no sistema de jurisdição constitucional, onde juízes não eleitos pelo povo detêm a prerrogativa de proferir a última palavra sobre o significado da constituição, que na maioria dos países, como o Brasil, hoje em dia, é a Lei Maior que rege todas as demais normas. Colocando em outras palavras, todo o ordenamento tem que estar, na

¹⁸⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses, 2015, op. cit. p. 198-199

visão dos juízes, de acordo com a constituição sob o risco de ser invalidado pelas cortes constitucionais. E para piorar a situação os magistrados não têm se restringido a realizar uma interpretação negativa, quero dizer, determinar a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos, como deveria ser, atualmente temos visto cada vez mais uma postura ativista por parte do Judiciário que se acham no direito também de fazer uma interpretação positiva, isto é, determinar aos outros Poderes e a sociedade o que eles tem que fazer, além de criar normas sem ter competência legal para isso.

Esse comportamento que tem sido denominado de ativismo judicial contradiz o princípio da Separação de Poderes e tem o efeito contrário do que se pretende com esse desenho constitucional. Isso porque a supremacia judicial tem se manifestado como um acúmulo de poder nas mãos de poucas pessoas que não passaram pelo crivo popular e que portanto não tem legitimidade para acumular tamanha autoridade. Faz lembrar os velhos tempos quando o poder se concentrava nas mãos dos monarcas ou dos aristocratas. Os magistrados podem tudo e ninguém pode nada ou quase nada contra eles.

Outrossim, o autoritarismo que vem sendo praticado pelo Poder Judiciário tem acendido o alerta e despertado a preocupação de vários setores da sociedade em especial de jurista, pois enxergam que essa postura coloca em perigo o desenho do Estado Democrático de Direito e as liberdades conquistada a preço de sangue ao longo da história. Nessa perspectiva, dentro de uma Democracia não cabe a juízes decidir sobre assuntos políticos e sociais, uma vez que não foram investidos de legitimidade para isso, algo que só pode ser alcançado pelo voto popular.

Dessa indignação com o ativismo e a supremacia judicial, surge entre os juristas e pensadores do Estado Democrático a ideia de um desenho institucional que permita a comunicação entre as instituições de maneira tal que a o Poder judiciário não concentre o monopólio das decisões sobre a interpretação constitucional. Essa teoria recebe a alcunha de "diálogos institucionais", pois visam a constante conversa entre todos os Poderes e também com a sociedade.

Os diálogos institucionais podem se manifestar de diversas formas. Há inúmeras sugestões de muitos autores a respeito de um arranjo que permita se chegar a uma interpretação constitucional mais democrática possível e que ao mesmo tempo garanta a

harmonia e independência entre os poderes, princípios basilares em sociedades democráticas. Entretanto, este trabalho apresentou a divisão feita por Christine Bateup que em uma sistematização dessa teoria demonstrou várias versões possíveis de desenho dialógicos.

Em suma, é notória a urgência em se encontrar um desenho institucional que preserve os princípios democráticos e interrompa a escalada autoritária por parte das cortes constitucionais. A base de toda constituição, como a brasileira, é que o poder emana do povo e é exercido através de seus representantes eleitos, dessa forma, não se pode aceitar que um grupo de pessoas, não legitimadas pelo povo a ser seu representante, tome decisões que impactam a vida de toda sociedade. Não se pode permitir que os magistrados avoquem para si poderes que não lhes foram outorgados na Carta constitucional, sob pena de voltarmos à época em que todos os poderes se concentravam nas mãos de uma pessoa ou um grupo de pessoas. Os diálogos institucionais mostram uma forma democrática e legítima para impedir que se instaure nas sociedades democráticas uma espécie de ditadura do judiciário. Portanto, propostas como as teorias do equilíbrio ou da fusão dialógica de Bateup mostram-se como o caminho viável para uma harmônica separação de poderes e participação popular nos rumos de uma nação e dessa forma o Estado Democrático tende a ficar cada vez mais fortalecido.

REFERÊNCIAS:

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. - 9. ed. Belo Horizonte : Fórum, 2018.

ALTOÉ JUNIOR, José Egidio. **Reação legislativa à Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.983/CE: análise à luz da teoria dos diálogos constitucionais**. 2018. 110 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

ARAÚJO, Davi. A força normativa e supremacia da constituição Princípios que fundamentam a interpretação da Suprema Corte. **Jusbrasil**. s.d. Disponível em: <https://araujodavi.jusbrasil.com.br/artigos/190252884/a-forca-normativa-e-supremacia-da-constituicao>. Acesso em: 05 jun. 2022.

ARGUELHES, Diego Werneck ; PEREIRA, T. H. A. J. . **Separação de Poderes como Alocação de Autoridade: uma espécie ameaçada no direito constitucional brasileiro?**. In: Fernando Leal. (Org.). **Constitucionalismo de Realidade: Democracia, Direitos e Instituições**. 1ed. Belo Horizonte: Forum, 2019, v. 1, p. 103-124.

BAHIA, Flavia. **Coleção Descomplicando - Direito Constitucional/3'** Edição - Coordenação: Sabrina Dourado Recife, PE: Armador, 2017.

BARBOSA, Marília Costa. Revisão da teoria da separação dos poderes do Estado. **Rev. Cient. Fac. Lour. Filho**, Fortaleza, v. 1, n. 5, p. 1-16, jul. 2006. Disponível em: <http://www.amandaalmozara.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Revis%C3%A3o-daTeoria-da-Separa%C3%A7%C3%A3o-dos-Poderes-do-Estado.pdf>. Acesso em: 7 set. 2020.

BARBOSA, Oriana Piske de A.; SARACHO, Antonio Benites. Considerações sobre a teoria dos freios e contrapesos (checks and balances system). **Revistas Revista Jurídica Luso Brasileira**, Lisboa, v. 2, n. 5, p. 1627-1634, fev. 2019. Bimestral. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-2/188>. Acesso em: 29 dez. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 18 Ago. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em: 05 jun. 2022.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 51, n. 201, p. 71-95, jan./mar. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502953>. Acesso em: 07 jun. 2022.

BERGAMINI, José Carlos Loitey. Mandado de injunção: panorama jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. **Jus.com.br**. 16 mai. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57789/mandado-de-injuncao-panorama-jurisprudencial-do-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 07 jun. 2022.

BOAVENTURA, Thiago Henrique. Conheça o caso Marbury vs. Madison. **Jusbrasil**. sd. Disponível em: <https://thiagobo.jusbrasil.com.br/artigos/451428453/conheca-o-caso-marbury-vs-madison>. Acesso em: 02 mai. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRANDÃO, Rodrigo. **Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil**. In: SARMENTO, Daniel.. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1, p. 120-150.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 jun. 2022.

CANÁRIO, Pedro. Ministro Teori Zavascki afasta deputado Eduardo Cunha de funções na Câmara. **Consultor Jurídico**. 05 mai. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-05/teori-zavascki-afasta-cunha-mandato-deputado-federal>. Acesso em: 06 Mai. 2022.

CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação dos poderes: da concepção clássica à noção contemporânea. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 43, n. 140, p. 151-184, out. 2016. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/428>. Acesso em: 30 Jul. 2021.

CITTADINO, Gisele. PODER JUDICIÁRIO, ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano li, N° 2 e Ano 111, N° 3 - 2001-2002. p. 135-144. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16013577.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2022.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos Institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**. v. 2, nº 3. pág 183-206, set/dez 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534>. Acesso em: 04 Set. 2021.

COSTA, Bruno Telles Herkenhoff D'Alcântara. **Ativismo judicial, constituição e democracia: o caso do julgamento da união estável homoafetiva no Brasil**. 2016. (Pós graduação em Direito Legislativo). Brasília/DF: Instituto Legislativo Brasileiro, Poder Legislativo, Sociedade e Instituições - Senado Federal. 2016. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/535911>. Acesso em: 05 jun. 2022.

CRUZ, Rodrigo Moreira. Perda do mandato por infidelidade partidária. **Jus.com.br**. 20 fev. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14390/perda-do-mandato-por-infidelidade-partidaria/3>. Acesso em: 08 jun. 2020.

FERNANDES Paulo Vinícius Liebl. **A quem compete interpretar a Constituição? Uma crítica a supremacia judicial e a alternativa dos diálogos constitucionais**. Monografia (Bacharel em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/46439/140.pdf>. Acesso em 24 mai. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 40, n. 16, p. 67-81, abr./jun. 2015. Quadrimestral. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Cadernos%20Jur%C3%83%C2%ADdicos%2040%20-%20Direito%20Constitucional.pdf. Acesso em: 28 dez. 2021.

FERREIRA, Ruan Espíndola. **Possibilidade de aplicação das teorias do diálogos institucionais no ordenamento brasileiro: um estudo sobre a inconstitucionalidade por omissão**. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade Federal de Uberlândia. Uberlândia/MG, 2014.

FLORIANI, L. B. R.; BARBOSA, C. M. **Análise crítica da Proposta do Constitucionalismo Popular de Kramer e da Defesa da Supremacia Judicial**: Critical analysis of Kramer's Popular Constitutionalism Proposal and Defense of Judicial Supremacy. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura | RDAI, São Paulo: Thomson Reuters | Livraria RT, v. 5, n. 18, p. 183–202, 2021. DOI: 10.48143/rdai.18.lbrf. Disponível em: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/floriani2021>. Acesso em: 11 mai. 2022.

FONSECA, Claudia de Oliveira. **O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais**. Caderno de Ciências Sociais Aplicadas, nº 15, p. 35-57, Vitória da Conquista-BA, 2013. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/236652846.pdf>. Acesso em 08 jun. 2022.

FREIRE, Dorabel Santiago dos Santos. **Separação dos poderes: uma readaptação da teoria no âmbito do estado democrático de direito**. 2015. 67 f. Monografia (Especialização) - Curso de Especialização em Direito Constitucional e Direito Processual Constitucional, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2015. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2018/07/SEPARA%C3%87%C3%83O-DOSPODERES-UMA-READAPTA%C3%87%C3%83O-DA-TEORIA-NO-%C3%82MBITODO-ESTADO.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022.

FROTA, Danilo Barroso. **A separação dos poderes, a atuação do Poder Judiciário e a efetividade da Constituição**. TCC (Graduação em Direito) Universidade Federal do Ceará, Fortaleza/CE, 2008.

GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A Separação de Poderes em países presidencialistas: a América Latina em Perspectiva Comparada. **Revista de Sociologia e Política**, nº 17, p.75-106, nov. 2001. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rsocp/a/zKJkXJRKhHLVfW3tkGmDCSb/?format=pdf&lang=pt>
Acesso em: 30 dez. 2021.

GUIMARÃES, Lucas Zandona, 2014, p.95. - **Revista Direito Izabela Hendrix** – Belo Horizonte, vol. 13, nº 13, nov. 2014, p. 92-100.

HACHEM, Daniel Wunder e PETHECHUST, Eloi. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. **Revista Brasileira de Estudos Políticos** | Belo Horizonte | n. 121 | pp. 203-250 | jul./dez. 2020.

_____. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? **Revista de Investigação Constitucional**. Curitiba, vol. 8, n. 1, p. 209-236, jan./abr. 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v8i1.82738>. Acesso em: 08 jun. 2022. p. 209-236.

HAM, Jocemar Van Der. **Freios e contrapesos: a edição de medidas provisórias e a relação entre os poderes no Brasil**. 2005. 73 f. Monografia (Especialização) - Curso de Pensamento Político Brasileiro, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2005. Disponível em: <https://repositorio.ufsm.br/handle/1/2122>. Acesso em: 30 set. 2021.

JUSBRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção: MI 670-ES**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926661/mandado-de-injuncao-mi-670-es>. Acesso em: 08 jun. 2022.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

LEAL, Fernando. “A Constituição diz o que eu digo que ela diz: formalismo inconsistente e textualismo oscilante no Direito Constitucional brasileiro. **Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS**. - Direitos Fundamentais & Justiça Direitos Fundamentais & Justiça. – ano 11, n. 36, jan./ jun. 2017– Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho** - 19. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.e-book.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. – Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza – 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

LOURENÇO JUNIOR, Artur de Almeida. **A mutação constitucional como realização de defesa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. TCC (Bacharel em Direito) FGV DIREITO RIO. Rio de Janeiro, RJ, 2011. Disponível em: <https://1library.org/article/fidelidade-partid%C3%A1ria-mandado-de-seguran%C3%A7a.9yn963lq>. Acesso em: 08 jun. 2022.

MACHADO, Joana de Souza. **Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2008.

MADRIGAL, Alexis Gabriel. Harmonia e independência entre os Poderes: A teoria da separação de Poderes. **Jusbrasil**. 2021. Disponível em: <https://alexismadrigal.jusbrasil.com.br/artigos/704859633/harmonia-eindependencia-entre-os-poderes>. Acesso em 28 dez. 2021.

MALDONADO, Maurílio. Separação dos poderes e sistema de freios e contrapesos: desenvolvimento no estado brasileiro. **Revista Jurídica "9 de Julho"**, n. 2, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 195-214, 9 jun. 2003. Mensal. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/alesp/biblioteca-digital/obra/?id=469>. Acesso em: 24 jan 2022.

MATAIS, Andreza. Chinaglia diz que partidos devem procurar Justiça para reaver mandatos **Folha de São Paulo**, Brasília, 28 mar. 2007. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u90737.shtml>. Acesso em: 07 jun. 2022.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação de Poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 178, p. 195-205, abr./jun. 2008, 04/2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176530/000842787.pdf> Acesso em: 29 dez. 2021.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional** – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das leis**: Montesquieu. Edição do Kindle.

MICHELETTO DE SIQUEIRA, Francieli; SIQUEIRA, Felipe de Poli; FLORIANI, Lara Bonemer Rocha. Constitucionalismo popular e constitucionalismo democrático: o caso do homeschooling no Brasil. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 19, n. 1, aug. 2020. ISSN 1984-7858. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3169>>. Acesso em: 11 mai 2022. doi: <https://doi.org/10.26729/et.v19i1.3169>.

MORGADO, Cíntia. A nova face da separação de poderes: capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, nº 66, p. 64-93, 2011. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTE%20MA%20C%20C>. Acesso em: 19 ago. 2021.

NAKAMURA, E. K., & Luiz Hanemann Bastos, A. (2021). O quanto de constitucionalismo popular há no populismo? Uma análise a partir das críticas à supremacia judicial. **Revista Dos Estudantes De Direito Da Universidade De Brasília**, 1(20), 52–79. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/39231>. Acesso em: 11 Mai. 2022.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional** - 4º ed. revisada e atualizada. - Salvador: Juspodivm, 2016.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD**, N. 27, 2015. p. 146-171. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/12339>. Acesso em: 05 jun. 2022.

NEOCONSTITUCIONALISMO. **Revista âmbito Jurídico**. 01 jul. 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/neoconstitucionalismo/>. Acesso em: 07/04/2022.

NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, vol.06, nº02. ISSN 1516-0351 p. 119-161. 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11773>. Acesso em: 18 ago. 2021.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA, Jadson Correia; SANTOS, Natanael Lima. Os diálogos Institucionais na ordem constitucional brasileira. **Revista Pensamento Jurídico**. – São Paulo – Vol. 14, Nº 3, ago./dez. 2020. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/238>. Acesso em: 08 jun. 2022.

REIS, Ana Luiza Oliveira de Moura Reis - Análise da evolução constitucional: desenho institucional e constitucionalismo abusivo. **Jus.com.br**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72391/analise-da-evolucao-constitucional-desenho-institucional-e-constitucionalismo-abusivo>. Acesso em: 07 jun. 2022.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**. 01 abr. 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/307810494_ATIVISMO_JUDICIAL_E_ESTADO_DE_DIREITO. Acesso em: 06 jun. 2022.

SANTOS, Karina Alves Teixeira. A relação entre o Direito e a Moral suas consequências no Pós-Positivismo. **Conteúdo Jurídico**. 27 jul. 2012. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/30051/a-relacao-entre-o-direito-e-a-moral-suas-consequencias-no-pos-positivismo#:~:text=A%20reaproxima%C3%A7%C3%A3o%20entre%20%C3%A9tica%20e,de%20princ%C3%ADpios%20jur%C3%ADdicos%2C%20que%20s%C3%A3o>

Acessado em: 25 abr. 2022.

SCRUTON, Roger. **Tolos, Fraudes e Militantes: Pensadores da Nova Esquerda**. Tradução de Alessandra Bonrrunquer. - 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2018.

SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo**. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de Brasília. Brasília/DF, 2016.

SOUZA, Cid Marconi Gurgel de. **Separação e conflito de poderes: descumprimento de ordens judiciais**. 2008. 121 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ - Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza - Unifor, Fortaleza, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp049102.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2021.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ROSSI, Julio Cesar. Neoconstitucionalismo e o pós-positivismo à brasileira. **Consultor Jurídico**. 12 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-12/diario-classe-neoconstitucionalismo-pos-positivismo-brasileira#:~:text=A%20doutrina%20p%C3%A1tria%20de%20um,assinalados%2C%20como%20marco%20te%C3%B3rico%2C%20a>. Acesso 07/04/2022

TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel Ferreira. **Os diálogos institucionais são o remédio para o ativismo judicial?**, 19 mai. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-19/diario-classe-dialogos-institucionais-sao-remedio-ativismo-judicial>. Acesso em: 08 Set. 2021.

TORQUATO, Ricardo Kaneko. Neoconstitucionalismo e pós-positivismo: conceito, estrutura e contribuição para o aprimoramento do pensamento jurídico contemporâneo. **Conteúdo Jurídico**. 06 ago. 2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52107/neoconstitucionalismo-e-pos-positivismo-conceito-estrutura-e-contribuicao-para-o-aprimoramento-do-pensamento-juridico-contemporaneo>. Acesso em 07 abr. 2022.

VICTOR, Sergio Antonio Ferreira. **Diálogo institucional e Estado de Direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição**. Tese (Doutorado em Direito do Estado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-19022014-161546/publico/Sergio_Antonio_Ferreira_Victor_Tese_2013. Acesso em: 02 mai. 2022.

VIDO, Clarissa Gonçalves. **O controle judicial do ato de nomeação de Ministro de Estado à luz do conceito de ato político**. Dissertação (Monografia de Conclusão de Curso). Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2018. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/194607>. Acessado em: 13 Set. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo. 4(2) | P. 441-464 | JUL-DEZ 2008.

ZANETTI, José Carlos Trinca. **A concretização constitucional, o ativismo judicial e a tutela coletiva**. Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP, Direito, área de concentração: Direitos coletivos, cidadania e Função social do direito. Ribeirão Preto, 2010.