

ano 25 – n. 101 | julho/setembro – 2025
Belo Horizonte | p. 1-282 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v25i101
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM
CONHECIMENTO

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Thaynara Faleiro Malta

Assistente editorial: Luisa Freitas

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Revisão: Aline Almeida

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- LatIndex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Jurisdição constitucional brasileira: entre protagonismo judicial e atuação dialógica*

Brazilian constitutional jurisdiction: between judicial protagonism and dialogical engagement

Maria Valentina de Moraes*

Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil)

mariavalentina@unisc.br

<https://orcid.org/0000-0002-8298-5645>

Como citar este artigo/*How to cite this article*: MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional brasileira: entre protagonismo judicial e atuação dialógica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 25, n. 101, p. 147-174, jul./set. 2025. DOI: 10.21056/aec.v25i101.2076. DOI: 10.21056/aec.v25i101.2076

- * Este artigo é resultante das atividades do projeto “Constitucionalismo transformador e políticas públicas dialógicas: o cumprimento das medidas e o impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na proteção dos grupos em situação de vulnerabilidade”, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – Edital 08/2023 – Auxílio Recém-Doutor e do projeto de pesquisa “Teoria da essencialidade’ (Wesentlichkeitstheorie) e discriminação algorítmica: standards protetivos em face do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH – proposta de parâmetros de controle”, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa – Processo 309115/2021-3, Edital Universal 10/2023 – Processo 408715/2023-5 e Edital 14/2023, Projetos em Cooperação com Comprovada Articulação Internacional – Processo 443599/2023-8), bem como do projeto “Aprimoramento dos Programas de Humanização dos serviços de saúde com base nos parâmetros de proteção dos grupos vulneráveis fixados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo Ministério da Saúde e pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (Edital FAPERGS/MS/CNPq 08/2020, Processo 21/2551-0000108-9). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (ambos financiados pelo FINEP e ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Também se insere no âmbito do projeto de cooperação internacional “Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais”, financiado pela Capes (Edital PGCI 02/2015 – Processo 88881.1375114/2017-1 e Processo 88887.137513/2017-00).
- * Professora na Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil) e no Centro de Ensino Integrado Santa Cruz – CEISC. Pós-doutorado, doutorado e mestrado em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil), com bolsa CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Consultora.

Mônia Clarissa Hennig Leal**

Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil)

moniah@unisc.br

<https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>

Recebido/Received: 04.03.2025 / 4 March 2025

Aprovado/Approved: 17.09.2025 / 17 September 2025

RESUMO: O artigo investiga como a jurisdição constitucional brasileira, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), tem oscilado entre protagonismo/supremacia judicial e atuações de caráter dialógico. O problema de pesquisa é verificar se, nas decisões relativas à proteção de grupos vulneráveis, o STF adota predominantemente uma postura supremacista (última palavra) ou aberta ao diálogo institucional. O método é dedutivo, com pesquisa bibliográfica e análise de casos referidos no texto. Conclui-se que, embora o STF registre referências expressas ao diálogo e, em alguns julgados, assinala o caráter provisório de suas decisões ou a necessidade de atuação legislativa subsequente, não se observa a consolidação prática de um modelo dialógico; persiste um padrão de protagonismo/supremacia judicial. As teorias dialógicas permanecem mais presentes no plano argumentativo do que na rotina decisória, ainda que se mostrem promissoras para compatibilizar separação de Poderes e efetividade de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Supremo Tribunal Federal. Protagonismo judicial. Revisão judicial dialógica. Separação de poderes.

ABSTRACT: This article examines how Brazilian constitutional adjudication, particularly within the Federal Supreme Court (STF), moves between judicial protagonism/judicial supremacy and dialogical practices. The research question asks whether, in cases concerning the protection of vulnerable groups, the STF predominantly adopts a supremacist, last-word posture or an institutionally dialogical stance. The method is deductive, based on doctrinal research and selective case analysis. It concludes that, despite explicit references to dialogue and some decisions signaling the provisional character of judicial rulings or calling for subsequent legislative action, there is no consolidated dialogical practice; a pattern of judicial protagonism/supremacy prevails. Dialogic theories remain more visible in the Court's rhetorical framework than in consistent practice, though they appear promising for reconciling separation of powers with the effective protection of fundamental rights.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Federal Supreme Court (Brazil). Judicial protagonism. Dialogical judicial review. separation of powers.

Sumário: Introdução — **1** A jurisdição constitucional brasileira e o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição: as origens do controle de constitucionalidade — **2** O Supremo Tribunal Federal e o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade: protagonismo judicial constitucionalizado? — **3** Revisão Judicial dialógica: uma proposta de superação das teorias da última palavra — Conclusão — Referências

** Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil), onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Pós-doutorado na Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg (Alemanha) e doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg, na Alemanha). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

1 Introdução

Muitas são as discussões no que se refere à atuação da jurisdição constitucional brasileira, especialmente no que toca ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário e que detém tanto a condição de Tribunal recursal como de Corte Constitucional — sendo considerado, por muitos, um dos tribunais mais fortes em termos de competências. Questões sobre a relação entre os Poderes do Estado e a abertura da jurisdição constitucional, bem como quanto ao seu caráter político não são novas, mas demandam um debate contínuo que evite atuações desmedidas por parte do Poder Judiciário.

Somam-se aos tradicionais debates já existentes as crises de legitimidade dos poderes representativos e reconhecidamente políticos no Brasil e o aumento da midiaticização no entorno do mais alto Tribunal brasileiro, o que contribui, inevitavelmente, para um protagonismo judicial do guardião da Constituição. Contudo, é possível perceber, diante dos diferentes modelos estatais existentes até então, lógicas de alternância de protagonismos entre Legislativo, Executivo e Judiciário, em diferentes momentos, sendo importante compreender os processos que levaram à atual organização estatal e a um, em tese, agigantamento do Poder Judiciário, conduzido pela constitucionalização de direitos fundamentais e centralidade da Constituição no Estado Democrático de Direito.

Busca-se analisar, em razão desses elementos, quais aspectos e conceitos evidenciam essas diferentes posições — protagonismo judicial e adoção de uma postura voltada ao diálogo com os demais Poderes — no que toca à atuação, especialmente, do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se, para tanto, o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica. Em um primeiro momento serão abordadas, portanto, as relações entre Estado e a noção de separação de Poderes, bem como as origens — norte-americana e europeia — do controle misto de constitucionalidade brasileiro. Após, será discutida a atuação do Supremo Tribunal Federal e elementos que cercam o eventual protagonismo do órgão, para então analisar as teorias que propõem uma revisão judicial dialógica, como alternativa a teorias da última palavra, que sustentam a manutenção de protagonismos, sejam eles legislativos ou judiciários. Parte-se, então, para a análise de aspectos que cercam os processos constitucionais e o controle de constitucionalidade das normas.

1 A jurisdição constitucional brasileira e o Supremo Tribunal Federal como guardião da constituição: as origens do controle de constitucionalidade

A ideia de Estado como detentor de um poder soberano, responsável pela realização de direito, surge com o enfraquecimento do modelo feudal, o qual era

justificado por uma vontade divina.¹ Após diversos períodos, transformou-se na conformação atual de Estado que vivemos hoje: um poder uno dividido² entre os três poderes estatais, quais sejam, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Interessante pontuar que no modelo de divisão de Montesquieu já havia a referência aos três poderes, enquanto, Locke, em seu modelo, apresentava apenas dois poderes, ficando excluído o Poder Judiciário.³

Há que se observar, por outro lado, que tais modelos de divisão de poderes foram concebidos para uma organização social mais simples, com funções meramente penais e de organização da ordem pública e defesa militar, dos que se encontram nas democracias vivenciadas atualmente.⁴ Para Montesquieu:⁵

pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis para certo tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que são feitas. Pelo segundo, declara a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga os litígios dos particulares. Chamaremos este último de poder de julgar; e o outro, simplesmente de poder executivo do Estado.

As funções do Estado, no decorrer do tempo, modificaram-se e adequaram-se às necessidades de cada tempo, embora tenham nos mantido cegos a novas formas institucionais que não se encontram delimitadas nas funções típicas propostas pelo autor, que detém até os dias atuais status canônico.⁶ Na formação de um Estado Liberal, viu-se configurado um a modelo não intervencionista, em que a figura do Poder Legislativo ocupava um papel central. Contudo, Leal⁷ observa que “este falso absentismo imposto à figura do Estado gera, por sua vez, uma extrema desigualdade social, num contraponto à igualdade meramente formal tutelada pelo ideário liberal”.

¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira*. São Paulo: Manole, 2003.

² A divisão de Poderes vivida atualmente tem como uma de suas características a descentralização do poder do Estado, que antes se concentrava na figura de um rei soberano, vindo a reforçar a ideia de uma limitação desse poder, onde há uma divisão de funções, regida pela ideia de freios e contrapesos, onde um poder funciona como “freio” ao outro, buscando-se a harmonia entre esses três poderes.

³ FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008.

⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 169.

⁶ ACKERMANN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.

⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira*. São Paulo: Manole, 2003. p. 10.

Em razão dessa condição de desigualdade gerada naquele modelo estatal proposto e vivido à época, conduziu-se, diante da insatisfação das massas, ao *Welfare State* ou Estado de Bem Estar Social, onde se exigia uma postura mais presente do Poder Executivo e medidas que garantissem a preservação e consolidação de direitos à população, originando a configuração de um Estado prestacional, o qual, nas palavras de Leal,⁸ passa “de ente de postura negativa (com o simples dever de não invadir a esfera dos direitos individuais constitucionalmente assegurados) a promotor de bens e serviços — devedor de uma prestação positiva”.

Com a necessidade de um fortalecimento dos direitos fundamentais, superou-se a ideia de Estado Social e, portanto, paternalista. Passa-se, dessa forma, a compreender o Estado como possuidor de uma legalidade que se sustenta em princípios e valores e onde o Direito representa, então, um conjunto de valores jurídicos que se identificam com uma época determinada.⁹ O Estado Democrático de Direito, por sua vez, centra na dignidade humana o pilar da Constituição, possuindo essa um caráter muito mais principiológico e, conseqüentemente, mais aberto, tornando o controle de constitucionalidade um mecanismo central na proteção dos direitos fundamentais constitucionalizados.¹⁰

A teoria da interpretação constitucional, juntamente com a teoria constitucional e a própria Constituição, tem sofrido transformações, especialmente diante da ideia de proteção dos direitos fundamentais — esses vinculantes e basilares em nosso ordenamento — que decorre do constitucionalismo democrático.¹¹ Essas mutações ocorridas refletem-se tanto no conteúdo constitucional como nos elementos que lhe cercam, sendo imperativa, também, para além da compreensão constitucional, a compreensão do direito constitucional. Nesse sentido, “el presupuesto necesario para cualquier comprensión de derecho constitucional es por tanto la respuesta a preguntas del tipo: ‘¿para qué sirve, aquí e ahora, una constitución?’, ‘¿para qué, un derecho constitucional?’”.¹²

⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira*. São Paulo: Manole, 2003. p. 14.

⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira*. São Paulo: Manole, 2003.

¹⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹¹ LEAL, M. C. H.; MAAS, R. H. *O Amicus Curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica*. Curitiba: Multideia, 2014.

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2005. p. 28.

Assim, a Constituição Federal passa a ocupar, mais do que nunca, papel central na lógica organizacional do Estado e do ordenamento jurídico, consagrando direitos e deveres a serem observados por todos os Poderes. Em razão da centralidade desta e da necessidade de proteção do seu conteúdo, de caráter essencial, reservou-se ao Poder Judiciário a função de proteção da Constituição por meio da realização do controle de constitucionalidade, a partir de duas teorias, norte-americana e europeia, originadas a partir do julgamento do caso *Marbury vs. Madison* e do debate entre Kelsen e Schmidt.

A *judicial review*¹³ norte-americana remonta sua origem ao caso conhecido como *Marbury vs. Madison*. Dele decorre o que conhecemos hoje como controle de constitucionalidade de leis — ressalvadas as adaptações que ocorreram em diferentes países, como é o caso do Brasil, onde se adota um sistema misto de controle. As origens do controle, assim, decorrem da decisão proferida pelo juiz John Marshall no caso referido. John Adams havia nomeado Marbury como juiz de paz em seu último dia de mandato, quando então assumiria a presidência Thomas Jefferson, o qual, por sua vez, escolhe Madison como uma espécie de secretário de justiça — responsável pelas nomeações. Madison, por sua vez, não realiza a nomeação de Marbury, culminando em um processo movido por este a fim de garantir seu cargo. A decisão acabou considerando que a norma que reservava competência de decisão à Corte afrontava a Constituição e, assim, caberia aos juízes e tribunais decidirem quando uma norma era contrária à Constituição (em uma forma de declaração de inconstitucionalidade), gerando, dessa forma, o controle difuso de constitucionalidade.

A lide origina-se, assim, da tentativa de nomeação, por parte de John Adams, de uma série de federalistas como juízes de paz em seu último dia de mandato, as quais não foram reconhecidas como válidas por Thomas Jefferson, republicano, negando-se esse a dar posse aos nomeados.¹⁴ O juiz Marshall, ao proferir sua decisão acaba, portanto, afirmando a supremacia da Constituição como um parâmetro de validade para as demais normas. Nino,¹⁵ em análise aos argumentos utilizados na decisão proferida pelo juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, apresentou o que considera como sendo a lógica de Marshall e suas premissas, podendo se

¹³ Como refere o próprio nome, a *judicial review*, em termos simples, consiste na possibilidade de que decisões dos Poderes Executivo e Legislativo sejam submetidas à apreciação do Poder Judiciário, o qual realizará uma análise quanto a constitucionalidade de tais decisões, confrontando seus conteúdos com o que disciplina a Constituição — documento de maior relevância jurídica de um Estado.

¹⁴ DUARTE, F. *et al.* Ainda há supremacia do Judiciário? In: DUARTE, F.; VIEIRA, J. R. (org.). *Teoria da Mudança Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁵ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 261.

extrair das primeiras que a “obligación del poder judicial es aplicar la ley. Premisa 2: Cuando existen dos leyes contradictorias, la aplicación de una de ellas excluye la aplicación de la otra. Premisa 3: La constitución es la ley suprema y define cuándo otras normas son ley”. Segue a análise do autor, abordando:

Premisa 4: La supremacía de la constitución implica que cuando ésta en conflicto con una norma sancionada por la legislatura, la última carece de validez.

Premisa 5: Se la premisa 4 no fuere verdadera, la legislatura podría modificar la constitución a través de una ley ordinaria y, de este modo, la constitución no sería operativa para limitar a esa legislatura.

Premisa 6: La legislatura está limitada por la constitución.

Premisa 7: Si una norma no es una ley válida, ésta carece de fuerza obligatoria.

Conclusión: Si una norma sancionada por la legislatura es contraria a la constitución, esa norma no debe ser aplicada por el poder judicial.¹⁶

A decisão, por seus fundamentos, marcou o início do controle de constitucionalidade pela via difusa, sendo reconhecida pela Suprema Corte Norte Americana em diversos momentos posteriores, inclusive em análise do New Deal, entendendo que aquela proposta não afrontava princípios como o da autonomia de vontade e da liberdade de mercado.¹⁷ Dessa forma, consolidava-se a ideia de revisão de leis por parte do Poder Judiciário a partir do caso que se torna emblemático, “vez que a possibilidade de invalidação, pelo Poder Judiciário, de ato normativo oriundo de um dos poderes eleitos do Estado, tornou-se elemento marcante do constitucionalismo ocidental”.¹⁸

No contexto europeu, onde se adota em maior medida um modelo de controle de constitucionalidade concentrado, o debate travado entre Kelsen e Schmitt apresenta-se como o centro da discussão acerca das competências para realização da função de guarda da Constituição. Hans Kelsen defendia que a interpretação da Constituição deveria competir a um órgão jurídico, representado pelo Tribunal Constitucional, enquanto Carl Schmitt sustentava que a interpretação constitucional deveria ser realizada pelo representante máximo da soberania estatal, o Chefe

¹⁶ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 261.

¹⁷ DUARTE, F. *et al.* Ainda há supremacia do Judiciário? In: DUARTE, F.; VIEIRA, J. R. (org.). *Teoria da Mudança Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁸ DUARTE, F. *et al.* Ainda há supremacia do Judiciário? In: DUARTE, F.; VIEIRA, J. R. (org.). *Teoria da Mudança Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 45.

de Estado — que, à época, era Adolf Hitler. No primeiro modelo, aceito e difundido em termos de constitucionalismo, o Tribunal Constitucional possuiria a tarefa de legislador negativo “al cual cabe analizar solamente el problema (puramente abstracto) de compatibilidad lógica entre la ley y la Constitución”.¹⁹

Embora o controle concentrado de constitucionalidade possua suas origens na proposta de Kelsen, a partir do pós-guerra, com a noção de dignidade humana como base para as Constituições e para o novo constitucionalismo, os tribunais passam a desempenhar uma atividade mais criativa, apreciando o mérito das demandas e atuando como um complemento da atividade legislativa.²⁰ O controle de constitucionalidade, dessa maneira, concederia ao Poder Judiciário a possibilidade de interpretação constitucional e de declaração de inconstitucionalidade das demais normas emanadas pelos Poderes do Estado, quando estas não estiverem em conformidade com o conteúdo constitucional.

O Judiciário, assim, acaba figurando como o detentor da última palavra quanto ao significado das normas expressas na Constituição, tendo sua atividade expandida, uma vez que “la inconcreción de la norma constitucional supone un amplio contorno de incerteza que favorece la discrecionalidad y la actividad normativa del Tribunal Constitucional”.²¹ Nesse contexto de reconhecimento alargado de direitos, a jurisdição constitucional, ao mesmo passo, toma relevância, tornando-se mais próxima a vinculação de tais direitos com o Poder Judiciário, embora também vinculantes aos demais Poderes do Estado.

Citada vinculação, além de obrigar o Judiciário à observância do conteúdo dos direitos fundamentais, concede-lhe o papel de assegurar que esses direitos sejam aplicados tanto na relação entre particulares como na relação entre esses e o Estado.²² Novais²³ ilustra a questão ao mencionar que “os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais face ao Estado, ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado”, o que pode gerar, ainda, uma tensão entre esses direitos e a democracia.

¹⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente “un” o “el” activismo? *Estudios Constitucionales*, año 10, n. 2, p. 432, 2012.

²⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente “un” o “el” activismo? *Estudios Constitucionales*, año 10, n. 2, p. 429-454, 2012.

²¹ BALLE, José Maria Lafuente. *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madrid: Constitución y Leyes, 2000. p. 55.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Lisboa: Coimbra, 2006. p. 17.

No que diz respeito a essa tensão que se estabelece com a democracia, Novais²⁴ faz considerações sobre o fato de essa não decorrer da relação com os direitos fundamentais, mas sim com a jurisdição constitucional:

sucedem que muitas vezes, mesmo quando essa tensão é reconhecida, o protagonismo da potencial oposição ao princípio democrático não é directamente atribuído aos direitos fundamentais. Normalmente, fala-se, a propósito, em *dificuldade* ou *objecção contramajoritária*, como originalmente lhe chamou BIKEL (1986), mas para designar genericamente os constrangimentos que, não tanto os direitos fundamentais, mas mais a Constituição rígida e, sobretudo, a jurisdição constitucional impõem à margem de livre decisão da maioria política.

A jurisdição constitucional, portanto, em razão das características que possui, acaba configurando-se como um importante meio de preservação do conteúdo da Carta Magna e dos direitos nela elencados. Entretanto, frente a sua função e ao papel significativo que foi reservado ao Supremo Tribunal Federal, apontado por muitos como um dos tribunais mais fortes em termos de competências, corre-se o risco de que haja um protagonismo por parte deste ou, até mesmo, uma supremacia judicial, como se discute no próximo tópico.

2 O Supremo Tribunal Federal e o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade: protagonismo judicial constitucionalizado?

No Brasil, como já referido, foram adotadas as duas formas de controle de constitucionalidade, o concentrado e o difuso, existindo tanto a possibilidade de alegação de inconstitucionalidade em um caso concreto — como causa de pedir —, como de forma abstrata, questionando-se directamente determinada lei. Mendes²⁵ realiza um apanhado quanto às modificações trazidas nas Constituições brasileiras no que se refere ao controle de constitucionalidade:

consagrou-se com o advento da República o modelo difuso do controle de constitucionalidade. Em 1934, introduziu-se a ação direta como procedimento preliminar do processo de intervenção (CF/34, art. 12).

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Lisboa: Coimbra, 2006. p. 23, grifado no original.

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 719.

Em 1945, consolidou-se o desenvolvimento da representação para efeitos de intervenção, contra lei ou ato normativo estadual (CF/46, art. 8º, parágrafo único). E, somente em 1965, com a adoção da representação de inconstitucionalidade, passou a integrar nosso sistema o controle abstrato de normas (Emenda n. 16/65 à Constituição de 1946).

O Supremo Tribunal Federal possui, assim, em meio ao sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a posição de maior destaque, tendo suas decisões força de autoridade, representando a palavra final quando se trata de interpretar e aplicar normas constitucionais, seja ao analisar uma norma em abstrato, seja ao realizar o controle incidente.²⁶ A Constituição Federal de 1988 foi a responsável pela consolidação do controle concentrado de constitucionalidade no país, o que fez com que existissem no Brasil “elementos do sistema difuso e do sistema concentrado de constitucionalidade, ensejando-se *modelo híbrido* ou *misto* de controle”.²⁷

A atribuição de proteção da Constituição Federal, outorgada à mais alta Corte do país, vem acompanhando o Tribunal em todas as Constituições brasileiras — contudo, com competências e modelos variados —, e “em todas elas lhe foi reservada a posição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, detentor da palavra definitiva nas questões constitucionais”.²⁸ A Constituição brasileira, ao consagrar um extenso rol de direitos fundamentais e sociais e lhes reservar posição de destaque em seu texto, contribuiu para fomentar o “protagonismo” do Poder Judiciário no Estado atual, outorgando-lhe — especialmente em seu artigo 5º, inciso XXXV — a análise das violações envolvendo a prestação dos primeiros. Essa garantia constitucional, marcada pela série de direitos protegidos constitucionalmente, traz, por outro lado, o risco de uma supremacia judicial, como critica Michelman:²⁹

em outras palavras, pensemos que os direitos constitucionais sejam para os tribunais aplicar ou colocar em ação. O Legislativo, pensemos, deve fazer suas opções políticas mais ou menos abstraídas do direito constitucional para que assim os tribunais fiscalizem e determinem

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 719, grifado no original.

²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 15.

²⁹ MICHELMAN, Frank Isaac. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 148.

as ações para o respectivo cumprimento da constituição. Então cada proclamação de um direito constitucional convidaria o Judiciário a incluir uma esfera ou esferas de decisões públicas em relação às quais já se sentiria autorizado a agir por vezes com mão pesada. Se esse é o modo como visualizamos os problemas, provavelmente pensamos que constitucionalizar um direito à cidadania social (...) é um modo de conceder a um Judiciário não eleito uma parcela do controle na produção de políticas, o que é demasiadamente extenso para ser tolerado em uma democracia.

Assim, o argumento de que o rol de direitos fundamentais que é contemplado pela Constituição Federal acaba conduzindo a um maior protagonismo do Poder Judiciário — diante do nível de abstração do qual são compostos os conceitos ali elencados —, seria derrubado pelo argumento de que a responsável por citado protagonismo seria a própria Constituição, ao instituir o controle de constitucionalidade.³⁰

Referida supremacia judicial acabaria resultando no enfraquecimento da democracia e seu processo, bem como poderia ter como consequência um Poder Legislativo acomodado, que produziria menos normas diante da possibilidade constante de ter uma Corte corrigindo suas decisões.³¹ Por outro lado, o caráter contramajoritário dos órgãos judiciais — no caso, do Supremo Tribunal Federal —, surge como uma justificativa à existência da jurisdição constitucional, de forma a garantir que não sejam violados direitos das minorias pelas majorias.³² Nino,³³ defendendo a necessidade de existir um controle de determinadas decisões por parte do Judiciário, aponta, dessa forma, o “poder judicial como una especie de árbitro del proceso democrático. La misión central de este árbitro es velar porque las reglas del procedimiento y las condiciones de la discusión y la decisión democráticas sean satisfechas”.

³⁰ TAVARES, A. R.; BUCK, P. Direitos Fundamentais e democracia: complementariedade/contrariedade. In: CLÈVE, C. M.; SARLET, I. W.; PAGLIARINI, A. C. (org.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 169-186.

³¹ DUARTE, F. et al. Ainda há supremacia do Judiciário? In: DUARTE, F.; VIEIRA, J. R. (org.). *Teoria da Mudança Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

³² Como exemplo dessa atuação, as decisões relativas à constitucionalidade das políticas de ações afirmativas: VARGAS, Eliziane Fardin de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Discriminação estrutural e cotas raciais para candidaturas negras em partidos políticos: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento de preceito fundamental 738/DF. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 10, n. 1, e240, jan./abr. 2023; LIMA, Sabrina Santos; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O controle de constitucionalidade e a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias: análise crítica da ADC nº 41 (cotas raciais em concursos públicos). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 507-528, maio/ago. 2021.

³³ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 274.

Um dos questionamentos que se apresenta e que figura como uma das críticas à atuação da jurisdição é “por qué los jueces deberían estar en mejor situación que aquellos que se encuentran inmersos en el proceso democrático para tomar decisiones extremadamente controvertidas”,³⁴ e que seriam decisões, em princípio, de competência dos poderes representativos. Outra crítica que se apresenta diz respeito ao caráter autorreferencial que caracteriza alguns tribunais, os quais passam a figurar menos como guardiões da Constituição e sim como guardiões de sua própria jurisprudência.³⁵

Nessa direção, observa Balle,³⁶ no tocante à realização do controle de constitucionalidade, que “los tribunales con cometido constitucional adecuan su actividad a su propio precedente, a su autoprecedente, con lo que favorece la predecibilidad de sus pronunciamientos y resoluciones futuras”, o que denota um protagonismo judicial pautado mais em uma reafirmação de posicionamentos da Corte do que propriamente em uma argumentação relativa ao que pode ser extraído da Constituição.

Cabe perguntar, de forma crítica, “who rules, the law or the courts?”,³⁷ o que reforça, com essa postura, um paternalismo judicial que outorga à jurisdição constitucional um papel de destaque na relação entre Poderes do Estado, o qual é assumido pelas Cortes, sendo necessário considerar que muitas vezes e de forma cada vez mais frequente, os Tribunais ultrapassam os limites por eles mesmo estabelecidos em seus pronunciamentos.³⁸ É possível perceber que “la práctica totalidad de sus sentencias utilizan el argumento del propio precedente como determinante”³⁹ e, ainda, “argumentos de autoridad que difícilmente pueden ser desestimados con posteridad”,⁴⁰ reforçando referida postura jurisdiccional.

Quanto à utilização do argumento de autoridade, Venzke analisa, de forma crítica, que “judges frequently relate their argument to earlier decisions, thus boosting

³⁴ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 275.

³⁵ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos — CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 193-202, nov. 2000.

³⁶ BALLE, José Maria Lafuente. *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madrid: Constitución y Leyes, 2000. p. 49.

³⁷ VENZKE, Ingo. The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 34, n. 99, p. 115, 2011.

³⁸ STERN, Klaus. *Jurisdicción constitucional y legislador*. Madrid: Dykinson, 2009.

³⁹ BALLE, José Maria Lafuente. *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madrid: Constitución y Leyes, 2000. p. 49.

⁴⁰ ESCARCENA, Sebastián López. Un derecho jurisprudencial. La propiedad colectiva y la Corte Interamericana. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, n. 1, Antofagasta, p. 137, 2017.

the authority of past, present, and future decisions”⁴¹ e ao mesmo tempo, reforçando sua legitimidade,⁴² que por muitas vezes é criticada diante do fato de o Poder Judiciário não ser eleito. Três são as modalidades de argumentos de autoridade identificadas por Nogueira Alcalá:⁴³ pela citação de instrumentos internacionais de direito; por manifestações quanto à sintonia entre direito internacional e direito constitucional e pelo uso de jurisprudência de tribunais internacionais como um reforço argumentativo. Soma-se a tudo isso o fato de que a tarefa interpretativa “da al Juez Constitucional, un espacio significativo de movilidad interpretativa e integradora que convierte al juez en el protagonista activo y creador, que realiza la mediación entre la Constitución y la situación específica”.⁴⁴

Tais argumentos acabam por reforçar uma supremacia dos Tribunais Constitucionais — ou, no caso brasileiro, do Supremo Tribunal Federal, seja como Corte Constitucional, seja como tribunal recursal — que passam a sustentarem sua própria jurisprudência como uma fonte quase primária de direito. As teorias que defendem uma supremacia judicial sustentam seu posicionamento no caráter contramajoritário do Poder Judiciário, o qual atuaria, na condição de órgão não eleito, como um garantidor da democracia, assegurando os processos de formação de vontades democráticas.⁴⁵ Apoiam em uma das principais controvérsias sobre a atuação jurisdicional, o fundamento que legitimaria os órgãos judiciais a aplicarem o direito de melhor forma.

Cabe traçar uma diferença, contudo, no que toca à supremacia judicial. Esta não se identifica perfeitamente nem com a realização de um controle de constitucionalidade — que é uma atribuição do Poder Judiciário consagrada na Constituição e que se entende como um elemento essencial do Estado Democrático

⁴¹ VENZKE, Ingo. The Rol of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 34, n. 99, p. 123, 2011.

⁴² Sobre a legitimidade da jurisdição constitucional: MARTÍN GUARDADO, Sergio. La última crisis de legitimidad de la jurisdicción constitucional en España. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 11, n. 1, e255, jan./abr. 2024.

⁴³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: NOGUEIRA ALCALÁ, H. N.; GALDAMEZ ZELADA, L. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*. Santiago: Librotecnia, 2014. p. 509-570.

⁴⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoria de los derechos fundamentales y los derechos humanos*. Montevideo: Ingranusi, 2000. p. 60.

⁴⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) — Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

de Direito —, nem com a noção de monopólio judicial.⁴⁶ Este último, por sua vez, “confere ao Judiciário a única palavra em matéria de interpretação constitucional (uma espécie de ‘reserva judicial’), enquanto a ‘supremacia judicial’ admite que o legislador tenha a primeira palavra, conferindo, porém, ao Judiciário a última”,⁴⁷ reforçando seu caráter de definitividade e de guarda do sentido da Constituição.

Essa linha de raciocínio conduz, inevitavelmente, a referida sobreposição de um poder em relação aos demais, reforçando a última palavra,⁴⁸ definitiva, dada pelo Judiciário e gerando um desequilíbrio — e protagonismo — na relação entre os três Poderes do Estado.⁴⁹ Há o risco, senão, de que em nome de uma preservação do conteúdo constitucional — diante da função de guarda da Constituição que detém hoje o Poder Judiciário — os tribunais se transformem em verdadeiros legisladores positivos ao ultrapassarem os limites interpretativos existentes.⁵⁰ As discussões acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário, especialmente em cenários de crise de legitimidade dos demais poderes, demandam um contínuo debate e reflexão, a fim de garantir que a concretização de direitos fundamentais e do próprio Princípio da Separação de Poderes.

Observa Sweet outro ponto que acaba contribuindo para a reafirmação de uma supremacia judicial, condicionado pelos Poderes eleitos institucionalmente, que é o fato de que “when they are in power, political parties complain of the court’s growing authority over the legislative process but, in opposition, they exploit, without apology, the capacity of constitutional review to obstruct majority rule”.⁵¹ O protagonismo judicial decorreria, assim, de uma soma de interesses de diferentes elites que, com a finalidade de manterem suas respectivas hegemonias, “entregam” poderes, por meio de um apoio indireto, ao Poder Judiciário.⁵² Não se trata,

⁴⁶ CARVALHAES, Rafael Bitencourt; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Questioning our faith in the judiciary: from institutional entrenchment to the monopoly of constitution. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 347-370, maio/ago. 2022.

⁴⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 15.

⁴⁸ GÓMEZ BISOGNO, Francisco Vázquez. El control de reformas constitucionales y el sistema de «checks and balances»: Una propuesta a la luz de la ingeniería constitucional en la que la magistratura constitucional se legitime al no tener la última palabra. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 543-577, set./dez. 2022.

⁴⁹ SILVA-ARROYAVE, Sergio Orlando. El equilibrio de poderes en Colombia: entre la incorrecta comprensión teórica y la inadecuada formulación constitucional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 11, n. 2, e261, maio/ago. 2024.

⁵⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁵¹ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges*. New York: Oxford University Press, 2010. Chapter 7, p. 199.

⁵² HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*. The origins and consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

portanto, apenas de uma postura adotada pelo órgão julgador, mas sim de uma soma de contextos e elementos que contribuem para um deslocamento de poder em termos de interpretação constitucional.

Para a maioria das teorias, o empoderamento judicial revela-se como um reflexo de mudanças nas escolhas sociais e políticas e, em muito, decorre de uma mudança de paradigma decorrente do pós Segunda Guerra Mundial, com um pensamento muito mais democrático e voltado à centralidade da proteção dos direitos humanos, ocorrendo por meio de processos diferentes e sem eventos definidores do mesmo em cada país.⁵³ Compreender esses elementos e buscar alternativas aos fluxos que conduzem a atuações supremacistas é uma pauta atual do constitucionalismo e que merece destaque.

Klatt,⁵⁴ sob outro enfoque, procura uma saída para a questão do controle jurisdicional e o constante argumento da falta de legitimidade para as intervenções do Poder Judiciário, salientando que:

o argumento mais importante é ao invés de adotar um único modelo de controle jurisdicional, forte ou fraco, os Tribunais devem adotar uma abordagem flexível que permita uma maior gama de níveis de intensidade de controle judicial. A escolha de uma determinada intensidade de controle depende das circunstâncias do caso em discussão, o qual, por sua vez, pode ser avaliado à luz de vários fatores.

A relação entre Poderes, que decorre da existência de uma divisão de funções entre Executivo, Legislativo e Judiciário, diante do risco de um protagonismo judicial exacerbado, merece ser debatida e levada a sério, especialmente pelos atores envolvidos diretamente na realização do controle de constitucionalidade das normas. Os desequilíbrios provocados por adoções de posturas supremacistas em nada contribuem para a efetivação do conteúdo constitucional, sendo importante uma abertura a posições de natureza dialógica, em substituição a noção de última palavra definitiva, como será discutido.

⁵³ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*. The origins and consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

⁵⁴ KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: ALEXY, R.; BAEZ, N. L. X.; SILVA, R. L. N. da (org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis, 2015. p. 221.

3 Revisão judicial dialógica: uma proposta de superação das teorias da última palavra

O impacto da atividade jurisdicional sobre o processo legislativo é analisado por Sweet,⁵⁵ que observa que:

First, the court disposes of a specific legislative (abstract review) or a judicial (concrete review) conflict by determining the legality of a statute. The court's impact on the legislative process is both retrospective and direct. It is retrospective, in the sense that the court has authoritatively settled an existing conflict about constitutionality, and direct, in that the court's decision attaches to the reviewed statute as an approbation, an amendment, or a veto. Second, in justifying its decision — in telling us why, normatively, a legislative provision is, or is not, constitutional — the court (re-)constructs the constitutional law. In doing so, the court clarifies or alters the rules governing law-making, and signals to legislators how similar disputes may be resolved in the future. The legislative impact of the decision will be indirect and prospective, to the extent that it affects future law-making activity.

Diante dessa relação que se estabelece, em especial entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, e das questões envolvendo eventual protagonismo da jurisdição constitucional — aqui voltada a análise para o contexto brasileiro atual — compreender as teorias dialógicas e como (e se) vem sendo utilizadas pela mais alta Corte brasileira é de suma importância. As teorias dialógicas, nesse sentido, quando bem utilizadas na prática jurisdicional, possibilitam “superar las aproximaciones estrictamente textualistas, enriqueciendo el aparato conceptual y argumentativo de una jurisdicción constitucional, superando la pobreza de la auto referencia”,⁵⁶ permitindo tanto em uma relação entre Cortes, quanto entre Poderes, um aprimoramento em busca da melhor decisão em matéria de proteção aos direitos fundamentais.

Teorias que propõem um diálogo institucional caracterizam-se por contrariar tanto uma supremacia judicial quanto legislativa,⁵⁷ superando-se a ideia de uma

⁵⁵ SWEET, Alec Stone. *Governing with judges*. New York: Oxford University Press, 2010. Chapter 7, p. 201.

⁵⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: NOGUEIRA ALCALÁ, H. N.; GALDAMEZ ZELADA, L. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*. Santiago: Librotecnia, 2014. p. 509-570. p. 551.

⁵⁷ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

última palavra, carregada de definitividade e que simboliza hoje um forte protagonismo de quem a detenha.⁵⁸ Nesse sentido, as teorias dialógicas apresentam-se como contraposições às teorias que defendem a existência de uma última palavra definitiva e imutável quanto ao sentido da Constituição Federal.⁵⁹ Balle⁶⁰ destaca uma crítica a este caráter definitivo das decisões judiciais, apontando o fato de que:

los errores del Tribunal Constitucional son irrecurribles. Con seguridad que los Magistrados del Tribunal Constitucional afirmarán adecuar sus resoluciones a la norma constitucional; pero equivocaciones – excepcionales o no – son irrecurribles. Ciertamente que el Tribunal Constitucional no es infalible y ciertamente y erra pero sus sentencias equivocadas son tan firmes como las acertadas.

Sob a perspectiva dialógica, então, “as decisões, tomadas em qualquer um dos poderes, passam a ter um caráter *parcialmente* definitivo, pois, podem ser contestadas em outras instâncias públicas”,⁶¹ que, apresentando os argumentos que tornam a interpretação contrária mais adequada, teriam o condão de substituir a decisão anterior. Assim, “cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões”,⁶² as quais podem ser exploradas argumentativamente no jogo institucional. Reside nessa característica um dos fatores comuns às teorias dialógicas: a rejeição da noção de última palavra — atribuindo-lhe caráter provisório — que, aliada à recusa de um monopólio de interpretação judicial da Constituição Federal, configura-se como elemento basilar do diálogo entre poderes.⁶³

Elas reconhecem a falibilidade das instituições, suas virtudes e fraquezas, adotando uma concepção realista sobre essas — o que não é reconhecido ou adequadamente trabalhado em teorias supremacistas — e entendendo que o

⁵⁸ HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. Supremacia judicial no constitucionalismo brasileiro: riscos à democracia e as alternativas das teorias dos diálogos constitucionais. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 121, p. 203-250, jul./dez. 2020.

⁵⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) — Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

⁶⁰ BALLE, José Maria Lafuente. *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madrid: Constitución y Leyes, 2000. p. 55.

⁶¹ CLÈVE, C. M.; LORENSETTO, B. M. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 189, set./dez. 2015, grifado no original.

⁶² CLÈVE, C. M.; LORENSETTO, B. M. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 189, set./dez. 2015.

⁶³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) — Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

Com base nas duas categorias, a análise realizada aborda as teorias dialógicas relacionadas com a interação legislativa a partir da decisão judicial. Dixon⁶⁸ diferencia ainda as teorias dialógicas, de teorias do constitucionalismo cooperativo, conversacionalistas, da limitação judicial e do minimalismo democrático. O controle de constitucionalidade não é considerado, assim, como uma barreira intransponível, mas sim como um elemento que permita um diálogo institucional sobre a melhor decisão e que permita a superação da decisão judicial.⁶⁹ Colocar-se em uma perspectiva de diálogo significa reconhecer “that judicial review is significantly more interdependent and interactive than generally described”⁷⁰ e compreender as relações que decorrem dessa mudança de paradigma.

Adotar uma revisão judicial dialógica significa, ainda, compreender as ferramentas e velhos desenhos institucionais sob uma nova ótica, reconhecendo a tensão existente entre os compromissos com o governo popular e as limitações das majorias, que é típica do constitucionalismo democrático.⁷¹ Abrir-se a interação com os demais poderes é necessário diante do fato de que “the Constitution is not interpreted by aloof judges imposing their will on the people. Rather, constitutional interpretation is an elaborate discussion between judges and the body politic”⁷².

Não se trata de afirmar a inexistência de uma última palavra, mas sim de atribuir a esta um caráter provisório — seja ela dada pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Legislativo.⁷³ As teorias da última palavra apresentam-se como opostas à possibilidade de um diálogo, esgotando em uma decisão isolada de um poder a questão em debate. Assim, “a oposição entre ‘diálogo’ e ‘última palavra’ ecoa a tensão clássica entre constituição mista, reconcebida e renomeada por ‘separação

⁶⁸ DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

⁶⁹ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁷⁰ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *The Michigan Law Review Association*, Michigan, v. 91, p. 653, 1993.

⁷¹ TUSHNET, M. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, R. *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014; FREITAS, Daniel Castanha de; UESSLER, Danielle. A teoria do constitucionalismo democrático para a legitimação do fluxo dialógico no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 98, p. 161-185, out./dez. 2024.

⁷² FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *The Michigan Law Review Association*, Michigan, v. 91, p. 653, 1993.

⁷³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) — Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

sentido da Constituição é dado por uma interação complexa entre os poderes, e entre estes e a sociedade,⁶⁴ de forma complementar e dialogada conjuntamente. O diálogo institucional, dessa maneira, além de uma ferramenta que permite “1) compensar un poder con otro poder y 2) distribuir funciones entre cuerpos diferenciados, también puede ser 3) un aparato deliberativo, un mecanismo que permita un chispeante intercambio de motivos institucionales”.⁶⁵

A linguagem do diálogo estabelece uma interpretação e responsabilidade compartilhada entre os poderes, colocando-os em uma mesma arena não como adversários, mas como aliados para a construção de uma melhor interpretação. Pode-se dizer, nesse sentido, que “dialogue theories focus on the institutional process through which decisions about constitutional meaning are made, suggesting that this involves the shared elaboration of constitutional meaning between the judiciary and other actors”.⁶⁶ As teorias dialógicas, portanto,

dividem-se em duas categorias gerais. A primeira propõe uma teoria da decisão judicial que leve em conta a interação com o legislador. Não se trata propriamente de um método de interpretação, mas de uma demanda de que a corte reconheça e participe do diálogo. É uma forma de compreensão normativa do seu papel. A segunda define o diálogo como produto necessário da separação de poderes, uma decorrência do desenho institucional, não necessariamente da disposição de qualquer dos poderes por “dialogar”. Nessa categoria, teorias são predominantemente empíricas, mas a fronteira entre argumentos positivos e normativos torna-se gradualmente nebulosa. Com frequência, proposições descritivas influenciam o próprio comportamento das instituições que participam do diálogo, o qual passa a ser uma razão invocada para a escolha decisória, como se verá no caso canadense.

A primeira, portanto, tem um caráter endógeno e a segunda aponta para o fenômeno exógeno, menos dependente da postura de cada instituição.⁶⁷

⁶⁴ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁶⁵ MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Por una justicia dialógica*: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

⁶⁶ BATEUP, Christine Annabelle. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, v. 11, p. 11, 2005.

⁶⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) — Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008. p. 28.

de poderes’ pela teoria política moderna, e soberania”,⁷⁴ configurando-se nestes dois princípios — da separação de poderes e da soberania estatal — os elementos relacionados com as teorias do diálogo e também da margem de apreciação.

Nessa relação se pressupõe, então, que os poderes utilizem de seus argumentos de forma estratégica, uma vez que já possuem um posicionamento ou preferência prévia sobre a questão, não os utilizando de forma crua, mas em relação as preferências do outro poder.⁷⁵ Sob a ótica de uma revisão judicial dialogal, a ideia “es alentar interacciones — diálogos — entre la distintas ramas acerca de cuál de las interpretaciones rivales razonables sobre las provisiones constitucionales es la correcta”,⁷⁶ superando a definitividade estabelecida apenas em razão da instituição que interpreta e substituindo-a pelas razões interpretativas apresentadas e consequentemente, a coerência das mesmas. É importante, assim, que “el debate no se reduzca a una constante obsesión por la última palabra”.⁷⁷

Ao realizar o controle de constitucionalidade das normas, o Poder Judiciário pode lançar mão das chamadas técnicas de não decisão ou virtudes passivas, reconhecendo quando e quanto decidir, abrindo espaço para processos de deliberação social ou política,⁷⁸ o que se mostraria inadmissível em uma revisão judicial rígida.⁷⁹ É importante que o Judiciário reconheça os espaços de atuação onde não lhe compete intervir, com a adoção de uma postura de autocontenção judicial, a qual, como destaca Leal, mostra-se complexa, uma vez que a “configuração clara de tais limites se torna uma árdua — para não dizer impossível — tarefa, pressupondo para sua configuração generosas doses interpretativas e, por via de consequência, sujeitas a construções e avanços”.⁸⁰

⁷⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) — Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008. p. 174.

⁷⁵ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

⁷⁶ TUSHNET, M. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, R. *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

⁷⁷ MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

⁷⁸ JESUS, Thiago Vasconcellos; SILVA, Sandoval Alves da; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Responsabilidade pública ou diálogo deliberativo: a cooperação como proteção do acesso à justiça, do contraditório e dos direitos fundamentais na solução dos conflitos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 191-216, jul./set. 2022.

⁷⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) — Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

⁸⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 84.

Bickel⁸¹ sustenta, como critérios para a não atuação judicial, que

the judgment of necessity is prudential. The Court sometimes makes bold to undertake it for itself and to cause principle to prevail, usually when the subject matter is well within its experience, as in the administration of the criminal law, or when its own political sense (which can be treacherous) tells it that the necessity has abated, or when it can draw on some fairly stable body of knowledge to disprove the necessity. Otherwise the Court is capable only of a tentative estimate.

Por outro lado, alguns autores trabalham em uma perspectiva diversa, com virtudes ativas, ou seja, destacando a possibilidade de que as Cortes atuem como indutoras do diálogo.⁸² Essa posição coaduna-se com a ideia de um tribunal engajado, que adote uma postura dialógica para, além de exercer sua atribuição de controle de constitucionalidade, esteja voltado a envolver as demais partes na construção de uma solução⁸³ que equalize os posicionamentos envolvidos e a efetivação de direitos fundamentais. Não há, assim, uma obrigatoriedade de que o poder receptor acate o conselho da Corte. Esses dois posicionamentos podem situar-se em outros dois campos conhecidos do debate jurisdicional, oscilando entre autocontenção e ativismo judicial,⁸⁴ a diferença encontra-se no fato de que a primeira situa-se no campo do diálogo, enquanto a segunda no campo da supremacia.⁸⁵

No que se refere à prática jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, em algumas decisões, faz referência à adoção de uma postura dialógica e discute as relações e consequências de posicionamentos de autocontenção e deferência ao legislador, não se consolidando, de fato, uma jurisprudência pautada em posturas

⁸¹ BICKEL, Alexander. Foreword: The Passive Virtues. *Harvard Law Review*, Harvard, v. 75, p. 1961-1962, 1961.

⁸² MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) — Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

⁸³ KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: ALEXY, R.; BAEZ, N. L. X.; SILVA, R. L. N. da (org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis, 2015. p. 215-266.

⁸⁴ Sobre o ativismo judicial: LEAL, Rogério Gesta. Riscos e possibilidades do ativismo judicial na democracia. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 119-135, jan./mar. 2021; SILVA, Marco Aurélio Souza da. Ativismo, populismo e judicialização da política: a difícil tarefa de compreender o comportamento decisório judicial. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 93, p. 101-131, jul./set. 2023.

⁸⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) — Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

dialógicas.⁸⁶ Um dos exemplos é a referência feita na decisão do no *Habeas Corpus* nº 124.306, que discutiu a possibilidade de descriminalização do aborto, na qual observou a Ministra Rosa Weber que

uma decisão por parte deste Supremo Tribunal Federal não necessariamente dará a última palavra sobre a interpretação constitucional correta para a solução da descriminalização do aborto, mas antes iniciará o debate interinstitucional com os demais poderes, a fim de qualificá-lo publicamente, haja vista que o legislativo não avançou nesta agenda, de forma a bloquear a discussão pública.⁸⁷

Todavia, sabe-se que, diante da polêmica que cerca a questão, a descriminalização do aborto não tem sido uma matéria que compõem a pauta legislativa, dificultando a aferição de um diálogo entre poderes, mas possibilitando sustentar uma postura que inicia um diálogo com os poderes eleitos diante da necessidade de apreciação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal. Também essa questão identifica o papel contramajoritário da jurisdição constitucional que não necessita de apoio popular, por não ser o Judiciário um poder eleito, podendo — e em muitos casos, devendo — decidir de forma impopular.

Também nas decisões relativas ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, ainda que minimamente, pode-se falar em uma abertura do órgão de cúpula do Poder Judiciário ao diálogo, sendo reconhecido por alguns ministros o caráter provisório da decisão.⁸⁸ Sabe-se, no entanto, que a simples indicação argumentativa quanto ao caráter provisório das decisões do Supremo não garante que haja, de fato, um diálogo entre poderes no futuro, mas sinaliza para essa possibilidade. A mesma postura pode ser percebida no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.096, na qual o fundamento utilizado para sustentar a constitucionalidade do procedimento especial questionado na ação foi buscado em informações do Congresso Nacional, contidas no projeto de lei que originou o Estatuto do Idoso — Lei nº 10.741/2003.⁸⁹

⁸⁶ Para uma análise crítica das decisões do STF sobre esse tema, ver: HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 209-236, jan./abr. 2021.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 124.306. Rel. Ministro Marco Aurélio. Julgada em 09 ago. 2016. p. 3. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 fev. 2025.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade* nº 4.277. Rel. Ministro Ayres Britto. Julgada em 05 mar. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 fev. 2025.

⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 580.963. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Julgada em 18 abr. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 fev. 2025.

Mais recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 635659, que tratava sobre o critério para diferenciação entre usuário de drogas e traficante, refere o Tribunal que

enquanto não houver pronunciamento do Poder Legislativo sobre tais parâmetros, é mandatário reconhecer a necessidade do preenchimento dessa lacuna; considerando ter o legislador definido em lei o tráfico, soa razoável, nesse interregno entre esta decisão e nova lei específica sobre o tema desses parâmetros, determinar aos mencionados órgãos do Poder Executivo (SENAD e CNPCP), até que sobrevenha definição legislativa, que os regulamentem, na condição *rebus sic stantibus*. Tais provisórios parâmetros devem ser considerados relativos (*iuris tantum*), sempre passíveis de verificação no caso concreto pelo Magistrado.⁹⁰

A decisão, que gerou debates em diferentes esferas, também traz consigo a noção de uma manifestação “provisória”, de “preenchimento da lacuna”, reforçando uma lógica de primazia legislativa que, frente a omissão do Poder em questão, autoriza a atuação judicial — posicionamento sustentado também por diferentes Ministros no julgamento da ADO 26, referente à criminalização da homofobia, também aliando um aspecto penalista na análise do mais alto Tribunal brasileiro.

Os casos citados até então, somados aos analisados em outra pesquisa previamente realizada,⁹¹ permitem afirmar uma paulatina abertura dos tribunais ao diálogo com poderes e Estados, sem que o mesmo ocorra na prática, sendo discutido no teor das decisões. O diálogo ideal, na perspectiva em que concebido por Mark Tushnet, tem como elementos: a edição de uma lei pelo Poder Legislativo que é posteriormente declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário,⁹² posicionamentos que podem ser percebidos nos casos envolvendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277 — que reconheceu as uniões homoafetivas como entidades familiares; Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.856 — que declarou a inconstitucionalidade da prática da “briga de galos”; Ação Direta de

⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 635659*. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 26 jun. 2024. p. 21.

⁹¹ Pesquisa jurisprudencial realizada entre os anos de 2010 e 2017, quanto a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal quanto aos grupos vulneráveis, sendo utilizados dados de 83 (oitenta e três) decisões analisadas.

⁹² TUSHNET, M. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, R. *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

Inconstitucionalidade n.º 4.983 — sobre a inconstitucionalidade da regulamentação da Vaquejada e,⁹³ por fim, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186 — sobre os critérios étnicos raciais para ingresso em universidades, no que toca especificamente aos casos envolvendo grupos vulneráveis, por exemplo.

Há, assim, um indicativo de abertura, ao menos de forma argumentativa, por parte do Supremo Tribunal Federal ao diálogo institucional, sendo, contudo, cada vez mais frequente a utilização das teorias dialógicas em fundamentações dos votos dos Ministros. No entanto, acaba adotando a Corte, como um todo, posições mais protagonistas que dialógicas.

Conclusão

Os diferentes modelos de Estado que conduziram até o Estado Democrático de Direito vivenciado nos dias de hoje são marcados por protagonismos de diferentes Poderes, relacionados com as funções típicas de cada um dos atores envolvidos. Com a constitucionalização de direitos fundamentais e elementos trazidos com o pós-guerra, especialmente em relação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como base e finalidade de muitos ordenamentos, o Poder Judiciário acaba ocupando uma posição de destaque, funcionando o controle de constitucionalidade como um mecanismo de garantia desses direitos.

Diante disso, muitos são os debates acerca dos limites da atuação judicial, possuindo o Supremo Tribunal Federal, em razão de sua condição de Corte Constitucional e tribunal recursal, uma gama de competências que o levam a uma condição de protagonista. O agigantamento de suas atribuições, somada a fatores externos, gera riscos no que tange a adoção de posturas supremacistas, sustentadas na definitividade das decisões judiciais, representadas na noção de última palavra.

As teorias dialógicas apresentam-se, nesse contexto, como vias alternativas a teorias que sustentam uma última palavra definitiva nos ordenamentos jurídicos, defendendo uma construção conjunta e dialogada das decisões, que vise a garantir de melhor forma os direitos fundamentais e o conteúdo constitucional. A adoção de uma revisão judicial dialógica permite uma harmonia na relação entre Poderes e a superação de teorias supremacistas, sejam elas judiciais ou legislativas.⁹⁴

⁹³ PAIXÃO, Shayane do Socorro de Almeida da; SILVA, Sandoval Alves da; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. A superação dos precedentes na teoria dos diálogos institucionais: análise do caso da Vaquejada. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 275-301, jan./abr. 2021.

⁹⁴ GÓMEZ-VELÁSQUEZ, Alejandro. La colaboración armónica entre poderes: un principio inherente y necesario para el constitucionalismo transformador latinoamericano. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 10, n. 2, e238, maio/ago. 2023.

O Supremo Tribunal Federal, por todo o exposto, embora faça referência à adoção de posturas mais abertas ao diálogo, ainda demonstra pouca aplicabilidade do diálogo institucional em sua jurisprudência, permanecendo o debate no campo teórico argumentativo. As poucas decisões que sinalizam para uma abertura, contudo, permitem que sejam compreendidos os efeitos de uma revisão judicial dialogada e a construção de melhores decisões em termos de proteção de direitos fundamentais e respeito ao Princípio da Separação de Poderes.

Referências

- ACKERMANN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014.
- BALLE, José Maria Lafuente. *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madrid: Constitución y Leyes, 2000.
- BATEUP, Christine Annabelle. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, v. 11, p. 1-88, 2005.
- BICKEL, Alexander. Foreword: The Passive Virtues. *Harvard Law Review*, Harvard, v. 75, p. 1961-1962, 1961.
- BITENCOURT. Caroline Müller. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277*. Rel. Ministro Ayres Britto. Julgada em 05 mar. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 fev. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n.º 124.306*. Rel. Ministro Marco Aurélio. Julgada em 09 ago. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 fev. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 580.963*. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Julgada em 18 abr. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 fev. 2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n.º 635659*. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 26 jun. 2024.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CARVALHAES, Rafael Bitencourt; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. Questioning our faith in the judiciary: from institutional entrenchment to the monopoly of constitution. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 347-370, maio/ago. 2022.
- CLÈVE, C. M.; LORENSETTO, B. M. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015.
- COSTA, Alexandre Araújo. *Judiciário e interpretação: entre Direito e Política*. Fortaleza: Pensar, 2013.
- DIXON, Rosalind. Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

DUARTE, F. *et al.* Ainda há supremacia do Judiciário? In: DUARTE, F.; VIEIRA, J. R. (org.). *Teoria da Mudança Constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ESCARCENA, Sebastián López. Un derecho jurisprudencial. La propiedad colectiva y la Corte Interamericana. *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, n. 1, Antofagasta, p. 133-189, 2017.

ESTAY, José Ignacio Martínez. Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 365-396, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. La esfera de lo indecible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Talca, n. 1, p. 337-343, 2008.

FREITAS, Daniel Castanha de; UESSLER, Danielle. A teoria do constitucionalismo democrático para a legitimação do fluxo dialógico no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 24, n. 98, p. 161-185, out./dez. 2024.

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review. *The Michigan Law Review Association*, Michigan, v. 91, p. 577-682, 1993.

GÓMEZ BISOGNO, Francisco Vázquez. El control de reformas constitucionales y el sistema de «checks and balances»: Una propuesta a la luz de la ingeniería constitucional en la que la magistratura constitucional se legitime al no tener la última palabra. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 543-577, set./dez. 2022.

GÓMEZ-VELÁSQUEZ, Alejandro. La colaboración armónica entre poderes: un principio inherente y necesario para el constitucionalismo transformador latinoamericano. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 10, n. 2, e238, maio/ago. 2023.

GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos interpretes de Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión. *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 1, p. 285-328. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder; PETHECHUST, Eloi. A superação das decisões do STF pelo Congresso Nacional via emendas constitucionais: diálogo forçado ou monólogos sobrepostos? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 209-236, jan./abr. 2021.

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

HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, E. *et al.* *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*. The origins and consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

JESUS, Thiago Vasconcellos; SILVA, Sandoval Alves da; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Responsabilidade pública ou diálogo deliberativo: a cooperação como proteção do acesso à justiça, do contraditório e dos direitos fundamentais na solução dos conflitos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 191-216, jul./set. 2022.

KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: ALEXY, R.; BAEZ, N. L. X.; SILVA, R. L. N. da (org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Florianópolis, 2015. p. 215-266.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como princípio: os Limites da Jurisdição Constitucional Brasileira*. São Paulo: Manole, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente “un” o “el” activismo? *Estudios Constitucionales*, año 10, n. 2, p. 429-454, 2012.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, M. C. H.; MAAS, R. H. *O Amicus Curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica*. Curitiba: Multideia, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. Riscos e possibilidades do ativismo judicial na democracia. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 119-135, jan./mar. 2021.

LIMA, Sabrina Santos; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O controle de constitucionalidade e a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias: análise crítica da ADC nº 41 (cotas raciais em concursos públicos). *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 507-528, maio/ago. 2021.

MARTÍN GUARDADO, Sergio. La última crisis de legitimidad de la jurisdicción constitucional en España. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 11, n. 1, e255, jan./abr. 2024.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos — CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 193-202, nov. 2000.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) — Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MICHELMAN, Frank Isaac. A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 131-155.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MÜLLER, Fredrich. *Quem é o povo?* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: NOGUEIRA ALCALÁ, H. N.; GALDAMEZ ZELADA, L. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*. Santiago: Librotecnia, 2014. p. 509-570.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría de los derechos fundamentales y los derechos humanos*. Montevideo: Ingranusi, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Lisboa: Coimbra, 2006.

PAIXÃO, Shayane do Socorro de Almeida da; SILVA, Sandoval Alves da; COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. A superação dos precedentes na teoria dos diálogos institucionais: análise do caso da Vaquejada. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 275-301, jan./abr. 2021.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. Ativismo, populismo e judicialização da política: a difícil tarefa de compreender o comportamento decisório judicial. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 23, n. 93, p. 101-131, jul./set. 2023.

SILVA-ARROYAVE, Sergio Orlando. El equilibrio de poderes en Colombia: entre la incorrecta comprensión teórica y la inadecuada formulación constitucional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 11, n. 2, e261, maio/ago. 2024.

STERN, Klaus. *Jurisdicción constitucional y legislador*. Madrid: Dykinson, 2009.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges*. New York: Oxford University Press, 2010. Chapter 7, p. 194-204.

TAVARES, A. R.; BUCK, P. Direitos Fundamentais e democracia: complementariedade/contrariedade. In: CLÈVE, C. M.; SARLET, I. W.; PAGLIARINI, A. C. (org.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 169-186.

TUSHNET, M. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, R. *Por una justicia dialógica*: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

VARGAS, Eliziane Fardin de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Discriminação estrutural e cotas raciais para candidaturas negras em partidos políticos: análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento de preceito fundamental 738/DF. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 10, n. 1, e240, jan./abr. 2023.

VENZKE, Ingo. The Rol of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 34, n. 99, p. 99-131, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Madrid: Trotta, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia*. Madrid: Trotta, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição constitucional brasileira: entre protagonismo judicial e atuação dialógica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 25, n. 101, p. 147-174, jul./set. 2025. DOI: 10.21056/aec.v25i101.2076.
