



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Guilherme Mazarello Nóbrega de Santana

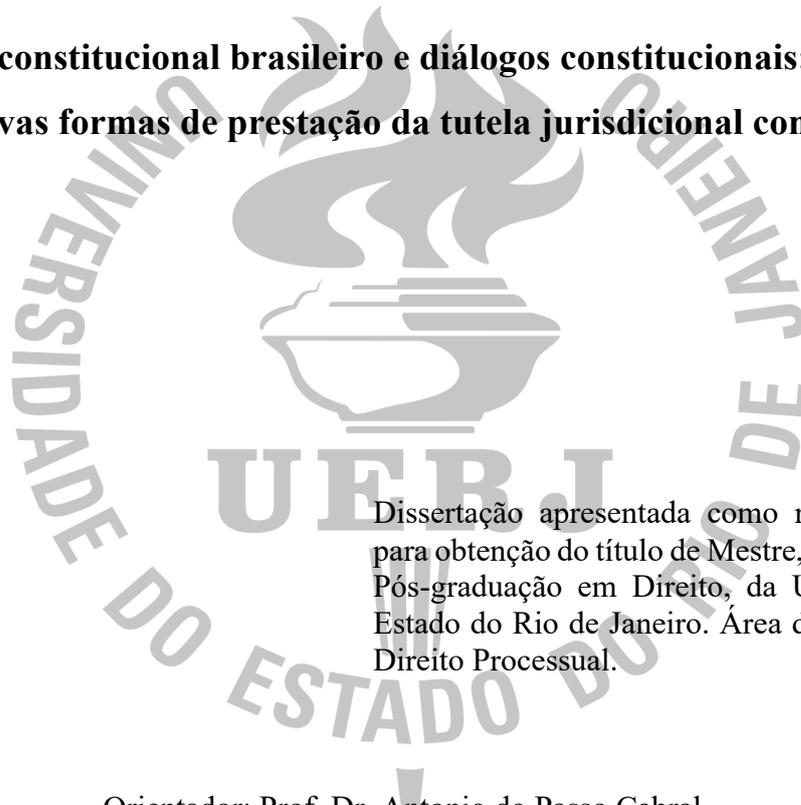
**Processo constitucional brasileiro e diálogos constitucionais: técnicas,  
efeitos e novas formas de prestação da tutela jurisdicional constitucional.**

Rio de Janeiro

2024

Guilherme Mazarello Nóbrega de Santana

**Processo constitucional brasileiro e diálogos constitucionais: técnicas, efeitos e novas formas de prestação da tutela jurisdicional constitucional.**



Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, no Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral

Rio de Janeiro

2024

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S232 Santana, Guilherme Mazarello Nóbrega de

Processo constitucional brasileiro e diálogos constitucionais: técnicas, efeitos e novas formas de prestação da tutela jurisdicional constitucional / Guilherme Mazarello Nóbrega de Santana. - 2024.  
187f.

Orientador: Prof. Dr. Antonio do Passo Cabra.  
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Diálogos constitucionais - Teses. 2. Processo constitucional - Teses.  
3. Jurisdição constitucional - Teses. I. Cabra, Antonio do Passo. II.  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.9

Bibliotecária: Fabiana das Graças Fonseca CRB7/6358

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Guilherme Mazarello Nóbrega de Santana

**Processo constitucional brasileiro e diálogos constitucionais: técnicas, efeitos e novas formas de prestação da tutela jurisdicional constitucional.**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 27 de fevereiro de 2024.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral (Orientador)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco  
Universidade de Brasília

---

Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Rio de Janeiro

2024

*À memória do professor Jorge Amaury*

## AGRADECIMENTOS

Diversamente do que eu poderia ter cogitado, o processo de escrita desta dissertação foi uma experiência mais solitária e, em alguma medida, mais atribulada, quando comparada à redação da dissertação para aquisição do título de mestre pela *Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne)*. Inserida num momento incerto, foi concebida no particular cenário de retorno à Brasília, sem mais (querer) reconhecer a cidade que deixei para perseguir o sonho de realizar um mestrado.

Entre muitas noites atravessadas, interturnos no trabalho, e finais de semana, essa redação foi gestada a partir de muitos textos lidos, vários não citados, e alguns já esquecidos; ela significa muita informação apreendida, algum conhecimento gerado e outro escrito; ela me faz recordar filmes não vistos, livros não lidos, e alguns projetos deixados de lado.

Sendo fiel à promessa que me fiz de que meus agradecimentos se prestariam a homenagear aqueles que verdadeiramente acompanharam a trajetória da escrita, inicio por agradecer a Milton Nascimento e Gal Costa, autores das trilhas sonoras mais presentes na minha vida, nos últimos anos, e por quem nutri confessa obsessão.

Ao meu orientador, professor Antonio do Passo Cabral, meus sinceros agradecimentos pelos comentários preciosos e análise minuciosa do trabalho; é, verdadeiramente, dos acadêmicos mais prodigiosos e competentes que conheci.

Meus agradecimentos à equipe do escritório Amaury Nunes Advogados, pelo apoio incondicional conferido durante a jornada.

À minha mãe, que é amor, semibaiana, e postulante a *hippie* de praia. Ao Marcinho, Bru e Gandhi, meus irmãos. E ao meu pai, indivisível, na certeza de que não deixei de pensar em ti por um dia sequer, ainda que *souvent, mais peu à la fois*.

## RESUMO

SANTANA, Guilherme Mazarello Nóbrega de. *Processo constitucional brasileiro e diálogos constitucionais: técnicas, efeitos e novas formas de prestação da tutela jurisdicional constitucional*. 2024. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2024.

O exercício da jurisdição constitucional, pelas Cortes, denuncia um campo de tensão e disputa pela determinação do sentido normativo da Constituição. Tema recorrente da literatura constitucional, o fato de as Cortes serem compostas por membros não diretamente eleitos conduziu a defesa de restrições ao poder de controle jurisdicional da constitucionalidade das normas, ao fundamento de que haveria uma tendência para enfraquecer ou mesmo extinguir a democracia. O paradigma dos diálogos constitucionais desponta como tentativa de superação da dualidade “Parlamento *versus* Cortes”, que povoou o pensamento jurídico das últimas décadas, em crítica à ideia de uma última palavra. Tomando conta desse referencial teórico, o presente trabalho tem por escopo de responder aos seguintes questionamentos: Quais são as principais técnicas de diálogo identificadas no controle repressivo de constitucionalidade, no Brasil, que permitem a Corte interagir com a sociedade e com as demais instituições do Estado? Quais são as consequências da adoção do paradigma de diálogos constitucionais para o processo constitucional brasileiro? Nesse sentido, o presente trabalho é organizado em duas partes. Na primeira, contextualiza-se a crise democrática dos tribunais constitucionais. Neste sentido, serão expostos os principais argumentos, sob a forma de aforismos, utilizados tanto para criticar como para defender o papel dos tribunais no controle jurisdicional. De seguida, serão discutidos os fundamentos para a construção de teorias dialógicas de fiscalização da constitucionalidade. Para além disso, os diálogos serão considerados como uma zona de conflito inerente ao sistema, com o objetivo de delimitar o sentido normativo da Constituição. Na segunda parte, serão analisados os impactos, do ponto de vista do processo constitucional, da adoção de mencionado paradigma. Para tanto, de antemão será realizado um estudo das novas formas de prestação da tutela jurisdicional constitucional, tendo por premissa a delimitação do conceito de jurisdição constitucional. Isso colocado, serão analisadas as técnicas dialógicas empregadas, inclusive no exercício das virtudes passivas e o debate acerca do *non liquet* em matéria constitucional. Por fim, o trabalho se ocupará de responder às clássicas questões acerca da eficácia e efeito da sentença constitucional, dessa vez valendo-se de dois referenciais teóricos distintos, o primeiro a respeito dos diálogos constitucionais, e o segundo a respeito de um conceito dinâmico de estabilidade processual.

**Palavras-chave:** diálogos constitucionais; processo constitucional; jurisdição constitucional; estabilidade processual; técnicas dialógicas.

## ABSTRACT

SANTANA, Guilherme Mazarello Nóbrega de. *Brazilian judicial review and constitutional dialogues: techniques, effects, and new forms of constitutional jurisdiction*. 2024. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2024.

The exercise of judicial review by the Courts reveals a field of tension and dispute in determining the normative meaning of the Constitution. A recurring theme in constitutional literature, the fact that the Courts are composed of members not directly elected has led to the advocacy for restrictions on the judicial review power over the constitutionality of norms, based on the argument that there would be a tendency to weaken or even extinguish democracy. The paradigm of constitutional dialogues emerges as an attempt to overcome the duality of “Parliament versus Courts,” which has populated legal thought in recent decades, criticizing the idea of a final word/interpretation. Taking into account this theoretical framework, this work aims to answer the following questions: What are the main dialogue techniques identified in the repressive control of constitutionality in Brazil, allowing the Court to interact with society and other state institutions? What are the consequences of adopting the paradigm of constitutional dialogues for the Brazilian constitutional process? In this sense, this work is organized into two parts. In the first part, the democratic crisis of constitutional courts is contextualized. In this regard, the main arguments, in the form of aphorisms, used both to criticize and defend the role of courts in judicial control, will be exposed. Subsequently, the foundations for the construction of dialogical theories of constitutional oversight will be discussed. Furthermore, dialogues will be considered as an inherent conflict zone in the system, with the aim of delimiting the normative meaning of the Constitution. In the second part, the impacts of the adoption of the mentioned paradigm will be analyzed from the perspective of the constitutional process. To this end, firstly, a study of the new forms of providing constitutional judicial protection will be conducted, with the premise of delimiting the concept of constitutional jurisdiction. Secondly, the employed dialogical techniques will be analyzed, including the exercise of passive virtues and the debate on *non liquet* in constitutional matters. Finally, the work will address the classic questions regarding the effectiveness and effect of the constitutional judgment, this time relying on two distinct theoretical frameworks: the first concerning constitutional dialogues, and the second concerning a dynamic concept of procedural stability.

**Keywords:** constitutional dialogues; constitutional process; constitutional jurisdiction; procedural stability; dialogical techniques.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AO	Ação Originária
AP	Ação Penal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DC	Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées
DJ	Diário de Justiça
DOU	Diário Oficial da União
ED	Embargos de Declaração
HC	Habeas Corpus
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MI	Mandado de Injunção
Min.	Ministro(a)
MS	Mandado de Segurança
Rel.	Relator(a)
RCL	Reclamação
RG	Repercussão Geral
RI	Representação Interventiva
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
QPC	Question Prioritaire de Constitutionnalité

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>PARTE 1: DA QUERELA A RESPEITO DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AO PARADIGMA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS</b> .....	21
<b>CAPÍTULO 1: A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	23
1.1 <b>A tendência em favor dos juízes e das Cortes</b> .....	25
1.1.1 <u>A virtual dualidade “substância versus procedimento”</u> .....	25
1.1.2 <u>Argumentos em favor das Cortes Constitucionais e contra os Parlamentos</u> .....	30
1.2 <b>A tendência em favor dos Parlamentos e contra os juízes</b> .....	36
1.2.1 <u>Argumentos em favor dos Parlamentos e da soberania das leis</u> .....	37
1.2.2 <u>Argumentos contra os juízes e a jurisdição constitucional</u> .....	42
<b>CAPÍTULO 2: DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS</b> .....	47
2.1 <b>A última palavra na jurisdição constitucional</b> .....	48
2.1.1 <u>A abordagem política – As Cortes são agentes importantes na tomada de decisões políticas nas democracias contemporâneas</u> .....	49
2.2 <b>Constitucionalismo dialógico: uma solução à via mediana; a zona de tensão dialógica</b> .....	54
2.2.1 <u>A cidadania como condição prévia</u> .....	54
2.2.2 <u>A zona de tensão institucional dialógica</u> .....	59
2.3 <b>De qual Corte se cogita? O papel das Cortes Constitucionais nos diálogos</b> .....	64
2.3.1 <u>As Cortes devem garantir a defesa de direitos de minorias subintegradas</u> .....	65
2.3.2 <u>As Cortes devem historicizar o momento constitucional: conjunturas de erosão constitucional justificam posturas ativas</u> .....	68
2.3.3 <u>As Cortes devem reconhecer os fatos impeditivos e modificativos de suas decisões</u> .....	69
2.3.4 <u>As Cortes Constitucionais devem ser Cortes Supremas de precedentes</u> .....	70
2.3.5 <u>Em todo cenário, as Cortes devem garantir a intervenção de outras instituições e da sociedade civil</u> .....	72
2.3.5 <u>Conclusões parciais</u> .....	73
<b>PARTE 2: O PROCESSO CONSTITUCIONAL DIALÓGICO</b> .....	74
<b>CAPÍTULO 3: NOVAS FORMAS DE PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL</b> .....	75

3.1	<b>Jurisdição constitucional: quem controla? Pergunta mal posta, critério confuso; um problema de zetética — insuficiência da tese de legislador negativo e da revogação..</b>	79
3.2	<b>Insuficiência do conceito clássico de jurisdição – transição para uma definição centrada na tutela de interesse jurídico e na estabilização das expectativas normativas da sociedade.</b>	85
3.3	<b>Novas formas de prestação da jurisdição constitucional dialógica. Abertura cognitiva permitida. A jurisdição constitucional de consulta, aconselhamento e supervisão.</b>	89
3.3.1	<u>A função de aconselhamento.</u>	92
3.3.2	<u>A função de consulta.</u>	93
3.3.3	<u>A função de supervisão.</u>	97
3.4	<b>Conclusões parciais.</b>	99
	<b>CAPÍTULO 4: AS TÉCNICAS DECISÓRIAS DIALÓGICAS.</b>	100
4.1	<b>É possível uma tipologia das decisões dialógicas?</b>	102
4.1.1	<u>As sentenças clássicas ou típicas.</u>	105
4.1.2	<u>As sentenças exortativas.</u>	107
4.1.2.1	O caso da violação em massa dos direitos humanos no sistema carcerário: casos colombiano, argentino e brasileiro.	109
4.1.2.2	A exortação no direito brasileiro: a técnica da inconstitucionalidade progressiva, o mandado de injunção, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e os <i>open remedies</i> .	113
4.1.3	<u>As sentenças deferentes.</u>	116
4.1.4	<u>As sentenças opinativas.</u>	118
4.2	<b>O uso artificioso da não decisão de mérito na jurisdição constitucional.</b>	120
4.2.1	<u>Nota preambular: necessidade de precisão conceitual de justiciabilidade, não decisão, extinção do processo sem exame de mérito e <i>non liquet</i>.</u>	125
4.2.2	<u>A não decisão de mérito no interior da sentença constitucional – a não decisão endógena.</u>	127
4.2.2.1	A pronúncia de <i>non liquet</i> : Da proibição do <i>non liquet</i> , no ordenamento pátrio, ao seu uso virtuoso.	130
4.2.2.2	A não decisão de mérito em razão do reconhecimento da limitação da capacidade institucional da Corte.	137

4.2.2.3 A manipulação dos critérios de admissibilidade do Recurso Extraordinário: o STF vale-se da relativa indeterminação dos requisitos processuais para selecionar questões constitucionais.....	142
4.2.3 <u>A não decisão fora da sentença constitucional: o STF manipula deliberadamente sua agenda e estabelece um perfil temático da Corte – a não decisão exógena.....</u>	144
4.3 <b>Conclusões parciais.....</b>	149
<b>CAPÍTULO 5: ESTABILIDADE E EFEITOS DA DECISÃO CONSTITUCIONAL...150</b>	
5.1 <b>Premissa teórica: paradigma dinâmico de estabilidade processual.....</b>	151
5.1.1 <u>A estabilidade como categoria autônoma incorporada ao sistema jurídico: abandono da coisa julgada como debate incontornável.....</u>	157
5.2 Efeito e eficácia da sentença constitucional.....	160
5.2.1 <u>A vinculação do legislador.....</u>	160
5.2.2 <u>Reapreciação da questão pelo próprio STF.....</u>	166
5.3 <b>Conclusões parciais.....</b>	164
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	170
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	172

## INTRODUÇÃO

É com base na interpretação que a norma constitucional é aplicada e, ao ser aplicada, criada. O direito é interpretação.<sup>1</sup> Assim, a norma é construída pelo intérprete em um processo de concretização do direito.<sup>2</sup> Daí por que inquirir quem é o agente intérprete da norma possui importância cardinal. O desenvolvimento do controle jurisdicional de constitucionalidade conduziu a uma verdadeira revolução paradigmática no direito constitucional, na medida em que atribui às Cortes a tarefa de interpretar a norma constitucional, e, destarte, definir o sentido normativo da própria Constituição.<sup>3</sup> Embora o reconhecimento da supremacia da Constituição tenha como consequência a revisão e/ou expulsão dos atos normativos que estejam em desacordo com a norma suprema, a concentração deste poder-dever de revisão, nas Cortes, não era evidente, apesar de alguns esforços.<sup>4</sup>

O exercício da jurisdição constitucional, ainda incipiente nos anos que seguiram ao caso *Madison vs Marbury*, foi fonte de tensão no debate doutrinário, com a chamada jurisprudência ativista da Corte Suprema dos Estados Unidos sob a presidência do *Justice Warren*. Foi neste contexto que se defendeu a restrição do controle da constitucionalidade com base na sua tendência de enfraquecer a democracia, como se observa na célebre obra de Alexander Bickel.<sup>5</sup>

No âmbito deste debate, a legitimidade da jurisdição constitucional tem sido posta em causa por alguns autores. Dentre eles, sem pretensão de exaurir as diversas abordagens, pode-se mencionar a posição de Jeremy Waldron, em defesa da soberania do Parlamento,<sup>6</sup> ou de Ronald Dworkin, em defesa do Poder Judiciário na garantia do respeito pela Constituição.<sup>7</sup> Vários autores desenvolveram diferentes teorias para explicar a legitimidade da jurisdição constitucional e a delimitação do exercício desta função pelas Cortes. Duas correntes podem

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. *Critical Inquiry*, Sep. 1982, Vol. 9, No. 1, The Politics of Interpretation. 1982, pp. 179-200.

<sup>2</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito* / Eros Roberto Grau. 5ª edição, revista e ampliada. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2009, p. 29.

<sup>3</sup> Aqui, a expressão “paradigma” é utilizada no sentido empregue por Thomas Kuhn (KUHN Thomas. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1962).

<sup>4</sup> Por exemplo, nos papéis federalistas número 78, Alexander Hamilton já defendia este tipo de função jurisdicional de fiscalização da constitucionalidade, vendo a posição do Poder Judiciário como “a menos perigosa para os direitos políticos da Constituição; porque será menos capaz de os irritar ou prejudicar” (MADISON, James, HAMILTON, J. Jay A., e JAY, John. *The Federalist*. Tudor Pub, 1947).

<sup>5</sup> “Besides being a counter-majoritarian check on the legislature and the executive, judicial review may, in a larger sense, have a tendency over time seriously to weaken the democratic process” (BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Segunda edição. Nova Iorque: Yale University Press. 1962).

<sup>6</sup> WALDRON, Jeremy, A Rights-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, n. 1, 18-51. 1993.

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. *A&C Black*, 2013.

ser identificadas. A primeira, de natureza procedimental, defendia a ação limitada das Cortes, ao argumento de que as Cortes devem possuir uma atuação restrita na vida política. As leis só devem ser declaradas inconstitucionais se violarem direitos essenciais ao funcionamento de um processo democrático aberto e eficaz. Este é o argumento de Hart Ely, por exemplo, segundo o qual as Cortes devem ser ativistas na proteção da liberdade de expressão e sensíveis aos efeitos deletérios do preconceito, mas não podem interferir em questões que envolvam valores substantivos.<sup>8</sup> Na mesma linha, Habermas defende a ação das Cortes sob condições pragmáticas e formais que tornem possível a política deliberativa e a comunicação política.<sup>9</sup> Nesse sentido, a decisão política fundamental é tomada no bojo do espaço público, e não em Cortes.

Por outro lado, uma outra corrente, de natureza substancialista, defende uma atuação da Corte em garantir o conteúdo substantivo dos direitos fundamentais especialmente na sequência da ascensão do discurso de proteção de direitos após a Segunda Guerra Mundial. Este movimento está ligado a um outro fenômeno de constitucionalização do direito. Na literatura jurídica francesa, do início do século XIX, Loiseau Marc identificou o desenvolvimento paradigmático de transição do Estado legal para o Estado de Direito, este último centrado na proteção dos direitos fundamentais, na preeminência do Estado de Direito e da Constituição, enquanto o primeiro se centrava na primeira fase do positivismo jurídico legalista (escola exegética; *bouche de la loi*).<sup>10</sup> Além disso, o discurso dos princípios provocou uma abertura discursiva do sistema jurídico, isto é, a sua flexibilização, na medida em que “alargou as possibilidades de argumentação”. Assim, dada a sua pluralidade ou, metaforicamente, o seu carácter policéfalo, os princípios enriquecem o processo argumentativo entre os intervenientes, os juízes e as partes ou interessados, abrindo-o a uma diversidade de pontos de partida.<sup>11</sup> Neste contexto, por um lado, a fronteira entre o direito público e o direito privado é cada vez mais tênue e, por outro, o direito constitucional tornou-se uma verdadeira fonte de interpretação do direito infraconstitucional, independentemente de sua natureza.<sup>12</sup> Em suma, para esta corrente,

---

<sup>8</sup> “These are certainly interventionist decisions, but the interventionism was fueled not by desire on the part of the Court to vindicate particular substantive values it had determined were important or fundamental, but rather by a desire to ensure that the political process - which is where such value are properly identified, weighed, and accommodated - was open to those of all viewpoints on something approaching an equal basis” (ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p.74).

<sup>9</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e liberdade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.327.

<sup>10</sup> LOISELLE Marc. M.-J. Redor, De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1870-1914. In: *Politix*, vol. 7, nº27, terceiro trimestre de 1994. A biografia. Usos científicos e sociais. pp. 193-197.

<sup>11</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidras e Hércules: os princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF. Martins Fontes, 2013, p. xvii.

<sup>12</sup> “El cambio de las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado expresa un cambio de tareas, la cualidad y las funciones de cada uno de los dos sectores jurídicos, cuyo momento decisivo está señalado por el

a ordem constitucional consagrou um conjunto de direitos fundamentais e a Corte desempenha um papel na efetivação desses direitos.<sup>13</sup> É o que se verifica na doutrina aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil, desde a década de 1990. A título de exemplo, o Tribunal brasileiro pronunciou-se sobre a constitucionalidade do direito ao aborto no caso de fetos anencefálicos; sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo; sobre as políticas de discriminação positiva nas universidades; e sobre a situação de inconstitucionalidade das prisões brasileiras.

No entanto, com o desenvolvimento desta concepção, difundiu-se a ideia de que os tribunais monopolizam a interpretação da Constituição sendo detentores, portanto, da última palavra em matéria de interpretação constitucional. Esse sintoma é igualmente verificado em outras ordens jurídicas.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, em razão da recusa do Governador Faubus, no Texas, em respeitar a decisão da Corte, utilizou expressões para fazer valer sua decisão no caso *Brown versus Board of Education*. Na ocasião, a Corte anunciou sua supremacia e que *Marbury* “declarou o princípio básico de que o judiciário federal é supremo na exposição do direito da Constituição”.<sup>14</sup>

No Brasil, o ex-Ministro e Presidente do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, comentou a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 33/2011, que tencionava permitir ao Congresso Nacional rever as decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade. O ministro concluiu, falando em nome da Corte, que “Temos um sistema em que existe a primazia do Judiciário. A última palavra não é do setor político, é do Judiciário, o órgão supremo, o guardião da Constituição é o Supremo Tribunal Federal”.<sup>15</sup>

Na França, onde o controle repressivo de constitucionalidade desenvolveu-se de maneira tardia em comparação a certos países vizinhos, o Secretário-Geral do *Conseil Constitutionnel*, em entrevista disponível no site do *Conseil*, afirmou: “Naquilo que concerne a

---

final de la Primera Guerra Mundial. Este cambio, unido también a una función no modificada del Derecho Privado, ha conducido por necesidad interna desde la originaria yuxtaposición ampliamente incomunicada de ambos ámbitos a una relación de recíproca complementariedad y dependencia.” (HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Editora Civitas. Madrid. 1995).

<sup>13</sup> HOLMES, Pablo. A sociedade civil contra a população: Uma teoria crítica do constitucionalismo de 1988. *Revista Direito e Práxis*, antecipação de impressão, Rio de Janeiro, 2020, p.6. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49456

<sup>14</sup> Tradução livre do original em inglês: “declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, *Cooper versus Aaron*, 358 U.S. 1. 1958).

<sup>15</sup> A PEC foi renovada em 2019 como parte do conflito em curso entre o então presidente Jair Messias Bolsonaro e o STF.

questão da interpretação da Constituição, o *Conseil Constitutionnel* possui o monopólio do exame das leis”.<sup>16</sup>

Como reação à natureza desse discurso, nos Estados Unidos, sob a presidência do *chief justice* Warren, Alexander Bickel desenvolveu teoria sobre a utilização estratégica do poder de não decidir da Suprema Corte. Para ele, o silêncio sobre determinadas questões constitucionais é fundamental para promover o debate na sociedade civil sobre o assunto, bem como para fins de uma eventual tomada de decisão do Parlamento, que representa o povo.<sup>17</sup> Nas palavras de Bickel, tratar-se-ia do uso virtuoso do poder de não decidir.

Após este trabalho seminal, foram efetuados vários estudos sobre a teoria dos diálogos constitucionais. A questão, antes limitada ao dualismo Parlamento *versus* Corte, muda de paradigma epistemológico. Sob a égide do paradigma dos diálogos institucionais ou diálogos constitucionais, as Cortes não detêm o monopólio da interpretação constitucional, tampouco possuem a última palavra acerca da interpretação normativa da Constituição. Em miúdos, “existem mecanismos formais e informais de interação entre o poder judicial, os outros poderes e os agentes sociais que conferem ao processo de interpretação e aplicação da Constituição uma natureza política que não é tida em conta pelo conhecimento jurídico convencional”.<sup>18</sup>

Nesta perspectiva, Roberto Gargarella destaca a tensão entre o constitucionalismo dialógico e o sistema clássico de *check and balances* descrito por Montesquieu e aperfeiçoado pelos *Federalist Papers*.<sup>19</sup> Com efeito, a adoção de um paradigma dialógico de interpretação constitucional é capaz de gerar tensões entre as instituições e a sociedade civil, bem como tem aptidão para problematizar a concepção tradicional de democracia deliberativa.<sup>20</sup> Segundo Gargarella, um sistema constitucional baseado na ideia de constitucionalismo dialógico deve substituir o tradicional sistema de freios e contrapesos. Nesta concepção, os agentes sociais desempenham um papel participativo na interpretação da Constituição por intermédio de mecanismos formais e informais de participação, permitindo o exercício de uma competência normativa também dos cidadãos.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Tradução livre do original francês: “En ce qui concerne la question de l'interprétation de la Constitution, le Conseil constitutionnel a le monopole de l'examen des lois” (SCHOETTL, Jean-Éric. *La place du Conseil dans la démocratie française*. Entretien Secrétaire général du Conseil constitutionnel.2003).

<sup>17</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Segunda edição. Nova Iorque: Yale University Press. 1962.

<sup>18</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil. *RJLB*, Ano 1 (2015), nº 4., p. 4.

<sup>19</sup> GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos*. Escuela de Derecho: Universidad Torcuato di Tella. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volume 14. 2013

<sup>20</sup> A relação entre constitucionalismo e democracia já foi analisada por Dworkin em DWORKIN, Ronald. *Constitutionalism and Democracy*. *European Journal of Philosophy*. Oxford. 1995. pp. 2-11.

<sup>21</sup> ROUSSEAU, Dominique. *Six thèses pour la démocratie continue*. Paris: Odile Jacob. 2022. p. 75.

No entanto, estes estudos sobre os diálogos constitucionais centram-se mais em controvérsias relacionadas à legitimidade das Cortes ou do parlamento, do que em uma análise concreta dos mecanismos que ampliam o debate. Em miúdos, tornou-se um debate circunscrito à teoria constitucional, em detrimento de uma análise casuística das Cortes constitucionais e dos instrumentos por meios dos quais estes diálogos são garantidos e, mais do que isso, capazes de dar respostas adequadas à resolução de problemas de direitos fundamentais.

Alguns trabalhos recentes abordam esta questão. Roberto Gargarella produziu uma breve comparação analítica entre os sistemas jurídicos do Canadá e dos Estados Unidos.<sup>22</sup> No Brasil, Rodrigo Brandão publicou trabalho comparando os mecanismos de diálogo no Brasil e nos Estados Unidos.<sup>23</sup> Mais recentemente, Luiz Guilherme Marinoni dedicou obra ao tema, valendo-se igualmente das teorias dos diálogos constitucionais, em defesa de determinadas posturas decisórias de Cortes, com evidente inspiração nas teorias minimalistas de Cass Sunstein.<sup>24</sup>

Ocorre que a adoção de um paradigma dialógico de controle de constitucionalidade tem o condão de trazer sensíveis alterações para interpretação do processo constitucional brasileiro. Não apenas em termos institucionais, quanto à posição ocupada pelas Cortes na zona de disputa pelo sentido normativo da Constituição, mas igualmente em termos de análise da sentença constitucional,<sup>25</sup> seus efeitos e o emprego de técnicas decisórias dialógicas. Demais disso, a concepção de jurisdição constitucional igualmente pode ser objeto de estudo, especialmente quanto a novas formas de prestação da função jurisdicional constitucional.

É precisamente na identificação desta lacuna que o presente trabalho busca se inserir. Quais são as principais técnicas de diálogo identificadas no controle repressivo de constitucionalidade, no Brasil, que permitem a Corte interagir com a sociedade e com as demais instituições do Estado? Quais são as consequências da adoção do paradigma de diálogos constitucionais para o processo constitucional brasileiro?

Nesse contexto, é possível identificar o constitucionalismo dialógico de duas maneiras distintas. A primeira, por alguns denominada abordagem institucionalista, ocupa-se de analisar a dinâmica empírica entre os poderes. Conrado Hübner argumenta que o institucionalismo tende a reconhecer o diálogo como um produto necessário da separação de poderes, em que a fronteira

---

<sup>22</sup> GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Escuela de Derecho: Universidade Torcuato di Tella. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Volume 14. 2013.

<sup>23</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil. *RJLB*, Ano 1 (2015), nº 4.

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters. 2021.

<sup>25</sup> A terminologia “sentença constitucional” será empregada para designar o pronunciamento judicial que, à semelhança da decisão adotada no §1º do art. 203 do CPC, põe fim ao processo de controle de constitucionalidade, independentemente de sua natureza abstrata ou concreta.

entre o descritivo e o normativo se torna cada vez mais tênue.<sup>26</sup> Sob a égide dessa abordagem, são estudadas, por exemplo, novas formas de prestação jurisdicional das Cortes, e de que maneira elas podem fornecer diferentes tutelas de direitos sem se valer de decisões tradicionais de pretensão terminativa. Esse tema, nos Estados Unidos da América,<sup>27</sup> encontrou grande repercussão entre constitucionalistas, e, no Brasil, foi objeto de estudos de processualistas.<sup>28</sup> Os institucionalistas estão preocupados com a dinâmica interativa entre a Corte e demais poderes; analisam frequentemente o equilíbrio de poderes e os fundamentos da separação de poderes.

Do ponto de vista processual, o processo constitucional carece de uma formulação teórica renovadora do conceito de jurisdição, restando desconectado das novas correntes teóricas, as quais, no âmbito doméstico, estão focadas no direito processual civil e penal. Ao contrário do que acontece nesses dois últimos, a jurisdição constitucional não foi objeto de uma teoria geral que buscasse aglutinar todos os elementos informadores do processo constitucional – ficando à margem das teorias generalistas de processo centradas no trinômio lide, processo e ação.<sup>29</sup> Se a teoria geral do processo consiste em um “sistema de conceitos e princípios levados a grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual”,<sup>30</sup> também o processo constitucional é merecedor de uma formulação teórica capaz de informar as nuances típicas desse processo. Marcelo Barbi Gonçalves demonstra a insuficiência da lide, processo e ação como elementos aglutinadores da Teoria Geral do Processo<sup>31</sup>. Ao seu ver, é a jurisdição o elemento central da Teoria Geral do Processo, em razão de “ter sempre as mesmas substâncias e formas”, e adiciona que ela “visa, sempre, independentemente do ramo jurídico que efetiva, o fim de tutelar expectativas de

---

<sup>26</sup> MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. *Tese de doutorado*. Tese (Doutorado em Ciência Política - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 99. Disponível no seguinte endereço < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>.

<sup>27</sup> É, aliás, eminentemente um debate sobre diálogos institucionais aquele havido entre Neal K. Katyal e Abner Mikva, nos Estados Unidos da América.

<sup>28</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

<sup>29</sup> Em sua célebre obra “A Instrumentalidade do Processo”, Cândido Rangel Dinamarco diz sobre a indefinição do escopo da teoria geral do processo, bem como a zona cinzenta que representa seus limites e abrangência, confira-se: “Ainda incipiente e problemática quanto ao reconhecimento de sua própria legitimidade científica, ela não tem até hoje suas linhas bem definidas, nem o âmbito de sua abrangência.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Malheiros. 1993. p. 58).

<sup>30</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Malheiros. 1993. p. 59.

<sup>31</sup> Em resumo: “Lide, processo e ação, por díspares razões, mostraram-se incapazes de fornecer à Teoria Geral do Processo uma base de apoio. Se não há lide nos processos civil e penal, se as estruturas de ambos são influenciadas pela relação de instrumentalidade com o direito material que atuam, se o direito de ação se mostrou uma categoria descomprometida com a efetividade da tutela jurisdicional, sobre qual substrato se pode edificar um método integral de estudo do Direito Processual?” (GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 352).

incidência normativa”.<sup>32</sup> Daí por que a definição de uma teoria da jurisdição constitucional, e seu consequente redimensionamento, é capaz de conduzir a novas formas de prestação jurisdicional constitucional, tais quais o exercício das funções de aconselhamento, consulta e supervisão pelas Cortes constitucionais.

Por sua vez, a segunda abordagem cuida de analisar os diálogos constitucionais no interior da decisão judicial. Neste afã, os autores debruçam-se sobre as técnicas decisórias dialógicas, e, não raramente, advogam pela adoção de uma determinada postura da Corte em detrimento de outra.<sup>33</sup> Os autores dessa corrente, também denominados de decisionistas, estão preocupados com a forma como as Cortes percebem as influências externas e as traduzem em argumentos na decisão judicial. É o que se verifica, por exemplo, entre aqueles que defendem a técnica do “*second look*”,<sup>34</sup> em favor de uma decisão meramente provisória de invalidação da lei, com base na noção de que o poder judicial não decide definitivamente, mas funciona como um mecanismo de responsabilização do Parlamento, provocando-o a reexaminar o conteúdo de uma lei, mesmo que este acabe por decidir pela reintrodução da lei invalidada. Outra técnica frequentemente utilizada é o minimalismo judicial, cujo precursor foi Alexander Bickel com o seu conceito de “*passive virtues*”, mas que ganhou grande importância em Cass Sunstein. Para os minimalistas, o juiz não deve dizer mais numa decisão judicial do que o necessário para justificar um resultado, e deve deixar o máximo possível para a indecisão. O limite dessa abordagem manifesta-se no poder de não decidir para lançar a discussão no espaço público, de modo que outros agentes sociais possam debater a questão. Evidentemente que abordagens desta natureza implicam geralmente em uma visão mais moderada e muitas vezes procedimentalista do controle jurisdicional.

Uma outra análise possível diz respeito à eficácia e ao efeito da sentença constitucional. A adoção de uma fórmula dinâmica de estabilidade processual gera efeitos práticos para a superação de um paradigma – replicado na doutrina e jurisprudência pátrias – quanto à natureza jurídica do controle abstrato de constitucionalidade. Nesse sentido, é possível investigar os potenciais efeitos da adoção de um paradigma dinâmico de estabilidade processual para a eficácia e efeito da sentença constitucional, em principal para dar resposta a questionamentos

---

<sup>32</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 352.

<sup>33</sup> É o que se verifica, por exemplo, na obra de Cass Sunstein (SUNSTEIN, Cass R. *Prefácio: Leaving things undecided*. Harvard Law Review 1996), e, em sentido semelhante, nas recentes publicações de Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogos constitucionais: decidir menos para deliberar melhor. *Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, vol, n. 1, p. 49-85, jan./jun. 2022).

<sup>34</sup> O Juiz Guido Calabresi é bastante famoso nos Estados Unidos pela sua teoria do “*second look*”, ver: *The Supreme Court 1990 Term*, Xorew ord: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores), 105 *Harvard Law Review*. 80, 104. 1991.

que, não obstante clássicos, não foram suficientemente investigados sob a premissa dos diálogos constitucionais. São eles: a possibilidade de vinculação dos agentes institucionais às decisões da Corte; e, por fim, a reapreciação da questão constitucional pela própria Corte.

O objetivo do presente trabalho é duplo. O primeiro consiste em descrever os mecanismos existentes. Nesse sentido, busca colocar luz à zona de conflito sobre o sentido normativo da Constituição, em que instituições e sociedade civil digladiam-se pela interpretação da Constituição. O segundo, de natureza propositiva, procura destacar propostas dialógicas capazes de trazer soluções adequadas para problemas de direitos fundamentais, mas que também garantam um dever compartilhado de interpretar a Constituição, daí por que a rejeição de noções de monopólio, última palavra e concepções afins.

Num primeiro momento, a investigação centrar-se-á na contextualização da crise democrática das Cortes Constitucionais. Para tanto, serão expostos os principais argumentos, sob a forma de aforismos, empregados tanto para criticar quanto para defender o papel das Cortes no controle jurisdicional. Na sequência, serão discutidos os fundamentos para a construção de teorias dialógicas de fiscalização da constitucionalidade. Para além disso, os diálogos serão considerados como uma zona de conflito inerente ao sistema com o objetivo de delimitar o sentido normativo da Constituição (Parte I). Referida análise é essencial para fins de desenvolvimento da segunda parte, em especial por se tratar do referencial teórico a partir do qual o processo constitucional será investigado.

Em segundo lugar, serão analisados os instrumentos e mecanismos que permitam o diálogo constitucional entre a Corte e outras instituições, bem como com a sociedade civil. Para tanto, será realizada uma abordagem para fora da decisão jurisdicional, com enfoque nas novas formas de prestação jurisdicional constitucional, tendo por premissa a delimitação do conceito de jurisdição constitucional. Isso colocado, serão analisadas as técnicas dialógicas, inclusive no exercício das virtudes passivas e o debate acerca do *non liquet* em matéria constitucional. Por fim, o trabalho se ocupará de responder às clássicas questões acerca da eficácia e efeito da sentença constitucional, dessa vez valendo-se de dois referenciais teóricos distintos, o primeiro a respeito dos diálogos constitucionais, e o segundo a respeito de um conceito dinâmico de estabilidade processual (Parte II).

## PARTE 1: DA QUERELA A RESPEITO DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL AO PARADIGMA DOS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS

O paradigma do constitucionalismo dialógico situa-se num contexto mais vasto de legitimidade da jurisdição constitucional e da possibilidade de as Cortes controlarem a constitucionalidade de uma norma. A controvérsia em torno da questão é facilmente explicável: qual seria o fundamento da legitimidade para que uma corte, composta de membros não eleitos diretamente pelo povo, possa expulsar da ordem jurídica uma norma que foi aprovada pelo Parlamento, que por sua vez é composto de representantes do povo e, portanto, detentores de legitimidade democrática no seu sentido mais imediato?

Esta questão, tradicionalmente objeto de debate, tem sido levantada por vários autores, nomeadamente na origem do controle jurisdicional de constitucionalidade, em razão de sua postura contramajoritária. À verdade, a ideia de constitucionalismo já provocava questionamentos a respeito da vontade da maioria. Stuart Mill, na sua famosa obra sobre a liberdade, advogava pela necessidade de uma constituição para controlar a tirania da maioria, mesmo que esta discordasse da vontade expressa pela maioria.<sup>35</sup> Pode argumentar-se que o constitucionalismo – na condição de movimento filopolítico de contenção do poder do Estado – deixou de ser uma ameaça potencial à democracia para se tornar uma condição incontornável das democracias contemporâneas,<sup>36</sup> conhecidas como constitucionais.<sup>37</sup> Como argumentou

---

<sup>35</sup> “To prevent the weaker members of the community from being preyed upon by innumerable vultures, it was needful that there should be an animal of prey stronger than the rest, commissioned to keep them down. But as the king of the vultures would be no less bent upon preying on the flock than any of the minor harpies, it was indispensable to be in a perpetual attitude of defence against his beak and claws. The aim, therefore, of patriots was to set limits to the power which the ruler should be suffered to exercise over the community; and this limitation was what they meant by liberty. It was attempted in two ways. First, by obtaining a recognition of certain immunities, called political liberties or rights, which it was to be regarded as a breach of duty in the ruler to infringe, and which, if he did infringe, specific resistance, or general rebellion, was held to be justifiable. A second, and generally a later expedient, was the establishment of constitutional checks, by which the consent of the community, or of a body of some sort, supposed to represent its interests, was made a necessary condition to some of the more important acts of the governing power”. (MILL, John Stuart. *On liberty*. Macmillan Education UK, 1966, p. 6).

<sup>36</sup> O argumento é bem desenvolvido por Ronald Dworkin em seu artigo *Constitutionalism and Democracy* publicado no *Oxford Journal of Philosophy*. Dworkin analisa o argumento de que as constituições são antidemocráticas. O autor parte da afirmação de que a Constituição é um mecanismo que limita a ação do Parlamento (limitando o debate público), uma vez que o legislador não tem o poder de ultrapassar determinados compromissos. Dworkin escreveu: “I mean a system that establishes individual legal rights that the dominant legislature does not have the power to override or compromise” (DWORKIN, Ronald. *Constitutionalism and Democracy*. *European Journal of Philosophy* 3:1. Oxford. 1995. p. 2)

<sup>37</sup> Para alguns, a expressão “democracia liberal” é capaz de englobar o significado da limitação do poder por uma constituição. Jürgen Habermas afirmava: “Lorsque nous utilisons le concept de démocratie libérale dans une perspective descriptive, nous renvoyons en premier lieu aux institutions qui encadrent les États constitutionnels de type occidental, c’est-à-dire à cette forme d’organisation du pouvoir politique qui offre à tous les membres de la communauté politique les mêmes chances de participer à la formation de la volonté politique et qui, en outre, les

Dworkin, “o constitucionalismo não ameaça, portanto, a liberdade positiva, pois é essencial para a criação de uma comunidade democrática – para a 'constituição do povo' – e não pode haver liberdade comunitária e coletiva sem ele”.<sup>38</sup>

Há uma variedade de justificações para a legitimidade do controle jurisdicional de constitucionalidade. Esta variedade tem sido estudada desde os escritos federalistas, especialmente os de Alexander Hamilton, e foi igualmente objeto de investigação de autores como Hans Kelsen.<sup>39</sup> Historicamente, muito se tem escrito sobre o conflito doutrinário em torno de quem deve exercer o controle da constitucionalidade, se Parlamentos ou Cortes. Este problema decorre de uma discussão mais alargada sobre o conceito e a alocação de poder. A razão para tanto é escoreita: se é verdade que o Direito é interpretação,<sup>40</sup> a tarefa de controlar a constitucionalidade de normas é, em última análise, o poder de interpretar a Constituição e, assim, dar vida à norma constitucional.

A controvérsia, outrora circunscrita à dualidade “Parlamento e Corte”, foi gravemente afetada pela insurgência da via intermédia, que procura conciliar as diferentes visões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional. Nos capítulos seguintes, serão levantados os principais argumentos, bem como os fundamentos teóricos do constitucionalismo dialógico. Este referencial teórico é fundamental para o desenvolvimento e compreensão do trabalho de investigação proposto. É com base nele que serão estudados os diversos mecanismos de diálogo constitucional. Por essa razão, o constitucionalismo dialógico será tratado como paradigma ou vetor de uma revolução paradigmática, no sentido utilizado por Thomas Kuhn.<sup>41</sup>

---

habilite à user effectivement de leurs droits politiques” (HABERMAS, Jürgen. Trois versions de la démocratie libérale. *Le débat*, 2003, no 3, p. 122-131).

<sup>38</sup> Tradução livre do original: “So constitutionalism does not threaten positive liberty, because constitutionalism is essential to creating a democratic community - to constituting 'the people' - and there can be no communal, collective freedom without it” (DWORKIN, Ronald. *Constitutionalism and Democracy. European Journal of Philosophy* 3:1. Oxford. 1995. p. 9).

<sup>39</sup> Um momento marcante foi a defesa de Kelsen do controle de constitucionalidade por um Tribunal, num Congresso do Instituto Internacional de Direito Público (KELSEN, Hans. In: *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*. Paris: *Les Presses Universitaires de France*. 1929).

<sup>40</sup> DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. *Critical Inquiry*, Set., 1982, Vol. 9, No. 1, *The Politics of Interpretation* (Set., 1982), pp. 179-200.

<sup>41</sup> Thomas Kuhn define “paradigma” da seguinte forma: “Attempting to discover the source of that difference led me to recognize the role in scientific research of what I have since called “paradigms” These I take to be universally recognized scientific achievements that for a time provide model problems and solutions to a community of practitioners.” (KUHN, Thomas. *The Structure of Scientific Revolutions*. Segunda edição, ampliada. International Encyclopedia of Unified Science. 1970, p. 8).

## CAPÍTULO 1: A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A questão da legitimidade da jurisdição constitucional é campo de frutuoso debate, com diversos estudos minuciosamente desenvolvidos exclusivamente sobre a temática. Tendo em vista a limitação do escopo do presente trabalho ao estudo do processo constitucional brasileiro a partir de um referencial teórico dialógico, o debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional será objeto de investigação objetiva.

Esta controvérsia encontrou um terreno fértil nas décadas de 1950 e 1960, nos Estados Unidos, sob a presidência do *Chief Justice* Earl Warren à frente da Suprema Corte dos Estados Unidos.<sup>42</sup> Este período marcou uma verdadeira revolução constitucional naquele país,<sup>43</sup> em razão da adoção de uma postura ativista da Suprema Corte a fim de garantir direitos, com decisões emblemáticas como *Roe versus Wade*<sup>44</sup> ou *Brown versus Board of education*.<sup>45</sup> Esta postura provocou reflexão de vários pensadores, alguns dos quais criticaram a conduta da Corte em intervir desta forma no debate político. Foi neste contexto que o *judicial review* estadunidense foi problematizado, com uma corrente de pensamento a defender os juízes e Cortes, e outra a defender a soberania do Parlamento.

As ideias que doravante serão apresentadas não tiveram, naturalmente, origem exclusiva neste contexto. De fato, alguns dos argumentos são derivados de outros contextos e de outras realidades constitucionais. A título de exemplo, calha mencionar o contexto em que surgiu a obra de Kelsen em defesa da jurisdição constitucional e o seu modelo de tribunal constitucional para a Constituição austríaca de 1920 (*Bundes-Verfassungsgesetz*). Mencionada tese encontra contexto histórico particular no direito continental europeu, em especial quanto ao debate engajado entre Kelsen e Carl Schmitt, este último lançando-se em defesa do executivo como guardião da Constituição.<sup>46</sup> Igualmente a história constitucional francesa pode ser mencionada

---

<sup>42</sup> Este período, de caráter liberal, caracterizou-se por duas concepções distintas: (i) a doutrina da “*living constitution*”, segundo a qual a Constituição muda seu significado normativo de acordo com as circunstâncias e valores de uma sociedade; e (ii) a emergência de um discurso de direitos (MORTON, J. Horwitz. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, 50 Wash. & Lee L. Rev. vol. 5. 1993).

<sup>43</sup> “From 1953, when Earl Warren became Chief Justice, to 1969, when Earl Warren stepped down as Chief Justice, a constitutional revolution occurred.” (MORTON, J. Horwitz. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, 50 Wash. & Lee L. Rev. & Lee L. Rev. 5. 1993. p. 5).

<sup>44</sup> Direito ao aborto. *Roe versus Wade*: 410 U.S. 113 (1973). Recentemente ultrapassada por *Dobbs versus Jackson Women's Health Organization*, n.º 19-1392, 597 U.S. (2022).

<sup>45</sup> As leis que estabelecem a segregação racial nas escolas públicas são inconstitucionais, mesmo que as escolas segregadas sejam de igual qualidade (inconstitucionalidade da doutrina “separados mas iguais”). *Brown versus Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

<sup>46</sup> SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Original: *der Hüter der Verfassung*: Dunkler & Humblot, Berlim. Schmitt é amplamente conhecido pela defesa do poder *do Reich* de

como exemplo de um debate bastante particular acerca da legitimidade da jurisdição constitucional. Tal qual será desenvolvido, a noção de “governo dos juízes”<sup>47</sup> e “lei como expressão da vontade geral”<sup>48</sup> é pedra de toque para compreensão da histórica rejeição francesa ao controle jurisdicional de constitucionalidade, bem como de outras particularidades do sistema francês, das quais vale citar a dualidade de ordens jurisdicionais.<sup>49</sup>

Assim, é certo que o debate não se limita ao período *Warren* nos Estados Unidos. A escolha da literatura norte-americana para os fins deste trabalho deve-se unicamente em função do fato de ser o primeiro país em que foram produzidos trabalhos específicos sobre o papel ativo de uma Corte constitucional. No Brasil, por exemplo, somente com a Constituição de 1988 e a partir do papel desempenhado pelo STF, nas últimas décadas, é que o debate sobre o ativismo judicial ganhou destaque. A história mostra que o dualismo Parlamento *versus* Corte ganha corpo em períodos de atuação proeminente de Cortes constitucionais.

Os subcapítulos que seguem estão organizados de forma a sintetizar os principais argumentos apresentados pelos autores selecionados em revisão bibliográfica, mas não estão imunes a eventuais ponderações. Em primeiro lugar, serão expostos os argumentos a favor dos juízes constitucionais e das Cortes. Em sequência, são apresentados os argumentos a favor dos Parlamentos ou contra os juízes.

---

garantir e defender a Constituição. Esta concepção, muito mais desenvolvida na sua obra, tem inspiração na ideia de “poder neutro” de Benjamin Constant, idealizada *a priori* no seu texto clássico CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les Constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties dans une monarchie constitutionnelle*. Paris: de l'imprimerie de Hocquet. 1814.

<sup>47</sup> Utilizada pela primeira vez em 1921, numa obra de Édouard Lambert, a expressão “gouvernement de juge” (LAMBERT, Eduard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. éditions Marcel Giard. 1921. tem muitos significados e uma variedade de utilizações, sendo frequentemente utilizada para designar a interferência judicial na arena política e, por vezes, para afirmar que essa interferência é inadequada e deve ser rejeitada.

<sup>48</sup> A expressão tem origem na obra de Jean Jacques Rousseau e foi refletida na redação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

<sup>49</sup> São célebres, na cultura jurídica francesa, as palavras empregadas por Jacques Guillaume Thouret durante o período revolucionário francês, nos anais de votação da lei de organização judiciária (lei nº 16-24 de agosto de 1790), quanto à desconfiança a respeito dos magistrados: “les tribunaux ne pourront, ni directement ni indirectement, prendre part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, à peine de forfaiture” (THOURET, Jacques Guillaume. *Discours sur la réorganisation du pouvoir judiciaire*. 24 mars 1790. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/pji-ilp/rev4/index.html>. Acesso em 12 de julho de 2023. Tradução livre: os tribunais não podem, direta ou indiretamente, tomar parte no exercício do poder legislativo, nem impedir ou suspender a execução dos decretos da legislatura, sob pena de sanção). Consequência última dessa percepção é o dualismo da ordem jurisdicional, em França, também previsto na referida lei, consubstanciada na opção francesa de impedir o juiz de interferir em matéria administrativa. Trata-se da recusa “qui a été exprimé par les autorités publiques dès le début de la Révolution de voir le juge ordinaire connaître des affaires de l'Administration” (AUTIN, Jean-Louis. *Réflexions sur le système français de dualité juridictionnelle*. Les Cahiers de Droit, vol. 42, nº 3, setembro de 2001, p. 766.). Tradução livre: trata-se de recusa “manifestada pelos poderes públicos, desde o início da Revolução, de ver o juiz ordinário ocupar-se de questões administrativas”).

## 1.1 A tendência em favor dos juízes e das Cortes

Esta epígrafe reúne um grande número de autores e pensadores, com diferentes concepções e uma grande variedade de argumentos. Não caberia, neste trabalho, entrar em minudências a respeito de todas essas percepções, motivo pelo qual foram submetidos a critério de relevância de caráter qualitativo.

Os argumentos a favor da jurisdição constitucional não são unânimes. Com efeito, pode dizer-se que, entre os defensores da fiscalização jurisdicional, existe uma divergência dicotômica. Por um lado, há os que defendem a fiscalização da constitucionalidade em um sentido mais amplo, acordando às Cortes o poder de examinar a substância do conteúdo da lei e apreciar a constitucionalidade de acordo com a sua interpretação dos direitos e garantias da Constituição. Doutra banda, há os que defendem uma concepção procedimentalista, consistente em acordar às Cortes o exercício da jurisdição constitucional na estrita medida de preservação dos direitos inerentes ao processo de decisão político-democrático. Há, portanto, uma divergência quanto à profundidade do poder de controlar a constitucionalidade das normas. Trata-se da dualidade substancialismo ou substantivismo *versus* procedimentalismo, que encontra na literatura constitucionalista brasileira grande repercussão, ao menos no nível pedagógico. É possível que o primeiro a utilizar esta fórmula tenha sido o estadunidense John Hart Ely, ao utilizar as expressões “*value-oriented*” e “*process-oriented*”.<sup>50</sup> No entanto, ambas as correntes concordam na defesa da legitimidade da jurisdição constitucional, recorrendo a uma variedade de argumentos que serão organizados a partir de aforismos que sintetizam a ideia central.

### 1.1.1 A virtual dualidade “substância *versus* procedimento”

A dualidade substancialismo *versus* procedimentalismo ocupou o pensamento jurídico brasileiro nos últimos anos, precipuamente para fins de organização das diferentes concepções a respeito do exercício da jurisdição constitucional. Ela é, contudo, uma mera potencialidade, daí por que considerada como virtual. Em miúdos, não representa com fidelidade a complexidade do debate, mas tem valor descritivo. É improvável que Cortes assumam deliberadamente posturas substantivas em detrimento de procedimentais, ou vice-versa. Contudo, é possível que, por vezes, suas decisões possam enquadrar-se em alguma posição, que

---

<sup>50</sup> ELY, John Hart. Toward a Representation-reinforcing Mode of Judicial Review, 37 *Md. L. Reversus*. 451 1978  
Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol37/iss3/3>.

melhor seria observada como condutas da Corte distribuídas em um espectro, ao revés de posições estáticas.

A denominação que alguns chamam substancialista ou substantivista<sup>51</sup> defende que a Constituição garante os direitos fundamentais e que as Cortes têm o poder de aplicar a substância desses direitos. A premissa substantivista baseia-se no argumento de que os direitos devem ser protegidos.<sup>52</sup> Ronald Dworkin, por exemplo, propõe uma leitura moral da Constituição.<sup>53</sup> O conteúdo da moralidade é, portanto, incorporado na ordem jurídica, e a Corte tem, portanto, o dever de persegui-lo na interpretação da Constituição.<sup>54</sup> Ele critica a versão procedimentalista que limita o exercício da jurisdição constitucional às questões procedimentais, sem que o juiz intervenha nas questões de fundo. Afirma que “intenção<sup>55</sup> e processo são ideias maliciosas porque encobrem essas decisões substantivas com piedade processual e fingem que elas não foram tomadas”.<sup>56</sup> Dworkin entende que os direitos consagrados na Constituição são verdadeiros trunfos sobre a vontade da maioria.

O autor contrapõe duas concepções do Estado de Direito. A primeira, nomeada como “*rule-book conception*”, insiste na ideia de que, na medida do possível, o poder do Estado nunca

---

<sup>51</sup> A distinção “substancialismo *versus* procedimentalismo” vem, de certa forma, ocupando o pensamento constitucional brasileiro há várias décadas. Essa dualidade baseia-se na tensão entre forma e substância, entre o processo (*input*) e o resultado da decisão (*output*). (MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. *Tese de doutorado*. Tese (Doutorado em Ciência Política - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 28. Disponível em < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>).

<sup>52</sup> Este conceito foi particularmente difundido após a Segunda Guerra Mundial, no contexto de um recrudescimento do discurso sobre a proteção dos direitos humanos.

<sup>53</sup> “There is a particular way of reading and enforcing a political constitution that I call the moral reading. Most contemporary constitutions declare individual rights against the government in very broad and abstract language, like the First Amendment of the United States Constitution, which provides that Congress shall make no law abridging ‘the freedom of speech’. The moral reading proposes that we all—judges, lawyers, citizens—interpret and apply these abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice” (DWORKIN, Ronald. *The moral reading and the majoritarian premise*. In : *Deliberative democracy and human rights*. Yale University Press, 2008. p. 81-115).

<sup>54</sup> Esta aproximação entre a moral e o direito tem sido (poder-se-ia mesmo dizer que este debate persiste até aos dias de hoje) uma fonte de discussão entre acadêmicos tentados a classificar Dworkin como positivista ou jusnaturalista. Resposta adequada a este debate foi dada por Michel Troper: “Dworkin est précisément un auteur difficile à classer et c'est d'ailleurs ce qui fait l'intérêt de son travail. Ce qu'on peut appeler — d'un terme que, sans doute il rejetterait — sa « métathéorie » est un exemple frappant de cette difficulté : une métathéorie positiviste est une théorie selon laquelle la théorie du droit (ou science du droit) est distincte de son objet, le droit positif. Dworkin est sur ce point, comme on le verra, antipositiviste. Mais, d'autre part une métathéorie positiviste est une théorie selon laquelle la théorie du droit doit décrire le droit tel qu'il est. Or, c'est bien ce que prétend faire Dworkin. Il serait donc positiviste”. (TROPER, Michel. *Les Juges Pris au Sérieux ou la Théorie du Droit Selon Dworkin*. *Droit et Société*. *Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*, Paris, n. 2, 1986, p. 42).

<sup>55</sup> A “intenção” é utilizada em referência aos argumentos originalistas, segundo os quais o juiz deve procurar o sentido original da norma constitucional que foi impressa pelos pais fundadores. Esta teoria tem sido apoiada por alguns pensadores nos Estados Unidos, como John Ely e Antonin Scalia.

<sup>56</sup> DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press. 1985, p. 34. Tradução livre do original em inglês: “intention and process are mischievous ideas because they cover up these substantive decisions with procedural piety, and pretend they have not been made”.

deve ser exercido contra cidadãos individuais, exceto se de acordo com regras prévia e explicitamente estabelecidas num livro de regras público acessível a todos. Além disso, o governo e os cidadãos comuns devem respeitar estas regras públicas até que sejam alteradas em conformidade com outras regras.<sup>57</sup> A segunda concepção, da qual Dworkin é adepto, também designada como “*rights conception*”, parte do princípio de que os cidadãos têm direitos e deveres morais uns para com os outros e direitos políticos para com o Estado. Esta concepção insiste que estes direitos morais e políticos devem ser reconhecidos no direito positivo, de modo a serem aplicados a pedido dos cidadãos através dos tribunais ou de outras instituições judiciais, na medida em que tal aplicação seja realizável.<sup>58</sup> Neste sentido, o cumprimento das regras é fundamental, mas o cumprimento por si só não é suficiente para que a sociedade seja justa. Na resolução de “casos difíceis”,<sup>59</sup> o juiz deve procurar o princípio que é compatível com o “livro de regras”, mas deve também decidir politicamente. A argumentação utilizada deve, no entanto, ser de princípio, haja vista que esta garante que determinados programas devem ser executados ou abandonados devido ao seu impacto em determinados indivíduos, mesmo que a comunidade no seu conjunto fique, de alguma forma, em pior situação.<sup>60</sup> Em sentido contrário, os juízes não devem procurar argumentos de natureza política, estes definidos como aqueles por meio dos quais a comunidade pode melhorar se for procurada uma determinada agenda política.

Neste sentido, Dworkin considera que as Cortes devem tomar decisões por princípios (argumentos de princípio) em vez de decisões políticas (argumentos de política) acerca dos direitos que as pessoas têm em virtude do sistema constitucional. Sob esse prisma, ele rejeita que decisões sejam tomadas como forma de promover o bem-estar geral, em detrimento de direitos e garantias previstos na Constituição. É preferível que decisões sejam tomadas de forma a aplicar valores substantivos derivados do princípio fundamental de que o governo deve tratar os cidadãos de forma igual.<sup>61</sup> Para ele, a jurisdição constitucional conduz a um “fórum de

---

<sup>57</sup> “It insists that, so far as is possible, the power of the state should never be exercised against individual citizens except in accordance with rules explicitly set out in a public rule book available to all. The government as well as ordinary citizens must play by these public rules until they are changed, in accordance with further rules about how they are to be changed, which are also set out in the rule book.” (DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Harvard University Press. 1985, p. 11).

<sup>58</sup> “Rule of law, the “rights” conception. It is in several ways more ambitious than the rule-book conception. It assumes that citizens have moral rights and duties with respect to one another, and political rights against the state as a whole. It insists that these moral and political rights be recognized in positive law, so that they may be enforced upon the demand of individual citizens through courts or other judicial institutions of the familiar type, so (Ibid.)

<sup>59</sup> Em outras palavras, casos em que não existe uma regra clara para a resolução.

<sup>60</sup> DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press. 1985, p. 3.

<sup>61</sup> “My own view is that the Court should make decisions of principle rather than policy decisions about what rights people have under our constitutional system rather than decisions about how the general welfare is best promoted—and that it should make these decisions by elaborating and applying the substantive theory of representation taken

princípios”, no qual as decisões sobre as questões mais controversas da moral e dos direitos serão decididas com base em argumentos baseados em princípios.<sup>62</sup>

No Brasil, uma concepção tributária da noção substancialista é o neoconstitucionalismo, que se manifesta, em especial, nas teorias da efetividade das normas constitucionais. Para os autores dessa corrente de pensamento, “a Constituinte de 1988 teria estabelecido um amplo catálogo de direitos fundamentais e, agora, a ordem democrática precisaria apenas se afirmar de forma definitiva. Ela precisaria ser efetivada”.<sup>63</sup>

Quanto ao termo “procedimentalismo”, este é utilizado para designar uma alegada corrente, para a qual a jurisdição constitucional deve permitir a plenitude das faculdades de decisão dos agentes na arena política. Neste sentido, a ação da Corte Constitucional não deve estender-se à salvaguarda substantiva dos direitos fundamentais – tendência promovida pelos substancialistas –, mas deve salvaguardar aqueles direitos que implicam no exercício pleno da deliberação na arena pública. Jürgen Habermas é frequentemente citado, por força da sua insistência na natureza intrinsecamente racionalista das condições procedimentais que sustentam a hipótese de que o processo democrático, no seu todo, produz resultados racionais. Sob esta óptica, Habermas defende que é possível que a razão esteja inserida nas condições pragmático-formais que tornam possível a política deliberativa, e que não tem de ser oposta à política deliberativa como se fosse uma autoridade estranha à comunicação política. Em resumo, Habermas vê o papel da Corte Constitucional como guardião da democracia deliberativa, numa proposta centrada na comunicação.<sup>64</sup>

Assim, a Corte deve proteger todos os direitos necessários para que os atores possam exercer a comunicação no espaço público, considerado o espaço de articulação entre a

---

from the root principle that government must treat people as equals.” (DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press. 1985.p. 69).

<sup>62</sup> “Judicial review ensures that the most fundamental issues of political morality will finally be set out and debated as issues of principle and not political power alone, a transformation that cannot succeed, in any case not I fully, within the legislature itself. That is important beyond the importance of the actual decisions reached in courts so charged. Judicial review is a distinctive feature of our political life, envied and increasingly copied elsewhere. It is a pervasive feature, because it forces political debate to include argument over principle, not only when a case comes to the Court but also long before and long after”. (DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press. 1985, p. 70).

<sup>63</sup> HOLMES, Pablo. A sociedade civil contra a população: Uma teoria crítica do constitucionalismo de 1988. *Revista Direito e Práxis*, antecipação de impressão, Rio de Janeiro, 2020, p. 284. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49456. Em referido artigo, Pablo Holmes destaca a influência dessa teoria na semântica constitucional e o discurso da efetividade que se difunde hoje como uma ordem que visa conferir efetividade à Constituição.

<sup>64</sup> HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie : entre faits et normes*. Gallimard. 1997. Segundo Habermas, “la communication publique constitue l’élément de jonction nécessaire entre l’autonomie politique de l’individu et la formation de la volonté politique commune de tous les citoyens de l’État”. (HABERMAS, Jürgen. *Espace public et démocratie délibérative: un tournant*. Gallimard. 2022, p. 10). Tradução livre: “a comunicação pública constitui o elo necessário entre a autonomia política do indivíduo e a formação da vontade política comum de todos os cidadãos do Estado”.

sociedade civil e o Estado na construção de uma vontade democrática constitucional.<sup>65</sup> Na sua leitura da democracia republicana, Habermas vê a própria legitimidade do Estado como decorrente da garantia de um “processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, no qual cidadãos livres e iguais acordam sobre fins e normas que correspondem ao interesse comum de todos”.<sup>66</sup> Deste ponto de vista, são as condições processuais que “conferem à formação institucionalizada da opinião e da vontade a sua força legitimadora”.<sup>67</sup>

Igualmente multicitado, Hart Ely, em seu livro *Democracy and Distrust*, também apresenta argumentos centrados no procedimento.<sup>68</sup> Ely defende que, numa democracia representativa, os juízes não podem ditar o conteúdo de qualquer valor substantivo da Constituição. Pelo contrário, segundo Hart Ely, os juízes devem exercer uma função *anti-trust* no “mercado das ideias políticas”, para empregar a metáfora utilizada pelo próprio autor.<sup>69</sup> Os juízes devem ter o poder de rever apenas as situações que caracterizam um funcionamento defeituoso do processo político.

A questão do exercício do controle jurisdicional pelas Cortes Constitucionais é eminentemente um problema de legitimidade. Esta dificuldade de legitimidade explica-se pela preocupação de assegurar a representação tanto da maioria como das minorias, sem dar crédito ao que Hart Ely designa por “representação virtual”. Nesse sentido, a legitimidade do Suprema Corte dos Estados Unidos, quando realiza o *judicial review*, deve ser orientada em favor da representatividade e da participação, principalmente dos grupos oprimidos de forma tirânica.<sup>70</sup>

---

<sup>65</sup> HABERMAS, Jürgen. *Espace public et démocratie délibérative: un tournant*. Gallimard. 2022, p.55.

<sup>66</sup> Tradução livre do trecho: “processus inclusif de formation de l’opinion et de la volonté, dans lequel des citoyens libres et égaux s’entendent à propos des fins et des normes qui correspondent à l’intérêt commun de tous” (Ibid. p. 294).

<sup>67</sup> Ibidem, p. 297.

<sup>68</sup> Parte deste debate deve-se a uma nota de rodapé do juiz Harlan Fiske Stone em *Carolene Products versus United States* (304 U.S. 144, 152 n.4 (1938) – talvez a nota de rodapé mais famosa do direito constitucional estadunidense. Para uma visão mais alargada do debate, cf. LINZER, Peter. *The Carolene Products Footnote and the Preferred Position of Individual Rights: Louis Lusk and John Hart Ely Vs. Harlan Fiske Stone*. Constitutional Commentary. 1995, pp. 277-303. Linzer resume a interpretação de Hart Ely da nota de rodapé: “a process-based notion that the courts should use judicial review aggressively only when the electoral process has broken down or is tampered with or when litigants are deemed not to have a fair chance to achieve change at the ballot box, either because of hostile laws or because of prejudice against them” (LINZER, Peter. *The Carolene Products Footnote and the Preferred Position of Individual Rights: Louis Lusk and John Hart Ely Vs. Harlan Fiske Stone*. Constitutional Commentary. 1995, p. 278).

<sup>69</sup> “The approach to constitutional adjudication recommended here is akin to what might be called an “antitrust” as opposed to a “regulatory” approach to economic affairs - rather than dictate substantive results it intervenes only when the “market,” in our case the political market, is malfunctioning”. (ELY, John Hart. *Toward a Representation-reinforcing Mode of Judicial Review*. *Maryland Law review*. 451 1978. p. 486).

<sup>70</sup> “That representatives were expected to represent the entirety of their constituencies without arbitrarily severing disfavored minorities for comparatively unfavorable treatment (...) at least in some situations judicial intervention becomes appropriate when the existing processes of representation seem inadequately fitted to the representation of minorities interests, even minority that are not voteless” (ELY, John Hart. *Democracy and distrust: A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 84).

É por esse motivo que Hart Ely considerou o período *Warren* como um exemplo de garantia processual.<sup>71</sup> Para ele, o papel da Suprema Corte é o de monitorar o processo democrático, e não o de revisar as decisões substantivas tomadas como parte desse processo. É dizer que a função da justiça constitucional é reforçar o modelo representativo e não o suprimir.

Esta dicotomia, no entanto, embora útil para alguns para uma compreensão pedagógica dos argumentos, não organiza fielmente a multiplicidade de teses desenvolvidas sobre o poder das Cortes no exercício da jurisdição constitucional. Em verdade, as categorias “procedimento” e “substância” não aparecem de maneira estática na *práxis* das Cortes Constitucionais e não raramente despontam em zonas de penumbras; como afirma Cox, “onde o processo acaba e a substância inicia-se?”<sup>72</sup>

### 1.1.2 Argumentos em favor das Cortes Constitucionais e contra os Parlamentos

Os argumentos utilizados em defesa da jurisdição constitucional são vários. É possível identificá-los em duas espécies organizadas segundo sua natureza. A primeira, de caráter positivo, defende a jurisdição constitucional de forma positiva, em razão de alguma característica da qual as Cortes são detentoras. A outra, de caráter negativo, centra a defesa da jurisdição constitucional na falibilidade dos Parlamentos.

Para fins metodológicos, retoma-se a fórmula utilizada por Conrado Hübner Mendes em sua tese de doutorado.<sup>73</sup> Alguns dos argumentos foram extraídos da tese de doutorado do autor retrocitado, e serão citados quando da ocasião. Como o subtítulo denuncia, os aforismos sintetizam argumentos, e não autores, ainda que um ou outro seja canônico em relação a algum deles.

Um primeiro argumento que pode ser mencionado diz respeito à afirmativa de que a Corte defende os valores da democracia. Ronald Dworkin pode ser citado como adepto desse argumento.<sup>74</sup> A sua concepção de um “fórum de princípios” é assentada na ideia de democracia

---

<sup>71</sup> “These are certainly interventionist decisions, but the interventionism was fueled not by desire on the part of the Court to vindicate particular substantive values it had determined were important or fundamental, but rather by a desire to ensure that the political process - which is where such value are properly identified, weighed, and accommodated - was open to those of all viewpoints on something approaching an equal basis”. (Ibidem, p. 74)

<sup>72</sup> Tradução livre do original em inglês: “where does process and substance begin?” COX, Paul. John Hart Ely, *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. *Valparaíso University Law Review*, vol. 15, n. 3, 1981, p. 641.

<sup>73</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado. Tese (Doutorado em Ciência Política)-Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível no seguinte endereço < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/td-05122008-162952/pt-br.php>>.

<sup>74</sup> Ibid.

moralmente desejada, o que conduz à afirmação de que a mera garantia formal proporcionada pela lei é insuficiente para preservar os direitos. Essa ideia de democracia é fundada no propósito de preservar “igual respeito e consideração”.

Argumentos de direitos fundamentais igualmente são mencionados com frequência. Para os defensores, a Corte protegeria os direitos fundamentais de maneira contramajoritária. Por conseguinte, protege os direitos das minorias contra a tirania da maioria. A Corte é um órgão composto por membros não eleitos diretamente pelo povo e, portanto, menos vulneráveis a sujeitar-se aos interesses da maioria popular. Além disso, a Corte é capaz de decidir a favor da garantia dos direitos fundamentais, mesmo que as paixões do povo estejam orientadas para a violação desses direitos. A independência judicial seria, à vista disso, um mecanismo ideal para imunizar os juízes contra pressões puramente políticas, com o objetivo primordial de preservar os direitos. A imparcialidade e a independência são dois aspectos fundamentais deste argumento, na medida em que são os pilares das garantias do papel contramajoritário. Simultaneamente, a vertente contramajoritária é vista como o triunfo e a fraqueza do controle jurisdicional. É por vezes citada como a faceta fundamental da jurisdição constitucional, a sua característica essencial e a força motriz da garantia dos direitos e da proteção do Estado de Direito. No entanto, por vezes, é utilizada como a manifestação mais autoritária das Cortes Constitucionais, especialmente para os defensores de um conceito de democracia como majoritarismo. Alexander Bickel apontava para a impotência do legislativo e da maioria perante as Cortes, cujas decisões muitas vezes ignoram eventuais influências da maioria ou de seus representantes.<sup>75</sup>

Conrado Hubner ressalta o argumento segundo o qual a jurisdição constitucional seria um elemento indispensável do Estado de Direito. O argumento baseia-se na necessidade de manter o Estado de direito e a supremacia da Constituição. A contenção do poder do Estado com base nos textos constitucionais pressupõe a impossibilidade de produzir leis contrárias à Constituição. A Corte tem, portanto, o poder de defender a Constituição contra o arbítrio, preservando os elementos implícitos do Estado de Direito. Analisando esse argumento, Conrado Hübner refere-se ainda à existência do fenômeno da interpretação extrajurisdicional, afirmando, no entanto, a necessidade de uma autoridade única para definir o sentido da

---

<sup>75</sup> “Judicial review, however, is the power to apply and construe the Constitution, in matters of the greatest moment, against the wishes of a legislative majority, which is, in turn, powerless to affect the judicial decision”. (BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Second Edition. New York: Yale University Press. 1962, p. 20)

Constituição, para fins de estabilidade e evitar conflitos.<sup>76</sup> Este é o argumento defendido por Frederick Schauer e Larry Alexander, para quem o respeito às decisões das Cortes e o reconhecimento de um desenho institucional exigem, por vezes, dos decisores, a deferência aos juízos de outros com quem discordam.<sup>77</sup>

Da ordem da separação de poderes, há igualmente posição no sentido de que sem a jurisdição constitucional, o poder judicial seria um poder fraco, incapaz de atuar como um verdadeiro contrapeso aos demais poderes. Este é o argumento central utilizado por Alexander Hamilton nos “papéis federalistas” n.º 78.<sup>78</sup> O autor argumenta que o poder judicial, pela natureza das suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos previstos na Constituição. Quanto aos outros poderes, Hamilton expõe metáfora no sentido de que o poder executivo não se contenta em distribuir honras, mas empunha a espada da comunidade; o poder legislativo não se contenta em comandar a bolsa, mas também prescreve as regras segundo as quais os deveres e direitos de cada cidadão devem ser regulados. O poder judicial, segundo este ponto de vista, não tem influência nem sobre a espada, nem sobre a bolsa; não dirige nem a força, tampouco a riqueza da sociedade e não pode tomar decisões. O poder conferido pela jurisdição constitucional funciona, nesse cenário, como um fator de equilíbrio entre os poderes.

Na tentativa de articular uma forma de legitimidade representativa indireta, baseada na forma como os juízes são nomeados, pode-se mencionar argumento segundo o qual os juízes são legitimamente democráticos porque são nomeados por membros diretamente eleitos.<sup>79</sup> Frequentemente sujeitos à aprovação de membros diretamente eleitos, quer pelo chefe do executivo, quer por membros do legislativo, ou uma mistura de ambos, os membros das Cortes

---

<sup>76</sup> MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. *Tese de doutorado*. Tese (Doutorado em Ciência Política - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 63.

<sup>77</sup> “It is but the recognition that at times good institutional design requires norms that compel decisionmakers to defer to the judgments of others with which they disagree. Some call this positivism. Others call it formalism. We call it law”. (ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. *HeinOnline* – 110 *Harvard Law Review*. 1359. 1997. p. 1397).

<sup>78</sup> HAMILTON, Alexander. Federalist Papers no. 78. The judges as guardians of the Constitutions. In: *The Federalist Papers*, ed. Clinton Rossiter. Nova York: New American Library, 1961. O argumento merece ser reproduzido literalmente: “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community; the legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated; the judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither Force nor Will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments”.

<sup>79</sup> Argumento extraído da obra de Conrado Hübner.

seriam detentores de uma forma de legitimidade democrática, ainda que menos perceptível do que membros do Parlamento.

Pode-se referir a ideia de que os juízes não tomam as suas próprias decisões sobre os direitos; limitam-se a aplicar as decisões do povo que estão incorporadas numa declaração de direitos, que por sua vez tem credenciais democráticas, seja como legislação, seja como parte de uma Constituição. Há ligação entre a decisão do Tribunal e uma decisão política fundamental do povo sobre direitos que é aplicada pelos juízes. Este argumento é contra-atacado por Jeremy Waldron.<sup>80</sup>

No plano do *accountability*, vale registrar argumento no sentido de que a instituição que emite a norma não poderia ser o organismo que a controla. Cuida-se de um argumento de responsabilização, que se situa na própria razão de ser da separação de poderes. A propósito da separação de poderes, Kelsen afirma que a doutrina da divisão do poder em vários órgãos serve “não tanto para os isolar uns dos outros, mas para que se possam controlar mutuamente”.<sup>81</sup> Para ele, a jurisdição constitucional desempenha um papel fundamental no sistema de separação de poderes, “não só para evitar uma concentração demasiado grande num só órgão, o que é prejudicial à democracia, mas sobretudo para garantir o cumprimento da lei e da função dos vários órgãos”.<sup>82</sup> A jurisdição constitucional não é uma contradição do princípio da separação de poderes, mas, pelo contrário, a sua confirmação. Para Kelsen, a garantia constitucional da Constituição decorre da teoria da formação do direito por graus (“*stufenbau*”), de acordo com as ideias expostas na sua obra *Teoria Pura do Direito*.<sup>83</sup>

Outro arrazoado possível de ser registrado é a respeito da potencial superabilidade das decisões da Corte. A decisão da Corte poderia sempre ser ultrapassada pelo Parlamento por intermédio de uma alteração à Constituição. Também conhecido como efeito “*backlash*”, este

---

<sup>80</sup> “This claim does not undermine the core case against judicial review. We are assuming that the Bill of Rights does not settle the disagreements that exist in the society about individual and minority rights. It bears on them but it does not settle them. At most, the abstract terms of the Bill of Rights are popularly selected sites for disputes about these issues. The question we have been considering is who is to settle the issues that are fought out on those sites.” (WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, vol. 115. 2006. p. 1393).

<sup>81</sup> Tradução livre da edição francesa: “c’est la doctrine de la division du pouvoir en plusieurs organes, moins pour les isoler les uns des autres, que pour qu’ils se contrôlent mutuellement” (KELSEN, Hans. *Qui doit être le gardien de la Constitution?* Paris: Michel Houdiard Éditeur. 2006. p. 128).

<sup>82</sup> Tradução livre da edição francesa: “non seulement dans le but d’empêcher une concentration trop importante dans un organe, nuisible pour la démocratie, mais surtout pour garantir la conformité au droit et la fonction des différents organes” (KELSEN, Hans. *Qui doit être le gardien de la Constitution?* Paris: Michel Houdiard Éditeur. 2006. p. 128).

<sup>83</sup> A controvérsia entre Kelsen e Schmitt, no íterim entre as duas guerras mundiais, sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, baseou-se em grande parte nas suas divergências sobre a natureza do controle de constitucionalidade. Schmitt defendia o caráter estritamente político do controle de constitucionalidade, razão pela qual apoiava o poder do chefe do executivo para desempenhar esse papel.

é um argumento clássico frequentemente utilizado para legitimar o controle jurisdicional, haja vista a possibilidade de a decisão ser ultrapassada pelo Parlamento. Nos Estados Unidos, Alexander Bickel explica que esta reação é escassa, mas que isso não significa que as gerações futuras não venham a utilizar a emenda à Constituição como mecanismo de revisão da decisão da Corte.<sup>84</sup> O argumento, no entanto, é corolário da realidade de cada país. No Brasil, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal tem o poder de verificar a constitucionalidade das emendas à Constituição, ainda que de forma mais restrita. Qual seria a resposta possível do Parlamento em um cenário de declaração de inconstitucionalidade de emenda à Constituição pela Corte? Na França, por exemplo, este poder não é atribuído ao *Conseil Constitutionnel*, que assim já reconheceu em suas decisões.<sup>85</sup>

Bruce Ackerman possui interessante argumento no sentido de que a Corte se prestaria a exercer a vontade declarada do povo, momentaneamente silente. Este é o argumento busca alicerce na sua ideia de “momento constitucional”, que representa o momento em que o povo recupera o exercício direto do poder político, mobilizam-se, peticionam, reúnem-se, marcham, fazem comícios, resistem e se empenham.<sup>86</sup> Por conseguinte, existe um intervalo entre os períodos de latência e os períodos revolucionários em que o povo reivindica a política constitucional. É no hiato entre estes momentos que Bruce Ackerman desenvolve a sua concepção favorável de controle jurisdicional: a Corte destina-se a exercer a vontade do povo, que está momentaneamente silente.<sup>87</sup>

Uma outra tese passível de menção é aquela segundo a qual a Corte representaria a vontade do “povo constitucional” e não a do “povo sufrágio”. Este argumento procura conciliar

---

<sup>84</sup> “Future Congresses and future generations can only be said to have acquiesced in the belief of the first Congress that the Constitution implies this power. And they can be said to have become resigned to what follows, which is that the power can be taken only by constitutional amendment” (BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Segunda edição. Nova Iorque: Yale University Press. 1962, p. 21).

<sup>85</sup> REPÚBLICA FRANCESA. *Conseil Constitutionnel*, decisão nº 62-20. Declaração de conformidade. Julgado em 6 de novembro de 1962. Em referida decisão, o Conselho afirmou que a revisão constitucional não poderia ser objeto de controle de constitucionalidade nos termos do art. 61 da Constituição francesa, uma vez que o procedimento de aprovação previsto no art. 89, no qual é exigido aprovação da proposta em referendo, não autoriza ao Conselho analisar a decisão tomada diretamente pelo povo: “au regard de l'équilibre des pouvoirs établi par la Constitution, les lois que celle-ci a entendu viser dans son article 61 sont uniquement les lois votées par le Parlement et non point celles qui, adoptées par le Peuple français à la suite d'un référendum contrôlé par le Conseil constitutionnel au titre de l'article 60, constituent l'expression directe de la souveraineté nationale.”

<sup>86</sup> “Ackerman en discerne trois aux Etats Unis : le moment de la Fondation entre 1776 et 1787, par lequel le peuple américain a codifié la défaite infligée par la génération républicaine à la monarchie, au nom de l'auto-gouvernement ; le moment de la Reconstruction républicaine autour des années 1860 par lequel le peuple a codifié, à la suite de la guerre civile, les amendements qui ont aboli l'esclavage et ouvert un nouvel âge de l'égalité ; et enfin le moment du New Deal entre 1933 et 1937 par lequel le peuple a ouvert de nouvelles voies au big government, notamment en matière économique et sociale”. (SPITZ, Eric. Livres et idées : *Au nom du Peuple - Les fondements de la démocratie américaine de Bruce Ackerman*. Cahiers du Conseil constitutionnel nº 5. 1998).

<sup>87</sup> ACKERMAN, Bruce. *We the people, volume 1: Foundations*. Harvard University Press, 1993.

o controle jurisdicional com a representação popular. A Corte é uma instituição representativa uma vez que declara a vontade do povo gravada na Constituição.<sup>88</sup> Ao conciliar também a vontade popular e o controle jurisdicional,<sup>89</sup> Robert Alexy desenvolve a dicotomia entre a “representação decisória”, que emana do povo por meio dos seus representantes eleitos no Parlamento, e a “representação argumentativa”, que emana do povo por meio das Cortes Constitucionais.<sup>90</sup>

Quanto à postura negativa, consistente nos argumentos que buscam demonstrar a falibilidade dos Parlamentos, Conrado Hübner Mendes desenvolve com profundidade uma variedade de concepções, das quais cabe destacar a ideia de que o “Parlamento não é a encarnação essencial da democracia, mas a conversão de uma instituição que historicamente serviu a outros propósitos”.<sup>91</sup> Neste ponto, Conrado Hübner recorre à obra de Bernard Manin (“Os princípios do governo representativo”), no sentido de que os Parlamentos são instituições historicamente oligárquicas, compostas por membros da aristocracia e com ímpeto antidemocrático, em função da sua natureza de instituição organizada por “aristocratas ingleses, agricultores americanos e advogados franceses”.<sup>92</sup>

O tempo igualmente pode ser um fator importante aos críticos da soberania parlamentar. Isso porque o Parlamento raramente revê a legislação antiga devido à passagem do tempo, razão pela qual a Corte deveria ser provocada a fazê-lo. Este argumento baseia-se numa percepção pragmática de que os Parlamentos estão inclinados a resolver questões contemporâneas relacionadas com pressões presentes e limitações do mandato legislativo. Por esta razão, raramente consideram a hipótese de visitar leis antigas, muitas vezes inconstitucionais por serem, com o passar do tempo, incompatíveis com o novo sentido da Constituição.

---

<sup>88</sup> Thomas Passos Martins desenvolveu investigação sobre este tema na sua tese de doutoramento: MARTINS, Thomas Passos. *La cour suprême du Brésil et l'État démocratique de droit. Contribution à une théorie de la démocratie réflexive*, Paris, Presses de l'Institut Universitaire Varenne, 2013.

<sup>89</sup> “The only way to reconcile constitutional review with democracy is to conceive of it, too, as representation of the people”. (ALEXY, Robert. Balancing Constitutional Review and Representation. *International Journal of Constitutional Law*. vol. 3, no 4. 2015. p. 578.)

<sup>90</sup> “The representation of the people by the parliament is, at the same time, volitional or decisional as well as argumentative or discursive. The representation of the people by a constitutional court is, in contrast, purely argumentative. The fact that representation by parliament is volitional as well as discursive shows that representation and argumentation are not incompatible” (ALEXY, Robert. Balancing Constitutional Review and Representation. *International Journal of Constitutional Law*. vol. 3, no 4. 2015. p. 579).

<sup>91</sup> MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. *Tese de doutorado*. Tese (Doutorado em Ciência Política - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 71.

<sup>92</sup> Bernard Manin. *Os princípios do governo representativo*. Apud MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. *Tese de doutorado*. Tese (Doutorado em Ciência Política - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 77.

Conrado Hubner saliente a tese de que as “dinâmicas representativas eleitorais favorecem comportamentos legislativos que desvalorizam os direitos fundamentais – a representação eleitoral não é o único meio de representação”.<sup>93</sup> Os órgãos representativos tendem a não ter em conta os direitos fundamentais nas suas agendas e estão orientados para a satisfação de interesses imediatos e dos seus eleitores, com vista à sua reeleição.<sup>94</sup> Além disso, a escolha eleitoral não esgota a representação, mas é apenas uma modalidade entre outras.

## 1.2 A tendência em favor dos Parlamentos e contra os juízes

A tendência em favor dos juízes constitucionais não é, de modo algum, unânime. Muito embora a jurisdição constitucional seja hoje bastante difundida, existe uma corrente de pensadores que a rejeita. Esses pensadores rejeitam também o fato de o poder judicial concentrar tantos poderes. Os argumentos utilizados são tão ricos que impedem uma classificação cuidadosa das diferentes posições. Conrado Hübner argumenta, com razão, que há algo de intuitivo nos argumentos a favor dos Parlamentos. Com efeito, a concepção embrionária de Parlamento carrega a ideia de legitimidade popular, precisamente porque se baseia na noção de representação. Embora as teorias da representação estejam na base de certos argumentos a favor dos Parlamentos, a riqueza das concepções e o escopo do trabalho não permitem pormenorizá-las. No entanto, é notória a existência de duas posições que têm um carácter diferente na mobilização de argumentos.

A primeira considera o Parlamento como uma instituição adequada para defender a Constituição e detentora da última palavra em matéria de interpretação constitucional.<sup>95</sup> Esta corrente mobiliza argumentos relacionados à capacidade representativa dos Parlamentos e a “sabedoria da multidão”. Na França, existem posições a favor do Parlamento como grande instituição representativa – posturas que dependem do reforço da lei como “expressão da vontade geral”, com forte eco na tradição jurídica francesa.

A segunda corrente, da qual a literatura francesa pode ser citada como uma das mais expressivas, centra-se na desconfiança em relação aos juízes. Esta corrente está muitas vezes

---

<sup>93</sup> MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. *Tese de doutorado*. Tese (Doutorado em Ciência Política - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, pp. 73-75, *passim*.

<sup>94</sup> MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. *Tese de doutorado*. Tese (Doutorado em Ciência Política - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 76.

<sup>95</sup> Jeremy Waldron pode ser citado como o principal exemplo desta posição, com duas obras notáveis sobre o assunto: “Law and Disagreement” e “The core of the case against judicial review”, e Mark Tushnet em “Taking the Constitution away from the Courts”.

ligada à história do poder judicial em cada país, como no caso da França, onde a supremacia do poder judicial está muitas vezes ligada à ideia do Antigo Regime<sup>96</sup> e a uma concepção particular de “governo dos juízes”, em rejeição à dita supremacia judicial.<sup>97</sup>

### 1.2.1 Argumentos em favor dos Parlamentos e da soberania das leis

Jeremy Waldron é frequentemente citado como um dos mais articulados defensores da soberania parlamentar e contra a jurisdição constitucional. Defensor da soberania parlamentar, Waldron revisita os seus argumentos em artigo publicado no *Yale Law Journal*, no qual defende o chamado “argumento central/essencial” contra a jurisdição constitucional. Neste artigo, Waldron clarifica os fundamentos lançados nos anos anteriores e condiciona a sua crítica a um modelo de sociedade. O autor, que antes rejeitava a possibilidade de revisão judicial, reconhece que o instituto pode ser útil nos casos em que é mais provável que proteja a minoria. No seu artigo, o autor faz ainda uma diferenciação entre “*weak*” e “*strong judicial review*”, atribuindo parcialmente uma certa utilidade ao primeiro, quando a intervenção da Corte não é definitiva, mas concessiva.

Os seus argumentos organizam-se em torno de quatro premissas, sem as quais afirma não poder combater o controle jurisdicional. Parte de uma sociedade com (i) instituições democráticas que funcionam globalmente bem, incluindo um legislativo composto por membros eleitos por sufrágio universal; (ii) a existência de instituições judiciais ordenadas e não representativas que resolvem litígios e garantem o Estado de Direito; (iii) a adesão da maioria dos membros da sociedade e da maioria dos seus funcionários à ideia dos direitos individuais e das minorias; e (iv) um desacordo persistente, substancial e de boa-fé sobre os direitos (isto é, sobre o que o compromisso com os direitos realmente significa e as suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia dos direitos.<sup>98</sup> Nesta sociedade, os indivíduos estão comprometidos com os direitos fundamentais,

<sup>96</sup> “La monarchie (française) était un État de Justice.” (KRYNEN, J. *L'idéologie de la magistrature ancienne*. Gallimard, 2009, p. 11)

<sup>97</sup> A terminologia “supremacia judicial” é empregada com a delimitação semântica elaborada por Rodrigo Brandão, em distinção ao termo “monopólio judicial”. No primeiro, as Cortes admitem que o Legislador seja intérprete da Constituição, mas avocam para si a última palavra hermenêutica. Já o último termo denota a exclusividade das Cortes para interpretar a Constituição. (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2022, p. 18)

<sup>98</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, vol, 115. 2006. p. 1360.

mas são dissonantes quanto ao conteúdo desses mesmos direitos.<sup>99</sup> Fora desta sociedade, nem o Parlamento nem as Cortes são capazes de proteger direitos.

Waldron baseia os seus argumentos no debate acerca do processo de decisão sobre os direitos (“*decision-process about rights*”). Ele aponta para adoção de duas formas distintas: aquelas relacionadas com o *processo* (“*process oriented*”) e outras relacionadas com o *resultado* (“*outcome-related*”). As motivações relacionadas com o processo dizem respeito à tomada ou participação na tomada de uma determinada decisão independentemente de considerações sobre o resultado adequado; em miúdos, um processo centrado na instituição que decide. Ao mesmo tempo, os processos relacionados com os resultados são razões para designar o processo de tomada de decisão de forma a garantir um resultado adequado (justo, correto, moral). Neste caso, a escolha do processo de decisão para uma controvérsia jurídica deve responder à questão de saber quem tem mais probabilidades de decidir corretamente.<sup>100</sup>

O cerne da tese de Waldron repousa na forma com a qual ele concebe os desacordos sobre direitos em uma sociedade. Ele considera que a existência *per se* de desacordos sobre direitos não é problemática, uma vez que as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda assim debatê-los seriamente, desde que adotados procedimentos para resolver os seus desacordos que respeitem as vozes e opiniões das pessoas cujos direitos estão em jogo nesses desacordos e que as tratem de forma igualitária no processo.<sup>101</sup>

Waldron argumenta que o processo de criação de legislação é mais aberto à consideração das particularidades dos indivíduos, com base em grupos de pressão, audiências e debates.<sup>102</sup> Para ele, o Parlamento tem mais condições de conduzir um debate aberto sobre direitos, enquanto a Corte limita o debate e está mais preocupada em enquadrar a questão em uma tradição jurisprudencial. Como exemplo, Waldron cita frequentemente o Parlamento britânico, um sistema desprovido de controle jurisdicional, com aptidão para debater e resolver questões de direito, como o debate sobre a “*Medical Termination of Pregnancy Bill*” e o direito ao aborto em 1966. Ao lado de outros, era um entusiasta das figuras legislativas. A ênfase na representação e nos órgãos das assembleias são argumentos comuns aos que defendem a

<sup>99</sup> Waldron defendeu a existência factual de tal sociedade, não como um tipo utópico, mas como sociedades modernas reais. É possível refletir sobre a sustentação desta percepção nas sociedades contemporâneas, em vista da crise do Estado de Direito e da ascensão de regimes que ameaçam as democracias contemporâneas.

<sup>100</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, vol. 115. 2006. p. 1372-1373.

<sup>101</sup> Ibidem, p. 1406.

<sup>102</sup> “The process of legislation is open to consideration of individual cases, through lobbying, in hearings, and in debate.” (Ibidem. p. 1380).

supremacia do Parlamento sobre as Cortes.<sup>103</sup> Destacam a pluralidade de representantes, que não tem similar nos demais poderes; a igualdade entre eles, que possuem o mesmo poder de voto; a quantidade de representantes, que se acumulam por centenas de pessoas em igual condição; a sinceridade do debate, cuja amplitude não se limita a argumentos estritamente legais ou jurisprudenciais, podendo ser de diferentes naturezas, como políticos, econômicos, culturais, por exemplo.

Para além da tradição anglo-saxã, o caso francês é carregado de particularidades, em especial pela cultura jurídica francesa centrada na soberania do Parlamento e das leis. Neste país, a tradição de legicentrismo culminou na fórmula clássica “a lei é a expressão da vontade geral” (“*loi expression de la volonté générale*”). Originalmente uma afirmação de Jean-Jacques Rousseau, refletida no artigo 6.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a assertiva é frequentemente utilizada para defender a soberania do Parlamento e está particularmente enraizada na cultura jurídica francesa. Na sua obra “*Du contrat social*”, Jean-Jacques Rousseau desenvolve sua definição da vontade geral como interesse comum e como expressão de um sentimento compartilhado de coesão social. A ideia de vontade geral não deve ser confundida com a ideia de vontade de todos. Como explica Rousseau, a vontade geral corresponde ao interesse comum, enquanto a vontade de todos se restringe à vontade particular, soma das vontades particulares dos indivíduos.<sup>104</sup> A lei é o veículo de expressão dessa vontade – “trata-se agora de lhe dar [ao corpo social] movimento e vontade através da legislação”<sup>105</sup> – o que é sempre bom.<sup>106</sup>

A concepção de Rousseau não se limita à importância da lei, mas é também centrada na instituição responsável pela sua produção, ou seja, a voz da vontade geral: o legislador.<sup>107</sup> Não obstante isso, o legicentrismo francês não se restringe à concepção de Rousseau. O Carré de Malberg teve um impacto tal na doutrina constitucional que suas ideias se tornaram dogma para

<sup>103</sup> No entanto, Waldron é muitas vezes criticado por nunca ter descrito uma verdadeira teoria da representação eleitoral – um contra-argumento frequentemente levantado pelos seus opositores e que, em última análise, não é realmente respondido por Waldron.

<sup>104</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. In Collection complète des œuvres, Genève, 1780-1789, vol. 1, in-4º, edição online disponível: [www.rousseauonline.ch](http://www.rousseauonline.ch), versão de 7 de outubro de 2012, p. 19.

<sup>105</sup> Ibid, p. 24. Tradução livre do original: “*il s'agit maintenant de lui [le Corps social] donner le mouvement et la volonté par la législation*”

<sup>106</sup> “Si, quand le peuple suffisamment informé délibère, les citoyens n’avoient aucune communication entr’eux, du grand nombre de petites différences résulteroit toujours la volonté générale, & la délibération seroit toujours bonne”. (Ibidem)

<sup>107</sup> “Tous ont également besoin de guides. Il faut obliger les uns à conformer leurs volontés à leur raison; il faut apprendre à l’autre à connoître ce qu’il veut. Alors des lumières publiques résulte l’union de l’entendement & de la volonté dans le Corps social, de-là l’exact concours des parties, & enfin la plus grande force du tout. Voilà d’où naît la nécessité d’un Législateur” (Ibidem, p. 25).

os juristas. Sua formulação da ideia de Estado legal corresponde à soberania da lei, baseada no voto, ato que exprime a vontade do soberano. O autor de Alsácia enuncia os princípios da sua análise da Constituição francesa de 1875: (i) a lei é a expressão da vontade geral; (ii) a lei é obra do povo, estando todos os cidadãos representados na sua elaboração; (iii) o legislador é o único representante da nação; e (iv) a representação é o poder da vontade pela nação. A consequência destes princípios é o primado da lei.<sup>108</sup>

Esta moldura teórica conduziu à ideia da supremacia da lei, na França, e à sua imunização parcial. Além disso, ela corroborou o desenvolvimento tardio do controle judicial *a posteriori* de constitucionalidade em França,<sup>109</sup> em comparação com outros países europeus onde este controle apresentou-se muito antes. É o caso, por exemplo, do precedente clássico da *Cour de Cassation*, em 1833, segundo o qual “a lei de 8 de outubro, deliberada e votada sob as formas prescritas pela carta, é a regra dos tribunais e não pode ser contestada perante eles”.<sup>110</sup> Apenas 150 anos mais tarde é que o *Conseil Constitutionnel* começou a aventar a possibilidade de uma concepção da vontade geral que permitisse o exercício do controle jurisdicional repressivo, no *obiter dictum* da decisão de 23 de agosto de 1985<sup>111</sup> : “a lei aprovada... só exprime a vontade geral no respeito da Constituição”,<sup>112</sup> e mais 35 anos para ser verdadeiramente introduzido no sistema jurídico francês, com a implementação da Questão Prioritária de Constitucionalidade.<sup>113</sup>

Expostas essas duas tradições, o objetivo deste subcapítulo consiste em destacar os principais argumentos a favor dos parlamentos e da lei, utilizando o mesmo método anteriormente empregado.

<sup>108</sup> MALBERG, Raymon Carré. *La loi, expression de la volonté générale: étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*. Librairie du Recueil Sirey. 1931, pp. 15-22, *passim*.

<sup>109</sup> A própria formulação do controle jurisdicional de constitucionalidade em França reflete a importância da lei como expressão da vontade geral: “La loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution”. (REPÚBLICA FRANCESA. *Conseil Constitutionnel*. Decisão n.º 85-197 DC de 23 de agosto de 1985).

<sup>110</sup> REPÚBLICA FRANCESA. Corte de Cassação. Seção Criminal. Processo Adolphe Crémieux, 11 de maio de 1833. Tradução livre do original: “la loi du 8 octobre délibérée et votée dans les formes prescrites par la charte fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux.”

<sup>111</sup> REPÚBLICA FRANCESA. *Conseil Constitutionnel*, Decisão n.º 85-197 DC de 23 de agosto de 1985.

<sup>112</sup> Tradução livre do original: “la loi votée... n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution”. Os frutos desta afirmação foram explorados por Philippe Blachère na sua tese de doutoramento, cuja versão comercial pode ser citada: BLACHERÉ, Philippe. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale: "la loi votée...n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution"*. Presses Universitaires de France. 2001.

<sup>113</sup> Revisão constitucional de 23 de julho de 2008. Ato Constitucional n.º 2008-724 de 23 de julho de 2008. A Questão Prioritária de Constitucionalidade (QPC) encontra previsão na Constituição da França de 1958, no artigo 61-1, e garante que todo cidadão possa depositar uma questão de constitucionalidade sempre que uma disposição legislativa ferir direitos e liberdades garantidos pela Constituição, preenchidos os filtros de admissibilidade estabelecidos em lei específica.

Um primeiro aforisma que pode ser mencionado consiste na ideia de que os “cidadãos possuem o direito de fazer lei, ou seja, o direito de participação, que só é possível com base na garantia da supremacia do Parlamento”.<sup>114</sup> Esta é a percepção de que a produção do direito é um elemento indispensável para o exercício da cidadania. A participação é, portanto, um direito que deve ser exercido, especialmente em situações em que há controvérsia sobre os próprios direitos. Nessa perspectiva, a supremacia do Parlamento é essencial para que o exercício desse direito de criação do direito seja preservado. O conceito de participação encontra-se no pensamento de Waldron e está ligada à ideia de que cada indivíduo pode reivindicar o direito de desempenhar o seu papel, juntamente com outros indivíduos, em pé de igualdade, no governo da sociedade.<sup>115</sup> A teoria da justiça de John Rawls teve uma influência notável: a participação baseia-se no pressuposto de que os indivíduos têm o mesmo direito de participar no governo.

Igualmente vale registrar a ideia de que a supremacia do Parlamento seria essencial para garantir a democracia representativa. A própria noção de democracia – especialmente nos Estados contemporâneos – carrega uma área semântica de disputa. A existência de um Parlamento composto por membros eleitos diretamente por um sistema de sufrágio é geralmente aceita por unanimidade como um mecanismo de garantia da representação e a expressão indireta da vontade do povo. Esta noção de democracia representativa implica na assertiva de que a decisão sobre os direitos deve permanecer na instituição que representa, ou tenta representar, a maioria. Conrado Hübner explica com clareza e pedagogia: “com a representação, consegue-se transformar a presença física em presença por meio da voz, conectar as esferas formal e informal da política em um contínuo de influência e deliberação”.<sup>116</sup>

Um pilar central da posição de Waldron, a regra da maioria parlamentar é apresentada como o mecanismo ideal para resolver desacordos sobre direitos. Para ele, a regra da maioria seria a única capaz de preservar a igualdade, o respeito pelos indivíduos e a justiça. O método majoritário implica o compromisso de dar igual peso à opinião de cada pessoa no processo pelo qual uma opinião é selecionada como a do grupo.<sup>117</sup> Devido a esta garantia, o método majoritário é justo na medida em que permite a igualdade entre os indivíduos de uma comunidade e na tomada de decisões sobre uma controvérsia em matéria de direitos. A lei,

---

<sup>114</sup> “The great right, therefore, of every man, the right of rights, is the right of having a share in the making of the laws, to which the good of the whole makes it his duty to submit”. (COBBETT, William. *Advice to young men and women, advice to a citizen*. Londre : Oxford Hart printer to the university. 1829. *Apud* WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Londres : Oxford university press. 1999. p. 232).

<sup>115</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Londres: Oxford university press. 1999. p. 236.

<sup>116</sup> MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese de doutorado*. Tese (Doutorado em Ciência Política - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 83.

<sup>117</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Londres: Oxford university press. 1999. p. 114.

nesse contexto, é o produto de um processo justo que leva em conta todas as opiniões, mesmo as menos fundamentais ou ditas irrazoáveis. Conrado Hübner elenca ainda outros argumentos comumente citados para defender a ideia, dentre os quais vale destacar que a regra da maioria limita o poder. Nessa perspectiva, o estabelecimento de uma regra clara para a tomada de decisões comunitárias limita o exercício arbitrário do poder: o peso é distribuído igualmente entre todos os membros da comunidade, sem distinção de preferência. De acordo com esta concepção proposta por Waldron, os membros desta sociedade decidem as controvérsias sobre os direitos “de boa fé”; em outras palavras, os indivíduos valorizam os direitos envolvidos na decisão e não são tirânicos uns para com os outros.

### 1.2.2 Argumentos contra os juízes e a jurisdição constitucional

A rejeição das Cortes e dos juízes tem um significado particular na defesa da supremacia parlamentar e contra a jurisdição constitucional. A crítica à figura do juiz constitucional é tão antiga como recente. Nos Estados Unidos, durante o período Warren da Suprema Corte, vários autores criticaram a postura da Corte. No Brasil, a postura do Supremo Tribunal Federal é frequentemente criticada como ativista. Esta crítica também foi feita aos Tribunais Constitucionais da Colômbia e da África do Sul. Na França, a própria existência do juiz constitucional continua a ser posta em causa. Ativismo nos Estados Unidos, juristocracia<sup>118</sup> no Brasil, ou governo dos juízes em França – há uma grande variedade de termos utilizados para descrever mais ou menos a mesma crítica e desconfiança em relação ao poder crescente dos juízes nas democracias contemporâneas.

No âmbito da tradição da *common law*, Alexander Bickel criticou a própria instituição do controle jurisdicional. Para além do problema do desafio contramajoritário, observou que a revisão jurisdicional tinha a capacidade de enfraquecer a democracia.<sup>119</sup> Salientou que o controle jurisdicional desencoraja o povo a tomar a iniciativa nos meios tradicionais de combate às “más leis”, ao confiar esta função a um pequeno grupo de pessoas não eleitas: a Corte; e enfraquece a vigilância do Parlamento quanto à constitucionalidade dos seus projetos de lei, ao

<sup>118</sup> Esta terminologia tornou-se célebre após a publicação de “HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Primeira edição da Harvard University Press, 2004”.

<sup>119</sup> “Besides being a counter-majoritarian check on the legislature and the executive, judicial review may, in a larger sense, have a tendency over time seriously to weaken the democratic process” (BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Segunda edição. Nova Iorque: Yale University Press. 1962, p. 21).

remeter o “melhor juízo” para a Corte para posterior revisão, postergando uma missão que *a priori* seria sua.

Na tradição francesa, a noção de “governo dos juízes” é pedra de toque para compreender a desconfiança em relação aos juízes e a rejeição histórica ao controle jurisdicional, uma tradição que merece ser minudenciada. Em ligação com a concepção da lei como expressão da vontade geral, a tradição do legicentrismo francês possui ligação com a rejeição do poder de controle jurisdicional da lei. A legislação aprovada “é apresentada como uma regra de direito incontrolável”.<sup>120</sup> Utilizada pela primeira vez, em 1921, na obra de Édouard Lambert, a expressão “*gouvernement de juge*” carrega muitos significados e uma variedade de utilizações, sendo frequentemente utilizada para designar a interferência judicial na arena política e, por vezes, para afirmar que essa interferência é inadequada e deve ser rejeitada.

A concepção de Montesquieu dos juízes como “boca da lei” reside na afirmação de que juízes são seres inanimados, sem vontade própria e “que não podem moderar nem a sua força nem o seu rigor”.<sup>121</sup> A afirmação – alguns dirão “proposta” – está ideologicamente encarregada de limitar o poder dos juízes, restringir a discricionariedade da interpretação e promover o legicentrismo e autoridade do Parlamento, para ele o “tribunal necessário”.<sup>122</sup> Deste ponto de vista, a noção de governo dos juízes é apresentada como uma vontade dos juízes de recuperar o lugar que “pertencia aos Parlamentos do Antigo Regime” e que lamentam uma “dignidade perdida”.<sup>123</sup> É verdade que a história dos juízes em França é bastante complexa e sofre de uma variação de poderes consoante a época e a ideologia dos magistrados.<sup>124</sup> No Antigo Regime, o Rei monopolizava a interpretação última do direito, mas com o aumento do arsenal legislativo e a pluralidade dos casos concretos, tornou-se necessário que os juízes interpretassem o direito. As questões inerentes à equidade, que constituíram um dos principais temas da literatura jurídica francesa, demonstram uma preocupação com a ascensão dos juízes à interpretação.

Por exemplo, a lei de organização judiciária 16-24 de agosto de 1790, surgida durante o período revolucionário, estabeleceu a regra de que “os tribunais não podem, direta ou indiretamente, tomar parte no exercício do poder legislativo, nem impedir ou suspender a

<sup>120</sup> Tradução livre do original: “se présente comme une règle de droit incontrôlable” (BLACHÈRE, Philippe. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale : “la loi votée...n’exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution”*. Presses Universitaires de France. 2001, p. 59).

<sup>121</sup> Tradução livre do original: “*qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *L’esprit des lois*. Paris, Éditions Gallimard, 1995).

<sup>122</sup> É possível afirmar que tal concepção da função de juiz será fundamental para o desenvolvimento da Escola de exegese em França, e o predomínio da lei. (DAUCHY, Serge. *Le juge, bouche de la loi, À propos de la célèbre métaphore de Montesquieu*. 2014. Disponível em: <https://hal.univ-lille.fr/hal-02959170/document>).

<sup>123</sup> MATHIEU, Bertrand. *Justice et politique: la déchirure?* Paris: Forum. 2015, p. 9.

<sup>124</sup> Jacques Krynen escreveu uma monografia interessante sobre o assunto, citada algures.

execução dos decretos da legislatura, sob pena de sanção”.<sup>125</sup> Resultado dessa concepção é o dualismo da ordem jurisdicional em França representativo da opção francesa de impedir o juiz de interferir em matéria administrativa. Trata-se da recusa “manifestada pelos poderes públicos, desde o início da Revolução, de ver o juiz ordinário ocupar-se de questões administrativas”,<sup>126</sup> consequência das práticas dos parlamentos provinciais, que fizeram obstáculo às reformas administrativas introduzidas pelo poder real durante o Antigo Regime.<sup>127</sup> Mais recentemente, o acórdão *Arrighi*, proferido em 1936 pelo Conseil d'État, consagrou a recusa de apreciação da constitucionalidade de uma disposição atacada com fundamento no “estado atual do direito público francês”.<sup>128</sup>

Esta desconfiança em relação aos juízes possui raízes no legicentrismo francês e na soberania da lei. Como outrora afirmado, a lei não era originalmente um veículo da vontade geral, mas a expressão dessa própria vontade. Conceder uma função criadora aos juízes seria uma ferida deletéria para esta noção, por vezes dogmática, do primado da lei.<sup>129</sup> Até hoje, a Constituição francesa de 1958 não menciona um “poder” judicial, mas uma “autoridade”, o que revela que “a desconfiança em relação aos Parlamentos do Antigo Regime (compostos por magistrados) atravessa os séculos”.<sup>130</sup>

Quanto aos argumentos mobilizados, verifica-se uma convergência em apontar que a jurisdição constitucional seria utilizada para defender os interesses particulares de agentes que não querem discuti-los na arena pública; a formação oligárquica dos juízes favorece as pressões corporativistas. A formação e a anatomia da instituição judicial favorecem a pressão de determinados grupos que utilizam a sua influência sobre os juízes para contornar a arena pública. Nesse diapasão, a jurisdição constitucional é um atalho contra o debate público, ao

<sup>125</sup> Tradução do original: “les tribunaux ne pourront, ni directement ni indirectement, prendre part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, à peine de forfaiture” (Lei de 16-24 de agosto de 1790 sobre a organização judiciária).

<sup>126</sup> Tradução do original: “qui a été exprimé par les autorités publiques dès le début de la Révolution de voir le juge ordinaire connaître des affaires de l'Administration” (AUTIN, Jean-Louis, *Réflexions sur le système français de dualité juridictionnelle. Les Cahiers de Droit*, vol. 42, n.º 3, setembro de 2001, p. 766).

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> REPÚBLICA FRANCESA. *Conseil d'État*, secção, 6 de novembro de 1936, *Arrighi*, Leb. p. 966. Tradução livre do original: “l'état actuel du droit public français”.

<sup>129</sup> O discurso de Jacques Guillaume Thouret sobre a lei de organização judiciária de 1790 é emblemático: “Le second abus qui a dénaturé le pouvoir judiciaire en France était la confusion, établie dans les mains de ses dépositaires, des fonctions qui lui sont propres, avec les fonctions incompatibles et incommunicables des autres pouvoirs publics. Émule de la puissance législative, il révisait, modifiait ou rejetait les lois : rival du pouvoir administratif, il en troublait les opérations, en arrêta le mouvement, et en inquiétait les agents” (THOURET, Jacques Guillaume. *Discours sur la réorganisation du pouvoir judiciaire*. 24 mars 1790. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/pji-ilp/rev4/index.html>.

<sup>130</sup> Texto entre parênteses inserido daqui. Tradução livre do original: “la méfiance envers les Parlements d'Ancien régime traverse les siècles”. (JUPPÉ, Alain. *L'héritage de Montesquieu : la séparation des pouvoirs sous l'angle de la justice constitutionnelle. Revue française de droit constitutionnel*, vol. 129, n.º 1, 2022, p. 5).

mesmo tempo em que permite o predomínio dos grupos de pressão. Embora esta crítica seja frequentemente dirigida aos tribunais, a ação dos grupos de pressão e a distorção do controle jurisdicional para dar primazia a interesses particulares não é nova. No Brasil, há mesmo o fenômeno da "concretização" do controle abstrato, ou seja, a cooptação de entidades legitimadas para o controle abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de proteger interesses de grupos individuais em detrimento do debate público. Nos Estados Unidos, as atividades de *lobbying* perante a Suprema Corte são tema clássico, utilizado, por exemplo, por Mark Tushnet na sua crítica ao *judicial review*.<sup>131</sup>

A limitação textual pode ser mencionada como argumento. A jurisdição constitucional dependeria de uma Carta de Direitos que é interpretada pelos juízes e estaria frequentemente sujeita a textos fixos e canônicos. Deste ponto de vista, o controle jurisdicional é limitado pelos textos e tem uma tendência excessiva para o formalismo. O seu poder inovador é, por conseguinte, limitado.<sup>132</sup>

De ordem da separação de poderes, há argumento no sentido de que a jurisdição constitucional violaria essa divisão. O poder de anular as leis aprovadas pelo poder legislativo viola a separação de poderes, na medida em que permite uma invasão do poder judicial no poder legislativo.<sup>133</sup> Este argumento é sensivelmente dependente de uma concepção específica da separação de poderes, carregada de limites claros e evidentes que devem ser respeitados pelas instituições

Outrossim, argumentos de ordem linguísticas também merecem menção. A Corte não se envolveria em um verdadeiro debate, mas em solilóquios; a linguagem jurídica é limitada e os fundamentos das decisões são pobres. Trata-se de uma crítica à linguagem jurídica, ao uso excessivo de jargão e a uma tendência exagerada para a verbosidade. Deste ponto de vista, as Cortes estão limitadas pela linguagem jurídica e não conseguem verdadeiramente engajar um debate sobre as questões jurídicas; muitas vezes as deliberações são secretas, como acontece em França e Estados Unidos, e os fundamentos são pobres. A retórica jurídica é bastante antagônica e preocupa-se mais com a utilização das palavras do que com os significados que estas pretendem exprimir. As decisões são herméticas e impedem a sociedade civil de compreender exatamente por que razão foram tomadas.

<sup>131</sup> TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the Courts*. Princeton University press. 1999. p. 155.

<sup>132</sup> WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, vol. 115. 2006, p. 1381.

<sup>133</sup> Kelsen respondeu a este argumento afirmando que o próprio Tribunal tem uma função legislativa, porque "um tribunal que tem o poder de anular leis [...] é um órgão do poder legislativo". Tradução livre da versão francesa: "un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois [...] est un organe du pouvoir législatif" (KELSEN, Hans. *La garantie juridictionnelle de la Constitution. Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'Étranger*. Traduction de Charles Eisenmann. 1928, p. 29).

Conrado Hubner salienta argumento no sentido de que a “Corte não protege os direitos das minorias: empiricamente, esta noção é falsa”.<sup>134</sup> A ideia de que as Cortes atuam contra a tirania da maioria é falsa e pressupõe (i) que as decisões das minorias são sempre corretas sobre controvérsias de direitos, e (ii) que as Cortes protegem sempre os direitos minoritários injustamente negados. Além disso, Conrado Hübner Mendes sublinha a opinião de Robert Dahl de que as decisões dos tribunais, que por vezes protegem os direitos das minorias, tendem a não ser permanentes e estão frequentemente sujeitas a reversão pela maioria. Outro crítico da noção de preservação de direitos das Cortes é Ran Hirschl, ao salientar que Cortes Constitucionais preservam o *status quo* em favor de elites e grupos aristocráticos.<sup>135</sup> Ao mesmo tempo, há países, como a Inglaterra e a Suíça, que, sem adotar um modelo de fiscalização da constitucionalidade (ou adotam uma versão mais fraca deste tipo de fiscalização), conseguem proteger os direitos das minorias com maior estabilidade.

---

<sup>134</sup> MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. *Tese de doutorado*. Tese (Doutorado em Ciência Política - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 87.

<sup>135</sup> HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Primeira edição da Harvard University Press, 2004.

## CAPÍTULO 2: DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS

A controvérsia sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade é marcada por uma clara dicotomia entre Cortes e Parlamentos. Na literatura citada, é notório um maniqueísmo, uma noção de escolha excludente, quer pela soberania dos Parlamentos, quer pela jurisdição constitucional exercida pelas Cortes. As soluções dialógicas surgem como uma via intermediária; a via dialógica implica na adoção de um paradigma simultaneamente conciliador e carregado de tensões, e visa a combater certos axiomas que têm alimentado o debate entre Cortes e Parlamento.

Conforme exposto na introdução deste trabalho monográfico, a concepção de última palavra encarnou-se na prática das Cortes, como fazem provas as expressões utilizadas pelas Cortes ou por seus porta-vozes. É o que se depreende da afirmação de que *Marbury* “declarou o princípio básico de que o judiciário federal é supremo na exposição do direito da Constituição”,<sup>136</sup> ante a recusa do governador do Texas em seguir *Brown* nos EUA; ou “a última palavra não é do setor político, é do Judiciário, o órgão supremo, o guardião da Constituição é o Supremo Tribunal Federal” em comentário à proposta de emenda à constitucional que atribuiria poder de cassação de decisões judiciais ao Parlamento.<sup>137</sup>

As teorias dialógicas têm proliferado principalmente devido à sua capacidade de resolver questões relativas à legitimidade democrática das Cortes constitucionais. Além disso, oferecem respostas bastante satisfatórias ao problema do papel contramajoritário das Cortes, uma vez que os ramos políticos do governo e o povo podem participar nas decisões judiciais de uma forma dialógica.

O principal axioma que a perspectiva dialógica rejeita é a concepção de uma palavra final sobre a interpretação da Constituição, questão colocada para saber a quem cabe o poder de ditar a última palavra. O paradigma dialógico apresenta-se como uma posição intermediária, sem, contudo, apagar a tensão existente entre os poderes e instituições na definição do sentido normativo da Constituição.

---

<sup>136</sup> Tradução livre do original em inglês: “declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution” (Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Cooper versus Aaron*, 358 U.S. 1. 1958).

<sup>137</sup> A PEC foi renovada em 2019 como parte do conflito em curso entre o então presidente Jair Messias Bolsonaro e o STF.

## 2.1 A última palavra na jurisdição constitucional

Grande parte do debate sobre a legitimidade do controle jurisdicional decorre da premissa de que esta controvérsia se limita à questão de saber quem tem a última palavra sobre a interpretação da Constituição. Waldron, na sua crítica à jurisdição constitucional, argumentou que o “*judicial review*” é inadequado como modo de decisão final em uma sociedade livre e democrática. Para ele, as pessoas não estão de acordo sobre o conteúdo dos direitos e é necessária uma decisão final, bem como um procedimento para tomada da decisão final.<sup>138</sup> Ronald Dworkin, por seu turno, defendeu a supremacia do poder judicial na resolução de controvérsias sobre direitos. Afinal, o juiz Hércules seria o único capaz de dar a resposta correta em casos difíceis.

No Brasil, Rodrigo Brandão<sup>139</sup> aponta que a supremacia judicial do STF é afirmada especialmente na ADI 2.860, julgada em 19 de dezembro de 2006, em que a Corte invalidou lei federal que contrariava jurisprudência da Corte. Na oportunidade, consignou-se que o legislador violou a supremacia da Constituição ao editar lei frontalmente contrária à jurisprudência da Corte.<sup>140</sup>

As teorias dialógicas reconhecem a interação entre os diferentes agentes na interpretação da Constituição e preocupam-se em analisar essas interações, reconhecendo-os como legítimos intérpretes da Constituição. Trata-se de um paradigma tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*, na medida em que esses teóricos se preocupam em analisar os mecanismos existentes, mas, também, defendem a adoção de determinados mecanismos suscetíveis de promover o constitucionalismo dialógico. Christine Bateup aborda a mesma questão, utilizando expressões diversas. A autora prefere expressões *prescritivas* ou *normativas*. Os partidários da primeira defendem a ação política das Cortes, comprometendo-se a expor as razões pelas quais esta intervenção é legítima. Os defensores da segunda reconhecem a existência deste fenômeno como uma característica inseparável do controle jurisdicional – pelo menos na sua versão forte – e comprometem-se a compreendê-lo.<sup>141</sup>

<sup>138</sup> “Unless we envisage a literally endless chain of appeals, there will always be some person or institution whose decision is final. And of that person or institution, we can always say that because it has the last word, its members are ipso facto ruling on the acceptability of their own view. Facile invocations of *nemo iudex in sua causa* are no excuse for forgetting the elementary logic of legitimacy: People disagree, and there is need for a final decision and a final decision procedure”. (WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, vol. 115. 2006, pp. 1400-1401)

<sup>139</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2022.

<sup>140</sup> STF - ADI nº 2.860. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgada em 19 de dezembro de 2006.

<sup>141</sup> Christine Bateup adota uma perspectiva crítica da questão, questionando a posição prescritiva: “prescriptive theories tend to privilege the role of judges in constitutional decision-making, without sufficient reason, and leave

As várias abordagens dialógicas revelam uma pluralidade de posições, cada qual com a sua especialidade, mas que concordam na afirmação geral da superação do axioma da “última palavra em controle de constitucionalidade”. A ideia de uma última palavra é assentada na afirmação da existência de uma instituição com o poder de pôr termo ao debate constitucional; uma instituição com poder decisório último e a única capaz de mudar de opinião. A superação desta noção é fundamental para o constitucionalismo dialógico, razão pela qual será desenvolvida na sequência

Há muitas razões para isso, das quais vale apontar para a função desempenhada pelas Cortes nas democracias contemporâneas, na tomada de decisões políticas fundamentais.

### 2.1.1 A abordagem política – As Cortes são agentes importantes na tomada de decisões políticas nas democracias contemporâneas

De antemão, importa sublinhar que não existe um único constitucionalismo dialógico, mas vários. As posições variam em função de muitos fatores, desde as posições prescritivas ou descritivas da teoria até ao reconhecimento de diferentes técnicas por cada abordagem. No entanto, é possível afirmar que esta variedade de percepções concorda no reconhecimento de um papel político desempenhado pelas Cortes nas democracias contemporâneas. À verdade, o reconhecimento do papel político do poder judicial não é novo e tem sido objeto de investigação com recurso a diversas abordagens para a compreensão deste fenómeno, nomeadamente pelas escolas realistas.<sup>142</sup>

Discorrendo sobre o tema, Rodrigo Brandão analisa o fenómeno da judicialização da política como corolário da expansão do Poder Judiciário.<sup>143</sup> A judicialização da política

---

limited space for independent political judgments, they fail to provide a satisfactory answer to legitimacy concerns. Positive accounts, on the other hand, often provide more persuasive evidence that concern about the counter majoritarian difficulty is overstated. However, these accounts themselves are subject to criticism, as they frequently fail to offer an attractive normative vision of what judicial review should accomplish in modern society” (BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71. Nova York: *Brooklyn Law Review*. 2006, p. 1112).

<sup>142</sup> A terminologia “realismo” foi aqui empregada para designar as escolas de pensamento jurídico que interpretam o Direito como um fato no plano ontológico, e não no plano deontológico. Há uma variedade de pensadores, como os do realismo americano (Oliver Wendell Holmes, por exemplo); a escola escandinava, da qual Alf Ross é o maior representante; ou ainda o “Direito achado na rua”, no Brasil, por pensadores como Roberto Lyra Filho.

<sup>143</sup> São diversas as teorias que se ocupam de explicar essa expansão do Poder Judiciário. Rodrigo Brandão ressalta duas perspectivas. As teorias conceitualistas buscam razão na positivação de direitos nas Constituições contemporâneas, aliada ao recrudescimento de uma cultura de direitos pós-Segunda Guerra Mundial. As teorias funcionalistas, em contrapartida, admitem que a judicialização da política é fenómeno decorrente das novas funções instituídas pelo Poder Judiciário nas democracias contemporâneas, em especial como árbitro imparcial dos conflitos instituídos entre Executivo e Legislativo, como também no regime de repartição de competências em sistemas federados (BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos*

expressa “o processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais”,<sup>144</sup> com ênfase nos poderes Executivo e Legislativo.

No entanto, no paradigma dialógico, a condição essencial deste conceito é o reconhecimento da ausência de uma palavra final na interpretação da Constituição e superação da noção de supremacia judicial.

O conceito de última palavra é posto em causa precisamente porque, de acordo com o paradigma dialógico, a decisão da Corte é, na maioria dos casos, seguida espontaneamente pelas outras instituições.<sup>145</sup> Isto não exclui as reviravoltas que porventura são observadas. A diferença, contudo, está em reconhecer essas tentativas de sobreposição como intrínseca a um sistema democrático.

Por exemplo, do ponto de vista normativo, o artigo 5.º da Constituição francesa estabelece que o Presidente da República é responsável por “assegurar o respeito pela Constituição”. Já no Brasil, o artigo 102 da Constituição estabelece que o Supremo Tribunal Federal é o principal responsável por garantir o cumprimento da Constituição. Para as teorias dialógicas, esses dispositivos não são capazes de impedir um debate mais amplo sobre a definição do sentido normativo da Constituição, porquanto isso seja característica essencial de um sistema democrático. Para efeitos deste trabalho, o constitucionalismo dialógico implica no reconhecimento das técnicas existentes em um sistema que podem estimular e encorajar um debate mais alargado sobre o sentido normativo da Constituição, ou que tão somente permitem que esse diálogo aconteça, ainda que não tenham sido desenhadas com esta intenção.

É por isso que o constitucionalismo dialógico reconhece também que o papel desempenhado pelas Cortes não se limita ao controle da constitucionalidade e pode exprimir-se sob novas formas jurisdicionais. Antecipando debate que será minudenciado em capítulo próprio, esta é a hipótese, por exemplo, da função consultiva das Cortes. Esta possibilidade tem sido objeto de controvérsia nos Estados Unidos. O debate entre Neal K. Katyal e Abner Mikva

---

*Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2022, p. 88).

<sup>144</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2022, p. 85.

<sup>145</sup> “Social scientists studying judicial behavior have increasingly demonstrated, however, that the assumption of judicial finality is incorrect. With respect to constitutional decisions of the Supreme Court, while a judicial decision is final in the sense that it binds the parties to the action, it is rarely the final word in relation to the broader constitutional issues being considered due to a variety of institutional and political constraints on the Court. For example, compliance with Supreme Court decisions is not guaranteed, but is dependent on political support and voluntary obedience”. (BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71. Nova York: Brooklyn Law Review. 2006, pp. 1118-1119).

sobre o exercício da função consultiva pelos tribunais é importante de ser mencionada. Katyal argumenta que o Tribunal tem historicamente emitido opiniões consultivas, voluntária ou acidentalmente, e que, se corretamente orientado, é capaz de gerar uma comunicação significativa com a esfera política, encorajando a franqueza judicial para além do rigor da revisão judicial.<sup>146</sup> Apoiando-se em Bikel, Katyal defende que o poder judicial é imune às pressões populares e políticas. Ao criticar Katyal, Abner Mikva afirma que este pressupõe a existência de uma função judicial para corrigir os atos do poder legislativo, que, na sua opinião, é antidemocrático. Na sua opinião, o poder judicial não tem a mesma legitimidade que o poder legislativo no que respeita à tomada de decisões políticas. Esta falta de legitimidade leva-o a afirmar que quanto mais a decisão judicial estiver próxima do processo político, mais suspeita será, especialmente devido à distinção entre o processo judicial e o processo legislativo no que respeita ao âmbito do debate.

Na França, o papel consultivo de um tribunal não é surpreendente e está mesmo explicitamente previsto no sistema jurídico. O papel consultivo do *Conseil d'État* nas suas relações com o governo é prova disso. É certo que o *Conseil* não se pronuncia sobre a interpretação da Constituição e que dá o seu parecer sobre a legalidade e a oportunidade dos projetos de lei e de certos projetos de decreto, mas esta função é reconhecida desde há muito na França.

É também a hipótese das teorias do “*second look*”,<sup>147</sup> ocupadas em defender uma decisão provisória de invalidação da lei, com base na noção de que o poder judicial não decide definitivamente, mas funciona como um mecanismo de responsabilização do Parlamento, provocando-o a reexaminar o conteúdo de uma lei, mesmo que este acabe por decidir reintroduzir a norma invalidada. Outra técnica frequentemente utilizada, e que será analisada em maior pormenor na segunda parte deste trabalho, é o minimalismo judicial, cujo precursor foi Alexander Bickel com o seu conceito de “virtudes passivas”, mas que ganhou grande

---

<sup>146</sup> “Since Alexander Bickel, scholars have understood the Supreme Court to have a three fold power: striking down acts for unconstitutionality, legitimating them, or employing the passive virtues. Professor Katyal contends that the Court wields a fourth power: advicegiving. Advicegiving occurs when judges recommend, but do not mandate, a particular course of action based on a concern for rule or principle. Courts have been giving advice, consciously at times, unconsciously at others, and this article seeks to provide a normative justification for the practice. Professor Katyal breaks down advicegiving into several categories and explains how advice, when given to the political branches, can engender a colloquy that maximizes respect for the coordinate branches while also serving the goals of federalism, enhancing political accountability, and encouraging judicial candor. In particular, Professor Katyal explains how advicegiving can become an alternative to aggressive forms of judicial review while simultaneously maintaining constitutional fidelity” (KATYAL, Neal Kumar. Judges as advicegivers. *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, p. 1709).

<sup>147</sup> O Juiz Guido Calabresi é bastante famoso nos Estados Unidos pela sua teoria do “second look”, ver: CALABRESI, Guido. The Supreme Court 1990 Term: What the Bork-Brennan Debate Ignores. *Harvard Law Review*. 80, 104. 1991.

importância em Cass Sunstein. Para os minimalistas, o juiz não deve dizer mais em uma decisão judicial do que o necessário para justificar um resultado, e deve deixar o máximo possível para a indecisão. A abordagem extremista manifesta-se no poder de não decidir para lançar a discussão no espaço público, de modo que outros agentes sociais possam debater a questão constitucional. Evidentemente que esta abordagem implica geralmente uma visão mais moderada e muitas vezes procedimentalista<sup>148</sup> do controle jurisdicional. Posições mais dialógicas que atribuem um papel mais importante à Corte, ao argumento de que são capazes de fazer boas interpretações da Constituição, tendem a defender decisões judiciais mais maximalistas.

Christine Bateup<sup>149</sup> destaca dois tipos de concepção dialógica: equilíbrio e parceria. As primeiras centram-se na abertura da Corte à sociedade civil, permitindo o envolvimento dos agentes sociais. Tradicionalmente, estes autores preocupam-se com os instrumentos, muitas vezes de carácter processual, que permitem a participação social, como os terceiros intervenientes, a apresentação de memorandos e o *amicus curiae*. Os segundos debruçam-se sobre a relação entre as Cortes e os Parlamentos. Analisam a parceria que existe e deve existir entre estas duas instituições na definição do sentido normativo da Constituição. São frequentemente defensores de mecanismos interativos entre as instituições, como a seção 33 da Carta dos Direitos do Homem e das Liberdades do Canadá de 1982, conhecida como a “cláusula de não obstante”, que permite ao legislador prorrogar a validade de uma lei por períodos renováveis de cinco anos, “não obstante” quaisquer tensões que possa ter com a Declaração de Direitos.<sup>150</sup>

É de se concordar com Christine Bateup na perspectiva de fusão destas duas concepções. Cuida-se de entender o papel das Cortes como facilitadoras e incentivadoras da discussão e do debate constitucional na sociedade. Esta noção de interação entre o poder jurisdicional e o povo não é nova. Dominique Rousseau defende a interação entre o espaço civil (a sociedade civil) e

---

<sup>148</sup> Cf. Capítulo 1 *supra*.

<sup>149</sup> BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71. Nova York: Brooklyn Law Review, 2006.

<sup>150</sup> “Exception where express declaration 33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. Operation of exception (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. Five year limitation (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. Re-enactment (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). Five year limitation (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)” (CANADA. *A Consolidation of The Constitutional Acts*. 1867 to 1982).

o espaço público (o Estado) por intermédio do poder judicial, uma vez que “a justiça não é um poder do Estado, mas um poder da democracia”.<sup>151</sup>

Na perspectiva fusionada, Christine Bateup defende que a jurisdição constitucional contribui para a produção de respostas mais duradouras, e amplamente aceitas, às questões constitucionais que envolvem a sociedade no seu conjunto e outras instituições. No contexto de um desacordo generalizado, mas razoável, sobre o significado dos direitos, este entendimento fusionado oferece a melhor hipótese de produzir respostas a questões constitucionais que sejam satisfatórias não só no contexto da resolução de casos individuais, mas também para os cidadãos. É por isso que o constitucionalismo dialógico não se pode limitar à interação entre instituições dentro dos poderes, mas obrigatoriamente deve incluir os próprios agentes sociais. Com esboço nesta abordagem, o constitucionalismo dialógico inclui elementos do constitucionalismo popular, que é visto como um paradigma em que o povo exerce um controle ativo e permanente sobre a interpretação e a aplicação do direito constitucional.<sup>152</sup>

É precisamente reconhecendo este papel mobilizador da democracia que se resolve a questão da legitimidade democrática das Cortes. O reconhecimento desta função, que otimiza o debate público, só é possível na medida em que uma determinada ordem jurídica forneça instrumentos capazes de permitir esta interação, mas também na medida em que exista um sentimento geral de inclusão a nível institucional e social. Waldron parte, com razão, da premissa de que é um contexto social e institucional que define o sentido dos direitos. Os agentes, nessa hipótese, têm interesse legítimo em participar do debate, porque acreditam que suas posições são a forma correta de interpretar a Constituição e garantir direitos. Em outras palavras, as teorias dialógicas não se desenvolvem em contextos em que os direitos são desconsiderados.

## **2.2 Constitucionalismo dialógico: uma solução à via mediana; a zona de tensão dialógica**

Conforme exposto anteriormente, a perspectiva combinada adotada vê o constitucionalismo dialógico como uma área de interação entre a sociedade civil e as instituições. No entanto, para que os indivíduos possam realmente dialogar no espaço público,

---

<sup>151</sup> Tradução livre do original: “la justice n’est pas un pouvoir de l’État, mais un pouvoir de la démocratie”. ROUSSEAU, Dominique. *Six thèses pour la démocratie continue*. Paris: Odile Jacob. 2022. p. 75.

<sup>152</sup> Noção largamente defendida por KRAMER, Larry D. Popular Constitutionalism. *California Law Review*.. 959. 2004.

é essencial que exista um dever geral, partilhado por todos os membros, da alteridade da cidadania; isto é, reconhecer o outro como um cidadão tão incluído na sociedade como eles próprios. Esta é uma condição sem a qual o diálogo é bloqueado.

O constitucionalismo dialógico implica em uma nova forma de interação entre os poderes, razão pela qual alguns autores se ocuparam de analisar a reformulação da tripartição dos poderes e o campo de interação entre eles. O constitucionalismo dialógico pressupõe um espaço de interação ativa entre os poderes, por vezes com múltiplas áreas de sobreposição que se sucedem no tempo. No que respeita à interação entre os poderes e os demais agentes sociais na definição do sentido normativo da Constituição, o paradigma dialógico é por vezes interpretado como uma relação harmoniosa e pacífica entre os poderes. Pelo contrário, do ponto de vista empírico, a relação entre as próprias instituições e a sociedade civil é marcada por uma zona de tensões entre interesses opostos, negociações multilaterais e concessões estratégicas. A abordagem institucionalista representa esta análise de uma teoria dialógica da separação de poderes.

### 2.2.1 A cidadania como condição prévia

Como já foi referido, o constitucionalismo dialógico não tem lugar em um contexto social de desprezo pelos direitos. Os desacordos morais sobre o sentido normativo dos direitos são uma parte intrínseca da democracia, sendo a arena pública o lugar do debate e da argumentação. Este espaço pode, por vezes, ser uma zona de tensão em que se chocam visões contrastantes e percepções antagônicas. É por esta razão que o constitucionalismo dialógico necessita de um contexto social capaz de permitir aos agentes e instituições sociais um debate claro sobre os direitos sem que um dos lados elimine a competição por razões particularistas.

No âmbito do processo constitucional, a expressão desse dever é revelada pelos princípios informadores das condutas das partes, em principal a boa-fé objetiva e a cooperação, especialmente em ordens jurídicas de matriz do *civil law*.<sup>153</sup> Isso não significa, por óbvio, que as partes devem atuar de maneira condescendente ao pleito do adversário, em detrimento de seus próprios interesses estabelecidos na demanda. Ao revés, esses princípios servem de baliza

---

<sup>153</sup> Em trabalho comparativo, Taruffo aponta que ordens jurídicas de *common law* tendem a invocar outros princípios para fins de balizamento do comportamento das partes no processo: “Esta parece ser a situação típica nos sistemas de *common law*. Aqui, a abordagem que prepondera largamente não é a de invocar uma cláusula geral de boa-fé, mas a de se referir às ideias do devido processo, e talvez também de igual proteção” (TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de Processo* | vol. 177 | p. 153 - 183 | Nov / 2009, p. 3).

comportamental,<sup>154</sup> obstando estratégias que impliquem em abuso de direitos. Sucintamente, estabelecem padrões de comportamento e sanciona abusos.<sup>155</sup>

Por um tempo, considerou-se que o processo constitucional objetivo, em que a norma é fiscalizada em abstrato, o interesse das partes seria meramente “funcional”. Sob esta premissa, pugna-se que as partes não detêm interesse subjetivo na resolução da demanda, mas interesse na manutenção da ordem constitucional objetiva. A realidade fática demonstra, contudo, que as partes detêm interesses na resolução constitucional de acordo com interesses próprios, como igualmente os têm aqueles que intervêm no curso do processo. Esses interesses podem ser de natureza particularista, como ocorre na cooptação dos entes legitimados por particulares para defesa de seus interesses subjetivos em ações de controle abstrato;<sup>156</sup> mas também na defesa dos interesses institucionais do Poder Público, como ocorre, por exemplo, na defesa dos interesses econômicos do Estado em ações que tenham por objeto normas tributárias.

Os diálogos constitucionais centram-se na ideia de argumentação e de comunicação, razão pela qual a simetria das posições é um elemento indispensável na sociedade. O conceito de igualdade dá origem ao conceito de cidadania, uma terminologia com uma grave polissemia e objeto de debate no domínio da teoria da justiça. Aqui, a cidadania não se limita à dualidade “direitos do homem” *versus* “direitos do cidadão”, uma vez que esta classificação tem tendência a restringir a cidadania aos direitos políticos de eleger e ser eleito.<sup>157</sup> A evolução da interpretação dos direitos, ao longo de diferentes gerações, conduziu a uma concepção substantiva, que autoriza, por exemplo, medidas de discriminação positiva, em virtude da necessidade de garantir igual consideração e respeito a todos os membros da comunidade, para se valer da expressão consagrada em Dworkin.

---

<sup>154</sup> Igualmente no sentido de que a cooperação implica em um padrão normativo de comportamento que altera a dinâmica entre as partes: “Tendo seu sustentáculo principiológico no devido processo legal, no contraditório participativo e na ampla defesa, o princípio da cooperação traça nova dinâmica comportamental para os personagens do processo. Um novo cenário subjetivo desponta então no procedimento.” (DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia; CÂMARA, Alexandre Freitas. O processo como “comunidade de trabalho” e o princípio da cooperação. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro., vol. 18, nº 70. 2015. p. 65).

<sup>155</sup> TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de Processo* | vol. 177 | Nov / 2009. pp. 153 – 183.

<sup>156</sup> Trata-se da “concretização” do controle abstrato. O fenômeno tem na “objetivação do controle difuso de constitucionalidade” sua versão invertida, em especial em virtude do sistema de precedentes obrigatórios e o advento da Emenda Constitucional nº 45, a qual estabeleceu a repercussão geral como filtro de admissibilidade do Recurso Extraordinário (DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo. *Curso de Direito Processual Civil – Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 375 e seguintes).

<sup>157</sup> A noção de “direitos do cidadão”, na semântica das revoluções burguesas modernas, tem um sentido estrito, apontando especificamente para o direito à participação na formação da “vontade” estatal. Assim é que se distinguem os direitos humanos, enquanto direitos individuais pré-estatais, dos direitos dos cidadãos, que só seriam concebíveis a partir da construção do Estado como instituição política. A cidadania ficaria restrita aos “direitos políticos”. (NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro. Vol. 37, nº 2. 1994. pp. 253-276).

É por essa razão que a cidadania é essencial para a participação efetiva dos agentes sociais no espaço público. A cidadania é um processo de juridificação,<sup>158</sup> e depende da autonomia do sistema jurídico como condição para a sua realização.<sup>159</sup> A própria modernidade é um processo de diferenciação dos sistemas sociais, na perspectiva de Luhmann.<sup>160</sup> Nesta abordagem, cada sistema possui a sua própria linguagem/código. A religião, a política, a economia e o direito, por exemplo, adquirem autonomia uns em relação aos outros.<sup>161</sup> O Direito reproduz-se de acordo com os seus próprios códigos (lícito e ilícito) e, mesmo que seja normativamente fechado, permanece cognitivamente aberto ao ambiente.<sup>162</sup>

Marcelo Neves adverte que, em um contexto capitalista caracterizado por disparidades e centros de poder globais, a modernidade não pode ser interpretada como um processo homogêneo no centro do capitalismo mundial (constituído por nações poderosas) e na periferia do mundo (constituída por nações com problemas estruturais de organização do poder). Nestas últimas, a modernidade é frequentemente um processo inacabado, cuja incompletude conduziu a uma diferenciação corrupta das esferas sociais. De fato, Luhmann alertou que a positividade do sistema jurídico, a sua autonomia, é pressuposto da democracia. A ausência de democracia (ou existência das suas versões corruptas e autocráticas) pode ser vista como um obstáculo à própria diferenciação do sistema jurídico. A cidadania é, portanto, incompatível com a interferência bloqueadora e destrutiva dos particularismos políticos e econômicos na reprodução do direito.<sup>163</sup>

---

<sup>158</sup> O neologismo é devido a Marcelo Neves e designa o duplo processo de, externamente, o Direito expandir-se, e, internamente, detalhar-se e especializar-se: “A ampliação dos temas juridificáveis nos quadros da positividade do Direito (Luhmann, 1981a, p. 129; 1983a, p. 144; 1987a, p. 211) fez da juridificação um dos problemas críticos do Estado moderno. Conceituado “para fora” como expansão do Direito e “para dentro” como seu detalhamento e especialização (condensação) (Voigt, 1980, p. 16; Habermas, 1982b, vol. II, p. 524; Werle, 1982, p. 4), o fenômeno da juridificação foi, no âmbito de um intenso debate na Alemanha Ocidental dos anos 80, classificado em três tipos básicos: legalização, burocratização e justicialização (Voigt, 1980, pp. 18-23)? Os efeitos juridificantes sobre a sociedade foram avaliados, por um lado, negativamente (alienação, burocratização, “colonização do mundo da vida”), por outro, positivamente (asseguramento da liberdade e do status) (Voigt, 1980, p. 30). É quanto ao aspecto positivo que se pode sustentar que a conquista e ampliação da cidadania implicam um processo de juridificação das relações de poder”. (NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro. Vol. 37, no 2. 1994, p. 255).

<sup>159</sup> *Ibidem*.

<sup>160</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II* (G. Bayer) Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

<sup>161</sup> Isso não significa que o direito não seja influenciado por outros sistemas, mas que essa área de influência está sujeita ao próprio direito. Como escreve Marcelo Neves: “Isto não significa que o 'campo' jurídico não seja condicionado por factores económicos e políticos, mas muito simplesmente que a cidadania é incompatível com a interferência imobilizadora e destrutiva de particularismos políticos e económicos na reprodução do direito. As influências políticas e económicas sobre o sistema jurídico estão subordinadas aos critérios estabelecidos pelo próprio sistema jurídico”. (NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro. Vol. 37, no 2. 1994. pp. 253-276).

<sup>162</sup> *Ibidem*.

<sup>163</sup> *Ibidem*.

Como condição da democracia, a cidadania é também indispensável para a existência de um diálogo constitucional. Com efeito, ela implica no direito substantivo à participação e ao exercício último da competência normativa dos indivíduos. Dominique Rousseau assinalou claramente a essencialidade da competência normativa dos cidadãos, uma vez que “os cidadãos são tudo na sociedade, nada nas instituições, e pedem para se tornarem algo. Para responder a isso, é preciso fazer uma dupla ruptura: reconhecer a competência normativa e não apenas eleitoral dos cidadãos; e reconhecer novos fóruns para a elaboração do direito”.<sup>164</sup> A cidadania é, portanto, a integração legal e igualitária na sociedade. Neste sentido, uma inclusão defeituosa ou desigual provoca corrupção e leva a uma integração incompleta ao sistema jurídico. A subcidadania refere-se precisamente a uma inclusão fraca: embora integrados, os subcidadãos não têm direitos, mas continuam a ser devedores; não são sujeitos de direito, mas sujeitos de deveres; não têm influência na definição do sentido normativo da Constituição. Marcelo Neves sintetiza bem este fenômeno, referindo-o como um problema crônico da periferia global:

Do lado dos subintegrados, generalizam-se as relações concretas em que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, embora eles permaneçam dependentes de suas prescrições positivas. Portanto, os subcidadãos não estão excluídos. Embora lhes faltem as condições reais de exercer os direitos fundamentais constitucionalmente declarados, não estão liberados dos deveres e responsabilidades impostos pelo aparelho coercitivo estatal, submetendo-se radicalmente às suas estruturas punitivas. Os direitos fundamentais não desempenham papel relevante no horizonte do seu agir e vivenciar, sequer quanto à identificação de sentido das respectivas normas constitucionais. Para os subintegrados, os dispositivos constitucionais têm relevância quase exclusivamente em seus efeitos restritivos das liberdades. E isso vale para o sistema jurídico como um todo: os membros das camadas populares “marginalizadas” (a maioria da população) são integrados ao sistema, em regra, como devedores, indiciados, denunciados, réus, condenados etc., não como detentores de direitos, credores ou autores. Mas, no campo constitucional, o problema da subintegração ganha um significado especial, na medida em que, com relação aos membros das classes populares, as ofensas aos direitos fundamentais são praticadas principalmente nos quadros da atividade repressiva do aparelho estatal.<sup>165</sup>

A subintegração é sempre acompanhada da sobreintegração – há mesmo quem note uma complementaridade entre as duas –, como consequência da existência de grupos privilegiados que apoiam a burocracia estatal. É importante sublinhar que os sobrecidadãos “utilizam regularmente o texto constitucional democrático” em sintonia com os seus interesses.<sup>166</sup> Nesse

<sup>164</sup> Tradução livre do original: “les citoyens sont tous dans la société, rien dans les institutions et demandent à devenir quelque chose. Pour y répondre, il faut une double rupture : reconnaître la compétence normative et pas seulement électorale des citoyens ; reconnaître de nouveaux lieux de fabrication de la loi” (ROUSSEAU, Dominique. *Conceptualiser la compétence normative des citoyens. Archives de philosophie du droit*, vol. 62, no. 1, 2020, pp. 427-438).

<sup>165</sup> NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro. Vol. 37, no 2. 1994, p. 261.

<sup>166</sup> *Ibidem*.

caso, a Constituição desempenha um papel plural, na medida em que não serve como parâmetro normativo para os sobrecidadãos “mas sim como uma oferta que, conforme a eventual constelação de interesses, será usada, desusada ou abusada por eles. Assim sendo, a garantia da impunidade é um dos traços mais marcantes da sobrecidadania”.<sup>167</sup>

Em sentido semelhante, Gargarella cita a desigual distribuição de poderes, em alguns países da América Latina, como um fator de bloqueio do diálogo constitucional, especialmente em contexto social marcadamente desigual. É por isso que o autor recomenda que “antes de tudo, é preciso perguntar quem está a argumentar, a partir de que posição e sobre o quê. Neste sentido, é difícil chamar um diálogo “democrático” quando os participantes se encontram em posições tão desiguais”.<sup>168</sup> Habermas sublinha ainda a necessidade de “a formação da opinião e da vontade política no espaço e no parlamento não obedecer às estruturas do mercado, mas às estruturas autônomas da comunicação pública. Para a política, no sentido de uma prática de autodeterminação cívica, não é o mercado, mas o diálogo que constitui o paradigma.”<sup>169</sup>

A preocupação das instituições e dos agentes sociais com os direitos, a democracia e a cidadania é uma condição essencial do constitucionalismo dialógico. Ser cidadão não significa estar sujeito a uma lógica de subintegração ou de sobreintegração, mas estar em um ambiente social capaz de garantir os direitos fundamentais. Neste contexto, os cidadãos têm competência normativa: participam no espaço público e são capazes de comunicar sem contemplar o extermínio uns dos outros. Por esse motivo, o constitucionalismo dialógico exige um dever geral, partilhado por todos os membros, da alteridade da cidadania; isto é, reconhecer o outro como um cidadão tão incluído na sociedade como ele próprio.

Não é incomum que o discurso de um amplo debate constitucional entre instituições signifique, em última instância, a violação da própria democracia. Veja-se, por exemplo, o artigo 96, parágrafo único, da Constituição brasileira de 1937, que permitia ao Parlamento, por iniciativa do Presidente, tornar sem efeito uma decisão de inconstitucionalidade.<sup>170</sup> A um

---

<sup>167</sup> *Ibide*, p. 261.

<sup>168</sup> Tradução livre do original em espanhol: “Ante todo, correspondería hacer la pregunta sobre quién, desde qué posición, y sobre qué. En tal sentido, convendría decir que s difícil llamar ‘diálogo democrático’ a uno en donde los participantes se encuentran situados en posiciones tan desiguales.” (GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos*. Escuela de Derecho: Universidade Torcuato di Tella. Revista Argentina de Teoría Jurídica. Volume 14. 2013, p. 21).

<sup>169</sup> Tradução livre da versão francesa: “la formation de l’opinion et de la volonté politique dans l’espace et dans le parlement n’obéit pas aux structures du marché, mais aux structures autonomes d’une communication publique. Pour la politique au sens d’une pratique d’autodétermination civique, ce n’est pas le marché, mais le dialogue qui constitue le paradigme”. (HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie: entre faits et normes*. Gallimard. 1997. p. 296).

<sup>170</sup> Artigo 96 - Os tribunais só podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Presidente da República pelo voto da maioria absoluta de todos os seus juizes. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, no entender do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do

primeiro golpe de olhar, a regra poderia ser interpretada como otimizadora dos diálogos entre instituições, mas ao cabo insere-se em um contexto histórico de supressão de direitos políticos e suspensão democrática. Roberto Gargarella contestou a ideia de que uma decisão é tanto mais capaz de refletir a vontade dos representados quanto mais dialógica for.<sup>171</sup> Embora assente em uma visão generalista, ontologicamente insustentável, o argentino destacou a realidade da América Latina colonial, desde o século XVIII, em relação à qual o sistema, em vez de incentivar a cooperação, procurou conter o confronto; em vez de promover o diálogo, procurou canalizar a agressão; em vez de incentivar a aprendizagem e a ajuda mútuas, procurou evitar a destruição do outro.<sup>172</sup>

Apesar de tudo, estas categorias são impuras. Na complexidade das sociedades modernas, é bastante raro encontrar empiricamente a existência de uma sociedade em que todos os seus membros sejam cidadãos no sentido estrito. A realidade demonstra que há grupos sociais mais integrados do que outros. A cidadania deve ser, no mínimo, um programa previsto, um grande objetivo social e a fonte de inspiração de qualquer agenda política.

### 2.2.2 A zona de tensão institucional dialógica

As teorias dos diálogos constitucionais são consensuais quanto à existência de um impacto importante deste paradigma na interação entre as instituições e a separação de poderes. Para alguns, o diálogo é um produto necessário da separação de poderes, como resultado do desenho institucional, e não necessariamente da vontade dos poderes em dialogar. Trata-se essencialmente de uma teoria empírica.<sup>173</sup> A separação de poderes não implica em uma harmonia pacífica entre os poderes, mas pode haver sobreposição entre eles, seja pela obscuridade das zonas limítrofes entre eles, seja porque criam voluntariamente áreas de disputa

---

povo ou à promoção ou defesa de interesse nacional relevante, o Presidente da República pode submetê-la de novo à apreciação do Parlamento: se este a confirmar por dois terços dos votos de cada uma das Câmaras, a decisão do Tribunal fica sem efeito.

<sup>171</sup> GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Escuela de Derecho: Universidade Torcuato di Tella. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Volume 14. 2013.

<sup>172</sup> “Más específicamente, el modelo en cuestión, antes que la alentar la cooperación, buscaba contener la confrontación; antes que promover el diálogo, buscaba canalizar la agresión; antes que favorecer el aprendizaje y la ayuda mutuas, buscaba impedir la destrucción de unos a otros” (GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Escuela de Derecho: Universidade Torcuato di Tella. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Volume 14. 2013, p. 15).

<sup>173</sup> MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese de doutorado. Tese (Doutorado em Ciência Política - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, e BATEUP, Christine, The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue, 71. Nova York: *Brooklyn Law Review*. 2006.

intrínsecas à organização do poder. Efetivamente, a jurisdição constitucional “tem sido um veículo de modernização do conceito de separação de poderes”.<sup>174</sup>

Impende ressaltar que essa zona de tensão dialógica pressupõe um embate pela definição do sentido normativo da Constituição. Manifesta-se, portanto, no bojo de um debate, excluído o uso de artifícios mobilizados com o fito de constranger institucionalmente outro Poder. Rodrigo Brandão coloca luz, por exemplo, a determinados mecanismos tidos como reação do Parlamento às decisões judiciais as quais reputam incorretas. É a hipótese do controle por alteração do orçamento e salários de juízes e alteração de processo de nomeação, por exemplo;<sup>175</sup> igualmente pode ser citado o “*court packing*” consistente na alteração do número geral de magistrados na Corte com intenção subjacente de impor um perfil ideológico na Corte.

Para outros, o constitucionalismo dialógico leva a repensar as teorias da separação de poderes. Roberto Gargarella sublinha a necessidade de um certo equilíbrio entre os poderes. Explica, por exemplo, a impossibilidade de o diálogo florescer em sistema político que concentra o poder nas mãos do Executivo, como seria o caso de alguns países da América Latina, que sofrem, segundo ele, de um presidencialismo hipertrofiado;<sup>176</sup> ou quando os Parlamentos estão demasiado afastados da sociedade, denunciando uma falta de fidelidade da representação popular.<sup>177</sup>

O caráter institucionalista das teorias dialógicas reside no fato de ultrapassarem a abordagem interpretativista que popularizou o debate sobre a legitimidade das Cortes. Anteriormente, a polêmica centrava-se nas diferentes concepções de interpretação constitucional, as chamadas teorias da decisão.<sup>178</sup> O diálogo, no entanto, reconhece a participação das Cortes como parte de um sistema institucional de organização dos poderes. Os constitucionalismos dialógicos não só reconhecem que estas Cortes desempenham um papel importante na definição de políticas (como já foi retroanalisado), como também reconhecem o

---

<sup>174</sup> Tradução livre do original francês: “*a été un vecteur de modernisation du concept de séparation des pouvoirs*”. (ROBLLOT-TROIZIER, Agnès. Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi. *Pouvoirs*, vol. 143, n.º 4, 2012, p. 92).

<sup>175</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2022, p. 413, p. 413.

<sup>176</sup> Por vezes, os escritos de Gargarella sobre a América Latina padecem de uma tendência universalizadora generalista. Quanto à questão, tem razão Marcelo Leonardo Tavares, no sentido de que, no Brasil, verifica-se um presidente fraco em uma presidência forte. (TAVARES, Marcelo Leonardo. Semipresidencialismo no Brasil: por que não? *Revista de informação legislativa: RIL*, vol. 54, n. 215, p. 59-78, jul./set. 2017. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril\\_v54\\_n215\\_p59](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p59)>. Acesso em 15 de julho de 2023).

<sup>177</sup> GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Escuela de Derecho: Universidade Torcuato di Tella. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Volume 14. 2013.

<sup>178</sup> Nos Estados Unidos, por exemplo, o debate sobre o interpretativismo e o não-interpretativismo tem sido a pedra de toque da discussão sobre a legitimidade da Suprema Corte.

papel de outras instituições na interpretação constitucional, o que constitui um golpe fatal à percepção de que o poder judicial detém o monopólio da interpretação.

A separação de poderes, pelo menos de acordo com a fórmula seminal desenvolvida por Montesquieu, está sujeita a várias concepções. É o caso do modelo proposto pelos federalistas, relativamente aos Estados Unidos, que partiam do princípio de que a natureza humana não é angelical nem adepta à consagração do bem comum pelos funcionários públicos. A separação de poderes é necessária como mecanismo para evitar a opressão mútua entre grupos.<sup>179</sup> Na realidade latino-americana, por outro lado, o modelo “purista” dos Estados Unidos deu lugar a uma visão corrupta, segundo Roberto Gargarella, com uma distribuição desigual de poder, especialmente com a centralização de poderes na figura do Executivo, o que teria criado um sistema fechado ao diálogo.<sup>180</sup> No entanto, o constitucionalismo dialógico de Gargarella centra-se na interação entre os poderes constituídos e na necessidade de estabelecer freios e contrapesos. Ignora a relação entre os poderes e a sociedade civil, que é o ponto de partida do constitucionalismo dialógico proposto neste trabalho.

Uma vez que a Corte não possui a última palavra, outras instituições e a sociedade civil podem reagir a quaisquer decisões da Corte com as quais discordam no que respeita à interpretação normativa da Constituição. A natureza empírica do constitucionalismo dialógico demonstra que estas interações existem naturalmente, mas por vezes não são estudadas como facetas de um mesmo fenómeno. É o caso, por exemplo, do efeito “*backlash*” do Parlamento. Como explica Rodrigo Brandão, “há mecanismos formais e informais de interação entre o Judiciário, os demais poderes e agentes sociais que conferem uma natureza política ao processo de interpretação e aplicação da Constituição que não é capturada pelo conhecimento jurídico convencional”.<sup>181</sup>

Christine Bateup afirmou que a Corte só seria controlada se se afastasse demasiadamente das opiniões dos ramos políticos e de outras forças sociais. É até possível que,

---

<sup>179</sup> GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Escuela de Derecho: Universidade Torcuato di Tella. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Volume 14. 2013, p. 11.

<sup>180</sup> “El sistema de frenos y contrapesos creado en el siglo 18, en cualquiera de sus dos versiones principales (ya sea en la versión más “pura” de los Estados Unidos, ya sea en la versión “desbalanceada” de América Latina) apareció desde entonces como un sistema poco favorable a la cooperación política y el diálogo. Más específicamente, el modelo en cuestión, antes que la alentar la cooperación, buscaba contener la confrontación; antes que promover el diálogo, buscaba canalizar la agresión; antes que favorecer el aprendizaje y la ayuda mutuas, buscaba impedir la destrucción de unos a otros” (GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Escuela de Derecho: Universidade Torcuato di Tella. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Volume 14. 2013, p. 15)

<sup>181</sup> BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil. *RJLB*, Ano 1 (2015), nº 4.

mesmo que a Corte se afaste objetivamente em direção à arena política, os outros ramos políticos decidam não fazer nada, seja por inércia,<sup>182</sup> ou por cálculo político.

No julgamento das ADPF 850, 851, 854 e 1014,<sup>183</sup> por exemplo, o STF declarou inconstitucional um dispositivo orçamentário que transferia parte do poder orçamentário do executivo para o legislativo, alterando assim o equilíbrio de poderes entre ambos, denominado, midiaticamente, como “orçamento secreto”. Esta disposição, que não agradava ao executivo recém-eleito, não foi objeto de oposição direta por parte deste, que aguardou e confiou na decisão da Corte. O resultado prático foi uma declaração de inconstitucionalidade, sem que o executivo federal tivesse de se envolver em um debate potencialmente conflituoso com o legislativo. A decisão da Corte foi, portanto, objeto de um cálculo político por parte de um outro ramo político sobre uma questão constitucional que provocava tensões entre os poderes.

Em referência a outras ordens jurídicas, na França, a justiça constitucional desempenha um papel fundamental na interação entre os poderes. O *Conseil constitutionnel* proferiu decisões em que é possível verificar a importância desta instituição no equilíbrio entre os poderes. Na decisão n.º 2021-927 QPC,<sup>184</sup> por exemplo, o *Conseil* considerou que as disposições contestadas (relativas à transmissão de informações contidas nos relatórios especiais enviados pelos procuradores e promotores de justiça ao “*Garde de Sceaux*”) asseguravam uma conciliação equilibrada entre o princípio da independência do poder judicial e as prerrogativas do Governo nos termos do artigo 20 da Constituição. Por último, o *Conseil* decidiu que as disposições também não desrespeitam a separação de poderes. Outro exemplo que merece destaque são aquelas interações que revelam uma tensão entre eles; é o caso da Decisão n.º 2012-649 DC, julgada pelo *Conseil* em 15 de março de 2012, sobre o congelamento de preços e rendimentos. O *Conseil* decidiu que a invasão da lei no domínio regulamentar não é inconstitucional se o governo decide não se valer dos mecanismos previstos na Constituição para lidar com esta invasão de competência, como a desclassificação ou o procedimento de inadmissibilidade, os quais representam mecanismos à disposição do Governo para controle dos atos que exorbitem o domínio da lei. Para Agnès Roblot-Troizier, esta decisão demonstra

---

<sup>182</sup> “In these circumstances, the Court will only be checked if it steps too far out of line with the views of the political branches and other social forces. Additionally, it may not be checked at all if legislative inertia about a particular issue is too great, or if the political branches prefer the judiciary to maintain control over a particular issue. The result of this interactive process in which no branch dominates and in which constitutional meaning steadily forms is constitutional dialogue” (BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71. Nova York: *Brooklyn Law Review*. 2006, p. 1139).

<sup>183</sup> STF - ADPFs n.º 850, 851, 854 e 1014. Rel. Min. Rosa Weber. DJ. 11 de abril de 2023.

<sup>184</sup> REPÚBLICA FRANCESA. *Conseil Constitutionnel*. Decisão n.º 2021-927 QPC de 14 de setembro de 2021.

que o “*Conseil* decidiu não interferir na relação entre os órgãos legislativo e executivo”,<sup>185</sup> preservando os cálculos realizados por cada poder na interação entre eles.

Em razão de a abordagem institucionalista se basear na dinâmica empírica entre os poderes, Conrado Hubner argumenta que o institucionalismo tende a reconhecer o diálogo como um produto necessário da separação de poderes, em que a fronteira entre o descritivo e o normativo se torna cada vez mais tênue.<sup>186</sup> Contrasta esta abordagem com a da teoria decisionista, em que o constitucionalista dialógico é interpretado dentro da decisão jurisdicional. As duas, porém, não se excluem. Trata-se apenas de uma divisão de carácter pedagógico, com o objetivo de clarificar as diferentes formas de dialogar com a Corte. Os decisionistas estão preocupados com a forma como a Corte percebe as influências externas e as traduz em argumentos na decisão judicial. Os institucionalistas, por outro lado, estão preocupados com a dinâmica interativa entre a Corte e os outros poderes; analisam frequentemente o equilíbrio de poderes e os fundamentos da separação de poderes.

No entanto, é de notar que estas interações devem ser vistas como um espaço de tensão permanente entre as instituições. À guisa de exemplo, Barry Friedman observa que, no caso da Suprema Corte dos Estados Unidos, quando a Corte decide para além do que é considerado aceitável pelo Parlamento ou pelo povo, são impostas limitações políticas a ela, como o efeito *backlash* ou a desaprovação popular. No constitucionalismo dialógico, estas interações passam a ser observadas como uma consequência natural da interação entre os poderes, as instituições e a sociedade civil.

O reconhecimento dessa zona de tensão institucional é igualmente importante para definição do que é prescritivo ou descritivo nas teorias dialógicas. Luiz Guilherme Marinoni, em trabalhos dedicados ao tema, utiliza-se também das teorias dialógicas. Os escritos buscam referência teórica tanto nos diálogos constitucionais, quanto nas teorias do minimalismo judicial, que fará objeto de reflexões mais atentas na segunda parte deste trabalho. Contudo, verifica-se a utilização do dialogismo como argumento em defesa de uma postura mais comedida da Corte e para fazer face à existência de uma suposta “ideologia” da supremacia judicial.<sup>187</sup> A leitura atenta revela que este autor parte de uma análise propositiva de diálogos

---

<sup>185</sup> ROBLLOT-TROIZIER, Agnès. *Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi*, Pouvoirs, vol. 143, n.º 4, 2012, p. 95.

<sup>186</sup> MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. *Tese de doutorado*. Tese (Doutorado em Ciência Política - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 99.

<sup>187</sup> É o que se extrai em diversas passagens de seus trabalhos dedicados ao tema, das quais vale mencionar: “Proveniente do uso da ideia de supremacia judicial como ideologia, o resultado da igualização entre precedente e monopólio da interpretação constitucional, não obstante imposto de forma sub-reptícia, é altamente prejudicial quando as pessoas se deparam com decisões que dizem respeito ao destino das suas vidas e dos seus filhos”

constitucionais como uma solução para o caso brasileiro, em que existiria uma supremacia do STF sobre as demais instituições,<sup>188</sup> e que a adoção desse paradigma deve conduzir a soluções minimalistas da Corte.<sup>189</sup>

Em verdade, é da natureza das teorias dialógicas reconhecer, ou melhor, descrever a ausência de definitividade da questão – ainda que a Corte procure estatuir de maneira definitiva no seio do processo jurisdicional. Os diálogos constitucionais implicam no reconhecimento de uma zona de tensão intrínseca à interação entre poderes, cada qual comunicando de uma forma em relação aos demais. Isso significa dizer que as instituições testam os limites existentes entre elas, calculam reações e medem temperaturas, por vezes forçando barreiras, por vezes relaxando e cedendo espaço. Uma decisão constitucional é definitiva apenas do ponto de vista do processo a que foi submetida [sem mencionar que, ainda para a Corte, a questão pode ser reapreciada, mas não significa que o Parlamento cederá. Se a decisão da Corte preponderou, esse fato geralmente é resultado do reconhecimento da autoridade da decisão pelas demais instituições, as quais decidiram, por razões diversas, acomodar-se diante da decisão tomada, ainda que eventualmente tenham buscado, sem êxito, superá-la.

### 2.3 De qual Corte se cogita? O papel das Cortes Constitucionais nos diálogos

O destino natural das inquirições postas até aqui consiste em apontar qual perfil de Corte Constitucional se cogita no presente trabalho. Para além do debate, que povoou a doutrina brasileira, sobre a Corte ser ativista ou comedida, o paradigma dialógico implica no reconhecimento ontológico do perfil político das Cortes, integrantes do debate público. Deontologicamente, contudo, não se deve descartar que Cortes Constitucionais podem ser objeto de arranjos institucionais, a fim de que, senão com certeza, ao menos se aproximem mais de um perfil que se acredita ser mais adequado.

É dizer ser plenamente possível cogitar o papel que as Cortes Constitucionais devem desempenhar nas democracias contemporâneas e de que forma os desenhos institucionais podem ser concebidos para essa finalidade. Aliás, não são raras as tentativas de alteração desses desenhos com objetivo de aproximar a Corte do modelo institucional que se acredita ser mais

---

(MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. E-book. p. RB-5.3).

<sup>188</sup> “Há no Brasil uma submissão cega à ideologia do *judicial review*, fortalecida pela adoção de uma teoria jurídica elaborada a partir das características do sistema constitucional estadunidense”. (Ibidem.)

<sup>189</sup> “Em outras palavras, a contenção e o minimalismo da Corte entram aí como formas de favorecer a participação popular e o diálogo institucional” (Ibid, p. RB-5.1)

adequado. É o que ocorre, por exemplo, na alteração da forma de nomeação dos magistrados; da determinação de mandatos *pro tempore* ou mandatos vitalícios; do nível de objetividade dos requisitos para indicação de seus membros; da alteração da forma de deliberação, regras de procedimento e efeitos *ope legis* de suas decisões. É o que faz, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni em “Julgamento nas Cortes Supremas”, em defesa de um modelo de Corte Suprema que se identifique com ideia de Corte de Precedentes.<sup>190</sup>

Evidentemente que essas percepções carregam forte conteúdo ideológico. A ideologia, contudo, não deve ser lida com a acepção negativa com a qual comumente é empregada na vida cotidiana, ou nas obras de Karl Marx e Friedrich Engels.<sup>191</sup> O termo “ideologia” é empregado na sua acepção positiva, à semelhança da definição proposta por Norberto Bobbio, como conjunto de ideias e valores respeitantes à ordem pública, cuja missão consiste em orientar os comportamentos políticos coletivos.<sup>192</sup>

Nesse sentido, para os fins do presente trabalho, cogita-se de uma Corte Constitucional cuja atuação tenha fulcro nas seguintes premissas: (i) as Cortes devem garantir direitos fundamentais; (ii) as Cortes devem garantir a defesa dos direitos das minorias subintegradas; (iii) as Cortes devem reconhecer os fatos impeditivos e modificativos de suas decisões; (iv) as Cortes devem ser conhecedoras do momento constitucional no qual atuam; (v) as Cortes Constitucionais devem ser Cortes Supremas de precedentes; e (vi) as Cortes devem dialogar com outras instituições e a sociedade civil na resolução das questões constitucionais que a elas são submetidas.

### 2.3.1 As Cortes devem garantir a defesa de direitos de minorias subintegradas

Inquirir acerca do papel desempenhado pelas Cortes Constitucionais é, em certa medida, questionar-se quanto à função da jurisdição constitucional em preservar os valores do constitucionalismo. A formatação judicial das Cortes, integradas por magistrados, e, portanto, submetidas aos valores do judiciário, como imparcialidade, independência e dever de

<sup>190</sup> Em mencionada obra, são várias as contribuições que o autor busca aportar ao processo constitucional, das quais vale destacar a alteração da forma de deliberação. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. São Paulo: Ed. RT, 2015).

<sup>191</sup> Para um estudo da visão instrumentalista de ideologia como mecanismo de dominação das massas, conferir: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007.

<sup>192</sup> BOBBIO, Norberto. Vilfredo Pareto e la critica delle ideologie. *Rivista di filosofia*. XLVIII. 1957, pp. 355-388.

fundamentar decisões, é frequentemente mencionada como fundamento das Cortes em exercer a jurisdição constitucional em favor da proteção dos direitos fundamentais.<sup>193</sup>

A função de proteção dos direitos fundamentais decorre da própria noção de constitucionalismo, em que as Constituições foram criadas com vocação à garantia de direitos e da organização política do Estado. Nesta senda, a missão das Cortes Constitucionais, ao exercer a função jurisdicional constitucional, deve estar orientada à proteção desses direitos, especialmente quando verificada sua violação pelos demais poderes.

Essa assertiva é o corolário de uma função mais ampla das Cortes Constitucionais. Nas democracias contemporâneas, as Cortes exercem um papel de *accountability* constitucional: elas integram um sistema (não limitado a ela) de controle e proteção dos valores fundamentais da Constituição, daquilo que denuncia sua própria identidade e cujo desrespeito macula a própria ordem constitucional.

Tributária da atuação das Cortes como protetoras dos direitos fundamentais, igualmente as Cortes possuem legitimidade para atuação proativa na defesa de minorias subintegradas. Conforme preleciona Marcelo Neves, os subintegrados são apenas parcialmente inseridos no ordenamento jurídico, e denunciam relações sociais em que o processo de juridificação encontra-se incompleto ou corrupto. Nas relações de sub e sobreintegração, o texto constitucional deixa de ser um “horizonte de agir e vivenciar jurídico-político”,<sup>194</sup> mas uma oferta jurídica manipulada segundo a constelação de interesses dos sobreintegrados.

Esse processo de desjuridificação como negação da cidadania ocorre de maneira distinta quando contrapostos os centros e periferias da sociedade mundial. Nas periferias mundiais, a modernidade é um projeto inacabado,<sup>195</sup> fato tratado, na tradição luhmanniana, como um defeito na diferenciação funcional dos sistemas sociais, em que a fronteira entre subsistemas sociais como Direito, Política e Economia, por exemplo, é nebulosa.<sup>196</sup> É precisamente nesse contexto que emergem as figuras dos sistemas jurídicos paralelos, por vezes endereçados como fenômenos de pluralismo jurídico,<sup>197</sup> mas que representam, em verdade, verdadeiras

---

<sup>193</sup> Kelsen, Hans. *La garantie juridictionnelle de la Constitution. Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'Étranger*. Traduction de Charles Eisenmann. 1928.

<sup>194</sup> NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro. Vol. 37, no 2. 1994, p. 261.

<sup>195</sup> O termo é devido a Jürgen Habermas nos embates ocorridos com Theodor W. Adorno e Max Horkheimer e os pós-modernos. Habermas aponta a modernidade como um projeto inacabado. (HABERMAS, Jürgen. *Modernidade: um projeto inacabado*. In: ARANTES, O.; ARANTES, P. *Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas*. São Paulo: Brasiliense, 1992).

<sup>196</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II* (G. Bayer) Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

<sup>197</sup> SANTOS, Boaventura. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada. In: C. Santc t ]. Falcão (orgs), *Sociologia e Direito: Leituras Básicas de Sociologia Jurídica*. São Paulo Pioneira. 1980.

miscelâneas sociais em que os subintegrados são impelidos, pelo Estado, a procurarem formas autônomas de organização político-jurídica.<sup>198</sup>

Resultado desse processo é o caráter simbólico contido no texto constitucional, em que a legislação simbólica pode ser definida “como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”.<sup>199</sup> Nesse sentido, a declaração de direitos contida na Constituição desempenham uma função de um álibi. Logo, “o Estado e os respectivos legisladores ou governantes apresentam-se, retoricamente, identificados com os valores da cidadania, sendo atribuídos à ‘sociedade’ os obstáculos da sua não-realização”.<sup>200</sup>

Essa experiência jurídica da periferia da sociedade mundial depõe a favor de posturas proativas das Cortes na busca pela efetividade normativa da declaração de direitos, especialmente quando verificado o hiato representativo que por vezes macula a relação entre os poderes Legislativos e Executivo e os subintegrados. Daí por que ser esdrúxulo o mero transplante de realidades constitucionais de outros ordenamentos cujas experiências de modernidade não revelam o grau de desjuridificação das periferias da sociedade mundial. Não se pode olvidar a existência, atualmente, de um movimento de refluxo em direção ao centro da sociedade mundial, como se depreende, por exemplo, da crise migratória europeia que marca as tensões sociais nesse continente nas últimas décadas.<sup>201</sup> Esse refluxo, contudo, é incapaz de desnaturar a dinâmica de integração normativa dos subcidadãos na periferia mundial. Essas tentativas de mera incorporação de paradigmas constitucionais das nações ditas poderosas, para além da colonização do pensamento, obnubila o fato de que o questionamento acerca do perfil das Cortes Constitucionais não pode ocorrer à margem do grau de integração normativa dos indivíduos ao sistema jurídico.

---

<sup>198</sup> NEVES, Marcelo. Do pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: o problema da falta de identidade da (s) esfera (s) de juridicidade da modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Revista Direito em Debate*, v. 4, n. 5, 1995.

<sup>199</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 31.

<sup>200</sup> NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro. Vol. 37, no 2. 1994, p. 267.

<sup>201</sup> “Os países mais poderosos jogam bombas, impõem governos corruptos, obstaculizam o desenvolvimento econômico nos países fracos e deformam as relações internacionais, mas não têm condições de evitar a poluição humana e social que resulta de tudo isso. O lixo retoma não apenas na forma da onda de terrorismo e de criminalidade global, mas também e sobretudo mediante a incontrolável avalanche de exclusão causada por guerras, fome e opressão”. (NEVES, Marcelo. Do transconstitucionalismo à transdemocracia. In: BUENO, Roberto (organizador). *Democracia: da crise à ruptura, jogos de armas: reflexões para a ação*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017, cap. 30, p. 1112).

Portanto, a função contramajoritária da jurisdição constitucional carrega uma ambivalência a ela inerente: ao tempo em que representa uma dificuldade,<sup>202</sup> é também seu trunfo, na medida em que a jurisdição constitucional pode servir de instrumento de juridificação dos subintegrados.

### 2.3.2 As Cortes devem historicizar o momento constitucional: conjunturas de erosão constitucional justificam posturas ativas

Uma outra variável que merece atenção consiste no reconhecimento do momento constitucional do país por parte das Cortes Constitucionais. Apesar da similitude com a terminologia empregada por Bruce Ackerman,<sup>203</sup> o termo “momento constitucional” é lançado na sua versão mais literal: presta-se a designar o estado da arte da *práxis* constitucional no momento em que a Corte decide. *Práxis* porque implica em reconhecer o feixe de elementos que atravessa a experiência constitucional, compreendendo (i) a aptidão da norma constitucional em produzir seus efeitos (eficácia normativa); (ii) a medida em que esses efeitos alcançam os fins para os quais foram designados (efetividade ou eficácia social); (iii) o grau de respeito institucional à Constituição e de que maneira o Estado maneja as normas constitucionais; (iv) o grau de incarnação da cultura constitucional<sup>204</sup>; e (vi) os eventuais riscos democráticos por que passa a Constituição, como tentativas de rupturas institucionais, usos abusivo ou autoritário da Constituição, e situação de grave violação às normas constitucionais, especialmente àquelas atinentes ao rol de direitos fundamentais e à organização e manutenção dos poderes constituídos.

É dizer que o exercício da jurisdição constitucional deve sopesar o momento histórico em que a Corte exerce sua função e, portanto, deve historicizar a Constituição, isto é “seus significados passarem a ser extraídos de percepções, análises, diagnósticos e julgamentos da realidade presente, sejam quais forem os pontos de vista que os presidem”.<sup>205</sup>

<sup>202</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Segunda edição. Nova Iorque: Yale University Press. 1962.

<sup>203</sup> ACKERMAN, Bruce. *We the people, volume 1: Foundations*. Harvard University Press, 1993.

<sup>204</sup> O termo é anfíbológico, razão pela qual se utiliza no viés descrito por Paulo Ferreira da Cunha: “O conceito, nem sempre recebido pela doutrina mais tradicional, de — cultura constitucionall, se tomado na sua acepção mais operativa, englobando o conhecimento e adesão do Povo à tríade principal da 1) Constituição como estabilidade e ordem (ou princípio de integração), 2) prevalência da constituição na hierarquia normativa (ou princípio da supremacia constitucional) e 3) Constituição como medida das normas (ou princípio da constitucionalidade das leis).” (DA CUNHA, Paulo Ferreira. *Cultura constitucional e revisões constitucionais*. *International Studies on Law and Education*. vol. 8 mai-ago. CEMOrOc-Feusp / IJI-Univ. do Porto. 2011. p. 5),

<sup>205</sup> PEREIRA, Luisa Rauter. Uma história do conceito político de povo no Brasil: Revolução e historicização da linguagem política. *Anais do XXVI Simpósio Nacional de História-ANPUH*. São Paulo, 2011.

Não raramente, a Constituição é levada ao seu limite de ruptura, como acontece nos fenômenos que, apesar de distintos, são afins entre si, tais quais “*constitutional hardball*” em que agentes políticos adotam práticas que, inobstante não serem patentemente inconstitucionais, prestam-se a vulnerar concepções nodais da própria Constituição para fins de extermínio de adversários políticos;<sup>206</sup> ou o conceito de constitucionalismo abusivo, em que se verifica “o uso de mecanismos de mudança constitucional para corroer a ordem democrática”.<sup>207</sup>

Portanto, critica-se a premissa contida na expressão “interpretação caridosa” segundo a qual as instituições devem ser lidas a partir do ideal comum de preservação e otimização da Constituição.<sup>208</sup>

Nesse sentido, posturas mais proativas ou restritas das Cortes não podem ser concebidas de forma divorciada da realidade constitucional do país, tampouco da função que porventura a Corte venha a desempenhar na manutenção da ordem constitucional

### 2.3.3 As Cortes devem reconhecer os fatos impeditivos e modificativos de suas decisões

Igualmente as Cortes precisam ser conhecedoras dos elementos que impeçam a decisão definitiva de mérito, pelo menos na sua versão clássica no processo constitucional. O conhecimento jurídico convencional limita a jurisdição constitucional às sentenças clássicas, que julgam procedente ou improcedente o pedido de mérito deduzido da ação, ou extingue o processo sem resolução de mérito por alguma razão de natureza processual que impede o juízo meritório da ação.

É bem verdade que essa maneira de conceber o exercício da função constitucional foi parcialmente temperada em razão da introdução de técnicas processuais diversas, mas sem que isso representasse, verdadeiramente, uma mutação na maneira de se conceber a função jurisdicional constitucional.

Em apertada síntese – haja vista ser tema a ser depurado posteriormente –, a jurisdição constitucional brasileira deve reconhecer a multitude de distintas maneiras de prestar sua função, sem limitá-las às denominadas sentenças terminativas. No atual estado da arte do processo brasileiro, esse giro paradigmático já pode ser notado no processo civil, como

<sup>206</sup> TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *John Marshall Law Review*, v. 37, n. 2. 2004, pp. 523-553.

<sup>207</sup> LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. *Revista Jurídica da UFERSA*, v. 4, n. 7. 2020. pp. 17-71.

<sup>208</sup> Mais recentemente, o princípio da interpretação caridosa serviu de premissa para os estudos levados a cabo por Luiz Henrique Krassuski Fortes, em tese de doutorado defendida na Universidade Federal do Paraná: FORTES, Luiz Henrique Krassuski. Supremo processo constitucional: a guarda da constituição em sentido estrito e o seu adequado módulo processual. Tese de Doutorado. UFPR. Curitiba, 2023.

denunciam as obras dedicadas às novas formas de prestação da função jurisdicional;<sup>209</sup> igualmente esse fenômeno pode ser notado no debate acerca das capacidades institucionais,<sup>210</sup> e na defesa do uso do poder de não decidir pelas Cortes.<sup>211</sup>

Nesse sentido, as Cortes devem ser conhecedoras dos fatos que impliquem impedimento ou modificação na sua forma de decidir, como ocorre no reconhecimento da limitação de suas capacidades institucionais, de existência de fóruns mais adequados para deliberação, desconhecimento acerca da profundidade dos fatos indispensáveis para resolução da demanda ou imaturidade epistemológica para apreciação imediata da questão constitucional a qual foi submetida.

### 2.3.4 As Cortes Constitucionais devem ser Cortes Supremas de precedentes

O debate quanto à natureza da função das Cortes Superiores é fonte frutuosa de debates na doutrina brasileira. Insetos nela, Daniel Mitidiero<sup>212</sup> e Luiz Guilherme Marinoni<sup>213</sup> despontam como importantes defensores das Cortes Superiores, ditas de vértice, como Cortes Supremas incumbidas da função de interpretar (e pacificar a interpretação, na denominada função nomofilática) o direito constitucional (STF) e infraconstitucional (STJ), por intermédio da formação de precedentes – os quais seriam, para eles, sempre dotados de força obrigatória.<sup>214</sup> Outra premissa consiste em compreender que as Cortes Supremas são detentoras da última palavra.<sup>215</sup> Conseqüência natural dessa premissa reside na compreensão das Cortes Supremas como produtoras de precedentes dotados de força obrigatória.

<sup>209</sup> Das quais cabe destacar: GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020; e CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

<sup>210</sup> Conferir: ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n.38, jan.-jun., 2011; CABRAL, Antonio do Passo, *Juiz natural e eficiência processual. Flexibilização, delegação, e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Livro digital. 2021.

<sup>211</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters. 2021.

<sup>212</sup> MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

<sup>213</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Cortes de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 3. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, capítulo 3, p. RB-4.1.

<sup>214</sup> Daí por que a defesa de que o controle da aplicação do precedente não deveria recair na Corte que o concebe, mas nas Cortes de Justiça, a quem deveriam ser endereçadas as reclamações (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 81).

<sup>215</sup> Para Daniel Mitidiero a Corte de Precedente está “encarregada de dar a última palavra sobre o significado do direito constitucional ou do direito federal” (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 84).

As Cortes Supremas produzem precedente, mas nem todo precedente detém eficácia vinculante, como dá pistas as previsões normativas que buscam conferir eficácia vinculante a pronunciamentos que, não obstante constituírem precedente, não possuem *per se* essa aptidão eficaz. É o que se verifica, por exemplo, na norma insculpida no inciso X, do art. 52, da Constituição Federal, em que se encontra prevista a possibilidade de suspensão da lei declarada inconstitucional em controle incidental de constitucionalidade, por juízo de conveniência do Senado Federal.<sup>216</sup> Corolário lógico dessa disposição é compreender que nem todo precedente oriundo dessa modalidade de julgamento é dotado de eficácia vinculante. Essa evidência é confirmada quando verificado que, no circuito de processamento do Recurso Extraordinário, no STF, a repercussão geral serve de filtro para seleção de todos os recursos. Todavia, em alguns casos específicos, o Recurso é julgado em uma sistemática diversa, e mais rara, em que se tem a delimitação de Tema, com conseqüente formação de precedente com eficácia vinculante.<sup>217</sup>

Há especial confusão em relação a essa polêmica acerca da força normativa dos precedentes e a dicotomia “vinculante ou não vinculante”, “obrigatório ou persuasivo”, que se verifica em parcela da doutrina. De mesmo modo, não raramente esse debate é circunscrito à dicotomia *common law* e *civil law*, atribuindo-se, ao primeiro, a índole de serem todos os precedentes obrigatórios. Michele Taruffo alerta para a impropriedade desse argumento, não apenas em função da evidente aproximação dos dois sistemas, na atualidade; como também em razão da existência de precedentes não vinculantes no sistema de *common law*.<sup>218</sup>

Ao analisar questionamentos semelhantes, Neil Duxbury reconhece a inadequação da abordagem positivista que associa a norma jurídica exclusivamente à sua sanção. Alinhado com as ideias de Herbert Hart, Neil Duxbury argumenta que, ao decidir com base em precedentes, os juízes não agem por temor à imposição de uma sanção, mas sim porque o precedente é considerado, entre os magistrados, como a prática correta – uma norma cujo desvio é percebido de maneira negativa. Prosseguindo, a compreensão precisa da eficácia do precedente implica

---

<sup>216</sup> Discorda-se, portanto, de Luiz Guilherme Marinoni, para quem a existência dessa regra em nada altera a força obrigatória de todos os precedentes judiciais, ao fundamento de que se presta a oportunizar ao Senado que, “mesmo que consciente da impossibilidade de os juízes aplicarem a lei, suspenda a sua execução para evitar que ela possa ser reeficazada ou reavivada pela própria Corte”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters. 2021, p. 962). Não se concorda com essa percepção, não apenas pelas motivações já expostas, mas também pela evidente, e indevida, importação de umas das razões de existir do *stare decisis*, do direito estadunidense, para o modelo brasileiro – o que o torna, em certa medida, bastante inverossímil.

<sup>217</sup> O tema é bem explorado por Paulo Mendes de Oliveira: OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Recurso extraordinário e seus circuitos processuais: O adequado entendimento do trâmite do recurso extraordinário auxiliará bastante na regulamentação do requisito da relevância do recurso especial. *Revista Jota*. Disponível em : <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/recurso-extraordinario-e-seus-circuitos-processuais-15102022>. Acesso em 7 de janeiro de 2022.

<sup>218</sup> TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. v. 48, n. 2. 1994.

em reconhecer as limitações dos paradigmas positivistas que concebem o Direito como uma ordem coercitiva, sujeitando a norma à sanção.<sup>219</sup> Para Duxbury, a vinculação ao precedente significa que os juízes se verão obrigados por ele, ou, no mínimo, comprometidos a considerá-lo.<sup>220</sup> Isso não implica, contudo, na ausência de sanção em caso de violação à norma do precedente. Em outras palavras, como norma, o precedente pode ser mais adequadamente descrito não como uma regra legal, mas como uma instância de comunicação de um exemplo dotado de autoridade. Isto é, ainda que por vezes não dotado de força obrigatória, ou ausente seu caráter sancionador, o precedente é norma precisamente porque é considerado, do ponto de vista interno do ordenamento jurídico, como padrão de comportamento a ser perseguido.<sup>221</sup>

Isto é, o precedente judicial é norma e, portanto, presta-se a estabilizar expectativas normativas e define padrões de comportamento – especialmente no interior da administração judiciária, haja vista serem os juízes os principais destinatários e criadores dos precedentes.

Destarte, apesar de se concordar com a tese de que as Cortes Superiores devem ser lidas como Cortes produtoras de precedente, discorda-se da visão de que esses precedentes são automaticamente dotados de eficácia vinculante.

### 2.3.5 Em todo cenário, as Cortes devem garantir a intervenção de outras instituições e da sociedade civil

Independentemente da conjuntura, a Corte deve não apenas permitir, mas verdadeiramente garantir a intervenção de outras instituições e agentes da sociedade civil no bojo da jurisdição constitucional. Quanto ao ponto, a despeito de já se ter mencionado a empiricidade com que os diálogos constitucionais se manifestam, os diálogos devem igualmente ser concebidos como fenômeno a ser perseguido, em sua dimensão normativa. Como exaustivamente depurado pelas teorias argumentativas e discursivas,<sup>222</sup> é na abertura comunicativa inculpada nos fundamentos das decisões que se situa a legitimação da força do Direito.

<sup>219</sup> É o que se verifica, por exemplo, na obra de Hans Kelsen, para quem a norma jurídica vincula em razão de seu conteúdo sancionar, não obstante reconheça, em sua Teoria Pura do Direito, deveres jurídicos sem sanção, como são as obrigações naturais (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes. 1985, pp. 55-57).

<sup>220</sup> DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Nova Iorque: Cambridge University Press. 2008, p. 21.

<sup>221</sup> Alguém poderia afirmar que, desse modo, precedente seria sinônimo de jurisprudência, o que se rejeita igualmente. A distinção entre ambos é quantitativa e qualitativa e é muito bem elaborada por: TARUFFO, Michele; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Precedente e jurisprudência. *Revista civilistica*. com, v. 3, n. 2, p. 1-16, 2014.

<sup>222</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e liberdade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol I, 2a ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

Nessa toada, a abertura aos diálogos dá azo a duas funções.

A uma, ela serve de oferta legitimadora das ações das Cortes: ao traduzir, nas decisões judiciais, a constelação de argumentos aportados por diferentes agentes que intervieram no processo, a Corte ameniza, sem resolver, contudo, a dificuldade democrática das suas decisões. Na modernidade, o agir comunicativo, na arena pública, é pedra de toque na constituição do discurso normativo.<sup>223</sup>

A duas, ela tem função otimizadora: é na variedade de discursos que a Corte é capaz de identificar a solução constitucional mais adequada, inclusive a respeito da possibilidade de não decidir. Nesse sentido, “todo o observador tem um limite de visão no ‘ponto cego’, aquele que o observador não poder ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação”,<sup>224</sup> portanto, a abertura cognitiva permite aquilo que pode ser sintetizado na ideia segundo a qual “o ponto cego, o outro pode ver”.<sup>225</sup>

### 2.3.5 Conclusões parciais

O ponto nodal dessas inquirições repousa na superação do dualismo entre maximalismo e minimalismo no exercício da função jurisdicional constitucional. A atuação das Cortes pode pendular para atuações mais proativas na resolução de questões constitucionais atinentes à proteção de minorias subintegradas, ou segundo o momento constitucional por que passa o Estado no momento de exaração da decisão. Conforme pontuado, momentos de erosão constitucional em que a Constituição é deliberadamente manipulada de maneira abusiva e tendente aos interesses dos sobreintegrados, à Corte é dado agir em proteção à cláusula essencial de proteção do Estado de Direito. Em certa medida, reconhecer essa missão é um truísmo: evidentemente que a proteção de minorias subrepresentadas não é exclusiva das Cortes Constitucionais, mas resultado da própria concepção moderna de Constituição.

Igualmente, a postura da Corte pode estar sujeita a contextos que implicam no reconhecimento de fatos impeditivos ou modificativos da prestação jurisdicional sobredita como clássica. Nesse cenário, a Corte deve se confrontar com possibilidades criativas de prestação da sua função, o que será exposto na segunda parte desta monografia.

---

<sup>223</sup> Ibidem.

<sup>224</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WWF Martins Fontes. 2009. pp. 297-298.

<sup>225</sup> No direito brasileiro, a frase foi empregada por Marcelo Neves, a respeito do fenômeno que convencionou denominar de transconstitucionalismo. Logo, a frase foi concebida em contexto sensivelmente distinto daquele colocado no presente trabalho, mas com abstrata aderência às ideias aqui prolatadas.

## PARTE 2: O PROCESSO CONSTITUCIONAL DIALÓGICO

Colocadas as premissas teóricas essenciais para desenvolvimento da pesquisa, a segunda parte cuida de analisar o processo constitucional, com ênfase no caso brasileiro, à luz da teoria dos diálogos constitucionais. Nessa medida, possui dupla pretensão. A primeira consiste em pôr luz aos mecanismos e técnicas existentes que permitem o diálogo constitucional. Neste afã, o trabalho possui condão descritivo, em função da ordem jurídica vigente. A segunda pretensão diz respeito ao caráter propositivo, quando o diálogo constitucional representa a maneira adequada para solução de problemas constitucionais.

A diferença entre o que é técnica, efeito ou função por vezes é nebulosa. Prova disso é o debate acerca de novas formas de prestação da função jurisdicional, que na literatura estadunidense é interpretada como técnica ou método,<sup>226</sup> no interior da decisão judicial, mas que tem, na literatura especializada brasileira, um *status* mais abrangente.

Se é possível organizar em categorias, um critério há de ser a decisão constitucional. Se localizado no interior da decisão (endógeno), está-se a analisar técnica. As técnicas representam a tradução, no interior da decisão constitucional, de argumentos ou emprego de instrumentos que permitem diálogos constitucionais, ainda que seus efeitos extrapolem o processo – até mesmo porque técnica decisória e efeitos da decisão são diversos entre si.

Nos capítulos que seguem, o presente trabalho ocupar-se-á de analisar o processo constitucional à luz dos diálogos constitucionais. O constitucionalismo dialógico é referencial teórico comum, mas não único. Em cada um, novas perspectivas processuais são adotadas para interpretação do processo constitucional.

---

<sup>226</sup> BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71. Nova York: *Brooklyn Law Review*. 2006.

### CAPÍTULO 3: NOVAS FORMAS DE PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL

Ao trabalhar o conceito de paradigma, Thomas Kuhn põe à prova a percepção científica de que conceitos são desenvolvidos por meio de acúmulo, mas por rupturas. Os cientistas que atuam sob determinado paradigma se orientam por ele em suas pesquisas e na sua forma de questionamento – a dita ciência normal.<sup>227</sup> Essa concepção, de ordem da filosofia da ciência, conduziu a um giro linguístico também perceptível no Direito.<sup>228</sup> O pano de fundo da linguagem é uma espécie de pré-compreensão dos conceitos. Os indivíduos possuem seus conceitos concebidos, atribuem sentidos às palavras de maneira não uniforme, o que faz com que nem sempre um processo comunicativo crie a compreensão desejada pelo emissor. Quando a comunicação sai do pano de fundo da linguagem para o campo do debate é possível perceber o quão pré-compreendida uma palavra pode ser.<sup>229</sup>

Esse giro linguístico deu base às teorias de filosofia da linguagem, em que teóricos denunciam a relativa indefinição dos conceitos e a potencial ambiguidade a que eles são submetidos.<sup>230</sup> Semelhante cenário é observado no Direito. Se o Direito é, fundamentalmente, comunicação, “os fenômenos da ambiguidade e imprecisão das palavras e expressões jurídicas levam ao surgimento dos conceitos jurídicos indeterminados”<sup>231</sup> e encerram uma zona de disputa semântica de repercussão prática evidente.<sup>232</sup>

---

<sup>227</sup> KUHN, Thomas S. *A estrutura das Revoluções Científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A. 1998.

<sup>228</sup> Sobre o tema, Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti desenvolvem esse giro linguístico em CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. 1. Reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>229</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. 1. Reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>230</sup> Sobre o tema, conferir COPI, Irving M, & COHEN, Carl. *Introduction to Logic*. Upper Saddle River, N.J: Pearson/Prentice Hall. 2014, p.. 79: “Many disputes, whether about beliefs or about attitudes, are genuine. However, some disputes are merely verbal, arising only as a result of linguistic misunderstanding. The terms used by the disputing parties may have more than one meaning— they may be ambiguous—but such ambiguity may be unrecognized by the disputing parties. To uncover and to resolve verbal disagreements, ambiguities must be identified, and the alternative meanings of the critical terms in the dispute must be distinguished and clarified”.

<sup>231</sup> GRAU, Eros Roberto. Os conceitos jurídicos e a doutrina real do direito. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, vol. 77, p. 221-234, 1982. p. 223

<sup>232</sup> “De outra, cumpre observar que a tradicionalmente chamada Ciência do Direito não é apenas interpretativa, mas também — se é que se a pode, assim, admitir como ciência — normativa. Por isso que a finalidade dela não é apenas o desejo de saber ou conhecer, mas, sobretudo, a de viabilizar a realização das finalidades da norma jurídica: ordenação e/ou realização de políticas. (GRAU, Eros Roberto. Os conceitos jurídicos e a doutrina real do direito. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, vol. 77, p. 221-234, 1982. p. 227)

Daí por que a importância da delimitação dos conceitos dos institutos jurídicos também do Direito Processual, como alertou Heitor Vitor Mendonça Sica.<sup>233234</sup>

Ingresso nesse debate, o instituto da jurisdição é objeto de disputa semântica entre diferentes correntes – todas ocupadas em definir suas características e informar seus princípios. Como é de ser em disputas dessa natureza, a opção de uma ou outra característica representa a exclusão das demais, de modo a alargar ou restringir o conceito de jurisdição. Na sabedoria popular, toda escolha encerra uma renúncia.

Fato objetivo é que, nos últimos anos, parcela da doutrina processual brasileira<sup>235</sup> vem se ocupando de renovar o conceito de jurisdição, ajustando-o à contemporaneidade. Por consequência desse esforço acadêmico, o conceito clássico de jurisdição passa por momento de crise,<sup>236</sup> denunciada pela sua inadequação [e insuficiência] às novas formas jurisdicionais que se observam.

Em monografia dedicada ao tema, Marcelo Barbi Gonçalves minudencia a necessidade de redimensionamento da teoria da jurisdição, por meio de importantes críticas às características clássicas da jurisdição.<sup>237</sup> Ainda em 2016, Antonio do Passo Cabral alertava para a necessidade de um novo conceito de jurisdição, desligado da noção de estatalidade e flexível às novas formas de prestação jurisdicional, como arbitragem e *alternative dispute resolutions*, por exemplo; bem como um conceito aberto ao reconhecimento da jurisdição de povos indígenas e autóctones.<sup>238</sup>

Não obstante esse esforço, o processo constitucional carece de uma formulação teórica renovadora do conceito de jurisdição, restando desconectado das novas correntes teóricas focadas no direito processual civil e penal. Ao contrário do que acontece nesses dois últimos, a jurisdição constitucional não foi objeto de uma teoria geral que buscasse aglutinar todos os elementos informadores do processo constitucional – ficando à margem das teorias generalistas de processo centradas no trinômio lide, processo e ação.<sup>239</sup> Se a teoria geral do processo consiste

<sup>233</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Velhos e novos institutos fundamentais do direito processo civil. In 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>234</sup> Sobre o tema deste trabalho [jurisdição], entende-se que, não obstante a captura do estudo por parte da Ciência Processual brasileira, o tema diz, antes, com a própria Teoria do Direito, na condição de elemento estruturante do sistema jurídico.

<sup>235</sup> Dos quais vale registrar, não exaustivamente, os professores Antonio do Passo Cabral, Marcelo Barbi Gonçalves e Heitor Vitor Mendonça Sica.

<sup>236</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Velhos e novos institutos fundamentais do direito processo civil. In 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>237</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

<sup>238</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Per un nuovo concetto di giurisdizione*. In: Studi in onore di Nicola Picardi. 2016.

<sup>239</sup> Em sua célebre obra “A Instrumentalidade do Processo”, Cândido Rangel Dinamarco diz sobre a indefinição do escopo da teoria geral do processo, bem como a zona cinzenta que representa seus limites e abrangência, confira-se: “Ainda incipiente e problemática quanto ao reconhecimento de sua própria legitimidade científica, ela

em um “sistema de conceitos e princípios levados a grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual”,<sup>240</sup> também o processo constitucional é merecedor de uma formulação teórica capaz de informar as nuances típicas desse processo. Marcelo Barbi Gonçalves demonstra a insuficiência da lide, processo e ação como elementos aglutinadores da Teoria Geral do Processo<sup>241</sup>. Ao seu ver, é a jurisdição o elemento central da Teoria Geral do Processo, em razão de “ter sempre as mesmas substâncias e formas”, e adiciona que ela “visa, sempre, independentemente do ramo jurídico que efetiva, o fim de tutelar expectativas de incidência normativa”.<sup>242</sup>

Em homenagem à concisão que se busca conferir ao presente trabalho, a jurisdição constitucional será tratada a partir de uma lente bastante objetiva: o controle abstrato de constitucionalidade, em que a questão de constitucionalidade da norma é o objeto principal do processo – daí a denominação de processo objetivo. A razão fundamental reside no fato de que, no controle subjetivo, a questão de constitucionalidade é tratada incidentalmente no curso de um processo, como questão prejudicial interna ao mérito da demanda. Inserta em um processo com partes detentoras de interesses jurídicos subjetivos da demanda, o controle subjetivo encerra uma hibridez: ao tempo em que submetida a um procedimento *inter partes*, reúne nuances da excepcional atividade judicial de controle dos atos normativos dos demais poderes.<sup>243</sup>

Como é de ser, estudos dessa natureza implicam em avaliações tendencialmente holísticas do processo constitucional, em especial pela porosidade existente entre Direito e Política em se tratando de Direito Constitucional.<sup>244</sup> Não por outra razão, o tema atraiu atenção de teóricos de diferentes ramos metodológicos do Direito, desde processualistas até filósofos

---

não tem até hoje suas linhas bem definidas, nem o âmbito de sua abrangência.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Malheiros. 1993. p. 58).

<sup>240</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Malheiros. 1993. p. 59.

<sup>241</sup> Em resumo: “Lide, processo e ação, por díspares razões, mostraram-se incapazes de fornecer à Teoria Geral do Processo uma base de apoio. Se não há lide nos processos civil e penal, se as estruturas de ambos são influenciadas pela relação de instrumentalidade com o direito material que atuam, se o direito de ação se mostrou uma categoria descomprometida com a efetividade da tutela jurisdicional, sobre qual substrato se pode edificar um método integral de estudo do Direito Processual?” (GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 352).

<sup>242</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 352.

<sup>243</sup> Não se ignora o fenômeno, já muito debatido, de objetivação do controle difuso de constitucionalidade, em especial em virtude do sistema de precedentes obrigatórios e o advento da Emenda Constitucional nº 45, a qual estabeleceu a repercussão geral como filtro de admissibilidade do Recurso Extraordinário (DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo. *Curso de Direito Processual Civil – Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 375 e seguintes).

<sup>244</sup> Aliás, ainda que não adotado no presente trabalho, o paradigma luhmaniano explica a Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas do Direito e da Política, motivo pelo qual se verifica um intercâmbio de influências recíprocas entre ambos (LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais – esboço de uma teoria geral*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016).

do Direito. No prefácio à edição brasileira de *Jurisdição Constitucional* de Hans Kelsen, Sérgio Sérulo da Cunha anuncia parte da problemática aqui elaborada, ao apontar a necessidade de problematização da função jurisdicional à luz do controle concentrado de constitucionalidade.<sup>245</sup>

O presente capítulo insere-se nessa zona de disputa. Em um primeiro momento, busca-se evidenciar a crise por que passa o conceito de jurisdição, especialmente à luz da jurisdição constitucional, por vezes escamoteada pelos autores que se dedicam ao tema. Para tanto, o problema será identificado a partir do critério da pergunta mal posta, valendo-se de uma análise de zetética. Na sequência, o conceito clássico de jurisdição será colidido com novas características que indicam uma evolução semântica do instituto, para, daí então, delimitar qual conceito de jurisdição será utilizado no presente trabalho.

Definidas as características que informa esse novo paradigma, esse trabalho se ocupará de explorar novas formas de prestação jurisdicional, em especial as funções de aconselhamento, consulta e supervisão por parte das Cortes Constitucionais, com foco no Supremo Tribunal Federal. Essas novas formas de prestação da jurisdição constitucional encontraram, principalmente nos teóricos estadunidenses, íntima relação com a teoria dos diálogos institucionais. Em verdade, naquele país, o debate insere-se em um contexto de reflexão de alternativas para o exercício “ordinário” da jurisdição constitucional, a fim de promover outras formas de prestação jurisdicional constitucional que fossem capazes de contornar a crise de legitimidade democrática da Corte e a dificuldade contramajoritária. É nas novas formas de prestação jurisdicional que a Corte encontra respostas menos interventivas que a decisão tradicional, esta por sua vez carregada de uma pretensão de definitividade. Na tradição estadunidense, as novas formas de prestação jurisdicional são interpretadas como técnicas, ou, em uma tradução literal, “métodos judiciais”.<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> “Não são poucos, nem de pequena monta, os problemas teóricos envolvidos na criação do controle concentrado de constitucionalidade. O primeiro deles diz respeito à natureza da função jurisdicional, tradicionalmente considerada como correspondente à aplicação da lei a um caso concreto, e que no controle concentrado pode consistir também no julgamento em tese sobre a constitucionalidade da lei, ou seja, na fixação de um juízo não sobre fatos, mas diretamente sobre normas. O segundo problema — ligado ao primeiro — consiste em saber se essa nova função, assim assumida por um órgão judicial, é na verdade uma função legislativa. Um terceiro problema diz respeito à composição subjetiva da lide (às pessoas legitimadas a dela participar) e à extensão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade (se inter partes ou *erga omnes*” (CUNHA, Sérgio Sérulo da. Introdução à edição brasileira. In. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. XV).

<sup>246</sup> “Their unifying feature is that they advocate the self-conscious use of certain judicial decision-making techniques to enable judges to stimulate and encourage broader debate about constitutional meaning both within and within the political branches of government”. (BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71. Nova York: *Brooklyn Law Review*. 2006, p. 1123).

A ausência de uma formulação teórica especificamente atenta ao conceito de jurisdição constitucional exige previamente que essa lacuna seja preenchida.

### 3.1 **Jurisdição constitucional: quem controla? Pergunta mal posta, critério confuso; um problema de zetética — insuficiência da tese de legislador negativo e da revogação**

Qual uma petição de princípios, admitiu-se no Brasil a expressão “jurisdição constitucional”, sem as mais devidas sindicâncias quanto ao termo em si, e como ele se revela no processo constitucional. Em verdade, importando os aspectos atinentes à natureza do controle de constitucionalidade incidental, é dito ser jurisdição constitucional o controle no qual a questão de constitucionalidade é *principaliter*, sem mais aventuras acerca do conceito, ou acerca dos impactos que isso porventura poderia afligir à prática judicante.

Domesticamente, para José Afonso da Silva é bastante para resolver a questão admitindo que, uma vez realizado por órgão do Poder Judiciário, jurisdicional há de ser; de forma diversa, tratar-se-ia de controle político ou misto.<sup>247</sup> É essa, em idêntico sentido, a concepção de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco ao apontar que “o controle jurisdicional é aquele exercido por órgão integrante do Poder Judiciário ou por Corte Constitucional”.<sup>248</sup>

Ao lado desse entendimento, Teori Zavascki limita-se a conclamar que “qualquer que seja o modo como se apresenta o fenômeno da inconstitucionalidade ou o seu agente causador, ele está sujeito a controle pelo Poder Judiciário. A atuação desse Poder do Estado na interpretação e aplicação da Constituição constitui o que se denomina jurisdição constitucional”.<sup>249</sup> Georges Abboud discorre sobre o tema a partir da função da jurisdição constitucional e seu papel de contenção do autoritarismo, por meio dos valores do constitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, sem, contudo, explicar exatamente o que é a jurisdição constitucional – e o que a define como jurisdicional –, bem como por que o controle de constitucionalidade ingressaria nesse conceito.<sup>250</sup>

<sup>247</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional* positivo. 34 edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2011.

<sup>248</sup> MENDES, Gilmar, Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 1158.

<sup>249</sup> ZAVASCKI, Teori Albino, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4 ed. ReversusAtuali. Ampl: São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2017. p. 20.

<sup>250</sup> ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 439 e seguintes.

Trata-se de uma postura generalizada em que os autores se demitem da missão de investigar sobre a natureza do controle de constitucionalidade, incorrendo na petição de princípio de tê-la como jurisdicional. Em verdade, percebe-se que a definição da jurisdição constitucional é carente de uma análise teórica mais aprofundada e ocupada de responder o porquê de o controle de constitucionalidade adequar-se ao conceito de jurisdição. Isso se deve ao fato de que a natureza jurisdicional desse processo constitucional é pressuposta como certa — fato que gera obstáculo, até mesmo, para a adequação do exercício da jurisdição constitucional às novas formas de prestação jurisdicional. Como se ponderou na introdução, o conceito de jurisdição comporta uma disputa semântica, com implicações práticas evidentes no exercício da função jurisdicional.

Trata-se, na linguagem de Viehweg, importada por Tércio Ferraz,<sup>251</sup> de um problema de *zetética*, haja vista que a investigação do problema se acentua pelo aspecto que envolve a *pergunta*, não a *resposta* — esse último um problema típico de dogmática.<sup>252</sup> A *zetética* constitui verdadeira investigação quanto “àqueles elementos que constituem a base para a organização de um sistema de enunciados que, como teoria, explica um fenômeno, conservam seu caráter hipotético e problemático, não perdem sua qualidade de tentativa, permanecendo abertos à crítica”.<sup>253</sup>

Essa problemática de *zetética* se revela pelo questionamento [mal posto resumido na pergunta “Quem controla?”] como pressuposto para inquirir se é ou não jurisdicional determinada atividade. Permita-se a digressão, vez que não é esse o questionamento que dirige às especialidades do conceito de jurisdição. Pouco importa demandar se o órgão que exerce o controle de constitucionalidade integra ou não o Poder Judiciário, porquanto a resposta não revela as características inerentes à consecução da jurisdição.

Cumpra o registro de que a própria definição da jurisdição constitucional no controle de constitucionalidade foi objeto de embates entre autores divergentes quanto à natureza do exercício dessa função.

---

<sup>251</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª edição. São Paulo: Atlas S.A. 2003.

<sup>252</sup> “Viehweg propõe que se considere, na análise de como podem surgir âmbitos do conhecimento como âmbitos temáticos, a estes âmbitos como esquemas de perguntas e respostas. Constrói-se, assim, um campo de problemas suficientemente descritível e se oferecem respostas que, de acordo com procedimentos de prova a serem precisados, são finalmente aceitas ou rechaçadas. Nestes esquemas de perguntas e respostas é possível conferir maior importância às perguntas ou às respostas. Quando conferimos maior relevância às perguntas a estrutura aponta para a investigação ou *zetética*. Quando salientamos as respostas, para a *dogmática*.” (ROESLER, Cláudia Rosane. *Enfoque Dogmático e Enfoque Zetético como Pontos de Partida para Realizar a Interdisciplinaridade no Ensino Jurídico Contemporâneo*. *Revista Eletrônica de Direito Educacional*, 2003, p. 4).

<sup>253</sup> FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª edição. São Paulo: Atlas S.A. 2003, p. 40.

Veja-se alguns exemplos.

Karl Loewenstein, observando o modelo de *judicial review* nos Estados Unidos, constata que a atividade levada a cabo pelos tribunais, ao revisitar atos emanados do Legislativo e Executivo, não exerce atividade típica da judicatura – função jurisdicional –, mas um exercício autônomo de poder, independentemente da origem de sua emanação. Nessa perspectiva, travestida de fiscalização judicial, a Corte exerce uma atividade autônoma, em afino à Constituição, “tendente à organização do Estado”, e, por tudo o mais exposto, essencialmente política. Dessa sorte, a Corte Constitucional, ao exercer controle de constitucionalidade das normas, não realiza nenhuma das funções típicas dos três poderes, tal qual desenhados; mas uma quarta, autônoma, que deriva da rigidez e supremacia da Carta Política, mister sem o qual não haveria falar em constitucionalismo ou supremacia da Constituição.<sup>254</sup>

Grande farol do uso impreciso do termo “jurisdição constitucional” pode ser observado em Hans Kelsen. Em sua conferência no *Institut International de Droit Public*, em Paris, esse autor designa o termo “jurisdição” para o controle de constitucionalidade, aproximando-o, contudo, à função legislativa – em seu dizer, com sinal negativo. Para Kelsen, “o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal”.<sup>255</sup> A esse respeito, Kelsen discorre sobre o tema inserindo-o no espectro maior de debate das “garantias da Constituição”.<sup>256</sup> A jurisdição constitucional é definida como uma “organização técnica” de garantia específica da Constituição.<sup>257</sup> A anulação de lei ou ato normativo – face à desconformidade com a Constituição – é aplicação da norma constitucional, e, em grau inferior, criação de direito. Essa minimização do aspecto criativo deriva do fato de que a jurisdição constitucional é exercida à parte da criação de uma norma específica, elemento

---

<sup>254</sup> Sobre essa natureza diversa da típica função exercida pelos tribunais, Karl Loewenstein defende: “El Tribunal Constitucional fundamenta su competencia, nuevamente, en su derecho y deber de interpretar la constitución, ya que cada detentador del poder, para justificar su acción política, se apoya en su norma constitucional. Dado, sin embargo, que la sustancia del conflicto es la naturaleza política, la función del Tribunal Constitucional adquiere necesariamente un carácter político aunque la decisión esté revestida de forma judicial”. (LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2 edição ampliada. Barcelona-Caracas-México: Editora Ariel. 1979, pp. 321-322).

<sup>255</sup> “*l'organe à qui est confiée l'annulation des lois — inconstitutionnelles, même s'il reçoit — par l'indépendance de ses membres — l'organisation d'un tribunal, n'exerce cependant pas véritablement une fonction juridictionnelle.*” (KELSEN, Hans. In: *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*. Paris: Les Presses Universitaires de France. 1929. pp. 193-94). Na edição brasileira: KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 153.

<sup>256</sup> “Garantias da Constituição significam, portanto, garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis”. (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 126).

<sup>257</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 134.

caracterizador da atividade judicial, mas explicita a criação de uma norma geral incumbida de anular a lei inconstitucional.<sup>258</sup> Trata-se, na concepção exaustivamente replicada no Brasil, da compreensão da atividade de controle de constitucionalidade como “legislador negativo”.<sup>259</sup> Tanto quanto parece, o austríaco, dentro do binômio aplicação-efetivação, nota que a “anulação” de uma lei é criação de uma norma geral que revoga a lei objeto de controle de constitucionalidade. Isso, contudo, não seria suficiente para afastar o caráter jurisdicional do controle, no sentir de Hans Kelsen. Ao discorrer sobre o órgão a quem incumbiria a realização do controle de constitucionalidade, esse autor dá pistas de que o controle de constitucionalidade repressivo (após a edição da lei), consistente na anulação da lei inconstitucional, pode ou não ser jurisdicional, a variar em razão do órgão que realiza o controle, explicitando o problema de zetética que ora se denuncia.<sup>260</sup> A teoria kelseniana de legislador negativo – para além das deturpações de que foi vítima posteriormente – concede à decisão de inconstitucionalidade o caráter criativo de estabelecer uma norma geral encarregada de anular a norma inconstitucional.

Essas posturas evidenciam a imprecisão na terminologia adotada a respeito da jurisdição constitucional, por vezes tida como não jurisdicional. Essa inexactidão é multiplicada quando observada a postura de doutrinadores brasileiros, forte em Kelsen, de que o controle de constitucionalidade corresponde a uma atividade de legislador negativo. Essa tese – que obstaculiza a compreensão da jurisdição constitucional – decorre de uma incipiente visão das distintas funções do Estado.<sup>261</sup> Georges Abboud, ainda que por razões diversas, discorre acerca

---

<sup>258</sup> “A anulação de uma lei se produz essencialmente como aplicação das normas da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne a seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito. É, por conseguinte, efetivamente jurisdicional”. (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 153).

<sup>259</sup> Para Kelsen: “Or, annuler une loi, c'est poser une norme générale ; car l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa confection, n'étant pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative”. KELSEN, Hans. In: *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*. Paris: Les Presses Universitaires de France. 1929. p. 94). Nesta edição brasileira: “porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 152).

<sup>260</sup> “É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais - isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 150).

<sup>261</sup> Em seu texto “Notas sobre a Teoria da Jurisdição”, Afrânio Silva Jardim diferencia a função legislativa da jurisdicional a partir de um critério ontológico. Para ele, na “função legislativa, de caráter eminentemente constitutivo, o Estado cria regras de conduta gerais e abstratas que são impostas a todos de forma indistinta, regulando e possibilitando o convívio social” (JARDIM, Afrânio Silva. *Notas sobre a Teoria da Jurisdição*. In: *Direito Processual Penal*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p.32). Já a função jurisdicional estaria ligada à satisfação de pretensões, no léxico importado de Jaime Guasp, para fins de pacificação de um conflito de interesse (JARDIM,

da necessidade de superação da aceção dos tribunais constitucionais como legisladores negativos, haja vista as novas formas de prestação da jurisdição constitucional, em especial tendo em vista as técnicas manipulativas e decisórias, como acontece na declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.<sup>262</sup> Esse autor, contudo, parte de uma crítica àquilo que ele denomina de “aplicação pura e descontextualizada da teorização kelseniana”,<sup>263</sup> do ponto de vista ontológico, vendando-se à natureza eminentemente processual e propedêutico-normativa da questão, qual seja: a impossibilidade sistêmica de que a declaração de inconstitucionalidade possa ser compreendida como atividade legislativa, ainda que em sinal trocado. Em adição, Rodrigo Brandão explica que a tese do legislador negativo reduz a jurisdição constitucional à mera atividade supressiva, cuja aplicação, no contexto do STF, carrega contradições com a atividade judicante desta Corte Constitucional. Isso, em sua visão, entra em colisão com a mais [não tão recente aplicação normativa dos princípios constitucionais].<sup>264</sup>

É bem verdade que a atuação do STF tornou-se incompatível com a concepção de legislador negativo, em especial em virtude das novas técnicas decisórias e a existência de sentenças constitucionais criativas. Basta verificar que o conceito não convive, por exemplo, com o cenário de criação de norma infraconstitucional quando verificada a inconstitucionalidade por omissão, nas decisões criativas da Corte. Nada disso, todavia, explica a incompatibilidade da tese de legislador negativo com o controle de constitucionalidade.

Também é imprecisa a postura teórica que reduz o controle de constitucionalidade à mera revogação da norma inconstitucional. Ainda na teoria tradicional de Kelsen, a lei inconstitucional é válida, porém sujeita à anulação. Para esse autor, a lei inconstitucional carrega uma contradição em termos, haja vista ser a Constituição o fundamento de validade das normas infraconstitucionais, uma lei não poderia existir no ordenamento jurídico e ser inválida. Nessa concepção – que imiscui os planos de validade e existência da norma jurídica –, a lei inconstitucional é válida até que seja revogada.<sup>265</sup> Essa premissa coaduna-se com sua conclusão

---

Afrânio Silva. Notas sobre a Teoria da Jurisdição. In: *Direito Processual Penal*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 34).

<sup>262</sup> ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 483-486.

<sup>263</sup> ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 484.

<sup>264</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *O STF e o dogma do legislador negativo*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 44, 2014.

<sup>265</sup> Nas palavras de Hans Kelsen: “De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível qualquer afirmação jurídica sobre ela [...]. Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada como válida; e enquanto for válida, não pode ser inconstitucional” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São

de que “uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula, mas apenas anulável.”<sup>266</sup>

Jorge Amaury alertou que a inconstitucionalidade não é hipótese contida no conceito de revogação, vez que rigorosamente esse último implica no ato de “tirar voz” (ab-rogação e derrogação), espécie não contida nos efeitos da decisão inconstitucionalidade.<sup>267</sup> A revogação recai sobre a vigência normativa, sendo um instrumento de retirada da norma do ordenamento jurídico. O controle de constitucionalidade, ao revés, deriva da própria supremacia da Constituição, na busca de manutenção de sua soberania normativa.<sup>268</sup>

Se é verdade que a lei inconstitucional é inválida, a declaração de sua inconstitucionalidade nada mais é do que uma invalidação da norma, e, portanto, uma sanção.<sup>269</sup>

---

Paulo: Martins Fontes. 1985. p. 287). Em sentido diverso, Marcelo Neves esclarece a confusão dos planos jurídicos perpetrada pelo autor austríaco. Valendo-se de uma redefinição do conceito de “existência” de Pontes de Miranda, Neves explica: “O argumento kelseniano de que a Constituição pretende que a lei permaneça no sistema enquanto não há o ato ‘anulatório’ do órgão competente, confundindo pertinência com validade (ver item 1 do Cap. III), deve, conforme nossa perspectiva, ser interpretado de maneira diversa: o sistema jurídico reconhece a possibilidade de incompatibilidade entre normas legais e constitucionais, e, conseqüentemente, funcionando a Constituição como critério (fundamento) imediato de validade das leis, também reconhece a pertinência inválida (defeituosa) de normas legais, enquanto não haja o ato específico de expulsão” (NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva. 1988. p. 76). Para Neves, a norma inconstitucional “é inválida por não retrotrair perfeitamente ao complexo normativo originário, ou, em outra perspectiva, porque dele não deixa regularmente. No caso, a invalidade resulta de sua não-conformidade a todas as ‘regras de admissão’ contidas na Constituição, sejam os referentes ao procedimento de elaboração legislativa (aspecto) formal), ou as concernentes (direta ou indiretamente, positiva ou negativamente) ao conteúdo das normas legais (aspecto material). Portanto, é inválida porque não deriva perfeitamente (regularmente) do seu fundamento imediato de validade, a Constituição em vigor. Há suporte fático deficiente (invalidade), embora suficiente (pertinência), do ato legislativo”. (NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva. 1988. pp. 80-81).

<sup>266</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1985. pp. 292-293)

<sup>267</sup> “O pressuposto, pois, do exercício dessa técnica de controle – cuja acentuada diferença nos faz concluir não se afinar com a ideia de legislação negativa – é a conveniência política de manter a supremacia constitucional, enquanto o pressuposto da verdadeira legislação negativa é a opção por uma dentre várias condutas legiferantes permitidas. O exercício dessa tem como pressuposto a constitucionalidade; o daquela só incide quando houver inconstitucionalidade. Ambos têm em comum, todavia, o fato de atuarem no momento normativo da regra.” (NUNES, Jorge Amaury Maia. *Natureza da jurisdição constitucional*. No prelo. Não publicado.)

<sup>268</sup> Nesse sentido, concorda-se com Kelsen. “Une Constitution à laquelle la garantie de l'annulabilité des actes inconstitutionnels fait défaut, n'est pas, pleinement obligatoire, au sens technique. Bien que l'on n'en ait en général pas conscience — parce qu'une théorie juridique dominée par la politique ne permet pas de prendre cette conscience —, une Constitution dans laquelle les actes inconstitutionnels et en particulier les lois inconstitutionnelles restent aussi valables — leur inconstitutionnalité ne permettant pas de les annuler — équivaut à peu près, du point de vue proprement juridique, à un vœu sans force obligatoire” (KELSEN, Hans. In: *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*. Paris: Les Presses Universitaires de France. 1929. p. 133). Na edição brasileira: “Uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos - na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados - equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória” (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 179).

<sup>269</sup> Adota-se a concepção de sanção tal qual utilizada por Marcos Bernardes de Mello, inspirada na célebre obra de Daniel Guggenheim “A invalidade, em essência, constitui uma sanção imposta pelo sistema ao ato jurídico que, embora concretiza seu suporte fático previsto em suas normas, importa, em verdade, violação de seus comandos cogentes.” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano de validade*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.6). Evidente que essa afirmação foi bastante concebida para questões atinentes ao direito privado, fato que

A norma inconstitucional é, portanto, objeto de anulação, em razão de uma incompatibilidade invalidante com o ordenamento jurídico constitucional, sendo, por decorrência, anulada (nulidade ou anulabilidade). Aliás, como há tempo ponderou Marcelo Neves, “a inconstitucionalidade é um problema de relação intrassistemática de normas pertencentes a um determinado ordenamento jurídico estatal”.<sup>270</sup> Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco igualmente colocam a inconstitucionalidade no rol das invalidades afirmando que “inconstitucional será o ato que incorrer em sanção – de nulidade ou anulabilidade – por desconformidade com o ordenamento constitucional”.<sup>271</sup>

Defendida a distinção entre a jurisdição constitucional e a tese de legislador negativo, resta investigar as características da jurisdição constitucional. Em primeiro plano, a partir da rejeição das características clássicas da jurisdição. O objetivo consiste em sintonizar o debate de jurisdição constitucional à corrente inovadora de reinterpretação da jurisdição.

### **3.2 Insuficiência do conceito clássico de jurisdição – transição para uma definição centrada na tutela de interesse jurídico e na estabilização das expectativas normativas da sociedade**

A identificação dos elementos caracterizadores da qualidade jurisdicional do processo constitucional exige, antes, a demonstração da inadequação do conceito clássico de jurisdição para o processo objetivo. À verdade, como bem explorado por Marcelo Gonçalves Barbi, as características clássicas da jurisdição são insuficientes como um todo para o estudo da jurisdição na contemporaneidade.

Valendo-se da revisão de literatura realizada por Marcelo Gonçalves Barbi, pode-se dizer que a definição clássica de jurisdição reúne seis características principais, quais sejam:<sup>272</sup> monopólio estatal (vinculação da jurisdição à estatalidade), inevitabilidade (submissão dos indivíduos à soberania estatal consubstanciada na jurisdição estatal)<sup>273</sup>, lide (existência de uma

---

não a torna inaplicável para a seara de direito público, especialmente a invalidade como sanção. Mais à frente, o autor explica: “A invalidade, por isso, tem o caráter de sanção que o ordenamento jurídico adota para punir certa espécie de ato contrário ao direito” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano de validade*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 52).

<sup>270</sup> NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva. 1988. p. 71.

<sup>271</sup> MENDES, Gilmar, Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 1156.

<sup>272</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. pp. 94 e ss,

<sup>273</sup> Nas palavras de Afrânio Silva Jardim, “trata-se da afirmação do caráter público da função jurisdicional. Em sendo ela um reflexo da própria soberania do Estado, impõe-se a todos os seus súditos de forma inafastável”. (JARDIM, Afrânio Silva. *Notas sobre a Teoria da Jurisdição*. In: *Direito Processual Penal*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 37).

controvérsia caracterizada pelo conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida)<sup>274</sup>, substitutividade (substituição da vontade das partes por aquela do Estado-Juiz), declaratividade (“a decisão judicial espelha a prévia concretização da lei”)<sup>275</sup>, e, por fim, coisa julgada (imutabilidade e indiscutibilidade do pronunciamento judicial definitivo).

Não obstante isso, essas características ora descritas demonstraram-se insuficientes para fins de definição de um conceito contemporâneo de jurisdição. Em miúdos, o monopólio estatal não é tomado como elemento essencial da jurisdição, em especial com advento de teorias desestatizadas de jurisdição, como ocorre no caso de arbitragem e, até mesmo, na jurisdição internacional, na hipótese dos tribunais ligados a organismos internacionais.<sup>276</sup> Quanto ao elemento lide, devida ao gênio de Carnelutti, tem-se ela como elemento meramente accidental da jurisdição, como ocorre em determinados tipos de demanda em que não se observa um conflito de interesse, mas a mera necessidade de que o provimento ocorra no âmbito do Poder Judiciário, por exigência do próprio ordenamento jurídico.<sup>277</sup>

Nessa mesma toada, a substitutividade igualmente não pode ser tomada como elemento inerente à função jurisdicional. Essa verdade evidencia-se, a título de exemplo, nos cenários em que não há contraposição de interesses entre as partes, mas é necessária a submissão da demanda ao Judiciário para fins de ratificação da vontade das partes. Como bem asseverou Barbi, “só faz sentido cogitar de substituição quando as partes, diretamente, podem atingir o efeito jurídico desejado. Assim, nos processos necessários – penais e não penais – não há que se falar em substitutividade”.<sup>278</sup>

A respeito da natureza declaratória da jurisdição, as teorias interpretativas superaram a ideia de que o juiz é mero declarador de um direito preexistente, para a compreensão de que o juiz possui função criativa, por meio de interpretação, das normas jurídicas. Isso porque “a norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do direito”.<sup>279</sup> Quanto à coisa julgada, Antonio do Passo Cabral, em monografia dedicada ao tema, aponta a necessidade de superação da coisa julgada como debate incontornável para fins de migração para uma teoria dinâmica das estabilidades processuais, centrada na preclusão. Sob esse viés, a

<sup>274</sup> “*La litis, por tanto, puede definirse como un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida)*” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Volume 1. Traducción de la quionta edicion italiana. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America. 1973. p. 28).

<sup>275</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 96.

<sup>276</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. pp. 152-163.

<sup>277</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. pp. 212-213.

<sup>278</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 219. E vários são os exemplos narrados, como na ação de anulação de casamento, em que há acordo de vontade entre os consortes, ou em uma sentença terminativa, nas hipóteses do art. 485 do CPC.

<sup>279</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito* / Eros Roberto Grau. 5a edição, revista e ampliada. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2009, p. 29.

coisa julgada não é elemento informador do sistema jurídico, e, sim, a estabilidade. Em poucas palavras, existe ordenamento jurídico sem coisa julgada, mas não sem estabilidade.<sup>280</sup> A coisa julgada é uma opção política de conferição de imutabilidade a determinados atos estatais.<sup>281</sup>

Demonstrada a insuficiência, deve-se inquirir qual conceito de jurisdição é mais adequado para qualificação dessa função no Estado contemporâneo. Nesse sentido, importa-se a definição de jurisdição levada a termo para Marcelo Barbi, para quem jurisdição é uma função<sup>282</sup> de tutela de interesses<sup>283</sup> por um terceiro indiferente<sup>284</sup> no processo<sup>285</sup>.

Esse conceito traz implicações várias para compreensão do fenômeno jurisdicional. Com a centralização da jurisdição na tutela de interesses, as figuras da relação jurídica e direito subjetivo deixam de ocupar o espaço aglutinador na teoria do processo. Nessa linha de intelecção, a jurisdição se ocupa das tutelas de interesses consistentes nas expectativas de incidência normativa.<sup>286</sup> Logo, verifica-se uma superação das teorias concretistas orientadas para atividade jurisdicional como busca da verdade concreta da lei, para, enfim, localizá-la no âmbito das expectativas normativas a respeito da incidência das normas. É precisamente essas

<sup>280</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões dinâmicas; entre continuidade, mudança e transição para posições jurídicas estáveis*. 3 ed. ver., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

<sup>281</sup> Importa registrar que a própria narrativa de imutabilidade e força da coisa julgada necessita revisitação. Não são raras as hipóteses em que a coisa julgada é objeto de relativização e enfraquecimento no Brasil, botando em xeque a noção de indiscutibilidade e imutabilidade. Apenas à guisa de exemplificação, pode-se citar a Suspensão liminar em rescisória (art. 969 CPC); recusa de cumprimento pela superveniência de decisão do STF em matéria constitucional (art. 525, § 12 e 535 § 5); ação autônoma para nulidade; e relativização da coisa julgada. Dogmaticamente, ainda em Liebman já se admitia a relativização. É o caso da assertiva de que toda coisa julgada está sujeita à clausula *rebus sic stantibus* — nada mais que uma forma lateral de renovação da discussão. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981).

<sup>282</sup> O termo função é empregado no mesmo sentido conferido por Marcelo Barbi Gonçalves, qual seja: “destinação de um ente na realizar determinadas atividades em prol de um objetivo. Função, assim, não se confunde com funcionamento. Funcionamento é o modo como o órgão age para realizar a atividade: é a função em seu aspecto dinâmico, concretizando-se em atos. Já a função é a própria destinação do órgão à vista de sua finalidade”. (GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. pp. 374-375).

<sup>283</sup> “Por interesse, entende-se as expectativas de incidência normativa” GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 426).

<sup>284</sup> Marcelo Barbi Gonçalves alerta para a necessária distinção entre imparcialidade e indiferença. Ainda que ambos anseiem por uma prestação jurisdicional insubmissa ao sabor do julgador, “a indiferença implica a estraneidade da decisão relativamente ao direito litigioso. Não se trata da exigência de uma posição valorativa de igual consideração dos interesses contrapostos (conteúdo da imparcialidade), senão de uma posição de alheação — alienidade; alteridade — em relação ao interesse que lhe incumbe julgar (conteúdo da indiferença)”. (GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 427).

<sup>285</sup> Para Marcelo Barbi Gonçalves, inexistente jurisdição fora do processo. Para esse autor, “é imprescindível que essa função se desenvolva por meio de um contraditório regular” (GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 444).

<sup>286</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 426.

expectativas normativas que constituem o cerne para atividade jurisdicional, porque é a norma a estabilização das expectativas normativas da sociedade de maneira contrafática.<sup>287</sup>

Ainda que concebida para o processo civil e penal, as formulações teóricas de Barbi abrem alas a uma teorização da jurisdição adequada ao processo constitucional. Remanesce, contudo, inquirições quanto à necessidade de ajuste à função jurisdicional constitucional, em especial no exercício do controle de constitucionalidade abstrato.

O primeiro deles é em relação à jurisdição como função de tutela de interesses. É de saber que na fiscalização em abstrato das normas jurídicas, a Corte Constitucional debruça-se sobre a tutela da própria ordem constitucional objetiva, daí o conceito de causa de pedir aberta e o alcance subjetivo e objetivo dos efeitos da sentença constitucional. Posto isso, não há falar em tutela de interesses subjetivos, mas de interesses em relação às expectativas normativas da sociedade e a busca pela estabilização dessas expectativas. É a natureza dessa tutela o cerne da função jurisdicional constitucional: a decisão com base no direito objetivo, em busca da solução constitucional adequada ao ordenamento constitucional.

Em segundo lugar, o conceito de processo, na visão de Barbi, busca fonte na concepção tradicional do processo como procedimento realizado em contraditório, devida a Fazzalari. Questiona-se de que forma o contraditório pode servir para definição da função jurisdicional exercida no âmbito do processo constitucional objetivo, no qual, a rigor, nem sequer existem partes, mas sujeitos meramente funcionais. No caso brasileiro, o papel da Advocacia Geral da União, insculpido no art. 103 §3º da Constituição Federal, é objeto de relativização por parte do Supremo Tribunal Federal, o qual não apenas vem admitindo liberdade no pronunciamento da AGU, em defender ou não a norma impugnada, como igualmente vem admitindo a sua não participação.<sup>288</sup> As próprias figuras aptas a ensejar oxigenação ao debate constitucional não raramente são postas de lado pelos magistrados no momento de decidir, tal qual ocorre com a reiterada desconsideração das razões expostas pelos *amici curiae* e em audiências públicas.<sup>289</sup>

---

<sup>287</sup> Aqui utilizada no sentido atribuído por Luhmann: “Dessa forma, as características cognitivas são caracterizadas por uma nem sempre consciente disposição de assimilação em termos de aprendizado, e as expectativas normativas, ao contrário, caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos. O caso de desapontamento é previsto como possível – é sabido que o mundo é complexo e contingente, e que, portanto, os outros podem agir de forma inesperada – mas de antemão isso é considerado irrelevante para a expectativa. [...] Sendo assim, as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos”. (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro. 1983. p. 54-56).

<sup>288</sup> STF - ADI n.º 1.616/PE, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 24.08.2001.

<sup>289</sup> “Vale o registro, porém, de que, apesar desses mecanismos permitirem uma maior participação da sociedade, e dos setores afetados, no âmbito dos processos perante o STF, há uma crítica relevante a esse argumento, no sentido de que em muitos casos essa participação é puramente ritual ou simbólica. E isso porque os votos e decisões tomadas pelos Ministros, frequentemente, sequer citam, e menos ainda consideram ou examinam de fato os argumentos suscitados pelos *amici curiae* ou em audiências públicas. Além disso, poucas instituições representam a maioria das habilitações em diferentes processos.” (BARCELLOS, Ana Paula de. O controle concentrado e

Apesar disso, a natureza objetiva do controle de constitucionalidade abstrato não pode servir de obstáculo à realização de contraditório-influência em um contexto de sociedade complexamente organizada. Sob a égide um paradigma de diálogos constitucionais, em que a Corte Constitucional não é monopolizadora da interpretação da Constituição<sup>290</sup>, muito menos detentora da palavra final, não é admissível o desprezo à ampla participação no processo ao argumento de ser ele objetivo. É dizer que “há mecanismos formais e informais de interação entre o Judiciário, os demais poderes e agentes sociais que conferem uma natureza política ao processo de interpretação e aplicação da Constituição que não é capturada pelo conhecimento jurídico convencional”.<sup>291</sup> É precisamente a complexidade social que demanda uma apurada análise dos fatos constitucionais por parte da Corte Constitucional, ainda que no exercício da função de fiscalização abstrata das normas. Luiz Guilherme Marinoni explica que a “Corte simplesmente não pode decidir sobre fatos constitucionais na falta de critérios aptos a permitirem a racionalização de seus raciocínios probatório, decisório e justificativo”.<sup>292</sup>

É precisamente a partir da amplitude do debate acerca dos fatos constitucionais que a Corte terá substrato suficiente para realização de sua fundamentação ao interpretar a Constituição.

Colocados os elementos conceituais adequados à jurisdição constitucional, importa saber em que medida o exercício dessa função pode sofrer impactos práticos na forma de prestação jurisdicional.

### **3.3 Novas formas de prestação da jurisdição constitucional dialógica. Abertura cognitiva permitida. A jurisdição constitucional de consulta, aconselhamento e supervisão**

As teorias clássicas de jurisdição impunham amarras à abertura para novas formas de prestação da função jurisdicional, bem como são insuficientes para explicar determinados pronunciamentos jurisdicionais. Os elementos utilizados para sua definição coadunam com uma visão de jurisdição limitada ao litígio e à figura do juiz como mero decisor de conflitos por meio

---

abstrato de constitucionalidade e o princípio da não surpresa e do contraditório substancial e o da motivação específica. In: *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 21, n. 3, t. 1, p. 121-136, set.-dez., 2019, p. 131).

<sup>290</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

<sup>291</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil*. Disponível em: <https://rbrandao.adv.br/wp-content/uploads/2017/06/Mecanismos-de-dialogos-constitucionais-nos-eua-eno-brasil.pdf>. Acesso em: 27.04.2021, p. 4.

<sup>292</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters. 2021. p. 687.

da imposição da vontade do Estado-juiz. Daí por que, não obstante o cunho teórico da conceituação, o debate semântico de jurisdição possui evidente impacto na formulação de novas tecnologias processuais. Algumas delas são extraídas do próprio direito positivo, a partir de inovações introduzidas pelo parlamento e outras são inferidas do sistema jurídico como consentâneo da função jurisdicional.

Algumas dessas novas funções, especialmente no bojo do direito processual civil, importam fonte de debate na atualidade, por parte de autores brasileiros e internacionais. Vale registro, à guisa de exemplo, da doutrina do *Judicial Court Management* no sentido de que a qualidade da decisão não é indissociável da qualidade de seu procedimento de elaboração. Para essa teoria, a prestação jurisdicional não se encerra na decisão judicial, mas também depende do funcionamento global da instituição judiciária.<sup>293</sup> Com esse afã, a administração da justiça adquire importante relevância no exercício da função jurisdicional, ressaltando-se padrões de governança e gestão no exercício desse mister.

Crescente também a jurisdição sem conteúdo declarativo de direitos, em abertura para novas técnicas processuais e decisórias. Na jurisdição ordinária, o procedimento de produção antecipada da prova constitui importante exemplo dessa evolução, em que o conteúdo declarativo do direito recai sobre a própria produção da prova, a qual funciona como mérito da demanda.<sup>294</sup> Muito embora a disputa acerca de sua natureza jurídica, não parece haver dúvida do conteúdo jurisdicional dessa ação em que há patente tutela de interesses jurídicos.

Apesar da efervescência desse debate no âmbito do direito processual civil e penal, o conhecimento jurídico convencional não capturou a possibilidade de aplicação de novas técnicas processuais no âmbito da jurisdição constitucional. Importante destacar que não se está a cogitar novas técnicas decisórias, ainda que estas por vezes alterem sensivelmente a prestação jurisdicional oferecida. É o que ocorre, por exemplo, nas técnicas de impronúncia da nulidade,

---

<sup>293</sup> “*Au-delà du traitement strictement procédural de l’affaire, la qualité de la norme juridictionnelle doit être également recherchée du côté du fonctionnement plus global de l’institution judiciaire, ce qu’exprime précisément l’idée de qualité du processus judiciaire*” (CADIET, Loic. *Théorie du procès et management de justice: processus et procédure*. In FRYDMAN, Benoit; JEULAND, Emmanuel. *Le nouveau management de la justice et l’indépendance des juges*. Paris: Dalloz, 2011, p. 118).

<sup>294</sup> MEIRELES, Carolina Costa. Reflexões sobre produção antecipada de prova. *Revista dos Tribunais*. vol. 1015, n. 2020, p. 277-311.

na sentença declaratória de inconstitucionalidade, ou nas decisões aditivas<sup>295</sup> e substitutivas<sup>296</sup>, em que o espaço criativo da Corte Constitucional é alargado.

É claro que nem sempre a fronteira existente entre técnica decisória e função jurisdicional é bem delimitada. É o que ocorre, por exemplo, com a decisão de constitucionalidade deferente cumulada com recomendação<sup>297</sup>, em que a Corte Constitucional defere a discussão constitucional ao Parlamento e ao debate público, ao tempo em que indica critérios para consolidação desse debate — sujeitos ao desacatamento. Nesse cenário, a Corte presta uma função jurisdicional inadequada aos parâmetros clássicos da jurisdição, mas orientada para uma nova modalidade funcional, em que exerce aconselhamento.

Em um paradigma de diálogo constitucional, a decisão de inconstitucionalidade pura e simplesmente pode representar tentativa de encerramento abrupto do debate constitucional. Pronunciada a nulidade, a norma impugnada é expulsa do ordenamento jurídico, razão pela qual a sentença constitucional deve estar abalizada por fundamento suficiente para rompimento da presunção de constitucionalidade da norma. É verdade que a expulsão da norma inconstitucional nem sempre é capaz de eliminar a totalidade do debate constitucional que fora pano de fundo da decisão, como ocorre, por exemplo, com o efeito *backlash*, em que o Parlamento edita norma de conteúdo idêntico àquela norma declarada inconstitucional. Mas igualmente certo o efeito deletério eventualmente imposto ao debate constitucional. Daí por que a busca por novas formas de decisão constitucional é bem-vinda ao debate.

Três funções jurisdicionais podem ser destacadas: as funções de aconselhamento, supervisão e consulta. Para cada uma delas, valeria uma monografia específica. Dada a pretensão mais singela do presente trabalho, reserva-se no direito de tratá-las holisticamente. Importa ressaltar que essas funções, por vezes, já são exercidas pelas Cortes Constitucionais, ainda que não endereçadas de maneira explícita. Nessa justa medida, dois objetivos são perseguidos: explicitar a natureza de determinadas funções prestadas, colocando luz nesses

---

<sup>295</sup> Entende-se por decisões aditivas aquelas decisões em que é verificada inconstitucionalidade por omissão e a Corte ocupa-se criativamente a editar a proteção imprescindível. Para Luiz Guilherme Marinoni, excepcional que é, a decisão deve estar sujeita ao limite da menor restrição possível, não sendo conferido um espaço de liberdade semelhante daquele do legislador. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters. 2021. p. 904).

<sup>296</sup> A decisão substitutiva cuida do cenário no qual, “para solucionar o problema de inconstitucionalidade, a Corte declara a inconstitucionalidade do que foi dito e, ao mesmo tempo, acresce o que deveria ter sido afirmado, adequando o dispositivo à Constituição”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters. 2021. p. 904).

<sup>297</sup> “Em algumas situações, embora a Corte tenha consciência da necessidade de dialogar com o Parlamento, não lhe escapa a obviedade de que determinado dispositivo da lei não poderá ser aplicado de modo constitucional. Nessa situação, a Corte pode recomendada a alteração da lei em determinado sentido, ainda que, ao fim, a solução parlamentar obviamente possa ser outra”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters. 2021. p. 320).

pronunciamentos; e possibilitar a abertura a novas formas de prestação jurisdicional. Christine Bateup, escrevendo especificamente sobre o aconselhamento (sob sua óptica, uma técnica), mas que igualmente pode ser estendido às demais formas de prestação jurisdicional, aponta para a existência de um objetivo em garantir que os demais poderes públicos captem a visão da Corte sobre o significado constitucional, auxiliando-os a produzir novas normas com maior aptidão a tornarem-se imunes à eventual decisão de inconstitucionalidade.<sup>298</sup>

### 3.3.1 A função de aconselhamento

A função de aconselhamento pela Corte Constitucional por vezes é tida como sinônimo da função consultiva, mas ambas não se confundem. A função consultiva tem eminente contorno de passividade, realizada por intermédio da provocação e sujeita à inércia. A função de aconselhamento, ao revés, tem eminente caráter proativo por parte da Corte, e geralmente está associada a alguma técnica de decisão deferente. Ocorre, por exemplo, na decisão de inconstitucionalidade com deferência ao Parlamento, em que a Corte declara a inconstitucionalidade da norma fiscalizada, ao tempo em que aconselha edição de nova norma para preenchimento de eventual lacuna deixada.

Kannan coloca luz, também, às *dictas* realizadas pela Corte no curso do julgamento do caso concreto, em que, externamente à *ratio decidendi*, a Corte rende opiniões endereçadas às partes e ao Legislativo. Nesse caso, o autor nota que a força vinculante das *dictas* é, por si só, objeto de controvérsia, por vezes sendo indiferente, mas, em outros casos, conduzindo à vinculação.<sup>299</sup> Esse fenômeno, aliás, não gera estranhamento ao conhecedor dos julgamentos do STF, nos quais a própria extração da *ratio decidendi* é tarefa espinhosa — sem deixar de mencionar a quantidade de *dictas* pronunciadas no curso dos votos.

Christine Bateup, em revisão bibliográfica sobre o tema, aponta que o aconselhamento é utilizado de duas maneiras diversas.

<sup>298</sup> “In general terms, all forms of advice-giving involve judges counseling the political branches of government through the use of broad non-binding dicta. The principal aim of these techniques is to ensure that the political branches learn the judiciary’s views about constitutional meaning, which will assist them in drafting new legislation, or amending current legislation, so that it will survive future constitutional challenges.” (BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71. Nova York: *Brooklyn Law Review*. 2006, p. 1123).

<sup>299</sup> “It is incorrect to think, however, that dicta have no force at all. In reality, the weight given to dicta ranges on an inexact, non-linear scale from rejection, to indifference, to persuasion, to deference, to compulsion. Where particular dicta fall on this scale for a court that is faced with it depends on many factors, most of which are unknowable” (KANNAN, Phillip M. *Advisory Opinions By Federal Courts*. 32U. *Rich. Law Review*. 769. 1998, p. 784).

Uma primeira postura dos juízes consiste em conciliar a consulta com a decisão clássica. Nesta modalidade, juízes invalidam a lei por defeito de constitucionalidade, ao tempo em que aconselham o poder público a tomar medidas que constitucionalmente seriam capazes de alcançar o objetivo perseguido pela norma defeituosa.<sup>300</sup> Katyal menciona *Hill versus Wallace*<sup>301</sup>, de 1922, em que se debatia ato normativo que taxava contratos de compra e venda de grãos e outros produtos, no mercado futuro, denominado de “*Future Trading Act*” de 1921, e também previa regulamentação para a Bolsa de Comércio. O caso foi julgado pela Suprema Corte, a partir de uma contenda envolvendo Roscoe Hill e sua recusa de recolher a tributação exigida pelo ato aprovado pelo à época Secretário de Agricultura dos Estados Unidos, Henry Wallace. Nesta decisão, a Corte invalidou o ato questionado, mas, em *dicta* do *chief justice* Taft, apontou caminhos a serem tomados pelo legislador para aprovar norma constitucional de conteúdo similar. Na sequência da decisão, o Parlamento aprovou novo ato normativo, dessa vez tomando conta das recomendações contidas na decisão, em 1922, no que ficou nomeado “*Grain future act*”, julgado constitucional pela Suprema Corte no caso “*Board of Trade of City of Chicago versus Olsen*”, em 1923.

Uma segunda postura dos juízes consiste em julgar constitucional uma disposição, ao tempo em que emite conselhos aos atores políticos para supressão de incoerências e vaguezas.<sup>302</sup> Corolário dessa função, é o emprego da técnica da “demarcação”, na qual a Corte julga constitucional determinada disposição, mas adverte que qualquer intenção de ir mais além configuraria inconstitucionalidade. Caso interessante que pode ser mencionado é *The United States versus Manuel Then*, julgado na Corte de Apelação do Segundo Circuito em sede de recurso. O caso debatia aplicação da lei penal de criminalização do porte e venda de drogas ilícitas, ante a existência de uma zona de penumbra legal a respeito da quantidade de cocaína que fora apreendida e a proporcionalidade da pena. Na ocasião, o juiz Guido Calabresi manifestou-se que seria hipótese de notificar o Congresso acerca dos critérios estabelecidos pela Comissão de Sentenciamento da Corte, sob pena de julgar inconstitucionais as futuras

---

<sup>300</sup> “First, judges may invalidate legislation on constitutional grounds, yet also provide advice to the political branches regarding constitutionally acceptable methods for achieving the same end”. (BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71. Nova York: *Brooklyn Law Review*. 2006, p. 1124.)

<sup>301</sup> Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso *Hill versus Wallace*, julgado em 1922.

<sup>302</sup> “Second, judges may uphold legislation as constitutional, while at the same time using techniques that encourage political actors to revise statutes in order to remove ambiguities and vagueness from the law”. (BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71. Nova York: *Brooklyn Law Review*. 2006, p. 1124.)

sentenças que aplicam a norma tal como está. O pedido foi, contudo, rejeitado pela presidente da Corte.<sup>303</sup>

### 3.3.2 A função de consulta

Ambas as funções, consultiva e de aconselhamento, são sujeitas a semelhantes críticas por parte da literatura jurídica. Especialmente na tradição estadunidense, a possibilidade de a Corte ofertar *advisory opinions* é objeto de controvérsia entre diferentes autores. Felix Frankfurter, ainda no início do século passado, defendia que a função consultiva deprava a interpretação constitucional, especialmente pela dificuldade de resolução em abstrato dos problemas constitucionais.<sup>304</sup> No caso estadunidense, a celeuma cinge-se de saber se o artigo III da Constituição dos Estados Unidos conferiu poder às Cortes para exercício da função consultiva, dada sua limitação aos termos *cases e controversies*.<sup>305</sup> Ainda em 1937, por oportunidade do julgamento do caso *Aetna Life Insurance Co. versus Haworth*, a Corte asseverou que a adjudicação de problemas constitucionais deve ser feita por base de um caso concreto, jamais abstrações,<sup>306</sup> enquanto em *Muskat versus United States*, ela decidiu que Corte não pode ser impelida a fornecer opinião consultiva a pedido do Parlamento ou por qualquer parte.<sup>307</sup> Philip Kannan assevera que a fronteira entre casos, controvérsias e opinião consultiva representa uma zona cinzenta, sendo discricionariedade da Corte decidir a natureza

---

<sup>303</sup> “In addition, we decline to accept the invitation by the concurrence to notify Congress that if it does not adopt the recommendation of the Sentencing Commission, this Court in the future might invalidate the sentencing ratio as unconstitutional. Just as we ordinarily do not issue advisory opinions, we should not suggest to Congress that it ought to adopt proposed legislation. Our role is limited to interpreting and applying the laws that Congress passes, and striking down those that we conclude are unconstitutional”. (Corte de Apelação do Segundo Circuito dos Estados Unidos da América. *The United States versus Manuel Then*. Julgado em 5 de junho de 1995).

<sup>304</sup> “The advisory opinion deprives constitutional interpretation of the judgment of the legislature upon facts, of the effective defense of legislation as an application of settled legal principles to new situations, and of the means of securing new facts through the process of legislation within the allowable limits of trial and error” (FRANKFURTER, Felix. A note on advisory opinions. *Harvard Law Review*, vol. 37, n° 8, 1924, p. 1005).

<sup>305</sup> “Section 2: The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority;—to all Cases affecting Ambassadors, other public ministers and Consuls;—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States;—between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Constituição*. Ratificada em 1788. Disponível em: [https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm))

<sup>306</sup> “The federal courts established pursuant to Article III of the Constitution do not render advisory opinions. For adjudication of constitutional issues ‘concrete legal issues, presented in actual cases, not abstractions’ are requisite”. (Maryland Cas. Co. versus Pacific Coal & Oil Co., 312 U.S. 270, 273. 1941. *apud ANNAN, Phillip M.. Advisory Opinions By Federal Courts*. 32U. Rich. Law Review. 769. 1998).

<sup>307</sup> “The basic hypothesis of this article is that federal courts cannot be compelled, either by Congress or parties, to render advisory opinions, but under circumstances they themselves define, these courts may elect to give advice” (Ibid. p. 770).

da demanda. Esse autor assume que, no campo dessa discricionariedade, a Corte vem decidindo ao sabor de suas intenções, seja para negar a prestação jurisdicional, seja para fornecer opinião consultiva, sem, contudo, definir substancialmente a fronteira entre casos e controvérsias e opinião consultiva.<sup>308</sup>

Merece nota o debate entre Neal K. Katyal e Abner Mikva, a respeito do exercício da função consultiva pelas Cortes. Katyal defende que a Corte vem fornecendo opiniões consultivas historicamente, seja de maneira voluntária ou acidental, e que, se bem orientada, é capaz de gerar importante comunicação com a esfera política, incentivando a franqueza judicial para além da severidade do *judicial review*.<sup>309</sup> Forte em Bikel, Katyal defende que o Judiciário é imune a pressões populares e políticas. Em crítica à Katyal, Abner Mikva argumenta que Katyal parte do pressuposto de que haveria uma função judicial de correção dos atos do legislativo, o que, em sua posição, é antidemocrático. Para ele, o judiciário não possui a mesma legitimidade do legislativo para fins de tomada de decisão política. Esse defeito de legitimidade conduz à afirmação de que quanto mais próxima do processo político, mais suspeita seria a decisão judicial, em especial por consequência da distinção do processo judicial e legislativo em nível de amplitude do debate.<sup>310</sup>

Entre nós, tradicionalmente o STF manifestava-se pela vedação da função consultiva, ao entendimento de ser inconciliável com a natureza da função jurisdicional.<sup>311</sup> Isso decorre, muito provavelmente, da concepção ultrapassada da jurisdição como função de compor litígios. Tomando conta do conceito de jurisdição empregado anteriormente, essas novas formas de exercício da função jurisdicional ganham especial importância, porquanto capazes de tutelar interesses jurídicos, bem como conferem previsibilidade ao sistema. Marcelo Barbi Gonçalves explica que a função consultiva opera como instrumento assecuratório da segurança jurídica, precipuamente em decorrência de sua aplicabilidade não apenas restrita ao consulente, mas a

<sup>308</sup> “In summary, the cases discussed in this Part demonstrate that federal courts deny parties to suits the power to determine conclusively on which side of the line separating cases and controversies from advisory opinions their suit falls. The courts themselves, however, retain a great deal of discretion in making that call.” Ibid. p. 783).

<sup>309</sup> “Since Alexander Bickel, scholars have understood the Supreme Court to have a three fold power: striking down acts for unconstitutionality, legitimating them, or employing the passive virtues. Professor Katyal contends that the Court wields a fourth power: advice giving. Advice Giving occurs when judges recommend, but do not mandate, a particular course of action based on a concern for rule or principle. Courts have been giving advice, consciously at times, unconsciously at others, and this article seeks to provide a normative justification for the practice. Professor Katyal breaks down advice giving into several categories and explains how advice, when given to the political branches, can engender a colloquy that maximizes respect for the coordinate branches while also serving the goals of federalism, enhancing political accountability, and encouraging judicial candor. In particular, Professor Katyal explains how advicegiving can become an alternative to aggressive forms of judicial review while simultaneously maintaining constitutional fidelity” (KATYAL, Neal Kumar. Judges as advice givers. *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, p. 1709).

<sup>310</sup> Ibid..

<sup>311</sup> STF - ADI 1.057-MC-ED. Rel. Min Celso de Mello. Julgado em 28/04/1994.

todos submetidos à situação idêntica.<sup>312</sup> Essa aplicabilidade, contudo, deve ser temperada, sob pena de se equiparar toda consulta a precedente judicial, em especial à luz do particular sistema de precedentes brasileiro, em que seu conceito padece de importante inconcretude semântica.<sup>313</sup>

No direito brasileiro, após a promulgação da Lei nº 13.655/2018 que provocou alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não parecem sobejar dúvidas quanto à possibilidade de o Judiciário realizar consultas.<sup>314</sup> Essa função, aliás, já é conhecida nos Tribunais Internacionais – e representa assunto relativamente pacífico pela literatura internacionalista.<sup>315</sup> A título de exemplo, o Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL é passível de provocação pelo STF para emitir respostas a consultas, dada a edição da Emenda Regimental nº 48/2012 do STF.<sup>316</sup> Essa realidade parece indicar a regra: Marcelo Barbi Gonçalves reúne dezenas de tribunais internacionais que realizam função consultiva.<sup>317</sup>

A respeito da crítica que porventura se faça em relação à invasão do Judiciário na arena política, parece estreme de dúvidas que o Judiciário não é imune a pressões desse jaez. Os movimentos de judicialização da política e politização da justiça depõem em sentido contrário: Cortes Constitucionais são provocadas a todo instante para resolver questões que invariavelmente a colocam no centro da arena política. Não por outro motivo, a teoria dos diálogos constitucionais norteia uma compreensão de debate constitucional amplificado, tendo as Cortes posição de debatedora ao lado de demais instituições — como o Parlamento, a título de exemplo —, e não como monopolizadora da interpretação da Constituição alheia ao conteúdo político que é inerente aos problemas constitucionais.

Sob esse paradigma, o exercício da função jurisdicional consultiva ingressa nas teorias dialógicas precisamente pela capacidade que tem de permitir a comunicação da Corte com demais instituições, sem a necessidade de a Corte valer-se das sentenças constitucionais tradicionais, com evidente caráter terminativo.

Como sói, o exercício dessa função jurisdicional consultiva está sujeito a limites no bojo da jurisdição constitucional. Assim como não há falar em provocações consultivas por mero

---

<sup>312</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 573.

<sup>313</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo.; NERY, Rodrigo; CORRÊA, Luísa Rocha.; SANTANA, Guilherme Mazarello Nóbrega de. De polissemia a metonímia: a incerteza sobre o que é um precedente no direito brasileiro. *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília, [S. l.]*, v. 7, n. 1, p. 201–227, 2023. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/43119>. Acesso em: 1 set. 2023.

<sup>314</sup> No direito interno, a função consultiva já é realizada em outros órgãos, como ocorre na justiça eleitoral, por expressa previsão do Código Eleitoral, nos artigos Art. 23, XII, e art. 30, VIII.

<sup>315</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

<sup>316</sup> MURARI, Georgia Anastácia Campana. A solicitação de opiniões consultivas pelo Supremo Tribunal Federal: democratização do acesso ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL. *Rev. secr. Trib. perm. revis.*, p. 98-115.

<sup>317</sup> GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 574.

deleite do consulente, a jurisdição consultiva não se presta a tutelar especulações ou interpelações meramente teóricas. Diversamente do que pondera Barbi, não se exige, porém, que haja íntima ligação do conteúdo consultado com um fato concreto e determinado. Essa exigência de concretude deriva do pensamento excludente que se defere à jurisdição constitucional por parte da literatura processualista cível e penal, em que, ainda que superado o paradigma da litigiosidade, possui amarras na ideia de concreção e fatos da vida.

Há, contudo, questionamentos que sobejam. O STF pode ser impelido a realizar juízo consultivo em abstrato acerca da constitucionalidade de determinada norma sem proceder com a declaração de sua (in)constitucionalidade, seja para pronunciar sua nulidade ou não? Há espaço na função consultiva para questionamento em abstrato da constitucionalidade de determinadas normas? Esse fato não obsta, contudo, que haja juízo consultivo a respeito de situações abstratas, ligadas a fatos da norma e não da vida (deôntico *versus* ôntico), desde que veiculem expectativas de incidência normativa.

### 3.3.3 A função de supervisão

Há, ainda, a possibilidade de exercício da função de supervisão, no qual a Corte adota atuação proativa na supervisão do acompanhamento de suas decisões. Roach e Budlender analisam uma série de decisões da Corte Constitucional da África do Sul e da Suprema Corte do Canadá em que a função jurisdicional supervisonal é exercida.<sup>318</sup> É o caso, por exemplo, da decisão as Suprema Corte do Canadá e *Doucet-Boudreau v Nova Scotia (Minister of Education)*, em que a Corte ordenou ao governo que construísse escolas para grupos minoritários falantes de línguas estrangeiras, bem como determinou o envio de relatórios contendo o progresso do cumprimento da decisão, sob sua supervisão.<sup>319</sup> Em sentido semelhante, a Corte Constitucional da África do Sul, no seio do caso *Minister of Health v Treatment Action Campaign (No 2)*, determinou que o uso da supervisão era necessário para fins de evitar a violação de direitos constitucionais, para supervisionar o acompanhamento do fornecimento de antivirais para combate da epidemia de HIV. No exercício dessa função, a Corte até mesmo se valeu de *contempt of court action* em face de uma autoridade provincial que se recusou a cumprir a decisão.<sup>320</sup>

<sup>318</sup> ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable? *The South African Law Journal*, vol. 122, n. 2, 2005.

<sup>319</sup> Suprema Corte do Canadá. Decisão judicial 3 SCR 3. 2003.

<sup>320</sup> Corte Constitucional da África Do Sul. *Minister of Health v Treatment Action Campaign (No 2)*. Julgado em 05/07/2005

No direito brasileiro, não são raras as decisões em que o Supremo Tribunal Federal, ainda que desconhecedor da função jurisdicional de supervisão – ou, ao menos, não a endereçando explicitamente –, exara decisões com evidente conteúdo supervisonal. Mais especialmente, esse tipo de prestação jurisdicional está acompanhado de decisões com conteúdo eminentemente mandamental, em que se exige cumprimento de uma obrigação por parte do Poder Público. Foi o caso da medida cautelar deferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709/DF, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, na qual a União, o Ministro da Justiça e Segurança Pública, o Diretor-Geral da Polícia Federal e o Presidente da Funai foram ordenados a enviar todas as providências necessárias à localização dos desaparecidos, na Amazônia, Bruno da Cunha Araújo Pereira e Dom Phillips, bem como fosse enviado relatório contendo todas as providências adotadas e informações obtidas à Corte para fins de supervisão da operação.<sup>321</sup> Em semelhante conclusão, o STF determinou que a União e os Estados encaminhassem ao STF informações à Corte acerca da situação prisional, em razão das medidas deferidas no âmbito da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, na qual houve reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro.<sup>322</sup>

Esse tipo de decisão não está indene de críticas, precipuamente de setores que alegam violação da separação de poderes e ativismo judicial. Com base na obra *Inattentive, intransigent and incompetent* de Chris Hansen, Roach e Budlender descrevem três níveis em que a ordem dirigida ao governo e a função de supervisão são apropriadas, justas e equânimes, quais sejam: o uso de declarações gerais com possível comunicação ao público para governos desatentos; ordens mandamentais com dever de relatar à Corte para governos incompetentes; e o uso de ordens detalhadas reforçadas com técnicas de combater desacatos (*contempt of court*) para governos intransigentes.<sup>323</sup>

O que todas essas novas funções jurisdicionais revelam é a inadequação do uso dos parâmetros clássicos de jurisdição para solução de problemas constitucionais complexos. Na jurisdição constitucional, a mera (in)validação da norma pode significar prestação defeituosa para determinados casos constitucionais, em especial quando exigido diálogo constitucional com outras instituições.<sup>324</sup>

<sup>321</sup> STF. ADPF nº 709/DF. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Data de Julgamento: 10/06/2022.

<sup>322</sup> STF. ADPF nº 347/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 09/09/2015.

<sup>323</sup> ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable? *The South African Law Journal*, vol. 122, n. 2, 2005, pp. 345-351.

<sup>324</sup> Em sentido semelhante, porém não idêntico: “Both devices recognize that constitutional justice in the modern world cannot always be achieved by a simple declaration of invalidity, that courts often want to give governments an opportunity to select the precise means to achieve constitutional compliance, and that judicially managed delay

### 3.4 Conclusões parciais

No presente capítulo, buscou-se demonstrar a insuficiência dos parâmetros clássicos de jurisdição para fins de compreensão da jurisdição constitucional, especialmente do controle de constitucionalidade. Evidenciada a crise no conceito de jurisdição, perseguiu-se um conceito capaz de superar determinados dogmas limitantes da função jurisdição, como a cisma na composição de litígios, dentre outros.

No que concerne à jurisdição constitucional, demonstrou-se que essa crise conceitual torna-se ainda mais evidente em face do controle de constitucionalidade abstrato. Em revisão de literatura a respeito do tema, pode-se observar o problema de zetética, em que a natureza jurisdicional era conferida em resposta à pergunta mal colocada “Quem controla?”. Adotado um novo paradigma de jurisdição – centrado na tutela de interesses jurídicos e na estabilização de expectativas normativas –, o conceito de jurisdição fica sujeito a novas formas de prestação dessa função.

Isso possibilita, não só, a introdução de novas formas de prestação jurisdicional, mas também se presta à compreensão de determinados pronunciamentos jurisdicionais inajustáveis à concepção clássica de jurisdição, colocando luz sobre eles.

Nesse sentido, novas formas de prestação da função jurisdicional são capazes de otimizar diálogos constitucionais e trazem respostas adequadas a questões constitucionais para além dos efeitos da sentença constitucional clássica. No lugar de pretender ser terminativa, a Corte opta por comunicar com as demais instituições, admitindo-as como legítimas para interpretar a Constituição.

Por fim, analisou-se três formas de prestação jurisdicional possibilitadas por esse novo paradigma de jurisdição: as funções de aconselhamento, consulta e supervisão. A análise não se limitou à Corte Constitucional brasileira, mas tentou pôr bases para adoção explícita dessas funções jurisdicionais no ordenamento pátrio.

---

will sometimes be a necessity. In both instances, however, courts are obliged to ensure that there is eventual constitutional compliance and to minimize irreparable harm during any delay” (ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable? *The South African Law Journal*, vol. 122, n. 2, 2005, p. 351).

## CAPÍTULO 4: AS TÉCNICAS DECISÓRIAS DIALÓGICAS

Para além das formas jurisdicionais prestadas, a Corte também pode valer-se de técnicas que permitem a criação de zonas dialógicas, ainda que involuntárias. Essas técnicas podem ser traduzidas no interior da decisão judicial (endógenas) ou fora delas (exógenas). O estudo de técnicas decisórias vem atraindo interesse dos estudiosos do processo constitucional e civil. A realidade das demandas judiciais, a complexidade dos fatos da vida, o advento (e reconhecimento) de novas formas de enfrentamento de questões envolvendo competência, cooperação, processos estruturais, novas formas de prestação da jurisdição e reformulações das funções judicantes (*case management*) são alguns fatores que provocaram, e persistem a provocar, intensa revisitação de categorias jurídicas processuais.<sup>325</sup>

No processo constitucional, esse estudo apresenta relevância em múltiplos aspectos. Uma função bastante desenvolvida na literatura estadunidense, e que encontrou em Luiz Guilherme Marinoni uma análise interessante, no Brasil, consiste na contribuição para a interpretação dos fatos constitucionais, ou seja, dos fatos que a Corte deve ter em conta para julgar a questão constitucional suscitada. Em primeiro lugar, é necessário não confundir estes fatos com aqueles que estão na base de uma determinada situação jurídica justificativa de inconstitucionalidade – característica da fiscalização da constitucionalidade como questão prejudicial. A análise dos fatos constitucionais é importante, independentemente de a fiscalização da constitucionalidade ser abstrata ou concreta.<sup>326</sup> Há equívoco em rejeitar, em razão da análise normativa da constitucionalidade de uma disposição legislativa, a investigação dos fatos que são fundamentais para a compreensão da própria norma e para a resolução da questão constitucional. É como discutir o início da vida para julgar o direito ao aborto; se a legalização do uso de drogas leva ao aumento do seu consumo; se as manifestações nazistas levam à violência; se determinados impostos geram desigualdades sociais, entre outros

---

<sup>325</sup> Em sua obra sobre Juiz Natural, Antonio do Passo Cabral apresenta importantes impactos que as mudanças de paradigmas provocam nas técnicas decisórias, como as sentenças condicionais ou com reserva, decisões declaratórias de incompatibilidade, recomendações judiciais, e decisões exortativas, por exemplo. CABRAL, Antonio do Passo, *Juiz natural e eficiência processual. Flexibilização, delegação, e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Livro digital. 2021. RB-7.17 e ss.

<sup>326</sup> “Virtually every constitutional case presents disputed facts, but only rarely are the facts described or explained with any precision. The Court’s constitutional pronouncements float above the empirical mire, neither being informed by contingent realities nor subject to empirical check by those realities. This state of affairs seems widely accepted among lawyers and scholars, at least as measured by the lack of dissenting voices heard” (FAIGMAN, David L. *Constitutional Fictions: a Unified Theory of Constitutional Facts*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 1).

exemplos.<sup>327</sup> É a ideia de que “os fatos são importantes para interpretar o resultado e devem ser tidos em conta no raciocínio interpretativo”.<sup>328</sup>

Nos Estados Unidos, por exemplo, a participação de *amici curiae*, na Suprema Corte, é considerada essencial não só para obtenção de informações importantes para o julgamento, mas sobretudo para que a Corte possa antecipar reações populares ao resultado das suas decisões.<sup>329</sup>

Para além dessa forma de intervenção, formalmente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, naturalmente, existem mecanismos informais de participação de setores da sociedade civil junto dos tribunais que não são tidos em conta na análise do quadro normativo. O *lobbying* e os grupos de pressão são talvez a faceta mais evidente deste fenómeno, em que a interação com os tribunais para a definição do sentido da Constituição se processa por vezes nos bastidores, sem qualquer publicidade. Estas formas de interação suscitam diferentes reações: ou são naturalizadas como mecanismos inerentes ao sistema, ora reconhecendo as suas vantagens, ora admitindo os seus problemas, ou são rejeitadas como práticas contrárias à democracia.<sup>330</sup>

Nesse sentido, o presente capítulo cuida da missão de esmiuçar essas técnicas, sistematizando-as à luz do paradigma dos diálogos constitucionais.

---

<sup>327</sup> Luiz Guilherme Marinoni destaca a questão: “De modo que o problema dos fatos constitucionais inicia a partir da descoberta da razão do seu desprezo pelo direito constitucional e pelas Cortes. A partir daí, no entanto, requer complexa elaboração dogmática, hábil à identificação dos fatos que estão por detrás das leis e, portanto, devem ser analisados pelo Juiz quando do controle de constitucionalidade. Porém, como os fatos certamente não importam apenas por determinarem as leis, mas especialmente porque fazem parte da realidade sobre a qual o intérprete necessariamente se debruça quando está diante de dispositivos de tessitura aberta, particularmente dos de natureza constitucional, há que se prestar atenção ao raciocínio desenvolvido pelo intérprete que se vê obrigado a considerar a realidade que está a depender da afirmação do significado das normas constitucionais.”. O problema dos factos constitucionais começa, pois, pela descoberta da razão pela qual o direito constitucional e os tribunais não os reconhecem. A partir daí, porém, exige uma elaboração dogmática complexa, capaz de identificar os factos subjacentes às leis e que, conseqüentemente, devem ser analisados pelo juiz em sede de fiscalização da constitucionalidade. Mas como os fatos não contam certamente apenas porque determinam as leis, mas sobretudo porque fazem parte da realidade sobre a qual o intérprete necessariamente se debruça quando confrontado com dispositivos de textura aberta, em especial os de natureza constitucional, há que ter em atenção o raciocínio desenvolvido pelo intérprete que está obrigado a considerar a realidade que depende da afirmação do sentido das normas constitucionais”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters. 2021).

<sup>328</sup> *Ibid.*

<sup>329</sup> SPRIGGS, J. F., & WAHLBECK, P. J. *Amicus Curiae and the Role of Information at the Supreme Court*. *Political Research Quarterly*, 50(2), 1997. pp. 365-386. <https://doi.org/10.1177/106591299705000206>.

<sup>330</sup> Um caso emblemático que merece ser mencionado é o relatório publicado pela associação francesa “*Les amis de la terre*” que denuncia o *lobbying* das empresas perante o *Conseil Constitutionnel*. Relatório disponível em: <https://www.amisdelaterre.org/wp-content/uploads/2018/06/les-sages-sous-influence---rapport-amis-de-la-terre--odm.pdf>.

#### 4.1 É possível uma tipologia das decisões dialógicas?

A ideia de jurisdição atrelada à noção de objeto litigioso conduziu a uma visão impositiva do juiz, cuja decisão manifestava-se como exercício da soberania do Estado-juiz, substituindo-se à vontade das partes por intermédio da imposição de sua própria. Inserida na ideia de que a jurisdição é o exercício do poder,<sup>331</sup> cujo veículo materializa-se na decisão, ao dizer o direito.<sup>332</sup> É dessa premissa que se extrai as tipologias de sentença que classicamente são mencionadas na doutrina, muitas delas com forte influência das ideias de Pontes de Miranda e sua classificação de sentenças em função da ação (declarativas, constitutivas, condenatórias, executivas, e mandamentais).<sup>333</sup> Antonio do Passo Cabral alerta para o produto dessa concepção, em que a função precípua do magistrado é reduzida à “adjudicação, o julgamento, a fim de pacificar os conflitos em sociedade”.<sup>334</sup>

Sucede que, de há bastante tempo, outros tipos de pronunciamento judicial vêm sendo praticados, dando corpo a novas formas de decisão *a priori* inadequadas nas classificações clássicas de sentenças.<sup>335</sup> A superação do paradigma adjudicatório, que foi pedra de toque para a compreensão de novas formas de prestação da tutela jurisdicional, conforme alinhavado no capítulo predecessor, igualmente desempenha importante papel para a compreensão de novas formas de decisão.

Evidentemente que o direito objetivo oferece uma importante chave de compreensão do fenômeno, motivo pelo qual um mesmo tipo de decisão pode ser absolutamente inovador em um dado ordenamento jurídico, mas ser observada com naturalidade em outro.<sup>336</sup>

A variedade de critérios e as múltiplas formas de organização demonstram a dificuldade de se construir uma tipologia de decisões que fosse suficientemente capaz de englobar toda a pluralidade das sentenças constitucionais que a prática forense revela. Nesse sentido, não se

<sup>331</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Malheiros. 1993, p. 95.

<sup>332</sup> “O sentido exato é o de poder dizer o direito (*dicere ius*), razão por que se há de exigir o pressuposto conceptual de julgamento, de “dizer” (*dictio*) qual a regra jurídica, o *ius*, que incidiu.” (DE MIRANDA, Pontes; BERMUDES, Sergio. *Comentários ao código de processo civil*. Forense, 1974, p. 2).

<sup>333</sup> DE MIRANDA, Pontes; BERMUDES, Sergio. *Comentários ao código de processo civil*. Forense, 1974, p. 32.

<sup>334</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 114.

<sup>335</sup> PEYRANO, Jorge Walter. Las resoluciones judiciales diferentes: anticipatorias, determinativas, docentes, exhortativas e inhibitorias. *Ius et Veritas*, n. 45, 2012, pp. 82-87.

<sup>336</sup> Prova disso é a investigação levada a cabo por Jorge Walter Peyrano sobre o que denominou “sentenças antecipatórias”, coincidentes, no caso brasileiro, com as tutelas provisórias: “He aquí una de las más importantes “nuevas” sentencias, que viene siendo objeto de gran atención doctrinaria y de plurales aplicaciones jurisprudenciales. Presenta la particularidad que genera una suerte de declaración de derechos, provisoria y revocable, favorable a la demandante”. (PEYRANO, Jorge Walter. Las resoluciones judiciales diferentes: anticipatorias, determinativas, docentes, exhortativas e inhibitorias. *Ius et Veritas*, n. 45, p. 83)

cogita a construção de modelos puros. Muito ao revés, assume-se, desde logo, que a tipologia ora proposta é meramente tendencial e busca aproximar o teórico da complexidade do mundo ontológico, por vezes simplificando-o.

Atendo-se ao escopo do presente trabalho, a adoção de um paradigma dialógico de jurisdição constitucional conduz ao reconhecimento de novas formas decisórias. As técnicas de decisão adotadas pelo STF têm também um impacto significativo na interação entre as instituições. Inspirado no modelo alemão, o STF desenvolveu, ao longo da sua jurisprudência, um tipo de técnica decisória e interpretativa que escapa aos efeitos tradicionais da sentença constitucional. A jurisprudência do STF é rica em técnicas, como a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (determinando a inconstitucionalidade de uma ou mais interpretações da norma), a interpretação conforme à Constituição (determinando a única interpretação correta da norma), a norma ainda constitucional (a inconstitucionalidade da norma é determinada como progressiva pelo Tribunal, que decide mantê-la na ordem jurídica), a modulação dos efeitos da decisão, entre outras.

Tradicionalmente, essa multiplicidade decisória foi organizada em diferentes tipologias, as quais foram, em alguma medida, sintetizadas nas obras de Luiz Guilherme Marinoni e Georges Abboud. O primeiro faz menção às sentenças manipulativas ou reconstitutivas, vistas como “decisões que reelaboram a norma, alterando-a para torná-la compatível com a Constituição”<sup>337</sup>, na sequência subdividindo-as em redutivas, aditivas e substitutivas. A técnica parece ter sido utilizada pelo STF, na ocasião de julgamento da ADPF nº 4277, sobre reconhecimento da proteção constitucional da união homoafetiva, diante do texto constitucional que, claramente, exclui o reconhecimento dessa modalidade de família<sup>338</sup> – não obstante ter sido enquadrada como interpretação conforme à Constituição pelos julgadores.

De maneira similar, porque oriunda de fonte semelhante, qual seja, no direito italiano, Georges Abboud classifica as sentenças de maneira tripartite, em (i) interpretativas em sentido estrito; (ii) manipulativas; e (iii) limitativas.<sup>339</sup>

---

<sup>337</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters. 2021, p. 893.

<sup>338</sup>“É preciso, talvez, que nós deixemos essa questão de forma muito clara porque isso terá implicações neste e em outros casos quanto à utilização e, eventualmente, à manipulação da interpretação conforme, que se trata inclusive de uma interpretação conforme com muita peculiaridade, porque o texto é quase um decalque da norma constitucional e, portanto, não há nenhuma dúvida quanto àquilo que o legislador quis dizer, na linha daquilo que tinha positivado o constituinte”. (STF ADPF nº 4277 - Distrito Federal. Relator Min. Ayres Britto. Julgado em 05.05.2011, p. 705.)

<sup>339</sup>ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 775.

Nessa tipologia, haveria algo para além da interpretação, configurando-se verdadeira transformação da norma. A distinção entre o que é interpretar e reconstruir resta confusa, contudo, já que toda interpretação configura uma criação da norma, ainda que por vezes para fins de superação do texto explícito, até mesmo para fins de extração de norma *contra legem*.<sup>340</sup> Para além disso, essa tipologia tem por premissa a existência de um sentido prévio da norma, o qual é deturpado, posteriormente, pela interpretação. Rigorosamente, não existem sentidos pré-existentes, mas somente aqueles sentidos (normas) que são extraídos do texto, por intermédio de uma atividade interpretativa – o que leva a questionar a utilidade da distinção.

Não obstante, o objetivo da presente epígrafe é outro: busca-se organizar, de preferência com escorço em sentenças reais, uma tipologia de decisões que, não obstante inadequadas nas tipologias classicamente realizadas de sentença, tem aptidão para promover diálogos institucionais entre a Corte Constituição e demais instituições. Sem embargo disso, as sentenças típicas dão lugar a novas formas de pronunciamento, denominadas “atípicas”. seja porque a Corte busca preservar, em maior grau possível, a norma atacada, aplicando o que se denomina de “cortesia constitucional”, ou porque age com “deferência fundamentada”; seja porque a Corte baliza sua decisão a razões de ordem pragmática e funcionais, evitando lacunas no ordenamento, ao expulsar a norma, ou evita decisões socialmente custosas. Esses custos, aliás, são intensificados em decisões constitucionais com efeitos *erga omnes*, em que a expulsão da norma gera efeitos derogatórios em um espectro amplo da comunidade.

No direito brasileiro, esse debate ganha especial contorno em razão do sistema normativo vigente. Em primeiro lugar, cumpre mencionar a tradicional recepção, por parte do STF, do emprego de novas técnicas decisórias no exercício da jurisdição constitucional, e cuja utilização depreendeu-se mais dos poderes que a Corte implicitamente avocou para si do que a existência de expressa disposição normativa. Demais disso, a reforma introduzida pela Lei nº 13.655 de 2026, na LINDB, igualmente merece destaque. Com a alteração, o Legislador expressamente positivou (i) a necessidade de consideração dos efeitos concretos da decisão, na esfera judicial (art. 20); (ii) a necessidade de indicação expressa das consequências jurídicas e administrativas que advierem da invalidação (art. 21), com possibilidade de indicação das condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, e relativização quando os efeitos forem anormais ou excessivos (parágrafo único do art. 21); o dever de prever regime de transição, em face de emprego de nova

---

<sup>340</sup> Sobre superabilidade de regras quando conflitantes com princípios, ver: BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 37, p. 152-180, 2010.

interpretação, quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais (art. 23); e o dever das autoridades públicas em atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas (art. 30).

Essa nova moldura legal, na jurisdição constitucional, é traduzida pelo uso de técnicas decisórias que permitam ao julgador, ao ponderar os efeitos potencialmente advindos da declaração de inconstitucionalidade, procurar soluções mais adequadas ao jurisdicionado. Não apenas isso, a lei expressamente dispõe acerca da função de consulta e outras formas não cogentes de decidir no âmbito da esfera judicial, especialmente diante das particularidades de cada caso.

Em atenção à terminologia empregada, cumpre explicitar que o termo “sentença constitucional” será empregado para designar o pronunciamento judicial que, à semelhança da decisão adotada no §1º do art. 203 do CPC, põe fim ao processo de controle de constitucionalidade, independentemente de sua natureza abstrata ou concreta. É, portanto, produto da jurisdição constitucional.

Uma vez mais, o objetivo é duplo, na medida em que se busca descrever pronunciamentos existentes, ao tempo em que se intenta prescrever outros pronunciamentos capazes de adequação à prática forense nacional.

#### 4.1.1 As sentenças clássicas ou típicas

Conforme prenunciado, a literatura processualista clássica, em geral, organiza a tipologia de sentenças a partir do conteúdo do ato sentencial, limitando-o à pretensão adjudicatória. Antonio do Passo Cabral aponta que essa pretensão é manifestada nas características que comumente são associadas às sentenças, quais sejam: a cognição; a vinculatividade e a obrigatoriedade. Sob a égide desse paradigma, a sentença é tida como ato de inteligência e de vontade – na hipótese, manifestação da vontade do Estado-juiz substituindo-se aquela das partes para fins de pacificação do conflito.<sup>341</sup>

A classificação típica das sentenças, comumente atreladas ao processo civil, foi fortemente influenciada pelas ideias de Adolf Wach, cunhadas, no século XIX, na Alemanha. Esse autor concebia uma divisão tripartite das sentenças, em condenatórias, constitutivas e

---

<sup>341</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

declaratórias.<sup>342</sup> No direito italiano, a classificação foi aderida por Chiovenda, que apontava uma classificação ternária em sentenças “*di condanna*”, “*d'accertamento*”, “*di costituzione*”.

No Brasil, a essa divisão Pontes de Miranda adicionou mais duas espécies, as sentenças mandamentais e executivas.<sup>343</sup> Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael A. de Oliveira alertam para o fato de que esse debate perdeu razão de ser no direito brasileiro em razão da unificação do meio executivo, com advento da Lei nº 11.232/2005.<sup>344</sup>

No processo constitucional, as sentenças, que normalmente estariam limitadas pela dualidade constitucional *versus* inconstitucional, encontraram, a partir da introdução de novas técnicas decisórias, diferentes classificações.

No âmbito do processo constitucional, a influência italiana foi decisiva para a sistematização das sentenças constitucionais, no Brasil. Como mencionado anteriormente, é a partir do direito italiano que autores nacionais como Georges Abboud e Luiz Guilherme Marinoni elaboraram uma classificação das sentenças constitucionais no âmbito do STF. A influência italiana mostrou-se especialmente relevante nas hipóteses em que a Corte não alterava o texto normativo, mas o significado da norma; mas também nos casos de supressão de lacunas normativas, valendo-se de decisões aditivas. No contexto da *Corte Costituzionale*, as sentenças são classificadas como (a) sentenças exortativas (*sentenze comandamento*), (b) sentenças interpretativas (*sentenze interpretative*), (c) sentenças aditivas (*sentenze additive*) e (d) sentenças substitutivas (*sentenze sostitutive*).

Há divergências em termos de nomenclatura. Por vezes, verifica-se o uso do termo “manipulativa” para designar aquilo que é, para alguns, “interpretativa”. Em geral, indicam as sentenças da Corte nas quais não há alteração no nível textual da norma, mas apenas a nível hermenêutico. Conforme pontuado anteriormente, o termo “interpretativa” pode conduzir a imprecisões teóricas, haja vista que toda sentença, por ser norma, é extraída da interpretação. Luiz Guilherme Marinoni vale-se, igualmente, do termo “reconstrutiva” para designar esta forma de pronunciamento.<sup>345</sup>

Não obstante isso, em fidelidade à tipologia que se busca propor, as sentenças típicas são aquelas em que, geralmente, a Corte exerce pretensão adjudicatória, resolvendo os pedidos

---

<sup>342</sup> Para uma sistematização do debate: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões velhas e novas em matéria de classificação de sentenças. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva. 1977.

<sup>343</sup> DE MIRANDA, Pontes; BERMUDEZ, Sergio. *Comentários ao código de processo civil*. Forense, 1974. A classificação quinária foi elaborada em seu Tratado de Ações.

<sup>344</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael A. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. vol. 2. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

<sup>345</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters. 2021, p. 892.

das partes, e julgando pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma com intenção de definitividade.

Tomada essa base, o critério de “definitividade” é chave de pensamento da classificação ora proposta, mais do que as interpretações que eventualmente são adotadas pela Corte em razão das especificidades do caso julgado. Tratando-se de uma tipologia quem tem por paradigma os diálogos constitucionais, as sentenças típicas compreendem aqueles pronunciamentos que, a despeito das técnicas interpretativas que sejam empregadas, têm por finalidade pôr termo ao caso, julgando os pedidos veiculados, com evidente pretensão de definitividade da questão.

Conforme alinhavado anteriormente, não obstante o esforço acadêmico e as eventuais admissões jurisprudenciais, vige a concepção de que o Judiciário é detentor da última palavra, e, portanto, que há possibilidade de encerramento da questão constitucional.

#### 4.1.2 As sentenças exortativas

As decisões exortativas são mencionadas por Antonio do Passo Cabral em referência a técnicas decisórias não coercitivas que meramente exortam condutas a serem tomadas por outros agentes políticos.<sup>346</sup> Superada a ideia de que o juiz é adstrito a prestar tutela coercitiva, as decisões exortativas localizam-se em outras formas de pronunciamento judicial, sem pretensão exclusivamente adjudicatória.

As sentenças exortativas, que igualmente podem ser referidas por “sentenças com aviso” ou “sentença apelativa”, são objeto de profunda reflexão do direito processual constitucional e geralmente indicam uma sentença constitucional em que a Corte deixa de pronunciar uma inconstitucionalidade que julga aparente, exortando, contudo, a tomada de conduta no âmbito dos demais poderes para fins de reformulação da norma. Nesse sentido, a sugestão da Corte é acompanhada de precisões a respeito dos defeitos identificados em uma fórmula de exortação,<sup>347</sup> podendo, ou não, conter prazo para seu cumprimento.<sup>348</sup>

Igualmente constitui sentença exortativas aquelas decisões cujo conteúdo decisório repousa na recomendação, ao legislador, de editar normas, como ocorre, por exemplo, em caso de omissões inconstitucionais ou para fins de adequação de um cenário normativo à

---

<sup>346</sup> CABRAL, Antonio do Passo, *Juiz natural e eficiência processual. Flexibilização, delegação, e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Livro digital. 2021. p. RB 7.17.

<sup>347</sup> PEYRANO, Jorge Walter. Las resoluciones judiciales diferentes: anticipatorias, determinativas, docentes, exhortativas e inhibitorias. *Ius et Veritas*, n. 45, 2012, p. 45.

<sup>348</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. Las sentencias constitucionales exhortativas. *Estudios Constitucionales*, v. 4, n. 2, 2006.

Constituição em hipóteses em que esta violação demanda um exercício amplo do poder de legislar.<sup>349</sup> Nessas hipóteses, a Corte tende a reconhecer a uma omissão inconstitucional, ou, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, exortar os demais Poderes acerca de um novel vácuo normativo que exige supressão.

As sentenças exortativas, portanto, podem ser meras sugestões ou recomendações endereçadas aos demais poderes, sem, contudo, vinculá-los – calhando denominá-las de sentenças exortativas fracas; ou, doutra banda, podem conter comandos normativos com tendência coercitiva, como ocorre nas exortações acompanhadas de parâmetros claros para supressão da inconstitucionalidade, inclusive conferindo prazo para seu cumprimento – podendo denominá-las de sentenças exortativas fortes.

Néstor Pedro Sagués classifica as sentenças exortativas em três categorias, quais sejam:

- (i) as sentenças exortativas de delegação: nessa tipologia, a Corte declara a inconstitucionalidade de determinada norma, ao tempo em que enuncia os parâmetros a serem seguidos pelos demais poderes para edição de norma compatível com a Constituição, delegando sua consecução a esse Poder;
- (ii) as sentenças exortativas de inconstitucionalidade simples: nesta variação, a Corte constata a inconstitucionalidade de uma norma sem declará-la, impondo, aos demais Poderes, o dever de suprimir a situação de inconstitucionalidade. Normalmente, a norma inconstitucional persiste sendo aplicada até ulterior advento da nova norma adequada ao sistema constitucional; e
- (iii) as sentenças exortativas por constitucionalidade precária: nessa técnica, a jurisdição constitucional reconhece que a norma é “todavia constitucional”, sem ignorar a existência de uma inconstitucionalidade futura, e, por vezes, iminente. Nesta conjuntura, a Corte exorta os demais Poderes a produzir norma satisfatoriamente constitucional, dirimindo a situação constitucional precária.<sup>350</sup>

Não obstante a utilidade dessa classificação, a *práxis* forense nem sempre cabe nas classificações propostas, sem macular o conteúdo exortativo da decisão. Como se verá nas epígrafes vindouras, a exortação por vezes é acompanhada de prazos peremptórios para cumprimento da obrigação de legislar, inclusive com previsão de efeitos sancionatórios na hipótese de descumprimento.

---

<sup>349</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. Las sentencias constitucionales exhortativas. *Estudios Constitucionales*, v. 4, n. 2, 2006, pp. 189-202.

<sup>350</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. Las sentencias constitucionales exhortativas. *Estudios Constitucionales*, v. 4, n. 2, 2006, pp. 189-202, p. 195.

As sentenças exortativas geram uma alteração importante na forma em que se tutela a jurisdição constitucional, para além do binarismo “norma constitucional *versus* norma inconstitucional”. Como se pode extrair da classificação susomencionada, assume-se uma complexidade de inconstitucionalidades, como ocorre na constitucionalidade precária e na percepção acerca de normas ainda constitucionais ou com inconstitucionalidade em trânsito.

#### 4.1.2.1 O caso da violação em massa dos direitos humanos no sistema carcerário: casos colombiano, argentino e brasileiro

Um exemplo de sentença exortativa que o direito comparado permite cotejar ocorreu no julgamento, pelas Cortes Constitucionais, da violação massiva dos direitos humanos nos sistemas carcerários brasileiro, argentino e colombiano. Nesses países, diante da existência de déficits profundos em políticas públicas e inércia dos demais poderes, as Cortes valeram-se de soluções criativas com o fito de exortar condutas dos demais poderes e com a finalidade de adequar a situação jurídica dos presídios às normas constitucionais. Quadra mencionar que tais decisões vieram acompanhadas de outros conteúdos decisórios que não se enquadram no conceito de exortação tratado no presente trabalho, e que, portanto, não serão endereçados.

Na Colômbia, em 1998, a Corte Constitucional valeu-se, pioneiramente, da concepção de “estado de coisa inconstitucional”, identificando falhas estruturais nas políticas públicas adotadas pelo Estado colombiano.<sup>351</sup> Nesse sentido, a mera declaração de inconstitucionalidade revelou-se incapaz de superar a situação inconstitucional inerentemente complexa, ao tempo em que o Judiciário não detinha capacidade institucional de, solitariamente, resolver a questão. Nesse sentido, a Corte exortou condutas a serem praticadas por outras instituições para fins de supressão da situação inconstitucional. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional revela um “bloqueio institucional” severo das demais instituições, conclamando uma prestação jurisdicional estrutural da Corte para otimização da solução.<sup>352</sup> Esse estado de coisas inconstitucional, ao menos da forma delineada pela Corte Constitucional colombiana, é fonte de rico debate sobre separação de poderes e tem por requisito a ordenação da adoção de políticas públicas, por parte do Estado, com importantes consequências orçamentárias.

---

<sup>351</sup> Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-153 de 1998.

<sup>352</sup> ARIZA, Libardo José. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiano. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitucionalismo del Sur Global*. Bogotá: Siglo del Hombre editores. 2015, pp. 169-201.

A técnica foi aplicada em outros casos emblemáticos da Corte, como no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional na deficiência da seguridade social no setor público.<sup>353</sup> violação sistemática dos direitos das pessoas beneficiárias de pensão por jubilação (previdência social colombiana),<sup>354</sup> violação dos direitos humanos das pessoas vítimas do deslocamento forçado no contexto de conflito armado na Colômbia.<sup>355</sup>

No caso do sistema carcerário, para além do reconhecimento da inconstitucionalidade estrutural, a Corte adotou técnica exortativa determinando a prática de atos concretos por parte das demais instituições, inclusive com determinação de prazo para seu cumprimento. Nesse sentido, vale registrar o capítulo da sentença em que a Corte valeu-se da exortação:

Tercero. - ORDENAR al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar, en un término de tres meses a partir de la notificación de esta sentencia, un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales.

Cuarto.- ORDENAR al Ministerio de Justicia y del Derecho, al INPEC y al Departamento Nacional de Planeación, en cabeza de quien obre en cualquier tiempo como titular del Despacho o de la Dirección, la realización total del plan de construcción y refacción carcelaria en un término máximo de cuatro años, de conformidad con lo establecido en el Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones.<sup>356</sup>

Não obstante as críticas por vezes endereçadas no sentido de que a decisão da Corte ocupa um lugar mais simbólico do que concreto, os dados empiricamente coletados pelo “Instituto Nacional Penitenciário y Carcerario” (INPEC) colombiano, no denominado “Programa General para dar cumplimiento a la sentencia T-153 del 28 abril de 1998 de la Corte Constitucional” demonstram o contrário. Depurados por Libardo José Ariza, os dados demonstram alterações estruturais, com afetação orçamentária e abertura de novas vagas para conter superlotação.

A aptidão dialógica é evidente, uma vez que “a doutrina claramente busca abordar os problemas estruturais que impedem o desenho institucional adequado, criando espaços de diálogo institucional que permitam o desenho de políticas públicas que ‘desbloqueiem’ o acordo institucional obsoleto”.<sup>357</sup>

<sup>353</sup> Corte Constitucional da Colômbia. Sentença SU 559 de 1997.

<sup>354</sup> Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-068 de 1998.

<sup>355</sup> Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-025 de 2004.

<sup>356</sup> Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-153 de 1998.

<sup>357</sup> Tradução livre do original em espanhol: “Por otra parte, la doctrina claramente busca abordar los problemas estructurales que impiden un desempeño adecuado, creando espacios de diálogo institucional que permitan el diseño de políticas públicas que ‘desbloqueen’ un acuerdo institucional obsoleto”. (ARIZA, Libardo José. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en

O caso colombiano foi paradigmático para a produção da experiência brasileira e foi referenciado multiplamente não apenas na petição inicial da ADPF nº 347, mas igualmente na decisão do STF. A ação, cujo julgamento da medida cautelar ocorreu em 09.09.2015, e do mérito em 04.10.2023, teve por desfecho o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, ante o cenário de massiva violação dos direitos humanos dos custodiados, com adoção de medidas exortativas pela Corte.

Outro caso que impende mencionar foi o julgamento do *habeas corpus* no caso Verbitsky da Corte Constitucional Argentina. Não obstante a nomenclatura, a Corte debruçou-se sobre a situação de violação aos direitos humanos no sistema carcerário argentino. Em suas razões, a Corte identificou a) a superlotação carcerária que compromete o tratamento digno dos indivíduos privados de sua liberdade; b) 75% dos detentos na Província de Buenos Aires são presos sem condenação definitiva; e c) situação de encarceramento precário de menores e enfermos em delegacias.

A Corte assinalou a existência de descompasso entre a legislação processual penal e os padrões internacionais, razão pela qual decidiu, explicitamente, exortar os Poderes Legislativos e Executivos da Província de Buenos Aires para que adequem a legislação.<sup>358</sup> Não obstante isso, a Corte não declarou a inconstitucionalidade das disposições legislativas, limitando-se a afirmar a existência de inconstitucionalidades aparentes, naquilo que Néstor Pedro Sagués classificou como sentença exortativa por declaração de constitucionalidade precária.<sup>359</sup>

Similarmente à técnica empregada pela Corte colombiana, o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional, e exortou os demais poderes a empreenderem condutas necessárias para supressão da inconstitucionalidade. Para além da parte dispositiva direcionada ao próprio Poder Judiciário (como para fins de realização de audiências de custódia), a Corte exortou os demais Poderes, em especial o Executivo, a adotar uma série de medidas, consubstanciadas em um plano de implementação com prazo específico para seu cumprimento. Demais disso, a Corte resguardou-se na função de supervisão do fiel cumprimento do plano, em interessante

---

el sistema penitenciario colombiano. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitucionalismo del Sur Global*. Bogotá: Siglo del Hombre editores. 2015, p. 186).

<sup>358</sup> No original: “Que... cabría analizar la eventual constitucionalidad de la legislación vigente en la Provincia de Buenos Aires en materia excarcelatoria, que prima facie parece alejarse del estándar trazado por el derecho internacional que sigue la legislación nacional. Si bien no corresponde un pronunciamiento de esta Corte sobre este tema en la presente causa, tampoco el Tribunal puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y por consiguiente, cabe que exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y de excarcelación a los estándares internacionales que, a modo de ejemplo, recepta la legislación procesal penal de la Nación”. (ARGENTINA, Corte Constitucional. Caso Verbitsky. Sentença 3 de maio de 2005).

<sup>359</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. Las sentencias constitucionales exhortativas. *Estudios Constitucionales*, v. 4, n. 2, 2006, pp. 189-202.

miscelânea da função jurisdicional de supervisão, elaborada no capítulo predecessor, com técnica de exortação.<sup>360</sup> Essa supervisão foi expressamente defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, que, em suas razões, apontou que a complexidade do caso conclamava o emprego de “uma decisão de caráter plástico, de caráter bastante criativo”.<sup>361</sup>

Esses três casos explicitam a miríade de técnicas possíveis para resolução de questões constitucionais cuja complexidade necessite soluções criativas. A exigência de adoção de condutas pelos demais Poderes, para fins de conformação à Constituição do sistema carcerário dos três países, exigiu que as Cortes Constitucionais buscassem alternativas para a mera declaração de inconstitucionalidade ou a imposição de sentenças meramente aditivas. Nesses três países, a exortação demonstrou ser parte essencial dos dispositivos decisórios. A Corte colombiana declarou inconstitucionalidade e exortou os demais Poderes para adoção de plano cuja parametrização foi emoldurada em julgamento; a Corte argentina resguardou-se da declaração de inconstitucionalidade, inobstante o reconhecimento de uma constitucionalidade precária, ao tempo em que exortou os poderes locais; e a Corte brasileiro declarou a inconstitucionalidade, exortou os demais poderes, e salvaguardou-se na função jurisdicional de supervisão do cumprimento da decisão.

---

<sup>360</sup> A esse respeito, confira-se excerto da decisão: 4. determinar a elaboração de plano nacional e de planos estaduais e distrital para a superação do estado de coisas inconstitucional, com indicadores que permitam acompanhar sua implementação; 5. estabelecer que o prazo para apresentação do plano nacional será de até 6 (seis) meses, a contar da publicação desta decisão, e de até 3 anos, contados da homologação, para a sua implementação, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano; 6. estabelecer que o prazo para apresentação dos planos estaduais e distrital será de 6 (seis) meses, a contar da publicação da decisão de homologação do plano nacional pelo STF, e implementado em até 3 anos, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano local; 7. prever que a elaboração do plano nacional deverá ser efetuada, conjuntamente, pelo DMF/CNJ e pela União, em diálogo com instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos termos explicitados acima e observada a importância de não alongar excessivamente o feito; 8. explicitar que a elaboração dos planos estaduais e distrital se dará pelas respectivas unidades da federação, em respeito à sua autonomia, observado, todavia, o diálogo com o DMF, a União, instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos moldes e em simetria ao diálogo estabelecido no plano nacional; 9. prever que em caso de impasse ou divergência na elaboração dos planos, a matéria será submetida ao STF para decisão complementar; 10. estabelecer que todos os planos deverão ser levados à homologação do Supremo Tribunal Federal, de forma a que se possa assegurar o respeito à sua decisão de mérito; 11. determinar que o monitoramento da execução dos planos seja efetuado pelo DMF/CNJ, com a supervisão necessária do STF, cabendo ao órgão provocar o Tribunal, em caso de descumprimento ou de obstáculos institucionais insuperáveis que demandem decisões específicas de sua parte; 12. estipular que os planos devem prever, entre outras, as medidas examinadas neste voto, observadas as diretrizes gerais dele constantes, sendo exequíveis aquelas que vierem a ser objeto de homologação final pelo STF em segunda etapa. (STF - ADPF nº 347, julgada em 04 de outubro de 2023).

<sup>361</sup> *Ibidem*, p. 131.

#### 4.1.2.2 A exortação no direito brasileiro: a técnica da inconstitucionalidade progressiva, o mandado de injunção, a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e os *open remedies*

À míngua de uma sistematização normativa, a exortação, no direito brasileiro, é identificada em regras esparsas, em decisões judiciais, e em escritos acadêmicos. A regra prevista no art. 8º da Lei nº 13.300 de 2016, referente ao instituto do mandado de injunção, é mencionada como exemplo de exortação da jurisdição constitucional brasileira,<sup>362</sup> especialmente a previsão contida no art. 8º. Em referido dispositivo, verificada a mora legislativa, a Corte não apenas pode expressamente declará-la, mas também “determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora” (inciso I).

Tradicionalmente, cuidando-se das omissões inconstitucionais, o STF tem adotado postura no sentido de exortar os Poderes a suprimir a lacuna normativa (portanto de gerar o texto normativo), estabelecendo prazo cuja fruição *in albis* é sancionada pela normatização pela própria Corte. É o que fez a Corte em recente decisão nos autos da ADO nº 20, julgada em 14 de dezembro de 2023, em que o STF se debruçou sobre a ausência de regulamentação da licença-paternidade. Na ocasião, a Corte declarou a existência de omissão inconstitucional, exortando o Congresso Nacional a legislar sobre a norma em um prazo de dezoito meses, e cuja fruição, sem resposta, implica na edição da norma pelo próprio Tribunal.<sup>363</sup>

Um outro caso de exortação que merece destaque verificou-se no julgamento, pelo STF, do MI nº 943, de 22 de junho de 2011. Nesse julgamento, a Corte havia reunido maioria para julgar procedente o pedido, declarando a mora legislativa em regulamentar o art. 7º, inciso XXI, da Constituição, a respeito do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Verificada a divergência a respeito da norma a ser aplicada, a Corte decidiu pela suspensão do feito, para definição ulterior do dispositivo. Ocorre que, nesse hiato, o Legislador suprimiu a lacuna, ao editar a Lei nº 12.506/2011. Sobre essa decisão, o Min. Gilmar Mendes discorreu que a “aprovação da Lei sobre aviso prévio três meses após a decisão da Corte sobre o mandado de injunção indica, talvez, a possibilidade de estabelecimento, de um novo e talvez frutífero diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Legislativo”<sup>364</sup>

---

<sup>362</sup> CABRAL, Antonio do Passo, *Juiz natural e eficiência processual. Flexibilização, delegação, e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Livro digital. 2021.

<sup>363</sup> STF - ADO nº 20. Rel. Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão Min. Edson Fachin. Julgada em 14.12.2023.

<sup>364</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de injunção e a efetividade dos direitos fundamentais. In *A jurisdição constitucional e os desafios à concretização dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 159.

A peculiaridade de mencionada decisão depreende-se do fato de que a Corte não havia deliberado, em termos de dispositivo da decisão, pela exortação dos demais Poderes, mas provocou esse efeito meramente com a declaração da inconstitucionalidade. Demais disso, a suspensão do processo provocou efeito exortativo eficiente, precipuamente para fins de supressão da inconstitucionalidade.

Uma outra técnica, já muito elaborada na doutrina pátria, mas que merece destaque à luz do paradigma dos diálogos constitucionais é a “lei ainda constitucional”. A técnica decisória da lei “ainda constitucional”, ou da “inconstitucionalidade progressiva”, é exemplo que pode ser referido como um instrumento de interação entre a Corte e o Parlamento. Essa técnica tem origem na “*Appellentscheidung*” do direito alemão,<sup>365</sup> e consiste em uma decisão em que a Corte reconhece um estado que, embora imperfeito, não é suficiente para justificar a declaração de invalidade da lei; uma situação cinzenta entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade, permitindo que o Parlamento adote medidas para conter a evolução inconstitucional da norma. É o caso do multicitado HC 70.154, julgado em 20.03.1994,<sup>366</sup> no qual o STF decidiu pela constitucionalidade de norma que concedia à Defensoria pública, responsável pela representação dos mais vulneráveis perante os tribunais, prazo em dobro para interpor recursos e praticar os demais atos de um processo judicial. Na época, o Ministério Público argumentou que o princípio da isonomia e o direito a um julgamento equânime haviam sido violados.

A Corte entendeu que, apesar da existência de violação, a existência da regra se justificava em razão da precariedade de recursos e de organização da Defensoria Pública, instituição, à época, recém-criada pela nova Constituição. A Corte declarou que essa norma estava em vias de se tornar inconstitucional, dando ao Parlamento e aos Estados federados tempo para estruturar as defensorias públicas, permitindo a igualdade de armas no processo penal sem a necessidade de dobrar os prazos para recursos. Nesse cenário futuro, a existência da lei impugnada perderia sua razão de ser.

A inconstitucionalidade progressiva tem uma aptidão evidente condão de servir aos fins de que cogitam os diálogos constitucionais. Para além da sentença constitucional clássica, com pretensão terminativa, a técnica busca conferir solução ao caso constitucional, mantendo, provisoriamente, a constitucionalidade da norma, ao tempo em que comunica a necessidade de reparação de uma inconstitucionalidade que se constitui com o tempo. Nesse cenário, é possível

---

<sup>365</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador - *Appellentscheidung* - Na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista de Direito Administrativo*, 1992, vol. 188, p. 36-63.

<sup>366</sup> STF - HC 70.154. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgado em 01.07.1992.

que a Corte, no lugar de decidir com pretensão de definitividade, mantenha a questão constitucional em aberto, autorizando, especialmente, o Parlamento para integrar o debate constitucional.

Nesse sentido, a técnica da inconstitucionalidade progressiva pode representar importante mecanismo de exortação à tomada de decisão em outros fóruns.

O instituto pode ser comparado às “*delayed declaration of invalidity*”, igualmente denominadas “*suspended declaration*”, que tem, no direito canadense, especial relevância. A razão dessa importância é resultado de uma decisão, de 1985, da Suprema Corte do Canadá,<sup>367</sup> em aparente contradição à expressa disposição contida no *Constitutional Act* de 1982, a qual, em sua seção 52, explicita que “qualquer lei que seja inconsistente com as disposições da Constituição é, na medida da inconsistência, sem força ou efeito”. Nas declarações postergadas, a Corte deixa de pronunciar a invalidade da norma, ao menos por um período determinado, a partir do qual a decisão tem seu efeito imediato de invalidação. Aliás, essa técnica tornou-se a regra da jurisprudência canadense.<sup>368</sup> Inicialmente concebida para evitar efeitos jurídicos catastróficos com a declaração imediata de invalidação, a técnica passou a ser aplicada com espreque na ideia de que as Cortes estão adstritas à prerrogativa do legislativo de selecionar, dentre opções possíveis para remediar a inconstitucionalidade, aquela que julgar mais adequada. A Corte igualmente pondera que o exercício dessa prerrogativa é fatalmente encerrado quando a Corte simplesmente expurga a norma do ordenamento.<sup>369</sup>

Quadra mencionar também os “*open remedies*”, ou tutelas abertas. Em miúdos, consistem em uma técnica decisória utilizada para “pronunciar ou constatar a violação de direitos, deixando em aberto aspectos referentes ao cumprimento da decisão ou sua forma de execução e implementação”.<sup>370</sup> A técnica encontrou especial respaldo em conflitos envolvendo direitos humanos,<sup>371</sup> mas, especialmente no Brasil, é frequentemente mencionada na literatura dedicada aos processos estruturais. Apesar de não haver expressa menção para seu uso no

---

<sup>367</sup>Cuida-se do caso “*Manitoba Language Reference*” em que a Assembleia legislativa de Manitoba ignorava, por 95 anos, a disposição constitucional que ordenava que as leis fossem promulgadas nas duas línguas oficiais do país. Na oportunidade, a Corte compreendeu que seria desastrosa a mera declaração de inconstitucionalidade, visto que produziria um estado caótico de invalidação em cadeia de leis e demais atos normativos. (CANADÁ. Suprema Corte. *Manitoba Language Rights*, 1 S.C.R. 721, 1985).

<sup>368</sup>HOOLE, Grant R. A definition and early case law. Proportionality as a Remedial Principle: A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law, 2011 49-1. *Alberta Law Review* 107, 2011, pp. 105-148.

<sup>369</sup>Ibidem.

<sup>370</sup>CABRAL, Antonio do Passo, *Juiz natural e eficiência processual. Flexibilização, delegação, e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Livro digital. 2021, p. RB 7.17.

<sup>371</sup>C.f.: SATHANAPALLY, Aruna. *Beyond disagreement: Open Remedies in Human Rights Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

âmbito da jurisdição constitucional, é bem verdade que seu emprego pode ensejar importantes resultados em termos de diálogos constitucionais.

Por vezes, contudo, a exortação é negada pela Corte. No julgamento do RE n.º 843.112/SP, a respeito da revisão geral anual, a Corte entendeu que “o Poder Judiciário não possui competência para determinar ao Poder Executivo a apresentação de projeto de lei que vise a promover a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos, tampouco para fixar o respectivo índice de correção”.<sup>372</sup>

#### 4.1.3 As sentenças deferentes

As sentenças deferentes têm lugar quando, no exercício da jurisdição constitucional, as Cortes decidem em deferência às interpretações conferidas por outras instituições, ou quando deixa de pronunciar a (in)constitucionalidade, deferindo a resolução da questão constitucional a qual foi submetida a outro fórum deliberativo. Comumente associadas a sentenças constitucionais que deixam de pronunciar a inconstitucionalidade, não obstante a constatem, as sentenças deferentes manifestam-se no reconhecimento, pela Corte, de outros fóruns deliberativos mais aptos para resolução da questão.

Essa manifestação pode ocorrer de maneira explícita na decisão, em uma espécie de deferência positiva, como se verifica nas hipóteses em que a Corte mobiliza argumentos de capacidade institucional; mas também de maneira implícita, ou negativa, quando a Corte silencia-se sobre determinada questão constitucional, em deferência ao debate em outros fóruns, como ocorre na suspensão do julgamento.

Exemplo multicitado na doutrina estadunidense, e fonte de caudaloso debate entre diferentes correntes,<sup>373</sup> o caso *Chevron U.S.A., Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*,<sup>374</sup> pode ser mencionado como aplicação de sentença deferente no âmbito da jurisdição constitucional. A contenda iniciou-se quando a Chevron, uma empresa de energia, desafiou as regulamentações emitidas pela “*Environmental Protection Agency*” (EPA), a agência de proteção ambiental dos Estados Unidos, sobre os padrões de emissões de poluentes de uma

---

<sup>372</sup> STF –

RE n.º 843112 / SP. Relatoria Min. Luiz Fux. Julgado em 22 de setembro de 2020.

<sup>373</sup> O caso é considerado um dos precedentes mais importantes do direito administrativo estadunidense, tendo sido citado em milhares de decisões desde então. Contudo, recentemente, a Corte Suprema conferiu *certiorari* *Loper Bright Enterprises v. Raimondo (Docket No. 22-451)* em uma potencial sinalização de que o precedente de 1984 pode vir a ser superado.

<sup>374</sup> Suprema Corte dos Estados Unidos da América. *Chevron U.S.A., Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*, 468 U.S. 837. 1984.

refinaria. A “*Natural Resources Defense Council*” (NRDC), uma organização ambientalista, contestou a posição da Chevron, alegando que as regulamentações eram muito fracas.

Em sua decisão a Corte estabeleceu aquilo que posteriormente viria a ser denominado “Teste de Chevron”, em que o Tribunal é provocado a debruçar-se sobre dois questionamentos cujas soluções foram previamente estipuladas pela Corte Suprema: (i) se a Corte declarar que a legislação é clara, a agência está adstrita à lei, sendo defesa qualquer interpretação que extrapola essa clareza; (ii) se a Corte declarar que a legislação é clara, deve sentenciar em deferência à interpretação conferida pela agência, desde que razoável ou admissível (“*reasonable or permissible*”).

A interpretação da Corte repousa na assertiva de que, quando o Congresso legisla de maneira ambígua, fá-lo porque intenta delegar às agências a autoridade de interpretar a norma e suprimir as lacunas.

No direito francês, o instituto do “*référé législatif*” pode ser mencionado como um mecanismo de deferência a outros fóruns interpretativos, sem ignorar a particularidade histórica da relação entre Judiciário e Parlamento, na França. Com origem no direito canônico,<sup>375</sup> mas incorporado no direito francês na Assembleia Constituinte de 1790, durante o período revolucionário, mas que persistiu ao menos até o século XIX. O instituto previa que, em hipótese de divergência interpretativa entre o juiz da Corte de Cassação e o juiz de fundo, deve-se referir ao legislador para que ele decida a controvérsia. O instituto possuía raízes na ideia sintetizada no brocardo latino “*Ejus est interpretari legum cujus est condere*”, isto é, “interpretar as leis é daqueles que a promulgaram”, e, na história constitucional francesa, tem embrionária relação com a visão de juízes como meros aplicadores da lei por silogismos, vedada sua atividade interpretativa e invasão ao domínio da lei.<sup>376</sup>

No direito brasileiro, impende mencionar o MS nº 37.178, de relatoria do Min. Luiz Fux, julgado em 18 de agosto de 2020.<sup>377</sup> O STF denegou ordem em mandado de segurança impetrado contra decisão do CNMP, em processo administrativo. Na ocasião, apontou que, em casos dessa natureza, “impõe-se ao Poder Judiciário autocontenção (*judicial self-restraint*) e deferência às valorações realizadas pelos órgãos especializados, dada sua maior capacidade

<sup>375</sup> No direito justiniano, existia a “*interpretatio et la relatio ad Principem*”, isto é, o dever de se dirigir ao Rei em havendo obscuridade na interpretação da lei. (DEL FRATE, Paolo Alvazzi, Aux origines du référé législatif : interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789. *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 86, n° 2, avril-juin 2008, p. 253-262).

<sup>376</sup> Para uma panorama histórico do instituto: DEL FRATE, Paolo Alvazzi, Aux origines du référé législatif : interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789. *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 86, n° 2, avril-juin 2008, p. 253-262.

<sup>377</sup> STF - MS nº 37.178. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18 de agosto de 2020.

institucional para o tratamento da matéria”. Rigorosamente, a sentença amolda-se à classificação típica de sentenças de improcedência, mas a deferência foi utilizada com fundamento de decisão, em respeito a outros fóruns deliberativos.

Também no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 1425, julgada em 24 de abril de 2021, a Corte valeu-se da deferência com fundamento para julgamento. Em referido julgado, a Corte debatia a importação de camarão da Argentina, em uma ação civil pública em que se decidiu pela impossibilidade de importação do espécime. A contracautela foi julgada procedente, para fins de suspensão da liminar concedida, uma vez que a decisão da União foi calcada em avaliação técnica elaborada pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, por meio de sua Coordenação de Animais Aquáticos. Ante o exposto, a Corte decidiu que o “Poder Judiciário deve atuar, em princípio, com deferência em relação às decisões técnicas formuladas por órgãos governamentais, máxime em razão da maior capacidade institucional para o equacionamento da discussão”.<sup>378</sup>

#### 4.1.4 As sentenças opinativas

As sentenças opinativas constituem pronunciamento judicial sem conteúdo decisório imperativo. Ao utilizá-la, a Corte deixa de pronunciar coercitivamente sobre a questão jurídica posta, sem, contudo, deixar de emitir pronunciamento a respeito dela.<sup>379</sup> A opinião da Corte pode ser veiculada de diferentes maneiras e com vistas a diversas finalidades. Depurando o tema, Neal K. Katyal explica algumas formas de pronunciamentos opinativos e suas finalidades, inclusive dialógicas. Veja-se algumas delas.

---

<sup>378</sup> STF - Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 1425, Rel. Min. Luiz Fux. DJ 24.05.2021.

<sup>379</sup> Discorda-se da ideia defendida por Antonio do Passo Cabral, segundo a qual a exortação, recomendação e outras formas de pronúncia não cogentes são pronunciamentos opinativos sem caráter decisório. Distinguindo cognição de decisão, o autor defende que as manifestações opinativas não constituem decisões, uma vez que delas não decorrem da aplicação do direito ao caso (CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 104). O ponto nevrálgico da discordância ora aventada decorre da divergência a respeito do conceito de decisão; não se ignora, contudo, que esse autor reconhece que esses pronunciamentos são aptos a influenciar comportamentos. A decisão judicial é, em síntese, fonte do Direito, e, portanto, local onde a norma jurídica se revela, estabilizando expectativas normativas e condicionando condutas (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito 1*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro. 1983. p. 54-56). O elemento distintivo da decisão judicial (e “decisão jurisdicional”, em geral) das demais fontes do Direito reside na influência a comportamento, uma vez que a decisão é produto da função da tutela de interesses por um terceiro indiferente no processo (GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.). Nesse sentido, os pronunciamentos não cogentes, ainda que despossuídos de imperatividade, são plenamente capazes de condicionar comportamentos, e de estabilizar expectativas normativas – são, portanto, decisões.

Na “clarificação”, a Corte opina sobre a vagueza da lei, suas ambiguidades e lacunas, oferecendo conselhos para que corpos políticos suprimam a inconsistência. Por intermédio das opiniões clarificadoras, a Corte evita fricção com instituições representativas, ao tempo em que dialoga para otimização da norma constitucional.<sup>380</sup>

Na “autoalienação”, a Corte reconhece a existência de algum obstáculo, formal ou informal, para que possa decidir pela inconstitucionalidade da norma, mas, ainda assim, emite opinião às demais instâncias alertando para a potencial vício, podendo, até mesmo, opinar sobre eventuais cursos de ação.<sup>381</sup>

Já na “personificação”, a Corte emite opinião para definir qual corpo político é responsável por quais atos. Nessa modalidade, a Corte evita a tendência das instituições de escaparem às suas responsabilidades, pela conformidade à Constituição, atribuindo essa tarefa a outros órgãos. Nesse terceiro tipo, a Corte clarifica a quem compete tal tarefa, distribuindo “*accountability*” constitucional entre as instituições do Estado, sem, contudo, fazê-lo de maneira coercitiva.<sup>382</sup>

Uma outra forma de opinião que pode ser mencionada ocorre naquilo que Kayal define como “exemplificação”. Nesse quarto tipo, a Corte vale-se da sentença típica de inconstitucionalidade, mas, paralelamente, emite opinião acerca de caminhos a serem tomados para que o Legislativo atinja, constitucionalmente, o objetivo perseguido defeituosamente pela norma inconstitucional.

A banda contrária da “exemplificação” consiste na já mencionada “demarcação”: cenário no qual a Corte declara a constitucionalidade da norma, informando as demais instituições que qualquer estatuto que ultrapasse o conteúdo da norma estará eivado de inconstitucionalidade.<sup>383</sup>

Finalmente, o autor discorre sobre o que acordou denominar “quase-recomendação”, cenários em que a Corte emite opiniões por decorrência de um grau de sabedoria e expertise adquirida no exercício da função judicante. É o que ocorre nas “prescrições”, em que a Corte emite sugestões de políticas públicas capazes de otimizar o Direito. Faceta semelhante verifica-se nas decisões “educativas” em que as Cortes dirigem opiniões à sociedade civil acerca de uma questão constitucional, na busca de instruí-los em determinado sentido. No limite, a Corte pode

---

<sup>380</sup> KATYAL, Neal Kumar. Judges as advicegivers. *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, p. 1716.

<sup>381</sup> KATYAL, Neal Kumar. Judges as advicegivers. *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, p. 1717.

<sup>382</sup> KATYAL, Neal Kumar. Judges as advicegivers. *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, p. 1717.

<sup>383</sup> KATYAL, Neal Kumar. Judges as advicegivers. *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, p. 1719.

buscar “moralizar” certa questão, quando julgar que a ela verse sobre fato que merece indignação popular.<sup>384</sup>

Na epígrafe relativa a novas formas de prestação jurisdicional, demonstrou-se que Cortes Constitucionais por vezes adotam posturas de aconselhamento, supervisão ou mera consulta em relação à questão constitucional a ela submetida. E o fazem há muitas décadas, ainda que involuntariamente, como se explicitou a partir do caso *Hill versus Wallace*<sup>385</sup>, de 1922, em que a invalidação da norma veio acompanhada pela *dicta* do *chief justice* Taft, na qual se apontou caminhos a serem tomados pelo legislador para aprovar norma constitucional de conteúdo similar. Não obstante serem tipicamente desprovidas de coercitividade, a Corte pode valer-se de formas laterais a fim de impelir a adesão das demais instituições às opiniões prolatadas. É o que se pode notar, por exemplo, em situações em que a Corte deixa de valer-se de sentenças típicas de (in)constitucionalidade, emitindo opinião em seu lugar, mas alertando que a mera recalcitrância das demais instituições pode provocar a versão rígida da jurisdição constitucional, com a pronúncia da (in)constitucionalidade.

Quanto ao seu cabimento no direito nacional, o art. 30 da LINDB expressamente prevê o exercício da função consultiva (espécie de jurisdição opinativa) por parte da autoridade pública. Antonio do Passo Cabral atenta para a necessidade de uma interpretação sistemática e teleológica da norma, especialmente em razão da natureza de sobredireito da LINDB, orientada para produção e aplicação do Direito.<sup>386</sup> Aliás, não há fundamento para compreender que a função jurisdicional, do Estado, deva ser interpretada de maneira isolada e restritiva e comparação com as demais funções.

#### 4.2 O uso artificioso da não decisão de mérito na jurisdição constitucional

No direito estadunidense, a não decisão encontra lugar em uma categoria jurídica bastante desenvolvida, a de justiciabilidade. Esse tema foi objeto de estudo de Juliana Melazzi Andrade, com interessante e inovadora abordagem à luz da ordem jurídica brasileira e o instituto do *non liquet*.<sup>387</sup> Com espeque no artigo III da Constituição dos Estados Unidos, em que a competência da Suprema Corte é delimitada para fins de resolução de “casos” e “controvérsias”,

<sup>384</sup> KATYAL, Neal Kumar. Judges as advicegivers. *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, pp. 1718-1719, *passim*.

<sup>385</sup> Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso *Hill versus Wallace*, julgado em 1922.

<sup>386</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, pp. 144-145.

<sup>387</sup> ANDRADE, Juliana Melazzi. Justiciabilidade e não decisão: quando o Poder Judiciário não deve decidir. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

essa Corte desenvolveu uma variedade de critérios de justiciabilidade, que podem ser definidos como requisitos que, incorporados na jurisprudência da Corte, são utilizados para fins de seletividade dos casos que serão julgados.<sup>388</sup> Esses critérios são identificados na literatura estadunidense como “doutrinas” de justiciabilidade, em razão da pluralidade de abordagens possíveis. Das doutrinas mais largamente citadas, “*standing*”,<sup>389</sup> “*mootness*”, “*ripeness*”<sup>390</sup> e “*political questions*”<sup>391</sup> são aquelas mais mobilizadas pelos autores e endereçam diferentes filtros e técnicas de decisão da Suprema Corte. Essas doutrinas de justiciabilidade ganharam lugar em diferentes ordenamentos jurídicos, com respaldo nas decisões de outras Cortes, as quais, em alguma medida, importaram os critérios desenvolvidos no direito estadunidense.<sup>392</sup>

Aliás, corolário dessa variabilidade de sentidos da justiciabilidade é a compreensão de que determinada questão, outrora não justiciável, tornou-se justiciável.

É o que se verifica, por exemplo, no caso francês: o perfil comedido das Cortes Supremas francesas, a doutrina de separação do domínio regulamentar do domínio da lei, e a dualidade jurisdicional, são fatores que culminaram em um *Conseil Constitutionnel* com caráter pouco interventivo. Na sua decisão n.º 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975,<sup>393</sup> sobre a interrupção voluntária da gravidez, o *Conseil* afirmou “que o artigo 61 da Constituição não confere ao *Conseil Constitutionnel* um poder geral de apreciação e de decisão idêntico ao do Parlamento”,<sup>394</sup> negando justiciabilidade à questão constitucional. É também o que se verifica na jurisprudência constitucional francesa desenvolvida em torno da noção de “incompetência negativa” (“*incompetence négative*”), com origem na jurisprudência administrativa francesa,

<sup>388</sup> “Based on that constitutional limit, and related prudential concerns, the Court has developed a variety of justiciability requirements limiting which cases can be heard in federal courts, including standing, mootness, and ripeness”. (HEPPNER JR., Richard L. Let the Right Ones In: The Supreme Courts Changing Approach to Justiciability. *Duquesne Law Review*. Vol. 61. 2022. pp. 79-94).

<sup>389</sup> Foca em inquirir se o requerente tem interesse pessoal na questão (Ibid. pp. 79-80).

<sup>390</sup> Foca na questão da temporalidade: a doutrina do “*mootness*” põe ênfase em saber se a questão é atual, isto é, ativa no momento de provocação jurisdicional; já “*ripeness*” põe ênfase no efetivo prejuízo, evitando que haja julgamento precipitado sob questão que está sujeita a evento futuro (Ibidem, p. 80).

<sup>391</sup> Foca no óbice da Corte em examinar determinadas questões que melhor seriam examinadas em outros fóruns. Tem explícita finalidade de frear o avanço da jurisdição constitucional sob os demais poderes. (SIEGEL, J. R. A Theory of Justiciability. *Texas Law Review*, [s. l.], v. 86, n. 1, p. 73–140, 2007. Disponível em: <https://ezpaarse.univ-paris1.fr/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edshol&AN=edshol.hein.journals.tlr86.7&lang=fr&site=eds-live>. Acesso em: 18 jul. 2023.)

<sup>392</sup> A esse respeito, calha mencionar: MUSIGA, Teddy JO. The political question doctrine and justiciability of rights in Kenya in the post-2010 constitution period. *Africa Journal of Comparative Constitutional Law*, v. 2018, n. 1, p. 115-136, 2018; GAY, Laurence. Des droits à part (entière)? La justiciabilité inaboutie des droits sociaux en droit constitutionnel français. *Les Cahiers de Droit*, vol. 61 no 2. 2020. pp. 397-425; FORMAN, Lisa. Justice and justiciability: advancing solidarity and justice through South Africans' right to health jurisprudence. *Med. & L.*, v. 27, p. 661, 2008; JUTERSONKE, Oliver. Hans J. Morgenthau on the limits of justiciability in international law. *J. Hist. Int'l L.*, v. 8, p. 181, 2006.

<sup>393</sup> REPÚBLICA FRANCESA. *Conseil Constitutionnel*. n.º 74-54 DC de 15 de janeiro de 1975.

<sup>394</sup> Tradução livre do original francês: “que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement” (Ibidem).

no sentido de que “a ignorância pelo legislador de sua própria competência não pode ser invocada no âmbito de uma questão prioritária de constitucionalidade, exceto nos casos em que seja afetado um direito ou liberdade garantidos pela Constituição.”<sup>395396</sup> A justiciabilidade desenvolveu-se em sentido inverso na literatura francesa: enquanto na literatura estadunidense, a negativa de justiciabilidade é o fenômeno que atrai atenções, no caso francês, a ideia é mobilizada na busca de expandir o campo de intervenção da jurisdição constitucional, em principal para fins de proteção de direitos sociais.<sup>397398</sup>

Semelhante movimento é verificado na Corte Constitucional da República Democrática do Congo. Na ocasião, o conceito de justiciabilidade foi mobilizado para fins de expansão da jurisdição constitucional da Corte, alargando o escopo da fiscalização constitucional para ato normativo não previsto explicitamente como objeto de controle de constitucionalidade.<sup>399</sup>

Nos Estados Unidos, mais importante do que a aferição de ser justiciável, as doutrinas da justiciabilidade são fundadas na pretensão de evitar ativismos da Suprema Corte,<sup>400</sup> ainda que essa função seja criticada por alguns.<sup>401</sup> A não-justiciabilidade desempenha papel fundamental nesse contexto.

Essa dimensão da justiciabilidade, que corresponde à mobilização, pela Corte, de critérios diversos, inclusive de natureza política, para a não decisão de determinada questão

<sup>395</sup> Tradução livre do original francês: “la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit” (REPÚBLICA FRANCESA. *Conseil Constitutionnel*. Decisão nº 2011-223 QPC de 17 de fevereiro 2012).

<sup>396</sup> Esse perfil pouco interventivo igualmente pode ser notado na jurisprudência desenvolvida em torno da preservação do procedimento legislativo tal qual adotado pelo Parlamento: “uma ação fundada na inobservância do processo de adoção de uma lei não pode ser suscitada em apoio de uma questão prioritária de constitucionalidade”. (REPÚBLICA FRANCESA. *Conseil Constitutionnel*. Decisão n.º 2010-4/17 QPC de 22 de julho de 2010).

<sup>397</sup> “L’emploi de la notion en France s’est développé à partir des années 2000 et 2010 : tendant à être cantonnée dans cette question des droits sociaux, elle apparaît dans des travaux plaçant en faveur de leur justiciabilité”. (GAY, Laurence. Des droits à part (entière)? La justiciabilité inaboutie des droits sociaux en droit constitutionnel français. *Les Cahiers de Droit*, vol. 61 no 2. 2020. pp. 397-425).

<sup>398</sup> Trabalho seminal a esse respeito, no direito francês: NIVARD, Carole. *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

<sup>399</sup> Corte Constitucional da República Democrática do Congo. R. Const. 0038, julgado em 25 de agosto de 2015. O caso envolvia a constitucionalidade do ato do parlamento que impediu cumulação de cargos eletivos de deputada federal que fora eleita senadora na eleição seguinte. (MASUTA, Dieu-Merci Ngusu. La justiciabilité de la Constitution en droit congolais. Note d’observation sous Cour constitutionnelle (RDC), Matière d’appréciation de la conformité à la Constitution, R. Const. 0038, 28 Août 2015. Alemanha: *Nomos Verlagsgesellschaft. Recht in Afrika*. 2021. Vol. 24, no. 1. pp. 96-108).

<sup>400</sup> “But the justiciability requirements also act as a curb on the court’s power preventing judicial activism by stopping courts from reaching such issues.” (BENDOR, Ariel L. Are there any limits to justiciability: the jurisprudential and constitutional controversy in light of the israeli and american experience. *Indiana International & Comparative Law Review*. vol. 7, n. 2, 1997, pp. 311-377).

<sup>401</sup> SIEGEL, J. R. A Theory of Justiciability. *Texas Law Review*, [s. l.], vol. 86, n. 1, p. 73–140, 2007. Disponível em: <https://ezparse.univ-paris1.fr/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edshol&AN=edshol.hein.journals.tlr86.7&lang=fr&site=eds-live>. Acesso em: 18 jul. 2023.

constitucional, não decorre do não preenchimento dos requisitos processuais necessários para avaliação da questão meritória por parte da Corte, pelo menos não sempre. Dentre as abordagens possíveis da justiciabilidade no direito estadunidense, este conceito é bastante atrelado a orientações políticas e carregado de ideologia. Usualmente, existe, no imaginário daquele país, a ideia de que liberais tendem a defender critérios mais relaxados de justiciabilidade, enquanto conservadores postulam por perfis de Corte mais comedidos, e, portanto, menos justiciáveis.<sup>402</sup> Por esse motivo, a literatura estadunidense não trata de uma justiciabilidade, mas de doutrinas de justiciabilidade, todas tributárias dos debates interpretativos acerca do art. III da Constituição dos Estados Unidos, e, portanto, sujeitas à indeterminação da linguagem que é inerente à atividade interpretativa.

Para Juliana Melazzi Andrade, a não-justiciabilidade resulta no não preenchimento dos parâmetros processuais que permitem análise do mérito da demanda, provocando, portanto, extinção do processo sem resolução do mérito.<sup>403</sup>

Pelo menos no direito estadunidense, isso ocorre parcialmente. Na realidade desse país, em que existe uma variedade de abordagens da justiciabilidade, a perspectiva processual, que interpreta a justiciabilidade como condições processuais (“*procedural conditions*” ou “*jurisdiction*”) que antecedem a análise do mérito da questão meritória (“*substance*” ou “*constitutional issue*”) é uma doutrina dentre outras existentes. “*Standing*”, “*mootness*” e “*ripeness*” não são critérios de uma mesma doutrina, mas doutrinas autônomas de justiciabilidade, ainda que por vezes ventiladas conjuntamente.

A abordagem política, como já mencionado, desconsidera o caráter processual da justiciabilidade e a interpreta como critério de seleção de uma agenda política da Corte. Nessa hipótese, não é um requisito processual não preenchido que impede exame do mérito, ao revés: é na análise do mérito da questão constitucional suscitada que a Corte decide sobre ela não se manifestar, ainda que de maneira temporária.

No caso brasileiro, quando o STF decide não conhecer de um recurso constitucional por ausência de preenchimento dos requisitos estritamente processuais de admissibilidade (como ausência de preparo, por exemplo), ou quando extingue ação constitucional por defeito processual (como ilegitimidade ativa do requerente), a categoria da justiciabilidade tem pouco

---

<sup>402</sup> Siegel menciona, por exemplo, o apelo midiático envolvendo a mobilização dos critérios de justiciabilidade pelo jornal liberal *The Washington Post*. (SIEGEL, J. R. A Theory of Justiciability. *Texas Law Review*, [s. l.], vol. 86, n. 1, p. 73–140, 2007, p. 74).

<sup>403</sup> “Conforme se pretendeu demonstrar no capítulo 1, em outros países, foram estipulados parâmetros nos quais o mérito de uma demanda não pode ser julgado pelo Poder Judiciário. Uma vez presente um obstáculo à apreciação judicial, o magistrado entende que a questão não pode ser decidida e, portanto, não é *justiciável*, devendo o processo ser extinto”. (Ibidem p. 58).

a acrescentar ao sistema brasileiro, o qual possui institutos bastante desenvolvidos sobre a natureza jurídica desses requisitos processuais. É precisamente quando a Corte, avaliando a pretensão deduzida na ação ou recurso, decide sobre ela não decidir, como técnica dialógica, é que o conceito de justiciabilidade pode trazer contribuições importantes para compreensão do papel político desempenhado pelas Cortes nas democracias contemporâneas. Evidentemente que, por vezes, essa delimitação é fronteira, em especial pela relativa nebulosidade que pode ocorrer entre o que é pressuposto (como ocorre quando a Corte “não conhece” de um recurso constitucional) e mérito (quando “nega provimento” a esse recurso), como já pôs à evidência Barbosa Moreira.<sup>404</sup>

Em miúdos: quando a Corte, valendo-se de técnicas dialógicas, decide por não decidir a questão constitucional, sua decisão pode ser quanto aos pressupostos, mas também pode ser quanto ao mérito. Em ambos os casos, contudo, pode existir um conteúdo político na decisão que não deve ser ignorado. Como se sabe, os institutos processuais podem ser utilizados de maneira ideológica, para além do paradigma racionalista que tentou reduzir o pensamento jurídico à ciência do direito.<sup>405</sup>

É claro que esta postura pode ser alvo de críticas, mas fato objetivo é que ela existe e que a Corte manipula critérios de justiciabilidade de maneira por vezes discricionária. Siegel critica essa manipulação, alegando que os critérios de justiciabilidade são mandatórios e que não devem ser sujeitos ao sabor da Corte. O autor cita, por exemplo, o caso *Naim versus Naim*,<sup>406</sup> sobre casamento interracial, em que a Suprema Corte recusou justiciabilidade à demanda quando o caso era claramente justiciável.<sup>407</sup>

A não decisão sobre o mérito pode carregar diversos objetivos. Ela pode traduzir cálculo político da Corte, que acredita que determinada questão deva ser resolvida em outros fóruns de deliberação. Autores sugerem que os requisitos de justiciabilidade podem servir para melhorar a qualidade da prestação jurisdicional constitucional (quando auxilia na elucidação de fatos constitucionais, por exemplo), para restringir as Cortes de apreciarem reivindicações postuladas por entes inadequados representativamente, para preservar os poderes de outras instituições, e, até mesmo, para permitir as Cortes de se esquivarem da análise de casos socialmente difíceis.<sup>408</sup>

<sup>404</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Que significa “não conhecer” de um recurso. *Revista da AJURIS*, Rio Grande do Sul, 1996, no 66.

<sup>405</sup> SILVA, Ovídio Batista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>406</sup> Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso *Naim versus Naim*. 1956.

<sup>407</sup> SIEGEL, J. R. A Theory of Justiciability. *Texas Law Review*, [s. l.], vol. 86, n. 1, p. 73–140, 2007, p. 110.

<sup>408</sup> SIEGEL, J. R. A Theory of Justiciability. *Texas Law Review*, [s. l.], vol. 86, n. 1, p. 73–140, 2007, p. 86. Siegel, em seu artigo, aponta críticas em relação a esses objetivos comumente replicados na doutrina estadunidense.

O cerne da questão repousa na assertiva de que não decidir é uma realidade empírica das Cortes, e, no plano normativo, pode representar a forma mais adequada e dialógica para solução de uma questão constitucional posta diante da jurisdição constitucional. No plano empírico, por vezes as Cortes Constitucionais decidem por não decidir a questão constitucional. No plano normativo, a não decisão pode representar a solução mais adequada.

Antes, contudo, de analisar institutos e técnicas *in casu*, faz-se necessária uma preliminar delimitação conceitual entre institutos que, não obstante sejam afins entre si, não devem ser confundidos.

#### 4.2.1 Nota preambular: necessidade de precisão conceitual de justiciabilidade, não decisão, extinção do processo sem exame de mérito e *non liquet*

Conforme exposto anteriormente, existe uma similitude conceitual capaz de provocar confusão entre o que significaria justiciabilidade, não decisão, extinção do processo sem exame do mérito com o instituto do *non liquet*. Daí por que a necessidade de uma prévia delimitação conceitual. Essa distinção foi, em alguma medida, elaborada por Antonio do Passo Cabral, em trabalho dedicado ao tema.<sup>409</sup>

Antes de diferenciar, impende definir. Talvez em virtude da idade do instituto, são várias definições do instituto de *non liquet*.

Discorrendo sobre o tema, Mariano J. Aznar-Gomes diferencia o que seria um *non liquet* real de um falso. O primeiro seria definido como um *non possumus*<sup>410</sup> declarado por um Tribunal competente, acerca de uma questão admissível de julgamento. O último seria aquele pronunciado por um Tribunal incompetente ou acerca de uma questão inadmissível. Essa perspectiva é interessante, porque permite diferenciar o *non liquet* de outros institutos ou fenômenos processuais como, por exemplo, a não decisão e a inadmissibilidade ou extinção do processo sem resolução do mérito por defeito formal.

<sup>409</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

<sup>410</sup> O termo, cuja tradução literal significa “não podemos”, encontra origem no Novo Testamento, e foi utilizada pelos apóstolos Pedro e João em recusa à proibição de pregação católica: “*Non enim possumus quæ vidimus et audivimus non loqui*” (“porque não podemos não falar daquilo que vimos e ouvimos”). Posteriormente, a expressão foi utilizada reiteradamente em resposta à ordem imperial romana de Diocleciano ao proibir a prática do catolicismo e atos de proselitismo no âmbito do Império Romano. A expressão repercutiu na Idade Média no Direito Canônico e na diplomacia papal para designar a sobreposição de práticas religiosas sobre o direito mundano. C.f. POULAT Émile. Le Saint-Siège et l'action française, retour sur une condamnation. *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2010/1 (Nº 31), pp. 141-159.

Contudo, essa definição do *non liquet* real peca pela generalidade. Ela deixa de especificar em quais hipóteses o pronunciamento judicial consistiria em *non liquet*. Tradicionalmente, *non liquet* ocorre sempre que o juiz, *a priori* competente para decidir matéria admissível processualmente, decide por não julgar a questão objeto do processo por ausência de certeza quanto às questões de fato (dúvidas factuais), ou quanto à norma jurídica aplicável (dúvidas jurídicas)<sup>411</sup> ou por ausência de norma aplicável (lacuna jurídica). O *non liquet* é, portanto, o conteúdo decisório de uma dada decisão.

Ao ser pronunciado, o juiz decide não decidir o mérito da questão posta, não se manifestando, ao menos na parte dispositiva da decisão, sobre os pedidos das partes. O *non liquet* manifesta-se no interior de uma decisão judicial, com ela não se confundindo. Deste modo, é uma forma de decidir, aproximando-se de uma técnica ao lado de outras formas de pronunciamento decisório que obstam o julgamento do pedido, tais quais *non decet* (“não convém”), *non volumus* (“não queremos”) ou *non licet* (“não é permitido”).

Dessa definição, é possível extrair duas distinções essenciais, entre nós realizada por Antonio do Passo Cabral.<sup>412</sup> O *non liquet* manifesta-se no interior de uma decisão judicial, não se confundindo com uma não decisão, ainda que eventualmente sejam utilizados como sinônimos. Ao pronunciá-lo, o juiz não se abstém de decidir, mas tão somente deixa de decidir nos limites do pedido efetuado pelas partes.

Uma outra distinção necessária é entre a pronúncia do *non liquet* com decisões cujo conteúdo consiste em uma não decisão quanto ao mérito da questão em razão de algum defeito processual impeditivo do exame de mérito. Nessas hipóteses, o juiz decide pela inadmissibilidade ou extinção do processo sem resolução do mérito como decorrência do não preenchimento de pressupostos processuais, de natureza procedimental, não porque existe dúvida sobre fato ou norma.

Necessária também a distinção entre justiciabilidade e *non liquet*. Como discorrido em epígrafe própria, as doutrinas de justiciabilidade não correspondem com absoluta exatidão à ausência de pressupostos processuais ou requisitos de natureza procedimental que impedem o julgamento de mérito. Nesse diapasão, é de cogitar que a negativa de justiciabilidade, no direito brasileiro, indique termo mais genérico, a respeito do qual *non liquet* pode ser considerado uma espécie. Quando for restrita ao não preenchimento de requisitos processuais necessários à

---

<sup>411</sup> RABELLO, Alfredo mordechai. *Non liquet: from modern law to roman law. Annual Survey of International & Comparative Law*. vol. 10. 2004. pp. 1-25.

<sup>412</sup> Ver CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, capítulo 3.

resolução do mérito (no caso brasileiro, pelo não preenchimento dos requisitos definidos em lei especial e no CPC para tanto), a justiciabilidade é pressuposto processual. Doutra banda, quando corresponder a um não julgamento de mérito pelas razões que igualmente impliquem *non liquet*, a negativa de justiciabilidade com ele equivalerá.

Corolário dessa definição é o reconhecimento de hipóteses em que a Corte deixa de decidir sobre o mérito da questão, negando, portanto, justiciabilidade, em decorrência de motivo que não se adequa nem ao conceito de pressuposto processual, tampouco à definição de pronúncia de *non liquet*. É o que ocorre, por exemplo, na decisão de não julgamento da questão meritória com fundamento em ausência de capacidade institucional, isto é, quando a Corte entende não ser o fórum adequado para resolução daquela questão. Destarte, ainda que se cogite, o conceito de justiciabilidade, da forma que concebido alhures, não encontra instituto preciso no direito brasileiro, muito menos se adequa fiel e unicamente à ideia de pressuposto processual (seja ele de validade ou de existência).

Outra hipótese é a não decisão de mérito ao fundamento de competência adequada, quando a Corte reconhece existir órgão mais adequado para decidir a questão, por razões de eficiência, conhecimento técnico. O tema foi desenvolvido no direito brasileiro pioneiramente por Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti.<sup>413</sup> O desenvolvimento do princípio do *forum non conveniens*, de inspiração no *common law*, presta-se não apenas a coibir abusos na seleção do órgão jurisdicional em hipóteses de competência concorrente (*forum shopping*), mas igualmente para permitir ao juízo declinar sua jurisdição em favor de órgão que julgue ser mais adequado para solução da controvérsia.<sup>414</sup> Evidentemente que, para tanto, o princípio da competência adequada (declinação do devido processo legal) é sujeito à discricionariedade do juízo, e, portanto, tem por elemento central de *accountability* a fundamentação da decisão.<sup>415</sup>

No direito brasileiro, o princípio foi expressamente mencionado, pela primeira vez, nos autos do Conflito de Competência nº 199.079/RN, em que se flexibilizou o princípio do juiz natural e as regras de competência com espeque na eficiência processual.<sup>416</sup>

#### 4.2.2 A não decisão de mérito no interior da sentença constitucional – a não decisão endógena

<sup>413</sup> DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. pp. 206 e ss.

<sup>414</sup> Ibidem.

<sup>415</sup> Ibidem, p. 209.

<sup>416</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 199.079/RN. Rel. Min. Moura Ribeiro, rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, data de julgamento: 13.12.2023.

Como indicado na primeira parte deste trabalho, os diálogos institucionais também se prestam à análise das interações institucionais, e por vezes das tensões na definição do sentido da Constituição. A interação entre a Corte e o Parlamento é certamente a fonte mais frutuosa de tal análise. A razão para tal é clara: é na zona de interação entre o poder judicial e o poder legislativo que se situa a tensão relativa à legitimidade democrática e ao exercício do poder conferido aos tribunais de anular as leis aprovadas pelos representantes do povo diretamente eleitos. A expressão de um dos poderes mais poderosos na dinâmica entre instituições, o poder de “não decidir” uma questão constitucional, é uma fonte inevitável de debate na teoria constitucional. Por exemplo, nos Estados Unidos, o poder de agenda da Suprema Corte, ligado à discricionariedade inerente ao “*certiorari*”, tem provocado a atenção de vários autores para o papel desempenhado pela Corte ao não decidir determinados casos. Cass Sunstein é uma figura de proa na defesa do exercício de tal poder como expressão da interação dialógica da Corte com outras instituições e com a sociedade civil.<sup>417</sup> Alexander Bickel, muito antes de Sunstein, defendeu as virtudes passivas da Corte como solução para o seu déficit democrático.<sup>418</sup> A doutrina das virtudes passivas centra-se na ideia de que a não decisão, em determinadas situações, é indispensável para que a Corte não se precipite sem prévio diálogo com a sociedade e as instituições.

A questão do suicídio assistido, por exemplo, tem suscitado a utilização de técnicas de diálogo. Em Nova Iorque e em muitos outros estados dos EUA, o suicídio assistido é um crime, mas os pacientes têm o direito de recusar tratamentos médicos que salvam vidas. Os médicos de Nova Iorque defendem que devem poder prescrever medicamentos letais a doentes terminais, mentalmente capazes e com dores intensas, que desejem pôr termo às suas vidas com auxílio medicinal. No entanto, a proibição do suicídio assistido impede-os de o fazer. Os doentes graves e em estado paliativo processaram o Procurador-Geral do Estado, sob alegação de que a proibição violava a cláusula de igualdade de proteção contida na Décima Quarta Emenda (“*equal-protection clause*”). A Corte federal de primeira instância discordou do argumento, mas a Corte de Recurso do Segundo Circuito inverteu-o.

O interesse dessa decisão, no entanto, está na decisão do juiz Guido Calabresi, comentada por Luiz Guilherme Marinoni.<sup>419</sup> Calabresi defendeu uma decisão provisória do Tribunal, decidindo a questão constitucional, mas devolvendo a questão ao Parlamento para

---

<sup>417</sup> SUNSTEIN, Cass R. Foreword: Leaving things undecided. *Harvard Law Review*. 1996.

<sup>418</sup> BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Segunda edição. Nova Iorque: Yale University Press. 1962.

<sup>419</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogos constitucionais: decidir menos para deliberar melhor. *Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, vol. 2, n. 1, p. 49-85, jan./jun. 2022.

que este pudesse realizar um debate mais amplo sobre a questão constitucional em discussão. Trata-se de uma aplicação da técnica do “*second look*”, em que o Tribunal deve decidir remeter a questão ao Parlamento, para não conhecer definitivamente a questão constitucional que lhe é colocada.<sup>420</sup> Na sua visão, quando uma lei não é claramente constitucional ou inconstitucional, é preferível que o Tribunal não se pronuncie na ausência de representações atuais e explícitas da população e das autoridades eleitas. Se os verdadeiros desejos da população e do Parlamento não forem conhecidos, não há razão para obrigar o Tribunal a tomar uma posição. Daí a necessidade de remeter ao legislador para uma segunda análise, de modo que este possa pronunciar clara e abertamente sobre uma questão que lhe deve interessar, permitindo assim que o Tribunal se pronuncie após deliberação parlamentar.

Na Europa, é de referir a polêmica, e multicitada, decisão da Corte Constitucional italiana no processo *Cappato* (“*Ordinanza Cappato*”).<sup>421</sup> Em termos gerais, a decisão da “*Ordinanza Cappato*” da Corte Constitucional diz respeito ao suicídio assistido e à validade da lei italiana (artigo 580 do Código Penal italiano, que criminaliza o incitamento ao suicídio) nesta matéria. A Corte declarou inconstitucional o artigo do Código Penal italiano que criminalizava a conduta, com base no princípio constitucional do direito à dignidade humana e à liberdade individual. A Corte decidiu que uma pessoa que sofre de uma doença terminal e incurável tem o direito de decidir sobre a sua própria vida, aí incluído o direito de procurar assistência para cometer suicídio. Apesar da importância em si da questão de fundo, o interesse desta decisão reside na utilização de uma técnica até então desconhecida pela Corte italiana. Antes de se pronunciar definitivamente sobre a questão, em razão de um projeto de lei que, se aprovado, teria afastado a inconstitucionalidade, a Corte decidiu “dar tempo ao Parlamento para intervir na matéria, adiando a discussão sobre a questão da constitucionalidade por um ano e marcando uma nova audiência pública a que se seguirá necessariamente uma nova decisão. Durante todo este tempo, o julgamento *a quo* será suspenso”.<sup>422</sup> Os juízes concederam uma

---

<sup>420</sup> Nas palavras de Marinoni, ele ficou impressionado com a idade da lei contestada como inconstitucional, o que lhe permitiu reiterar a sua preocupação com leis obsoletas ou desatualizadas. O juiz começou o seu parecer por recordar que a lei em questão tem origem numa época diferente, tendo o Estado de Nova Iorque promulgado a sua primeira lei, proibindo o suicídio assistido, em 1828.

<sup>421</sup> REPÚBLICA ITALIANA. *Corte costituzionale*. Decisão n.º 207/2018 de 24 de outubro de 2018.

<sup>422</sup> Tradução do original francês: “laisser le temps au Parlement d’intervenir en la matière, en reportant la discussion sur la question de constitutionnalité d’un an et en fixant une nouvelle audience publique à laquelle suivra, nécessairement, une nouvelle décision. Pendant tout ce temps, le procès a quo sera suspendu”. (SERGES, Giuliano. La décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 207 de 2018 («*Ordinanza Cappato*»): une nouvelle typologie de décision ou un «non liquet» avec date d’expiration? *Revue française de droit constitutionnel*, 2019, p. 67-89).

espécie de “*non liquet* temporário”, como bem resumiu Giuliano Serges, de maneira inabitual aos tipos de decisões existentes.<sup>423</sup>

Nesses casos, o exercício do poder de não decidir veio associada a técnicas definidas como minimalistas. A problemática dessa errônea associação consiste em reduzir os diálogos institucionais ao minimalismo judicial. É que não raramente o minimalismo pode ser mobilizado como uma postura que rejeita a jurisdição constitucional, ou que prega por uma versão enfraquecida, como é o que se depreende dos escritos de Waldron e Cass Sunstein, ambos com aberta postura de rejeitar a jurisdição constitucional, ou ao menos uma versão forte dela. O minimalismo será dialógico tão somente na hipótese em que for adotado como técnica mais adequada para resolução de uma questão constitucional. E esse crivo, submetido à razoabilidade da Corte, pode se manifestar em variadas hipótese: (i) porque a Corte entende despossuir de todos os elementos necessários para correta delimitação dos fatos constitucionais postos a julgamento; (ii) porque entende que o desacordo moral razoável sob seu julgamento comporta soluções igualmente legítimas que demandaria provocação parlamentar; (iii) porque o Parlamento debate projeto que, na eventualidade de ser aprovado, daria cabo à inconstitucionalidade observada.

Consequência lógica dessa concepção é o fato de que igualmente decisões maximalistas podem dar lugar a diálogos institucionais importantes – como se pode verificar, por exemplo, nas decisões exortativas já analisadas no capítulo predecessor.

Quanto ao uso do poder de não decidir, este não ocorre de uma maneira uniforme, não podendo ser limitado à pronúncia do *non liquet*, não obstante a relevância do instituto para análise. Nas subepígrafes vindouras, analisar-se-ão as hipóteses em que a Corte vale-se do poder de não decidir, com foco nos diálogos promovidos por essa via.

#### 4.2.2.1 A pronúncia de *non liquet*: Da proibição do *non liquet*, no ordenamento pátrio, ao seu uso virtuoso

Antonio do Passo Cabral faz importante retrospectiva histórica do instituto do *non liquet*, desde sua origem romana, em que, nas suas diferentes fases, o *non liquet* era permitido

---

<sup>423</sup> Até esta decisão, “lorsque le juge constitutionnel est saisi à nouveau d’une question de constitutionnalité identique à celle qui avait déjà fait l’objet d’une « sentenza monitoria » et qu’entretemps le Parlement n’est pas intervenu, la Cour constitutionnelle réagit d’une façon plus drastique, en déclarant l’inconstitutionnalité des dispositions contestées (v., par exemple, les décisions n o 23/2013 et 45/2015).” (Ibidem)

nas hipóteses de obscuridade fática ou jurídica,<sup>424</sup> percorrendo o período em que denominou como “hiato entre a Baixa Idade Média e o Renascimento” marcado por uma percepção racionalista de completude do ordenamento jurídico, culminando na positivação da proibição do *non liquet* nas codificações europeias.<sup>425</sup> Neste último, é emblemática a disposição contida no Código Napoleônico, ao prever expressa sanção ao juiz que “se recusar a julgar, sob pretexto de silêncio, de obscuridade ou de insuficiência da lei.”<sup>426</sup>

A rejeição à pronúncia do *non liquet* fez dogma também no âmbito do direito internacional. Uma pretensa noção de completude do ordenamento jurídico foi lugar comum até a emblemática decisão opinativa da Corte Internacional de Justiça no caso das armas nucleares em 1996.<sup>427</sup>

No direito brasileiro, há relativa difusão da ideia de que a proibição ao *non liquet* encontra guarida na antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n.º 4.657), atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Em seu art. 4º, há regra de preenchimento de lacuna legal, por meio de “analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. No atual Código de Processo Civil, o art. 140 dispõe que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. Associada a essa regra, comumente mencionam-se os princípios de indeclinabilidade e inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da Constituição Federal), além do direito ao acesso à justiça como normas impeditivas do pronunciamento do *non liquet*.

Em termos gerais, o estado da arte atual aponta que a proibição do *non liquet* repousa na concepção de Estado de Direito e a função estatal de pacificar conflitos, uma vez que a autotutela é proscrita.<sup>428</sup> Nesse sentido, a vedação ao *non liquet* decorre da noção de fechamento do sistema jurídico.

---

<sup>424</sup> “Portanto, como se vê, em muitas fases históricas do processo romano, havia possibilidade de encerramento da instância, ou pelo menos da paralisação ou diferimento do julgamento, em casos de dúvida por parte do magistrado”. (CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p. 239).

<sup>425</sup> Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, capítulo 3,

<sup>426</sup> Tradução livre do original em francês. Art. 4º do Código Civil francês de 1804, introduzida pela Lei 1803-03-05 promulgada em 15 de março de 1803: “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”.

<sup>427</sup> AZNAR-GOMES, Mariano J. The 1996 nuclear weapons advisory opinion and *non liquet* in international law. *International and Comparative Law Quarterly*. vol. 48. 1999. pp.3-19.

<sup>428</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. pp. 256-257.

Nas dúvidas factuais, a distribuição do ônus probatório bastaria para solução da questão,<sup>429</sup> porquanto deve o juiz julgar improcedente o pedido fundado em fato que restou insuficientemente comprovado. Evidentemente que essa assertiva supõe que caberia ao requerente a comprovação dos fatos constitutivos do seu direito. Isso tomado em conta, o juiz deve julgar desfavoravelmente à parte a quem incumbia o ônus de demonstrar o fato ou refutá-lo. Essa solução, que não escapa a críticas, é recorrente também no direito estrangeiro. À guisa de exemplo, calha mencionar julgado do direito israelita, em que o magistrado consignou: “Não me envergonho de reconhecer que não posso afirmar se a verdade está com o autor ou com o réu”, e prossegue: “ambas as versões eram igualmente plausíveis”. Finalmente, decide por julgar em favor do réu, uma vez que o autor, a quem incumbia o ônus da prova, não foi capaz de apresentar evidências mais convincentes.<sup>430</sup> Essa solução, contudo, é criticada pela limitação da cobertura da coisa julgada a decisões fundadas nessas razões, como salienta Alfredo Rabello.<sup>431</sup>

O socorro ao ônus probatório para soluções de questões a respeito das quais não existe clareza absoluta é especialmente criticada por Antonio do Passo Cabral, para quem a vedação ao *non liquet* “empurra o magistrado para uma decisão qualquer, ainda que com menor rigor metodológico e com fundamentação de baixa qualidade”.<sup>432</sup> Nesse sentido, o autor tece consideração importante acerca da distinção entre ônus de prova e padrão probatório, no sentido de que a decisão fundada em distribuição de ônus normalmente padece de uma fundamentação deficitária, bem como é incapaz de garantir que a solução adotada aproxime-se dos fatos que verdadeiramente desenrolaram-se no mundo da vida.

No âmbito dos julgamentos de controle de constitucionalidade, há percepção no sentido de que quando os fatos forem obscuros, a Corte deve decidir por juízo de valor político, não jurídico.<sup>433</sup>

---

<sup>429</sup> “But the specific problem of the judge confronted with a case of factual doubt is not even mentioned, and the case must be adjudicated according to the general principles of the burden of proof.” (RABELLO, Alfredo mordechai. *Non liquet: from modern law to roman law. Annual Survey of International & Comparative Law*. vol. 10. 2004. p. 887).

<sup>430</sup> ESTADO DE ISRAEL. *Vorbichik v. Schoengarten*, Julgado em 1964. O caso é mencionado por Alfredo Rabelo (*Non liquet: from modern law to roman law. Annual Survey of International & Comparative Law*. vol. 10. 2004), e também por E. Hamon em sua obra “How should a Judge act when he cannot choose between the credibility of either plaintiff or defendant?”.

<sup>431</sup> “Yet in some legal systems, there is a tendency to deny the effect of *res iudicata* to a decision given only on the ground of a party's failure to raise the burden of proof, i.e., when the judge cannot “find” the facts positively or with any degree of certainty”. (RABELLO, Alfredo mordechai. *Non liquet: from modern law to roman law. Annual Survey of International & Comparative Law*. vol. 10. 2004. p. 887).

<sup>432</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 282.

<sup>433</sup> Essa postura é exposta em SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions. Michigan Law Review*, Vol. 101, 4, 2003.

Nas dúvidas jurídicas, persiste a ideia de que o ordenamento oferece meios interpretativos para solução da questão, seja por meios integrativos de lacunas (como ocorre com uso de técnica de interpretações analógicas), seja socorrendo-se a princípios gerais de direito, usos e costumes, ponderações e outros meios supressivos de dúvidas jurídicas. Dessa forma, ainda que não haja coincidência exata com a ideia de completude do sistema jurídico, essa premissa carrega a noção de que ordenamento é, pelo menos, sempre completável.

Como exposto, essa doutrina de proibição absoluta ao *non liquet* não resta indene de críticas, razão pela qual é possível de verificar a existência de trabalhos orientados no sentido de relativizar uma vedação ao *non liquet* intransigível. Com esse condão, Luiz Guilherme Marinoni, ainda que sem o cotejo específico do tema, defendeu cenários em que o STF deveria pronunciar uma não-decisão à questão constitucional a ele submetida, comumente declinando-a ao Parlamento.<sup>434</sup>

Há igualmente produção sobre a relativização do instituto em cenários de reconhecimento da incapacidade institucional da Corte,<sup>435</sup> ainda que com base em argumentos vagos de ordem principiológica, no sentido de que a vedação ao *non liquet* seria principiológica, e, portanto, um comando de otimização relativizável, na linguagem de Robert Alexy.<sup>436</sup> O estudo ignora que a norma contida no art. 140 do CPC é evidentemente uma regra, razão pela qual não poderia ser preterida em favor de princípios.<sup>437</sup> Nesse sentido, ainda que o fim almejado seja a aplicação da teoria das capacidades institucionais, o caminho adotado foi tortuoso, denunciando a correção da obra de Marcelo Neves no sentido de que o discurso dos princípios, no Brasil, é claramente manipulado em desrespeito às regras, estas sim capazes de operar fechamento no sistema jurídico.<sup>438</sup>

No quadro institucional, merece registro julgado do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.280.949-SP, em que a Corte analisou processo de liquidação de sentença ajuizado cerca de 20 (vinte) anos após os fatos, motivo pelo qual não era possível precisar o *quantum* devido para fins de cumprimento. Nesse contexto, a Corte entendeu ser possível a pronúncia do *non*

---

<sup>434</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

<sup>435</sup> HANTHORNE, Bruna de Oliveira Cordeiro; BECKER, Josiane. A relativização do princípio da vedação ao *non liquet*: a teoria das capacidades institucionais: The relativization of the principle of sealing to the *non liquet*: the theory of institutional capacities. *Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas (Brazilian Journal of Law Research)*, v. 2, n. 2, p. 105-135, 2021.

<sup>436</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>437</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidras e Hércules: os princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF. Martins Fontes, 2013.

<sup>438</sup> *Ibidem*.

*liquet*, diante da impossibilidade de ordem fática, oportunizando-se à parte a renovação da liquidação com espeque em provas complementares.<sup>439</sup>

Em obra dedicada à sua tese de titularidade defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Antonio do Passo Cabral aporta preciosas contribuições para o uso do *non liquet* no direito brasileiro. Premissa importante da análise levada a cabo por esse autor decorre de argumento de ordem teleológica: a proibição ao *non liquet* tem sua razão de ser na necessidade de “conferir operacionalidade ao sistema jurídico, evitando impasses na resolução de conflitos”<sup>440</sup>

Avançando no tema, Antonio do Passo Cabral vislumbra ao menos três grupos em que a pronúncia do *non liquet* seria possível, quais sejam: (i) procedimentos não decisórios, em que ao final se verifique manifestação opinativa não vinculativa; e (ii) procedimentos adjudicatórios com pretensões declarativas.

Na última hipótese, o autor destaca a situação em que se reconhece outro “centro decisório com melhor capacidade institucional para decidir”,<sup>441</sup> bastante apoiado na ideia de competência adequada; mas também os procedimentos de jurisdição objetiva, isto é, aquelas em que não se verifica um litígio concreto, como ocorre nas modalidades de julgamento de casos repetitivos, e nos julgamentos em que se necessita uma maior maturação do debate.

A negativa de repercussão geral é comumente mencionada a esse título, e foi especialmente objeto de análise de Luiz Guilherme Marinoni, Juliana Melazzi, e Rafael Koatz, os quais igualmente são mencionados na obra de Antonio do Passo Cabral.

Com premissa na ideia de que o recurso extraordinário não constitui um direito subjetivo do litigante, Luiz Guilherme Marinoni defende que a não decisão é um poder facultado à Corte. O autor defende que o uso desse poder pode ser importante na correta delimitação da competência entre o STF e o STJ na formulação dos precedentes, especialmente diante da zona de penumbra que afirma existir entre ambas Cortes Supremas.<sup>442</sup> Demais disso, a negativa é capaz de permitir maior discussão popular e deliberação parlamentar acerca da questão, otimizando uma eventual prestação jurisdicional da Corte a respeito do tema no futuro.<sup>443</sup> Não

---

<sup>439</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.280.949-SP. Rel. Ministra Nancy Andrichi. Julgado em 25.09.2012.

<sup>440</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 278.

<sup>441</sup> Ibidem, p. 310.

<sup>442</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF: a função das cortes supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2023.

<sup>443</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. E-book.

somente, permite que a Corte usurpe o “poder decisório do próprio povo e de seus representantes eleitos”.<sup>444</sup>

Forte na tradição estadunidense, Juliana Melazzi igualmente abordou o tema, com marco teórico centrado na concepção de justiciabilidade, inclusive para fins de diálogos institucionais entre a Corte e outros fóruns deliberativos.<sup>445</sup> Em adição, Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz defende que a vedação ao *non liquet* não é absoluta, podendo ser utilizada para fins de diálogos institucionais, no âmbito dos Tribunais Superiores, socorrendo-se na proporcionalidade.<sup>446</sup>

Ainda que se acorde com a noção de que a norma contida no art. 5º XXXV da Constituição Federal seja um princípio, fato é que a norma contida no art. 140 do CPC é regra completa e aplicável. A popular concepção de princípios como mandamentos de otimização de Alexy no sentido de que “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”,<sup>447</sup> replicado a título de dogma por parcela da doutrina, é incapaz de afastar a completude da regra contida no CPC.

Um primeiro questionamento que não deve passar ao largo é saber exatamente o que o direito fundamental busca proteger. É tão somente a partir daí que se pode cogitar delinear o núcleo essencial do direito fundamental, a respeito do qual nenhuma norma (sejam normas gerais oriundas do legislativo, sejam normas concretas derivadas de decisões judiciais, por exemplo) poderão vulnerar ao restringir e regulamentar. Significa dizer que aquilo que é protegido, ou melhor, *tudo* aquilo que é protegido, pelo direito fundamental constitui seu âmbito de proteção. A soma do âmbito de proteção contra aquilo que se busca proteger, na essência, a intervenção do Estado, e, contemporaneamente, os indivíduos, tem por resultado o suporte fático da norma de direito fundamental. A essa percepção, Virgílio Afonso da Silva adiciona a necessidade de ausência de fundamentação constitucional para a intervenção, isto é, que eventual intervenção ao direito fundamental não esteja fundada na própria Constituição, cenário no qual se verificaria uma restrição legítima do direito fundamental.<sup>448</sup> Resta questionar a que suporte fático faz referência o princípio da inafastabilidade da jurisdição, e se ele compreende

---

<sup>444</sup> Ibidem, p. 14.5.

<sup>445</sup> ANDRADE, Juliana Melazzi. *Justiciabilidade e não decisão: quando o Poder Judiciário não deve decidir*. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

<sup>446</sup> KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 270, 2015

<sup>447</sup> ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. p. 91-93. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os princípios do direito processual na Constituição de 1988. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo. (Orgs.). Livro de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992. p. 274.

<sup>448</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, 2006. pp. 23-51.

a imposição de a lei não afastar de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito compreende o suporte fático de que o Judiciário deve julgar todos os casos que a ele são submetidos, vedando-se qualquer espécie de não-decisão.

Há razão na percepção de que o princípio da inafastabilidade da jurisdição contido no art. 5º XXXV da Constituição Federal não impõe a vedação absoluta ao *non liquet*. À verdade, a leitura do texto permite concluir que a norma estabelece limitação aos poderes constituídos de estabelecer lei que limite a apreciação do Poder Judiciário, e deve ser interpretada no sentido de existência de um direito fundamental de provocar o Judiciário e dele extrair uma resposta fundamentada.<sup>449</sup>

Se isso é verdade, a regra contida no art. 140 do CPC impõe restrição que sobrepassa àquela entabulada pela Constituição, desnaturando, em alguma medida, o núcleo essencial do direito fundamental insculpido no texto constitucional. A literatura sobre o tema limitou-se sobremaneira à distinção entre regra e princípio para solução da questão, complexificando a interpretação e ignorando que essas categorias encontram indeterminações severas em função do referencial teórico.<sup>450</sup> Nesse sentido, os conteúdos das normas extraídas do texto da Constituição e do texto do CPC não são idênticos, persistindo uma zona de restrição legal que colide com a disposição constitucional. A rigor, não se trata de uma colisão de normas (independentemente de ser regra ou princípio), mas de um conflito intranormativo, cuja resolução repousa nas metarregras, ou seja, regras que se referem a outras regras. Em miúdos, é verdadeira antinomia normativa, solucionável pela derrogação hierárquica, sintetizada no brocardo “*lex superior derogat legi inferiori*”.<sup>451</sup>

Logo, sendo certo que a proibição ao *non liquet* não é de toda absoluta, é de se admitir hipóteses em que seu uso não apenas é possível, mas recomendável. Apesar de o termo

<sup>449</sup> Em sentido semelhante, Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz aponta o núcleo essencial da inafastabilidade da jurisdição no direito a buscar judicialmente a efetivação de seu direito, recebendo em troca uma resposta fundamentada do Judiciário sobre a procedência ou não de seu pedido. (KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 270, 2015, p. 193).

<sup>450</sup> Marcelo Neves explica, por exemplo, a existência de regra como princípios e princípios como regra a depender do processo de concretização da norma, especialmente nas situações em que o princípio é suficiente para solução de casos, dinamitando a tese de completude da regra como critério de diferenciação. O autor menciona a existência de categorias híbridas: “Ou as normas estão no nível reflexivo da ordem jurídica, servindo tanto para o balizamento ou a construção hermenêutica de outras normas, mas não sendo razão definitiva para uma norma de decisão de questões jurídicas, e, portanto, devem ser classificadas primariamente como princípios; ou elas são normas suscetíveis de atuar como razão definitiva de questões jurídicas, não atuando como mecanismo reflexivo, e, portanto, devem ser classificadas primariamente como regras. Se não for possível enquadrá-la primariamente em nenhuma das categorias, cabe falar de híbridos.”(NEVES, Marcelo. *Entre Hidras e Hércules: os princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF. Martins Fontes, 2013.p. 109).

<sup>451</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidras e Hércules: os princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF. Martins Fontes, 2013, p. 108.

“conflito” remeter a uma ideia de concretude e disputa por bens da vida que por vezes não encontra identidade no processo constitucional, tem razão Antonio do Passo Cabral ao afirmar que “se resolver o conflito não significa necessariamente julgar, é possível haver jurisdição sem decisão”.<sup>452</sup>

#### 4.2.2.2 A não decisão de mérito em razão do reconhecimento da limitação da capacidade institucional da Corte

A ideia de supremacia judicial parte da premissa de que o Poder Judiciário é invariavelmente o lugar mais adequado para solução da questão judicial por ser detentor de maior capacidade institucional para resolução da questão.<sup>453</sup> Colhendo diferentes argumentos, Rodrigo Brandão sintetiza dois fundamentos corriqueiramente lançados em apoio à pretensa superioridade do Judiciário, quais sejam: o insulamento político, decorrente das garantias da magistratura, e o dever de fundamentar as decisões à luz do Direito.<sup>454</sup>

Essa percepção é colocada em questão sob diversos fundamentos, em especial pela demonstração da falibilidade dos juízes, como também pela capacidade de outras instituições fornecerem respostas adequadas a problemas constitucionais. A teoria das capacidades institucionais foi (ainda que não de maneira pioneira) desenvolvida por Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, em artigo seminal intitulado “*Interpretation and Institutions*” aparecido na *Michigan Law Review*.<sup>455</sup> A tese repousa no questionamento de como deve uma instituição, com suas habilidades e limitações, interpretar determinados textos.

Diego Werneck e Fernando Leal alertam para o fato de que, apesar de seminal, teses de comparação entre a capacidade de decidir do Poder Judiciário demais instituições públicas não é novidade, e já foram amplamente elaboradas por diferentes autores ao longo do último século.<sup>456</sup>

---

<sup>452</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 39.

<sup>453</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2022, p. 253.

<sup>454</sup> *Ibidem*, p. 256.

<sup>455</sup> SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. *Michigan Law Review*, Vol. 101, 4, 2003.

<sup>456</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n.38, jan.-jun., 2011.

A teoria das capacidades institucionais reconhece a falibilidade das instituições e a inescapável possibilidade de cometimento de erros pelos juízes.<sup>457</sup> O argumento baseia-se em três premissas, conforme organizado por Diego Werneck e Fernando Leal, quais sejam: (i) o grau de especialização funcional é pressuposto normativo da separação de poderes; (ii) toda tentativa de atingir os fins constitucionais, por qualquer instituição, está sujeita à falibilidade; e (iii) as diferentes alternativas devem ser mensuradas em função das possíveis consequências para “promoção de um mesmo valor ou objetivo”.<sup>458</sup>

A novidade da tese formulada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule consiste em reconhecer a incompletude dos debates decisionistas estadunidenses em razão de ignorarem o elemento institucional, ao tempo em que apontam a inerente falibilidade dessas instituições. O reconhecimento dessa falibilidade é concatenado com a busca do fórum mais adequado em termos pragmáticos, o que denuncia o caráter consequencialista com o que o argumento é sacado.

A ideia é acompanhada dos conceitos de efeitos dinâmicos e da noção de “*second best*”. Cass Sunstein e Adrian Vermeule apontam que as teorias interpretativas da decisão comumente são orientadas a padrões irrealis de conduta, centradas em figuras reais de juízes. Essas teorias, ainda que não descartadas pelos autores, são tidas como incompletas porque, apesar de reconhecerem o limite dos juízes reais, ignoram os efeitos decorrentes da adoção desses padrões irrealis de decisão, naquilo que se convencionou denominar “efeito dinâmico”. O sopesamento desses efeitos deve ser considerado em comparação ao uso de uma abordagem que, não obstante não ser necessariamente a ideal (“*first best*”), é capaz de produzir resultados menos custosos e reais (“*second best*”). O reconhecimento dos limites ligados à capacidade institucional é útil precisamente porque é capaz de justificar a impossibilidade de adoção de um padrão puramente teórico de decisão, além de reconhecer os custos envolvidos nesse tipo de abordagem.<sup>459</sup>

---

<sup>457</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual. Flexibilização, delegação, e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Livro digital. 2021. p. RB-6.6.

<sup>458</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n.38, jan.-jun., 2011, p. 11.

<sup>459</sup> “A second-best approach, one that asks about interpretive mistakes and dynamic effects, necessarily presupposes some first-best account. This is an important observation, and in a sense it is unexceptionable. But it fails to engage our central point, which is not that a first-best account is worthless or irrelevant, but that it is

A partir da importação de conceitos da economia, esses autores estadunidenses argumentam que, em cenários reais, a adoção da melhor teoria nem sempre é capaz de conduzir à melhor resposta em termos de eficiência, sendo possível, portanto, que a segunda melhor abordagem seja capaz de obter os melhores padrões de resposta.<sup>460</sup> Em apertada síntese, “se um juiz imperfeito sabe que ficará aquém do padrão de perfeição definido pela interpretação de primeira qualidade que é reinante, não fica de maneira alguma claro que ele deva tentar se aproximar ou atingir esse padrão o mais de perto possível”.<sup>461</sup>

A aplicabilidade prática da teoria não pode conduzir, contudo, à assertiva de que outros fóruns de deliberação necessariamente estarão mais aptos a decidir questões constitucionais, reduzindo a jurisdição constitucional à mera espectadora da interpretação da Constituição, e cuja atuação deva sobressair-se apenas de maneira subsidiária. Isso seria manipular o argumento das capacidades institucionais ao sabor de uma postura minimalista da Corte. Apoiado na ideia de empirismo, o argumento das capacidades institucionais não é vocacionado a resolver o déficit de legitimidade das Cortes Constitucionais, tampouco como solução à dificuldade contramajoritária, ainda que porventura traga resultados aproveitáveis à luz dessas “problemáticas”.

Como bem alertado por Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, a teoria das capacidades institucionais tem uma dimensão contextual e circunstancial que não deve ser ignorada, na medida em que “é preciso determinar o quadro normativo e fático no âmbito do qual as instituições desempenham os seus papéis e inclui-lo na análise consequencialista que determinará qual postura institucional ou método de decisão é o mais apropriado para promover dinamicamente valores sociais relevantes”.<sup>462</sup>

A operacionalização do argumento das capacidades institucionais não deve conduzir à assertiva de que o Poder Judiciário deve abdicar sempre em favor de outra instituição, mas, doutra banda, que o reconhecimento de eventual e circunstancial limitação da sua

---

incomplete without a second-best account that takes account of institutional issues”. (SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, Vol. 101, 4, 2003, p. 889).

<sup>460</sup> Ibidem, p. 914.

<sup>461</sup> Tradução livre do original em inglês: “if an imperfect judge knows he will fall short of the standard of perfection defined by the reigning first-best account of interpretation, it is by no means clear that he should attempt to approximate or approach that standard as closely as possible”. (Ibidem).

<sup>462</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n.38, jan.-jun., 2011, p. 33.

capacidade seja traduzida em método mais adequado para solução da questão constitucional posta para decisão. Nesse sentido, a teoria da capacidade institucional não pode ser lida como uma teoria da decisão judicial, ainda que com ela esteja associada. Nos termos empregados por Cass Sunstein e Adrian Vermeule, a pergunta não deve ser resumida em saber “como, em princípio, um texto deve ser interpretado?”, ao revés, deve se concentrar em saber “como certas instituições, com suas distintas habilidades e limitações, devem interpretar certos textos?”<sup>463</sup>

Do ponto de vista do direito positivo brasileiro, o argumento da capacidade institucional é calcado em uma interpretação sistemática do art. 5º, inciso LIII da Constituição Federal, o qual dispõe sobre o princípio do juiz natural, em conjugação com o princípio da eficiência processual extraível do art. 8º do CPC – à semelhança do fundamento de *lege lata* formulado por Antonio do Passo Cabral para aplicação do princípio da competência adequada.<sup>464</sup> Aliás, o “absurdo” mencionado por Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal consiste no uso precipitado do argumento das capacidades institucionais de maneira divorciada da realidade positiva do ordenamento jurídico<sup>465</sup>, e, no particular, desatenta ao regime de competências. No que pertine esse último, Antonio do Passo Cabral acertadamente consigna que o “exame das capacidades institucionais não só admite, como precisa conciliar questões internas ao processo com uma visão ampla que considere também a alocação de competência no sistema”.<sup>466</sup> Nada obstante, discorda-se da visão de que essa teoria seria equivalente à ideia de competência adequada. As capacidades institucionais, como faz prova a tautologia da palavra, decorre de uma perspectiva de teoria constitucional que busca compreender qual instituição seria mais adequada para produção de solução a problemas constitucionais. Por outro lado, a teoria da competência é utilizada no interior de

---

<sup>463</sup> Tradução livre do original em inglês: “The central question is not ‘how, in principle, should a text be interpreted?’ The question instead is ‘how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?’” (SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, Vol. 101, 4, 2003, p. 886).

<sup>464</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual. Flexibilização, delegação, e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Livro digital. 2021, p. RB. 6-2.

<sup>465</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n.38, jan.-jun., 2011, p. 38.

<sup>466</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual. Flexibilização, delegação, e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Livro digital. 2021, p. RB 6-9.

uma moldura normativa de distribuição de competência para apreciação de determinada ação.

O argumento das capacidades institucionais por vezes é elaborado ao lado da ideia de pronúncia de *non liquet*.<sup>467</sup> Não obstante a relação, nem todo reconhecimento da incapacidade institucional da Corte culminará na pronúncia do *non liquet*. Conforme a delimitação conceitual adotada no presente trabalho, a pronúncia do *non liquet* deve sempre vir acompanhada do reconhecimento da impossibilidade de ordem fática ou jurídica para decisão da questão. Isso ocorre, por exemplo, quando a Corte reconhece não ser detentora da capacidade institucional adequada para solução de casos que envolvam um grau de complexidade fática para além de sua expertise, como ocorre em matérias eminentemente científicas. Nessa hipótese, a não decisão sobre o mérito, ao fundamento de reconhecimento da ausência de capacidade institucional da Corte, é, também, a pronúncia do *non liquet*.

Não é o que ocorre, contudo, quando a Corte entende não ser o fórum adequado para solução da questão constitucional por fundamento, por exemplo, no fato de que a questão é objeto de deliberação no Parlamento, motivo pelo qual a Corte exime-se de decidir em deferência ao Legislativo.

Do ponto de vista do acervo decisório do Supremo Tribunal Federal, a decisão exarada nos autos da Reclamação Constitucional nº 11.243, de relatoria do Ministro Luiz Fux é comumente mencionada. No processo em questão, a Corte debruçou-se sobre o pedido de relaxamento de prisão efetuado por Cesare Battisti. Ao debruçar-se sobre o pedido de extradição, a Corte entendeu que sua análise competia ao Presidente da República, inclusive para fins de aferição de se tratar ou não de crime político – assente na ideia de que “O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior”. A Corte citou

---

<sup>467</sup> Ver, por exemplo, KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, v. 270, 2015, pp. 171-205; e CABRAL, Antonio do Passo. *Jurisdição sem decisão non liquet e consulta jurisdicional no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

expressamente a obra “*Interpretation and Institutions*”, consignando ser “aplicável, *in casu*, a noção de capacidades institucionais cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule”<sup>468</sup>

A rigor, contudo, a tese das capacidades institucionais pouco adiciona para resolução da controvérsia que foi posta, além de ter sido empregada com noção essencialmente diferente daquela originariamente discorrida pelos autores estadunidenses retromencionados. A rigor, a Corte tão somente aplicou regra de competência contida no art. 84, VII, da Constituição, a qual discorre ser de competência exclusiva do Presidente da República “manter relações com Estados estrangeiros”, aí compreendida a função de interpretar o Tratado de Extradicação.

Igualmente cabe mencionar o acórdão nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.083.955, também de relatoria do Ministro Luiz Fux, e julgado em 28 de agosto de 2019. Em referido julgamento, a Corte debruçou-se acerca do agravo que buscava conferir trânsito a recurso extraordinário cuja finalidade repousava na possibilidade de revisão judicial do mérito de decisão proferida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Em diversas passagens do acórdão, faz-se menção à teoria das capacidades institucionais como fundamento para limitação do controle judicial de decisões havidas no âmbito do CADE, uma vez que a “capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida expertise do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica”.<sup>469</sup> A despeito do arrazoado na decisão quanto ao tema, a Corte decidiu pelo desprovimento do recurso com base em óbices sumulares de exame de fatos e provas (enunciado de súmula 279 do STF), tornando o debate acerca das capacidades institucionais mero *obiter dictum*.

Semelhante uso da tese das capacidades institucionais é verificado na jurisprudência do STF, como se nota no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 1425, julgada em 24 de abril de 2021. Em referido julgado, discutia-se a importação de camarões da Argentina, e suspensão de liminar proferida nos autos de ação civil pública. A teoria das capacidades

---

<sup>468</sup> STF - Reclamação Constitucional no. 11.243, Pleno, Re. Min. Luiz Fux, DJ 08/06/2011. p. 6.

<sup>469</sup> STF - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no. 1.083.955. 1 Turma, Rel. Min. Luiz Fux. DJ 28/05/2019, p. 1.

institucionais é uma vez mais utilizada em deferência aos órgãos técnicos, ao deferir o pedido da União.<sup>470</sup>

Do que se pode extrair dos julgados acima, o argumento das capacidades institucionais é comumente citado em apoio a uma postura de deferência da Corte a decisões tomadas por órgãos técnicos. Do ponto de vista da tipologia das decisões, a Corte usa da tese em adesão a decisões deferentes, e não propriamente para pronunciar *non liquet* ou para decidir pela não decisão.

Analiticamente, não obstante a defesa de parcela da doutrina<sup>471</sup> para que a teoria das capacidades institucionais seja engendrada para esse fim, fato é que essa utilização permanece, nacionalmente, no campo teórico.

#### 4.2.2.3 A manipulação dos critérios de admissibilidade do Recurso Extraordinário: o STF vale-se da relativa indeterminação dos requisitos processuais para selecionar questões constitucionais

As Cortes Constitucionais exercem a não decisão também por intermédio dos filtros de admissibilidade dos recursos a ela endereçados. De modo geral, esses filtros desempenham um papel fundamental na seletividade da Corte, especialmente pelo campo de discricionariedade concedido por critérios de conteúdo jurídico indeterminado. É o caso do *writ of certiorari* na Suprema Corte dos EUA, do conceito de “repercussão geral” no STF e da presença de um “caráter sério” para a admissão do QPC no *Conseil constitutionnel*. No caso brasileiro, essa zona de seletividade da Corte é consequência lógica da concepção do STF como Corte de Precedentes, bastante defendida por Daniel Mitidiero.<sup>472</sup> Nesse sentido, o exercício da função nomofilática das Cortes, de garantia da integridade do Direito por meio da interpretação, impõe à Corte a adoção de critérios de admissibilidade que a permitam selecionar casos “apenas nas hipóteses em que a pronúncia dessas cortes seja capaz de promover a unidade do Direito”.<sup>473</sup>

<sup>470</sup> STF - Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 1425, Rel. Min. Luiz Fux. DJ 24.05.2021.

<sup>471</sup> Da qual vale mencionar: Antonio do Passo Cabral, Marcelo Barbi e Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz.

<sup>472</sup> “É imprescindível que o STF e o STJ sejam entendidos como cortes que apresentam como ponto de chegada a adequada interpretação da legislação, viabilizando a partir daí a unidade do Direito brasileiro e a orientação futura dos demais tribunais e da sociedade civil”. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas [livro eletrônico]: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2022, p. RB-4.4).

<sup>473</sup> Ibidem. Esse autor defende a adoção de um critério teleológico, o qual, segundo pensa, “permite ao STF selecionar os casos que deve intervir”.

Esse poder de seleção dos casos submetidos ao seu crivo é pedra de toque para compreensão do papel institucional desempenhado pelas Cortes Supremas.<sup>474</sup> Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero alertam que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados não pode servir de chancela para a absoluta discricionariedade das Cortes. Muito ao revés, o STF deve empreender esforços na captura de significados objetivos quando da avaliação da existência de repercussão geral,<sup>475</sup> aquilatando os conceitos empregados.

Portanto, não é de causar perplexidade que as Cortes, ao se valerem do espectro de indeterminação dos conceitos jurídicos delineados nos requisitos processuais de admissibilidade, exerçam um verdadeiro poder de não decisão. Ao assim proceder, a Corte elege quais questões constitucionais são passíveis de análise, afunilando sua função de Corte Suprema.

Essa conclusão, contudo, deve ser analisada com parcimônia, especialmente à luz da ordem jurídica brasileira. É que essa moldura interpretativa – empregando analogicamente o conceito de Herbert Hart – não pode conduzir a uma redução sobremaneira de não apreciação do recurso extraordinário, como defende parcela da doutrina. É o que se verifica, por exemplo, na posição de Luiz Guilherme Marinoni, em defesa da não apreciação da repercussão geral, ainda que preenchidos os requisitos entabulados na lei.<sup>476</sup>

A tese encontra óbice no quadro normativo previsto na Constituição. A uma porque o legislador constitucional estabeleceu que o quórum de 2/3, portanto um quórum qualificado, deve ser preenchido para fins de recusa da repercussão geral. A técnica tem razão de ser: o legislador constituinte não concebeu uma Corte com atuação subsidiária e com amplo grau de seletividade dos recursos. Muito ao revés, definiu uma presunção relativa (*iuris tantum*) de repercussão geral aos recursos extraordinários, somente dirimido a partir de manifestação de uma maioria qualificada da Corte. Prova maior disso é que, ausente a manifestação acerca da repercussão geral, entende-se tacitamente pela sua existência com consequência admissão do recurso.

---

<sup>474</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 1ª edição e-book baseada na 3ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista do Tribunais. 2013.

<sup>475</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 1ª edição e-book baseada na 3ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista do Tribunais. 2013, p. 6.

<sup>476</sup> “Não se diga que a repercussão geral se limita a autorizar a não decisão sobre casos que não preenchem os requisitos da relevância e da transcendência. Como é evidente, quem tem legitimidade para resolver apenas os casos que importam à afirmação da Constituição não pode ser obrigado a decidir a partir de casos que não lhe dão oportunidade de decidir adequadamente.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *A repercussão geral diante das novidades do RISTF: elementos para uma reconstrução*. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 6, n. 1, 2021, p. 6).

A duas porque o legislador Constituinte explicitamente atribuiu competências recursais ao STF incompatíveis com a natureza das Cortes puramente supremas, cuja competência é limitada à função nomofilática. Não apenas o legislador concebeu essa competência, como tampouco criou óbices grandiosos para a admissão recursal. não por outra razão, José Carlos Barbosa Moreira defendeu ser bastante, para fins de admissibilidade recursal, a mera alegação de que a decisão recorrida violou a Constituição.<sup>477</sup>

À verdade, a dificuldade para acesso às Cortes Superiores, no Brasil, traduziu-se mais na postura jurisprudencial das Cortes, insculpida em enunciados de súmulas com aplicação fordista, do que verdadeiramente como decorrência lógica do perfil de Corte concebido na Constituição.

Sem embargo disso, fato é que à Corte foi facultada a seleção de casos, e, portanto, o exercício de um poder de não decisão, em razão de conceitos indeterminados com conteúdo jurídico aberto.

#### 4.2.3 A não decisão fora da sentença constitucional: o STF manipula deliberadamente sua agenda e estabelece um perfil temático da Corte – a não decisão exógena

No que diz respeito ao poder de não decidir, é necessário sublinhar que o seu exercício é uma questão não só de técnica decisória, mas também do quadro normativo da Corte, na definição da sua agenda. Nem a Constituição nem o regulamento interno do STF possuem previsão de um prazo para a decisão de uma questão constitucional submetida à Corte. De fato, apesar da previsão constitucional do direito a uma duração razoável do processo<sup>478</sup>, cujo conteúdo permanece vago, o STF, por vezes, toma décadas para resolver definitivamente uma questão constitucional a ele submetida. É o caso, por exemplo, da constitucionalidade do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, que criminaliza o uso pessoal de drogas. Pelo menos desde 2011, o julgamento está sem uma decisão judicial final.<sup>479</sup> Os motivos são dois: a concentração de competências da Corte, que também funciona como Tribunal, e o alto grau de litigiosidade da

---

<sup>477</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Que significa “não conhecer” de um recurso. *Revista da AJURIS*, Rio Grande do Sul, 1996, no 66.

<sup>478</sup> Art. 5º inciso LXXVIII da Constituição Federal.

<sup>479</sup> É o caso também de outros casos que tratam de direitos fundamentais, como a demarcação de terras quilombolas, na ADI 3.239, de 25 de junho de 2004.

sociedade brasileira fazem com que haja um grande número de processos pendentes<sup>480</sup>; e a Corte manipula seu poder de agenda, determinando discricionariamente qual processo será julgado.

De acordo com as normas processuais e o regimento interno da Corte, a pauta do STF é definida de duas formas diferentes. A primeira diz respeito ao poder de fixar a pauta, em primeiro lugar do relator, depois do presidente do STF, e, em seguida, de cada ministro. O artigo 21-X do RISTF prevê que o relator tem o poder de “pedir data para o julgamento dos processos em que tiver direito a voto”.<sup>481</sup> O artigo 111 do RISTF concede ao relator um prazo de 30 dias para a sua análise, “salvo em caso de sobreposição de trabalhos”, o que é normalmente o caso no Tribunal. O relator tem, portanto, o poder de delimitar o julgamento da questão.<sup>482</sup> Mas o prazo depende do fato de a questão ser submetida ao Plenário Virtual ou Presencial.

Se a questão for submetida ao ambiente virtual, de acordo com a Resolução STF nº 642/2019, o ministro relator deve enviar seu relatório e voto na interface virtual, após o qual os demais ministros terão seis dias para manifestar sua concordância ou discordância com a decisão. Decorrido o prazo, os votos são computados e o resultado anunciado. Se o prazo estabelecido for ultrapassado sem que haja resposta de um ministro, o seu silêncio é considerado como tendo seguido o voto apresentado pelo juiz-relator.<sup>483</sup>

No entanto, se a questão for submetida ao Plenário físico, a decisão de inscrever na ordem do dia é conferida ao presidente do Tribunal, no âmbito das suas competências de direção dos trabalhos e de presidência das sessões plenárias.<sup>484</sup> A ordem do dia é fixada de acordo com o critério do Presidente. Alguns Presidentes, por exemplo, têm relutância em inscrever na ordem do dia questões controversas. Outros, doutra banda, desempenham um papel mais ativo, definindo agendas mais controversas e, de certa forma, estabelecendo um perfil para o Tribunal durante o seu mandato.

Outro mecanismo de definição da agenda que desempenha um papel importante são os *pedidos de vista*, que consistem em um pedido feito por um membro do Tribunal para obter mais tempo para analisar um caso antes de tomar uma decisão. O artigo 134.º do RISTF prevê

---

<sup>480</sup> O Tribunal tem atualmente mais de 20.000 (vinte mil) processos pendentes.

<sup>481</sup> Art. 21 São atribuições do Relator: x - pedir dia para julgamento dos feitos nos quais estiver habilitado a proferir voto, ou passá-los ao Revisor, com o relatório, se for o caso.

<sup>482</sup> A Lei 9.868, que regulamentou a ADI, também estabeleceu uma série de prazos (em compasso com o RISTF): A autoridade que expediu o ato impugnado tem 30 dias para prestar informações (art. 6º). Em seguida, o Ministério Público da União (Membro do Ministério Público - *Procuradoria da República*) e o Ministério Público da República (Advogado da União) devem responder sucessivamente no prazo de 15 dias cada (art. 8º). Também é concedido um prazo de 30 dias para a prestação de informações, perícias ou audiências públicas (art. 11).

<sup>483</sup> Art. 2º § 3º O Ministro que não se manifestar no prazo previsto no § 1º será considerado aprovado pelo Desembargador-Relator (Resolução STF nº 684/2020).

<sup>484</sup> Artigo 13, III, do RISTF.

que o ministro que pede tempo para analisar o processo deve submetê-lo a uma nova votação no prazo de trinta dias. Na prática, o Tribunal não cumpre essa regra, e os pedidos de deliberação demoram uma média 150 dias,<sup>485</sup> razão pela qual é correta a conclusão de que “toda essa discricionariedade concedida ao STF leva o Tribunal a concentrar muito poder político”.<sup>486</sup> A prática denuncia que o pedido de vista é utilizado com o objetivo de adiar o julgamento e pode ter várias razões, como o elemento subjetivo do ministro em atrasar a pauta do Tribunal, a complexidade da questão e a influência de grupos de pressão, por exemplo. Mais recentemente, o Tribunal aprovou uma revisão do RISTF. A Emenda Regimental nº 59, de 19 de dezembro de 2022, prevê o prazo de 90 dias, a contar da data do pedido de vista, para que os autos sejam encaminhados ao Tribunal. A novidade está no § 5º, que prevê uma penalidade em caso de descumprimento: expirado o prazo previsto no *caput*, os autos são automaticamente distribuídos para novo julgamento.<sup>487</sup> A alteração só entrou em vigor em 31 de maio de 2023, razão pela qual não se sabe até que ponto os critérios serão adotados pelos ministros. Igualmente é possível mencionar a Proposta de Emenda à Constituição nº 8 de 2021, a qual busca limitar as decisões monocráticas na Corte, bem como a discricionariedade nos pedidos de vista. A proposta recebeu pública reprimenda de alguns ministros da Corte, ao fundamento de que representaria uma violação à separação dos poderes.<sup>488</sup>

A delimitação da agenda está, evidentemente, sujeita a interesses políticos e grupos de pressão. Por exemplo, na ADI nº 6.298,<sup>489</sup> a Associação dos Magistrados Brasileiros pediu a declaração de inconstitucionalidade de alguns artigos da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, que promoveu uma série de alterações no Código de Processo Penal e no Código Penal brasileiros. Dentre as mudanças, talvez a mais polêmica tenha sido a instituição do “juiz de garantias”. Em 22 de janeiro de 2020, o ministro do STF, Luiz Fux, deferiu a tutela cautelar do requerente para que os efeitos da lei fossem suspensos até que o Tribunal proferisse uma decisão final. A decisão causou grande polêmica, até pela natureza de garantidor dos direitos fundamentais depositada na figura do juiz de garantias. Em

---

<sup>485</sup> FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. 2014.

<sup>486</sup> OLIVEIRA, Fabiana Luci. Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo Social*, 2016, vol. 28, p. 105-133.

<sup>487</sup> Art. 134. O Ministro que requerer o adiamento da apreciação do processo deverá submetê-lo a nova votação no prazo de 90 (noventa) dias a contar da publicação da ata do julgamento.

§ 5º Decorrido o prazo previsto no *caput*, os autos são entregues de ofício para novo julgamento.

<sup>488</sup> GULLINO, Daniel. Barroso, Gilmar e Moraes criticam Senado após aprovação de PEC que limita poder da Corte: ‘STF não admite intimidações’, diz decano. *Jornal O Globo*. Disponível em <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2023/11/23/apos-senado-aprovar-pec-barroso-diz-que-stf-nao-ve-razao-para-mudanca-de-regras-na-corte.ghtml>. Acesso em 3 de dezembro de 2023.

<sup>489</sup> STF - ADI nº 6.298-DF, distribuída em 27 de dezembro de 2019.

sua decisão monocrática, o Ministro decidiu submeter a questão relativa à tutela provisória adotada ao Plenário para que este se pronunciasse, *ad referendum*, sobre a manutenção ou não da suspensão. No entanto, só em 10 de setembro de 2020 é que o Ministro, que era então o juiz-relator do processo, enviou-o efetivamente para inclusão na ordem do dia. No entanto, no mesmo dia, o Ministro tornou-se Presidente do Tribunal e o processo nunca foi inscrito na ordem do dia durante a sua presidência, que durou até 12 de setembro de 2022.

A curiosidade dessa manipulação da pauta para impedir que o Plenário se pronunciasse sobre a matéria reside em uma inesperada declaração do Ministro Luiz Fux, em 24 de maio de 2023, já fora das funções da Presidência. Em determinado da sessão, enquanto a Corte transitava entre pautas, o Ministro Luiz Fux admitiu que a questão constitucional da ADI nº 6.298 não havia sido encaminhada ao Plenário em razão de uma requisição informal realizada pela mesa do Congresso Nacional, solicitando que o Parlamento tivesse tempo para revisitar a questão. O Ministro declarou publicamente<sup>490</sup> : “O processo do Juiz de Garantias foi adiado a pedido do Parlamento que, num Estado Democrático de Direito, é o órgão hegemônico”; depois acrescentou: “fui eu que dirigi, recebi a comissão do Congresso Nacional que tratou desse assunto, e essa lei do Juiz de Garantias surgiu do nada para entrar em vigor em 30 dias, durante o recesso parlamentar”; e finalmente: “me pediram para não levar o caso ao tribunal, porque no final eles gostariam de trazer a lei em si ou combiná-la com o Código de Processo Penal” [referindo-se ao projeto em tramitação do Novo Código de Processo Penal Brasileiro .

A rigor, o Ministro utilizou informalmente um mecanismo dialógico com o Parlamento, adiando voluntariamente o julgamento da questão constitucional para que o Parlamento a reexaminasse. Como o Parlamento não se pronunciou sobre a matéria, o pronunciamento do Ministro Luiz Fux foi alvo de críticas, algumas das quais manifestadas publicamente por seus colegas de Corte, como no comentário, na sequência do pronunciamento, do Ministro Gilmar Mendes, criticando a postura adotada de adiar o julgamento da questão para que o Congresso, que acabara de aprovar a lei em 2019, pudesse reexaminá-la.

Mas a importância desta afirmação vai para além de um juízo de valor sobre a adequação ou não da posição adotada pelo Ministro. O pensamento jurídico é, por vezes, tão centrado na análise deontológica dos fatos do mundo (pensamento normativo), na delimitação de como os fatos “devem ser” e de que maneira sancioná-los se “não são”, que acaba por obscurecer a realidade do mundo dos fatos. A conduta do ministro Luiz Lux decorre de uma manipulação

---

<sup>490</sup> Os meios de comunicação comentaram a declaração, por exemplo: <https://oantagonista.uol.com.br/brasil/processo-sobre-juiz-de-garantias-foi-travado-por-pedido-do-congresso-diz-fux/>

das regras que regem a delimitação da agenda do STF, e tem uma intenção, ao menos declarada, de deferência ao Parlamento. Essa é uma realidade, mesmo que as regras não tenham sido concebidas para permitir isso. Daí a importância dos capítulos anteriores dedicados a estabelecer o quadro teórico dos diálogos constitucionais: o reconhecimento de sua faceta descritiva, ligada ao modo como as instituições interagem, seja formalmente, recorrendo a regras explicitamente criadas para o efeito, seja informalmente, manipulando o quadro normativo.

Muitas pesquisas empíricas têm sido realizadas para compreender o perfil dessa manipulação, bem como as demais características do exercício da fiscalização abstrata de constitucionalidade pelo STF. Em estudo empírico sobre o perfil da Corte entre 1988 e 2005, Werneck Vianna *et al* constataram que a pauta se concentrava em questões constitucionais relativas à administração pública. De acordo com os estudos realizados, 60% das ações de controle de constitucionalidade julgadas (ADIs) no período diziam respeito a interesses da administração.<sup>491</sup> Em pesquisa mais atual, abrangendo o período entre 1988 e 2014, Fabiana Luci de Oliveira observa que apenas 14% das ADIs tratavam de tema da sociedade civil — categoria utilizada em sua pesquisa para designar os temas de maior impacto na sociedade civil, referindo-se à agenda de direitos civis, sociais e coletivos (como direitos do consumidor e meio ambiente), incluindo também questões relacionadas à regulamentação das profissões e ao código de trânsito.<sup>492</sup> A maioria, 62%, de tudo o que o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre constitucionalidade, via ADI, dizia respeito à organização do Estado, em especial às carreiras de seus agentes e servidores públicos.<sup>493</sup>

O perfil dos demandantes é decisivo na constituição deste perfil. Mais recentemente, em pesquisa empírica que reuniu todas as ações de revisão abstrata (inclusive ADPF), entre 1988 e 31.12.2017, realizada por professores da Universidade de Brasília, os autores encontraram 5.681 ações de revisão abstrata ajuizadas perante o STF.<sup>494</sup> Na referida pesquisa, os professores agruparam ações com a mesma questão constitucional, pois, por vezes, o mesmo conteúdo normativo é debatido em várias ações. Quanto ao perfil dos autores das ações, a pesquisa

---

<sup>491</sup> WERNECK VIANNA, Luiz *et al*. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, 2. 2007. pp. 39-85.

<sup>492</sup> OLIVEIRA, Fabiana Luci. Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo Social*, 2016, vol. 28, p. 105-133.

<sup>493</sup> *Ibid*, p. 115.

<sup>494</sup> COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Evolução do perfil dos demandantes no controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF por meio de ADIs e ADPFs. *Revista de Ciências Sociais: RCS*, 2018, vol. 49, no 2, pp. 133-179.

concluiu que 93% são entidades de classe, governadores de Estado, Ministério Público Federal e partidos políticos.<sup>495</sup>

#### 4.3 Conclusões parciais

O objetivo do presente capítulo consistiu em analisar de que maneira a adoção do paradigma dos diálogos constitucionais contribuiu para um redimensionamento das técnicas decisórias adotadas pela Corte Constitucional para fins de resolução de questões constitucionais. De antemão, propôs-se uma tipologia das decisões exaradas na jurisdição constitucional, capazes de, voluntária ou involuntariamente, provocar diálogos institucionais. Contudo, a tipologia não foi elaborada sem antes deixar consignado o alerta de que fatalmente o plano ontológico rejeita proposições puristas.

Nesse sentido, foram identificados quatro tipos decisórios: (i) as sentenças típicas ou clássicas; (ii) as sentenças exortativas, a respeito das quais se analisou especificadamente os casos de declaração de estado de coisas inconstitucionais nos tribunais brasileiro, colombiano e argentino; (iii) as sentenças deferentes; e, finalmente, (iv) as sentenças opinativas.

Na sequência, ocupou-se de analisar de que maneira a “não decisão de mérito” pode ser empregada com finalidade de promover diálogos institucionais. De antemão, contudo, fez-se necessária uma epígrafe dedicada a precisar conceitos amplamente imiscuídos pela literatura dedicada ao tema, quais sejam: justiciabilidade, não decisão, extinção do processo sem resolução de mérito e *non liquet*. Realizadas essas considerações, o estudo foi organizado em duas partes: a primeira dedicada a analisar a não decisão de mérito no interior da sentença constitucional, naquilo que se acordou denominar “não decisão endógena”; a segunda dedicada a analisar a não decisão fora da sentença constitucional, desta vez denominada de “não decisão exógena”. Na primeira, debateu-se o uso artificioso da pronúncia do *non liquet* para resolução de casos constitucionais complexos; a prática de não decidir ante o reconhecimento de limitação da capacidade institucional da Corte; bem como a manipulação dos critérios de admissibilidade do RE, diante da relativa indeterminação dos requisitos processuais. Na segunda, centrou-se a análise na manipulação deliberada do STF do poder de agenda, com fito de estabelecer um perfil temático da Corte.

---

<sup>495</sup> Ibid. p. 154.

## CAPÍTULO 5: ESTABILIDADE E EFEITOS DA DECISÃO CONSTITUCIONAL

Os diálogos constitucionais igualmente são importantes para compreensão dos efeitos da sentença constitucional, bem como o regime de estabilidade a que está sujeito. A premissa investigativa deste capítulo consiste em tentar compreender de que maneira as decisões judiciais exaradas no bojo de processos de controle de constitucionalidade estão sujeitas à estabilidade processual. Para fins metodológicos, o objeto será centrado no processo objetivo, em que a questão constitucional é *principaliter*, bem como no julgamento de controle de constitucionalidade na sistemática da repercussão geral, dada sua evidente aptidão abstrata. Portanto, não serão objeto de análise aqueles processos em que a questão constitucional é meramente prejudicial à resolução de um caso concreto.

Para tanto, será abordada a doutrina clássica da coisa julgada e da preclusão, e, posteriormente, será apresentada a proposta de um modelo dinâmico centrado na preclusão, nos moldes do desenvolvido pelo professor Antonio do Passo Cabral.

Os estudos tradicionais acerca das estabilidades processuais centraram-se no debate acerca da coisa julgada, ignorando-se que esse instituto está compreendido em um debate mais amplo de estabilidade. Essa atividade viciosa conduziu à malfadada aplicação desse instituto em processos incompatíveis com as especificidades dessa forma de estabilidade, qual fosse impossível garantir segurança jurídica, sem atribuir a pecha de “coisa julgada” a qualquer fenômeno estabilizador.

Semelhante trajetória foi percorrida pelos doutrinadores em relação ao controle de constitucionalidade, processo sobre o qual muito se debateu a formação de coisa julgada: gerando distorções de toda natureza em relação ao instituto. Não bastasse isso, pouco se investigou acerca da natureza processual dessa forma de controle, bastando a recorrente replicação de ser “processo, jurisdição e formar coisa julgada”.

Nessa toada, o presente capítulo possui dupla pretensão. A uma, tentará analisar de que forma a adoção de uma nova fórmula de estabilidade pode gerar efeitos na avaliação da eficácia e efeito da sentença constitucional vazada em controle abstrato de constitucionalidade. A duas, busca analisar de que maneira a adoção de um paradigma dialógico é capaz de fornecer novas respostas a questões clássicas.

Postas essas premissas, este artigo tratará de dois questionamentos principais. O primeiro relativo à vinculação do Legislador. E, na sequência, o segundo referente à reapreciação da decisão pelo próprio STF.

### 5.1 Premissa teórica: paradigma dinâmico de estabilidade processual

A concepção de estabilidade processual como conceito dinâmico surge no seio de um debate acadêmico de necessidade de superação da coisa julgada como ponto incontornável acerca da estabilidade dos atos do Estado – o legislativo, jurisdicional e o administrativo. Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral aponta que são três as premissas para superação do debate estático em relação ao tema, a fim de transitar a uma nova teoria das estabilidades. São elas: a segurança jurídica como continuidade (estabilidade e dinamismo); o contraditório como influência reflexiva; e a estabilidade como uma cadeia de vínculos<sup>496</sup>. Veja-se cada uma mais atentamente.

Antes de adentrar-se nesses pontos, cumpre o registro que essa fórmula de preclusão não representa inovação no nosso ordenamento jurídico e foi adotada, ao menos em parte, pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, como denunciam, por exemplo, os artigos 304 e 357 desse *Codex*.

A primeira premissa consiste em identificar a segurança jurídica como componente essencial ao Estado de Direito. Como manifestações de um princípio constitucional, e por isso de ordem maior, os fenômenos estabilizadores são essenciais para consecução dos valores normativos do Estado de Direito, vez que garantem a proteção das posições jurídicas. Importante notar que a estabilidade não é fenômeno restrito aos atos processuais, mas aos atos do Estado de maneira geral. Daí por que a necessidade de discriminação entre estabilidade *lato sensu* e estabilidade processual – esta última referente aos atos e posições jurídicos do processo.<sup>497</sup>

Assumi-se no Brasil que as estabilidades não poderiam ser discutidas como faces múltiplas de um diagrama mais genérico, não obstante fossem fenômenos com escopo semelhante – de impedir a rediscussão de atos anteriores, isto é, formas de proteção do conteúdo desses atos.

Estabilidade processual é o fenômeno de proteção do conteúdo dos atos processuais por meio do óbice à rediscussão em momento posterior. É gênero cujas espécies são os sintagmas típicos da processualística, mas que observam uma recalcitrância em ser analisados a partir dos

---

<sup>496</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões dinâmicas; entre continuidade, mudança e transição para posições jurídicas estáveis*. 3 ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

<sup>497</sup> Sobre a estabilidade dos atos do Estado, será assunto tratado posteriormente, mas adianta-se a posição de Cabral, para quem a estabilidade não deve ser compreendida com restrição aos atos processuais, porquanto não haja verdadeiramente alguma diferença fundamental entre os atos jurisdicionais dos demais atos do Estado. Dessa forma, a estabilidade processual deve ser inserida em rol de estabilidades mais genérico, cuja existência deriva do dever de coesão do sistema jurídico e do Estado de Direito.

traços comuns que os caracterizam; são a coisa julgada, formal ou material, a preclusão e o efeito preclusivo, por exemplo.

Como bem anotado pelo professor Antonio do Passo Cabral, a estabilidade processual é um fenômeno incorporado à processualística pátria. A confusão comumente realizada consiste em igualar esse instituto com aquele da coisa julgada, como se a excelência da coisa julgada fosse a única estabilidade que verdadeiramente importa.<sup>498</sup>

É importante notar que o fenômeno das estabilidades não é mera decorrência da lei, em sentido estrito, mas do próprio sistema jurídico em sua completude. Em que pese essa premissa, a função legislativa do Estado atua em *grau*, uma vez que seleciona quais atos processuais merecem maior ou menor estabilidade. Essa afirmação, quanto à inerência da estabilidade ao sistema jurídico, adquire contornos de certeza, na medida em que, a um sistema jurídico qualquer, a rigidez de determinados atos é imprescindível para a operacionalidade do Direito.

Essa rigidez comporta a segurança jurídica, inerente ao Estado de Direito, em que se busca assegurar o máximo de previsibilidade de seus atos,<sup>499</sup> isso porque implica a estabilização das expectativas normativas da sociedade, e, dessa sorte, da certeza subjetiva que deve ter cada cidadão em relação às condutas do Estado.<sup>500</sup>

Na esteira dessa missão de coesão do sistema do Direito, a segurança das posições jurídicas pretéritas, independentemente de um processo judicial, deve ser inserida em um dilema maior de segurança-continuidade, que almeja alcançar um ponto ótimo de equilíbrio entre dinamismo, flexibilidade e segurança.

A segunda premissa, postulada por Cabral,<sup>501</sup> é desdobramento da concepção de contraditório como influência em reflexividade, segundo a qual o binômio informação-reação

<sup>498</sup> Qualquer tentativa de uniformização teórica em torno das estabilidades focou-se na possibilidade de aplicarmos a estabilidade 'por excelência' dos atos jurisdicionais (a coisa julgada) à disciplina dos atos jurídicos em geral. E completa: Se a doutrina pensasse nas estabilidades processuais como um gênero, ao invés de teimar em procurar enquadrá-las sempre na disciplina da coisa julgada, talvez tais discussões não tivessem ido longe (CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. In: DIDIER JR, F.; CABRAL, A. P. (Coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pp. 37-39).

<sup>499</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. Brasília: IDP Saraiva, 2010.

<sup>500</sup> Nesse sentido: Não se discute que o legislador é autorizado a estabelecer regimes mais ou menos rígidos para as estabilidades processuais, com requisitos detalhados para sua configuração e limites. É certo ainda que o formato das estabilidades processuais varia ao sabor da tradição jurídica de cada ordenamento, e não queremos negar a importância que a lei positiva tem nos ordenamentos de *civil law*. Mas, na ausência de lei, ainda assim haveria necessidade de um modelo de estabilidades, que poderia ser extraído de outros pontos do sistema, tanto das regras positivadas quando dos princípios gerais de regência. (...) As estabilidades processuais independem do direito positivo, e antes remetem a valores e princípios mais amplos, como a segurança jurídica (CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. In: DIDIER JR, F.; CABRAL, A. P. (Coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pp. 28).

<sup>501</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões dinâmicas; entre continuidade, mudança e transição para posições jurídicas estáveis*. 3 ed. ver., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

é lido também sob o prisma do contraditório-influência. Essa perspectiva está inserida no dever colaborativo de cada parte da relação jurídica processual, com o fim comum de serem todos coprodutores dos atos processuais<sup>502</sup>.

Essa abordagem conduz a uma “prática dos atos processuais como autovinculação”<sup>503</sup> – concepção que importa para o estudo das estabilidades processuais na medida em que elas devem ser observadas como resultado das condutas de todos os integrantes da relação jurídica processual e, por não outra razão, a todas as partes vincula. Isso é especialmente importante à luz dos diálogos constitucionais, em especial no contexto em que são empregadas técnicas que permitem a participação de outros atores na definição do significado normativo da Constituição.

A terceira premissa emerge do debate acerca da relação entre estabilidades e o tempo do processo, haja vista que a doutrina tradicional adota um modelo linear centrado na ideia de uma fonte originante de estabilidade. Esse modelo coincide com a percepção da doutrina da coisa julgada como “estabilidade por excelência”, como explica Cabral<sup>504</sup>, em que a coisa julgada absorve todas as estabilidades anteriores e define o momento em que fica delimitado o que é estável e o que não é.

Essa posição clássica, conforme narrado por aquele autor, ignora a possibilidade de concomitância de instabilidades e estabilidades ao longo do processo, até mesmo de forma contemporânea entre si. A exemplo disso, vale citar a estabilidade da demanda que procede do despacho saneador, no processo de conhecimento (art. 329 do CPC) e a instabilidade quanto ao resultado do processo, que convivem entre si até a decisão final de mérito.<sup>505</sup> Essa doutrina preceitua que, uma vez advinda a coisa julgada, essas instabilidades são absorvidas, criando um ponto de inflexão, a partir do qual o passado torna-se estável.

A *res judicata* possui, sob essa luneta, o condão de absorver as estabilidades que se formaram ao longo do processo, como, por exemplo, eventuais preclusões. Nessa perspectiva, ocorre o que Cabral denomina de “acoplamento das estabilidades à linearidade temporal do processo.”<sup>506</sup>

---

<sup>502</sup> A participação assegura que os comportamentos dos sujeitos processuais sejam resultado da influência dos atos dos demais, devidamente considerado por todos numa dialética de mútua implicação e estímulo, um “intercâmbio em difusão de propostas e respostas, ataque, contra-ataque e defesa”. (Ibid. p. 395).

<sup>503</sup> Ibidem, p. 396.

<sup>504</sup> Ibidem.

<sup>505</sup> Ibidem, p.406.

<sup>506</sup> “No formato ortodoxo, a dimensão das estabilidades é *acoplada, superposta linearmente* à dimensão temporal do processo. E um dos fatores problemáticos que reforça essa acepção “linear” dos limites temporais é a *absorção mutuamente excludente* dos espaços de estabilidade coexistentes. É que (...) as preclusões intermediárias são absorvidas pela coisa julgada, gerando um desvio que é não enxergar a *coexistência* de espaços de instabilidade e estabilidade, sejam eles maiores ou menores”. (

Essa narrativa se soma à separação, classicamente desenvolvida, entre as estabilidades dos atos intermediários (preclusão) e da decisão final de mérito (coisa julgada) qual fossem, ambas, fenômenos fundamentalmente diversos entre si. É que essa ideia se coaduna à de absorção das estabilidades intermediárias pela coisa julgada, apequenando-as em termos de estabilidade. Daí a dificuldade da posição vigente em assumir efeitos extraprocessuais da preclusão, admitindo a prática de atos conflitantes entre si desde que não tenham sido praticados em um mesmo processo. A contradição teórica é bem narrada por Cabral ao apontar que “é como se todos os atos processuais intermédios não gerassem consequências preclusivas, ou como se as gerassem apenas por um tempo, somente enquanto não advém o término do processo com a solução do mérito”.<sup>507</sup>

Incomodado com essa visão retrospectiva da estabilidade, Cabral propõe um modelo prospectivo, no qual os efeitos de estabilização também surtem para o futuro. Essa ideia está em compasso com a noção de contraditório-influência: se os atos são consequência de um contraditório que vincula todas as partes no processo, com que razão não seriam capazes de as vincular no futuro?

Para esse fim, o autor pugna pela eliminação da ideia de momento originante da estabilidade, transigindo a uma concepção de encadeamento de vínculos. Com esse espeque, conceitua-se estabilidade processual como “o efeito preclusivo (estabilidade genérica) decorrente de uma *cadeia de vinculação* que importa na continuidade tendencial de uma posição jurídica processual.”<sup>508</sup>

A importância desse conceito se acentua pelo abandono da teoria tradicional de que a estabilidade emerge de atos comissivos ou omissivos realizados pelos sujeitos do processo. Sob o guarda-chuva da cadeia de vinculação, a estabilidade deve ser compreendida como um encadeamento de atos (de ação ou omissão) praticados em contraditório e por isso aptos a vincular as partes. O leitor há de perceber que essa cadeia não se dispõe linearmente no processo, mas a partir da influência do ato para sua formação<sup>509</sup>.

A maior contribuição desse paradigma é a superação do maniqueísmo temporal que caracteriza a estabilidade no modelo clássico. Essa visão de cadeias de vinculação é aberta a atos futuros que com elas tenham relação, podendo ser inadmitidos pela incompatibilidade com os espaços de estabilidades formados anteriormente. Assim, determinada cadeia de vinculação,

---

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões dinâmicas; entre continuidade, mudança e transição para posições jurídicas estáveis*. 3 ed. ver., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 407).

<sup>507</sup> Ibidem, p.408.

<sup>508</sup> Ibidem, p. 411. Texto entre parênteses inserido daqui.

<sup>509</sup> Ibidem, p. 413.

ainda que não absorvida pela coisa julgada, é apta a gerar efeitos futuros, mesmo na hipótese de atos realizados em outros processos. Trata-se, no limite, do dever de coerência do sistema jurídico.<sup>510</sup>

Sobre essa incompatibilidade, Cabral defende que “os atos posteriores não estão excluídos da cadeia de vínculo, e caso nela se incorporem, por exemplo, por pretenderem efeitos incompatíveis com a estabilidade gerada, deverão ser inadmitidos.”<sup>511</sup> A questão, muito embora não envolva diretamente a pretensão desse trabalho, merece mais atenta anotação.

Temos que essa percepção extraprocessual de aplicação do efeito preclusivo (a estabilidade genérica) como certeza de inadmissão do ato posterior com ela incompatível não sintoniza com a ideia de vinculação dos sujeitos que praticam o contraditório-influência, tampouco com a distinção entre imutabilidade e efeito preclusivo, e aproxima, desmesuradamente, a preclusão da coisa julgada. Não que ambas não sejam próximas, o que já se afirmou ser defendido nesse trabalho, é que a coisa julgada prossegue sendo a estabilidade em maior grau, na medida em que apta a cristalizar o conteúdo de determinado ato, por força da imutabilidade. Se se admite que, na lógica de cadeias de vinculação, o ato posterior incompatível necessariamente há de ser inadmitido, desimportando se o espaço de estabilidade a que ele se insere, seja ou não oriundo da coisa julgada, atribui ao efeito preclusivo ares de imutabilidade que a ele, via de regra, não pertence.<sup>512</sup>

---

<sup>510</sup> Tomemos um exemplo sacado por Cabral. A e B são partes de um procedimento cível e A confessa cometimento de um ato ilícito contra C, não influente para o resultado da demanda em análise. Na visão clássica, em decorrência dos limites objetivos da coisa julgada, a preclusão que seguia essa confissão seria absorvida pela sentença final de mérito, não produzindo efeitos para além desse processo. Não parece razoável, contudo, que em uma eventual reparação de danos proposta por C, o juiz desconsidere absolutamente a confissão realizada por A, porquanto ali há estabilidade, *per se*, capaz de gerar efeitos preclusivos *extra* e *interprocessuais*. O que não se concorda, no presente trabalho, é que a confissão tida por A em demanda contra B seja utilizada como argumento inescapável de C contra A. Isso porque se trata de ato que não foi submetido ao contraditório entre essas duas partes (A e C), de forma a impedir que cadeia de vinculação exerça pressão para relação jurídica diversa. O que não se pode olvidar é que gera estabilidade, o que demanda de A um esforço argumentativo mais severo para rompimento do espaço de estabilidade que se projeta a partir de sua confissão.

<sup>511</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões dinâmicas; entre continuidade, mudança e transição para posições jurídicas estáveis*. 3 ed. ver., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 416.

<sup>512</sup> Essa ponderação é admitida por Cabral, ao afirmar que permanência das posições jurídicas estáveis é tendencial e está sujeita a especiais motivos que justifiquem sua ruptura. A esse respeito, *ad litteram*: Mas o exame da conexão da influência que o ato posterior exerce sobre o conjunto de vínculos anteriores que formou o espaço de estabilidade será fundamental, ainda, para aferir se as razões utilizadas pelo sujeito são suficientes para suprimi-lo ou modificá-lo. No caso dos atos posteriores apresentarem razões bastantes para a quebra de estabilidade, haverá incorporação dos atos à cadeia e também alteração ou supressão da estabilidade, já na hipótese da insuficiência dos novos elementos para a mudança da estabilidade, ainda assim os atos serão incorporados à cadeia, mas os efeitos por ele pretendidos serão negados (inadmissibilidade ou invalidade) por incompatíveis com o espaço de estabilidade anterior. (CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões dinâmicas; entre continuidade, mudança e transição para posições jurídicas estáveis*. 3 ed. ver., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p.420).

Se a estabilidade é precisamente esse efeito preclusivo, o que obriga o entendimento de que toda estabilidade é, em certa medida, preclusão, resta investigar a maneira pela qual os efeitos positivos e negativos se manifestam. Vejamo-los detalhadamente.

O efeito negativo “torna inadmissíveis atos contrários ou incompatíveis com a estabilidade; e o efeito vinculativo positivo obriga a incorporação do conteúdo das posições jurídicas estáveis aos atos jurídicos posteriores.”<sup>513</sup> A missão consiste em averiguar as hipóteses de aplicação de cada um desses efeitos.

Ainda em Cabral, o autor explica que nas cadeias que contenham atos regulativos, isto é, aqueles atos determinantes “cujo conteúdo estabelece uma regra de comportamento a ser seguida por seus destinatários”<sup>514</sup>, ambos os efeitos – negativo e positivo – são aplicados. Isso porque, em se tratando de um comando, uma ordem de comportamento, esses atos geram expectativas normativas de serem cumpridos, daí por que deverão ter seus conteúdos inseridos nos atos posteriores. Já quando a cadeia não é composta por atos regulativos, que são aquelas sem conteúdo regulatório, aplica-se exclusivamente o efeito negativo da preclusão (inadmissibilidade de atos incompatíveis). É que, no tráfego jurídico, esses atos não comandam o exercício de nenhum comportamento; a título de exemplificação, cabe apontar as preclusões lógicas advindas de atos omissivos, como a não interposição de um agravo de instrumento. Nesse caso, gera-se uma cadeia de vinculação com efeitos tão somente negativos (inadmissibilidade da interposição de um agravo intempestivo, por exemplo), mas convém observar que não há qualquer incorporação de conteúdo em atos posteriores.

Postas essas premissas, tem-se um modelo de estabilidade “prospectivo, com repercussão interprocessual das preclusões, relevante para o tráfego jurídico”,<sup>515</sup> que é verdadeiro paradigma para os estudos deste trabalho. Ainda restam, contudo, duas questões a serem superadas, antes de adentrar na seara do Direito Processual Constitucional. A primeira, já anunciada anteriormente, é a necessidade de superação da coisa julgada como debate incontornável, e a segunda é um modelo de estabilidade fundado em torno da preclusão.

---

<sup>513</sup> Ibidem.

<sup>514</sup> Ibidem, p. 422.

<sup>515</sup> Ibidem, p. 433.

### 5.1.1 A estabilidade como categoria autônoma incorporada ao sistema jurídico: abandono da coisa julgada como debate incontornável

Conforme exposto, o debate acerca das estabilidades processuais limitou-se, por muito tempo, à aferição de existência ou não de coisa julgada, material ou formal, naquilo que Cabral definiu como “concepção clássica”.<sup>516</sup> Consoante adiantado, a concepção de estabilidade deve se dar de maneira dinâmica em relação aos atos processuais,<sup>517</sup> bem como aos demais atos de Estados, todos submetidos a um regime de maior ou menor estabilidade.

É fundamental compreender as estabilidades como fenômenos devidos à segurança jurídica. Indiscriminar o poder estatal da coisa julgada é tarefa essencial para que a “imutabilidade” deixe de ser compreendida como fundamento dos atos estatais. No exercício jurisdicional, a coisa julgada tornou-se bandeira, como a segurança jurídica por excelência, olvidando-se que, mesmo nessa seara, a coisa julgada é excepcional.

O professor Antonio do Passo Cabral tece interessante estudo sobre os diversos tratamentos da coisa julgada em diferentes ordenamentos jurídicos, asseverando a existência de países que nem sequer possuem um modelo de coisa julgada. O que importa é entender que a segurança jurídica é qualidade inerente ao sistema do Direito, não a *res judicata*, tal qual importada da teoria clássica.

Como sistema social, o Direito é operado por meio de código próprio, dicotômico, de natureza deontológica, do lícito-ilícito.<sup>518</sup> Ainda no paradigma, luhmaniano, a norma jurídica é peça elementar desse sistema, e nada mais é do que a estabilização das expectativas normativas da sociedade de maneira contrafactual. Nesse sentido, o Direito é um sistema de congruências e a segurança jurídica é esse dever de autonomia sistêmica. À luz disso, na condição de

<sup>516</sup> Na concepção clássica, existe uma velada (não verbalizada) aceitação de que as estabilidades são asseguradas por uma série de institutos processuais definidos num grupo de sintagmas bem conhecido de todos os juristas: coisa julgada material, coisa julgada formal, preclusão, efeito preclusivo da coisa julgada etc. Porém, ao invés de enxergar todos eles como espécies de um mesmo gênero, a dogmática processual cujo entendimento ainda prevalece – ao menos na tradição romano-germânica – sempre buscou apartá-los. Diferencia-se, p. ex., coisa julgada e preclusão; diferencia-se ainda o efeito preclusivo da coisa julgada em relação à própria *res iudicata*. Na minha visão, o fenômeno das estabilidades processuais deve ser visto em conjunto. Isso nos leva à segunda ideia-chave para compreender o problema, que é admitir que o conceito de ‘estabilidade processual’ deve ser incorporado à processualística, para que bem se possa teorizar sobre as diversas formas e os vários institutos pelos quais o sistema normativo atribui estabilidade aos atos do processo, impedindo rediscussão. ‘Estabilidade processual’ é um gênero que compreende várias espécies. CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. In: DIDIER JR, F.; CABRAL, A. P. (Coord.). Coisa julgada e outras estabilidades processuais. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 26

<sup>517</sup> No momento, analisa-se os atos processuais. Em momento posterior, o leitor será convidado a uma abordagem das estabilidades dos demais atos do Estado. A relevância dessa análise consiste em superar o entendimento até então propagado de que as estabilidades são restritas aos atos jurisdicionais, evidentemente sempre debatido sob o espeque da coisa julgada.

<sup>518</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Vol I, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983.

manifestação da segurança jurídica, a estabilidade é fenômeno observado nas diversas fontes em que o Direito se revela, não importando, como causa de existência, a formação da coisa julgada. Se existe no Brasil, certamente advém da tradição romano-germânica trazida ao novo mundo por influência da metrópole lusa. É uma opção política de conferir ares de imutabilidade a determinados atos cometidos pelo Estado.

A outro giro, a doutrina *standard* revela que a coisa julgada passou a ser tratada como debate incontornável da estabilidade. Verdade seja dita, a estabilidade (processual, na hipótese) é confundida, no mais das vezes, com a coisa julgada. Prova disso é que doutrinadores se digladiaram por tempos em torno da existência ou não da *res judicata* nos atos administrativos do Estado, ou se a estabilidade de que trata o artigo 304 do CPC é hipótese continente à ideia de caso julgado.

Importante lembrar que, conquanto a coisa julgada seja objeto de escolha política, em conferir maior ou menor grau de certeza a seus atos, a estabilidade é fenômeno diverso, incorporado à processualística, e inerente à necessidade de segurança jurídica dos atos do Estado. Trata-se de conceito genérico organizado em torno da preclusão, instrumento mais amplo presente em todos os demais institutos. A urgência da superação da coisa julgada, como forma exclusiva de estabilidade, demanda uma análise conjunto do fenômeno estabilizador, não restrita ao âmbito do processo, mas dos demais atos do Estado.<sup>519</sup>

Logo, a coisa julgada é uma forma específica de preclusão, tipo de estabilidade organizada da seguinte forma, por Cabral: a) Estabilidades setoriais: princípios gerais do sistema preclusivo, podendo ser limitada ou ampliada pelo legislador em cada caso específico (coisa julgada e preclusão intraprocessual); e b) Estabilidade geral: disciplina geral, aplicada nos espaços não abrangidos pela legislação positiva.

O entendimento da preclusão como a estabilidade genérica, cujas estabilidades setoriais (como a coisa julgada, por exemplo) fazem parte, conduz à afirmação de que “incidirão mecanismos gerais de estabilização mesmo fora do âmbito de aplicação das regras a respeito das espécies de estabilidade. Vale dizer, a disciplina geral será aplicável nos espaços não

---

<sup>519</sup>Sobre a natureza preclusiva da estabilidade, Cabral: Porém, o tratamento conjunto das estabilidades aqui pregado não pode fazer-nos retornar à coisa julgada. Sem embargo, o gênero, o mecanismo genérico, o formato mais geral da estabilidade não é a coisa julgada, mas a preclusão. É verdade que o conceito tradicional de preclusão era muito limitado. Chiovenda, ao falar em ‘perda’ de uma ‘faculdade’, parecia limitar a preclusão às situações jurídicas exercitáveis pelas partes, e acabou por levar a literatura a rejeitar a existência de preclusões ao juiz. A doutrina e a jurisprudência, há muitos anos, vêm corrigindo o conceito, falando em extinção de situações jurídicas, até porque existem evidentemente preclusões para o juiz. CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. In: DIDIER JR, F.; CABRAL, A. P. (Coord.). Coisa julgada e outras estabilidades processuais. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 51.

regrados expressamente pela lei positivada”.<sup>520</sup> Deste modo, a estabilidade é fenômeno intrínseco à ordem jurídica, independentemente da previsão em lei positivada. Isso porque se trata de conceito lógico do sistema do Direito, inerente ao seu funcionamento, e impassível de localização histórica. Se é verdade que existiram sistemas jurídicos mais ou menos estáveis, é falso que não se pode ter Direito em absoluta instabilidade, pelo menos com a formação do Estado moderno e do Estado de Direito.

Há ordenamentos jurídicos sem coisa julgada, mas não sem estabilidades processuais.

Ora, como conceito lógico-jurídico,<sup>521</sup> a estabilidade dispensa a *lege ferenda*. A estabilidade processual, frise-se, é concebida em torno do efeito preclusivo, ponto de recalitrância da abordagem tradicional. O que não se pode esquecer é que a preclusão é efeito de preservação das posições jurídicas anteriores, e, por essa razão, a estabilidade genérica. Essa conclusão implica diferenciar a coisa julgada da preclusão apenas no que tange o grau de estabilidade conferida, sendo a *res judicata*, em um extremo, comando de imutabilidade, isto é, grau mais denso de proteção das posições jurídicas anteriores, e por isso preclusiva.

Tudo isso posto, uma conclusão é imperiosa: deve-se abandonar a coisa julgada como debate incontornável, e migrar a um debate conjunto das estabilidades, em torno de um sistema preclusivo de preservação da segurança jurídica como conceito lógico-jurídico inerente ao sistema do Direito.

No que indica a obediência, dos demais juízes e da Administração Pública, à decisão exarada no processo abstrato, é mister apontar que não deve ser confundida com os efeitos da coisa julgada, mas do efeito vinculante e eficácia *erga omnes* atribuídos pela Constituição e lei específica. Esses últimos inserem-se nos limites subjetivos da decisão, consignando pela obediência, seja de aplicar ou de abster-se de aplicar, norma extirpada do ordenamento jurídico pelo STF.

---

<sup>520</sup> CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. In: DIDIER JR, F.; CABRAL, A. P. (Coord.). Coisa julgada e outras estabilidades processuais. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 51.

<sup>521</sup> Em afino com essa perspectiva, vale a leitura do ensinamento de Fredie Didier sobre conceito lógico-jurídico e conceito jurídico-positivo: O conceito lógico-jurídico serve de base para o conceito jurídico-positivo (...). Não há qualquer diferença na compreensão dos conceitos jurídicos-positivos processuais. Os conceitos de petição inicial e de recurso (jurídico-positivos) pressupõem a compreensão do que seja um ato jurídico postulatório (conceito lógico-jurídico). A distinção entre contestação e reconvenção, noções jurídico-positivas, não dispensa o conhecimento dos conceitos lógico-jurídicos de defesa e de demanda. A tipologia dos pronunciamentos judiciais é repleta de conceitos jurídico-positivos: decisão interlocutória, despacho, sentença, decisão monocrática, acórdão; não há como compreendê-la ignorando os conceitos lógico-jurídicos de decisão, ato jurídico e norma jurídica.

## 5.2 Efeito e eficácia da sentença constitucional

Postas as premissas desse trabalho, cumpre examinar de que maneira a adoção deste novo paradigma de estabilidade processual gera consequências doutrinárias e pragmáticas quanto aos efeitos e eficácia da sentença constitucional exarada no processo constitucional.

A adoção do paradigma dinâmico de estabilidades é pedra de toque para uma interpretação dialógica dos efeitos da sentença constitucional. Centrada na ideia de contraditório-influência e autovinculação, esse paradigma é capaz de fornecer novas formas de interpretar os efeitos da sentença constitucional, antes daqui limitada pela pecha de coisa julgada.

Dos pontos mais fundamentais, intenta-se analisar três questionamentos, frequentemente debatidos, todos em relação aos limites objetivos e subjetivos das fórmulas de preclusão. São eles: (i) a vinculação do Legislador ao conteúdo da sentença constitucional; e (ii) como o próprio STF encontra-se vinculado à sua própria decisão. Vejamos cada uma separadamente.

### 5.2.1 A vinculação do legislador

A literalidade da lei dispõe acerca da vinculação dos demais juízes e da Administração Pública aos efeitos da decisão exarada no bojo do controle abstrato de constitucionalidade.<sup>522</sup> Também na hipótese de decisão em sede de Repercussão Geral com tema reconhecido, a força do precedente constitucional impõe efeitos multiplicadores de vinculação em cadeia. Com a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, seja pela procedência de uma ADI, ou improcedência de uma ADC, a sentença constitucional possui eficácia oponível contra todos, razão pela qual a norma impugnada é expulsa do ordenamento jurídico.<sup>523</sup> Gilmar Mendes pontua que, assim como na tradição alemã, a eficácia *erga omnes* limita-se à parte dispositiva da decisão e não tem aptidão de vincular o legislador, o qual poderia promulgar lei

---

<sup>522</sup> Parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9868 de 1999.

<sup>523</sup> Evidentemente que restam salvaguardadas as hipóteses em que a Corte não pronuncia a nulidade ou quando seus efeitos são para o futuro.

no mesmo sentido daquela declarada inconstitucional.<sup>524</sup> Essa concepção é corroborada no próprio STF.<sup>525</sup>

É de ver que, para além dos efeitos da sentença constitucional, o debate é muito centrado na legitimidade da Corte Constitucional em fazer valer sua decisão de tal forma que impossibilite o legislador, direta e democraticamente eleito para tanto, de promulgar lei com sentido idêntico àquela materialmente declarada inconstitucional pelo STF. O debate é muito centrado na figura do legislador dada a particularidade das interações entre Cortes e Parlamentos, mas a rigor não haveria óbice para que semelhante questionamento fosse estendido às demais instituições que participam do debate constitucional.

Valendo-se da estrutura organizada por Georges Abboud<sup>526</sup> quanto às posições doutrinárias a respeito do tema, é possível revisar a literatura da seguinte forma: (i) os que admitem a vinculação ao legislador; (ii) os ecléticos que admitem dentro de determinados limites; e (iii) o que não admitem de forma alguma.

Na primeira corrente, cabe destacar Canotilho para quem o legislador não poderia contrariar comando expresso do Tribunal Constitucional promulgando lei com conteúdo declarado inconstitucional.<sup>527</sup>

Em sentido intermediário, Paulo Otero defende a vinculação do legislador, desde que permaneça estático o desenho constitucional que justificou a expulsão da norma do ordenamento. O autor alerta, contudo, para o perigo de a Corte Constitucional assumir uma posição supraconstitucional, limitando a atuação do Legislador.<sup>528</sup> A posição está em sintonia com um conceito vivo de Constituição, na perspectiva de que o sentido das normas constitucionais está localizado fática e temporalmente. Dessa forma, a promulgação de lei com sentido anteriormente inconstitucional encontraria fortaleza no fato de que o conteúdo declarado inconstitucional pode não mais o ser.

Argumentando pela não vinculação, em qualquer cenário, Rui Medeiros pontua que a extensão da vinculação ao Legislativo estaria em descompasso com a permissão de evolução e

---

<sup>524</sup> MENDES, Gilmar, Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2018. O tema igualmente foi decidido pelo STF, no bojo do julgamento da ADI nº 2.860, em que se decidiu que o Legislativo pode reeditar lei de conteúdo anteriormente declarado inconstitucional pela Corte. (BRASIL, Suprema Tribunal Federal. ADI nº 2.860, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 15.09.2005).

<sup>525</sup> STF - ADI nº 907, rel. Ministro Ilmar Galvão. RTJ 150 (2) 726.

<sup>526</sup> ABBOUD, Georges. *Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional*. Dissertação de mestrado em Direito apresentado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2009.

<sup>527</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 edição. Coimbra: Almedina, 1993.

<sup>528</sup> Otero, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

adaptação da Constituição ao futuro.<sup>529</sup> Isto é, o conteúdo da lei declarada inconstitucional pela Corte Constitucional pode ser considerado constitucional, por força da mutação do sentido do texto esculpido na Carta Maior. Para esse autor, se houvesse mencionada vinculação, estar-se-ia travestindo de Corte Constitucional um órgão que, ao cabo, exerceria um poder assemelhado ao poder constituinte reformador, impondo-se sobre os demais poderes da República e engessando o Legislativo.

Para os doutrinadores que acreditam não haver qualquer tipo de vinculação, há socorro no fato de que poderia a Corte Constitucional, uma vez provocado para tanto, reapreciar a matéria, até mesmo para fins de alteração da posição anteriormente defendida quanto à inconstitucionalidade da norma. A essa corrente, filia-se Georges Abboud, para quem a vinculação “colocaria o legislador numa nítida posição de subalternidade em relação ao Judiciário”.<sup>530</sup> Apoiado em Rui Medeiros, Georges Abboud aponta que a não vinculação *de jure* do Legislador, não implica absoluta ignorância do órgão legislativo em relação às decisões da Corte Constitucional, cabendo, em hipótese de injustificada recalcitrância na promulgação de lei com conteúdo declarado inconstitucional pelo STF, ação de responsabilidade civil por ato legislativo.

Pelo menos da forma em que colocada, os questionamentos acerca da vinculação ao Legislador podem ser estendidos às demais instituições. A adoção da fórmula de estabilidade proposta permite a vinculação do legislador à decisão em controle abstrato de constitucionalidade – porém não da forma como comumente abordada. O real significado da afirmação de que o Legislador se encontra vinculado às decisões da Corte consiste em dizer que o Parlamento, assim como demais instituições e a sociedade civil, está vinculado à cadeia de estabilidade formada no curso do processo. Observe-se que esse posicionamento corrobora o diálogo constitucional que deve existir com o legislativo, seja para defesa da norma impugnada, seja para concordância com a incompatibilidade da lei com a Constituição. Contudo, a não participação do Legislador no processo constitucional não pode gerar efeitos nesse sentido até mesmo porque não há exigência constitucional dessa participação.

Certo, porém, que, em um modelo dinâmico e interativo, com ampla participação desses agentes políticos, não haveria empecilho apto a impedir a extensão dos efeitos preclusivos às instituições participantes. Conforme defendido, o modelo genérico de estabilidade ocupa os

---

<sup>529</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Ed. 1999.

<sup>530</sup> ABOUD, Georges. *Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional*. Dissertação de mestrado em Direito apresentado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2009, p. 104.

espaços não preenchidos por lei, e é extraído do próprio dever de coesão que determina o sistema jurídico. Dessa sorte, por força do efeito negativo dessa fórmula preclusiva, tornam-se inadmissíveis os atos contrários ou incompatíveis com a estabilidade firmada, qual se operasse uma preclusão lógica, nos moldes do brocardo *venire contra factum proprium non potest*.

Não significa dizer que as instituições, e o legislador aí incluído, estão de tal forma comungados com a sentença constitucional, que não poderiam alterar entendimento em relação à matéria decidida. Em verdade, a posição aqui defendida reflete no debate político travado e na zona de tensão institucional a respeito da qual já se analisou na primeira parte deste trabalho. É que, na condição de sujeito ativamente participante do debate institucional acerca do sentido da Constituição, o Legislador insere-se na cadeia de vínculo. Conforme exposto por Antonio do Passo Cabral, a estabilidade processual diz respeito ao “efeito preclusivo decorrente de uma cadeia de vinculação que importa na continuidade tendencial de uma posição jurídica processual”.<sup>531</sup> Implica em dizer que essa continuidade se situa no campo tendencial e pode ser rompida e superada.

Essa vinculação, contudo, é traduzida no ônus argumentativo que recai nesses participantes em demonstrar o rompimento da cadeia de vinculação, superando-se a posição jurídica estabilizada. Essa posição gera efeitos práticos fundamentais. É que, pertencente à cadeia de vínculo, a qual gera efeitos prospectivos, a superação da posição estável ocorre com amplificada atividade argumentativa. Nas palavras de Cabral<sup>532</sup>:

Assim, outros atos jurídicos que vierem a ser praticados podem exercer influência na esfera dos espaços de estabilidade existentes, e então se incorporarão àquela cadeia de vínculos anterior. Se isso ocorrer, existem duas possibilidades, ou os novos elementos são suficientes para que o espaço de estabilidade a elas correspondentes seja suprimido ou modificado; ou os novos elementos não justificam a quebra da estabilidade e então os efeitos pretendidos pelos atos posteriores devem ser inadmitidos porque incompatíveis com o espaço de estabilidade anterior.

Sem dúvida que isso conduziria o debate, na arena política, para o questionamento de superação da posição estável: fato que provocaria evidentes ganhos em termos de segurança jurídica e diálogo constitucional. Significa que, uma vez declarada a inconstitucionalidade de uma lei, em um processo objetivo amplamente dialogado, o Legislador apenas poderia promulgar lei com idêntico conteúdo, se efetivamente demonstrasse haver motivos suficientes para superação da posição estável existente, mais do que retaliar o STF, vez que também cooperou para o sentido constitucional que expulsou a norma do ordenamento. Isto é, o

---

<sup>531</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Coisa Julgada e Preclusões dinâmicas; entre continuidade, mudança e transição para posições jurídicas estáveis. 3 ed. ver., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm. 2019, p. 411.

<sup>532</sup> Ibidem, p. 414.

Legislador está compelido a responder ao questionamento sobre se há mutação constitucional capaz de permitir o ingresso dessa norma no ordenamento jurídico. Positiva a resposta, estaria superada a cadeia de vínculos estáveis anteriormente formada.

Importante salientar, contudo, que esse é um argumento de como as instituições deveriam se comportar, o que não significa dizer que elas irão. A faceta descritiva dos diálogos constitucionais impõe a compreensão de que, por vezes, instituições atuam politicamente na disputa pela interpretação da norma constitucional, movidos por interesses que nem sempre são apreensíveis pelo conhecimento jurídico. É dizer que o Legislador pode editar norma de conteúdo previamente declarado inconstitucional pela Corte, sem verdadeiramente engajar no ônus argumentativo que justificaria a adoção dessa postura. Nesse cenário, a Corte, se provocada, investigando seus próprios limites institucionais, pode decidir por não sancionar a conduta tomada pelo Legislador, simplesmente recuando frente a decisão deste último.

É verdade que Cortes e Parlamentos debatem a constitucionalidade de uma norma de maneiras por vezes diversas. Na condição de Corte, os juízes em geral são restritos pelo espectro argumentativo jurídico. E, ainda que mobilizem argumentos de outra natureza, em geral eles buscam traduzi-los à linguagem jurídica, como ocorre com argumentos de ordem teleológica ou consequencialistas.

Ocorre que, quando o fórum de decisão se localizar na Corte, esta provavelmente mobilizará argumentos de ordem jurídica para fins de fiscalização da norma atacada, ainda que outros tenham sido os argumentos lançados pelo legislador. Nesse sentido, a Corte pode sancionar a inconstitucionalidade, uma vez verificado que, no âmbito do processo legislativo, o Legislador não se ocupou de superar argumentativamente a posição jurídica estável.

O ônus argumentativo nele depositado é semelhante àquele que deveria responder a própria Corte se provocada a reapreciar questão constitucional anteriormente decida. Semelhante questionamento deverá ser realizado pelo próprio STF, na hipótese de reapreciação de suas próprias decisões.

### 5.2.2 Reapreciação da questão pelo próprio STF

Tema que gera grandes debates, é saber em que medida o STF está vinculado à sua própria decisão ou se pode a Corte alterar, ao seu sabor, pronunciamento em sentença constitucional. Importante ressaltar que o debate também importa para as hipóteses de procedência da ADI (ou improcedência de ADC), quando o STF reapreciar, por exemplo, lei de idêntico teor.

Canotilho<sup>533</sup> entende que a Corte Constitucional está restrita à sua própria declaração, não lhe sendo facultado alterar o entendimento esposado. Em sentido diverso, adepto da corrente de que há coisa julgada no processo abstrato, Zavascki admite que essa estabilidade processual está sujeita à alteração do parâmetro fático adotado para a aferição de constitucionalidade. Sem afirmar que há formação de coisa julgada, Gilmar Mendes, apoiando-se em Brox, adota semelhante entendimento. Esclarece Hans Brox que uma vez declarada a constitucionalidade de determinada norma, admite-se uma nova aferição se restar comprovado que “se cuida de nova questão”, isto é, “uma mudança substancial das relações fáticas ou da concepção jurídica geral pode levar a essa alteração”.<sup>534</sup>

Em que pese a doutrina que insiste em compatibilizar essa realidade com a coisa julgada, o argumento seria no sentido de que alteradas essas condições fáticas – a justificar a renovação da ação –, ter-se-ia distinta causa de pedir, afastando a incidência da coisa julgada. Esse argumento, contudo, impõe fundadas dúvidas no caso do controle de constitucionalidade brasileiro, em principal em vista da causa de pedir aberta e da ausência de tríplice identidade entre parte/pedido/causa de pedir no processo objetivo.

Impende realçar o fato de que essa posição torna controversa a possibilidade de formação da coisa julgada, e sujeita a nova apreciação de compatibilidade de uma norma já julgada constitucional pela Corte. Valendo-se da posição de Liebman – quanto à existência de uma cláusula *rebus sic stantibus* – Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco defendem que a alteração das circunstâncias fáticas não é apta a promover inconstitucionalidade superveniente da norma, sendo legítimo que se suscite nova questão perante o STF.

Georges Abboud, compilando diferentes posições a respeito do tema, aponta que a doutrina reconhece a vinculação dos tribunais constitucionais às próprias decisões, desde que corresponda ao ônus argumentativo para que isso seja possível.<sup>535</sup> As posições sustentam-se na aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, à replicação da teoria de Liebman acerca da coisa julgada. A aplicação dessa tese gera inconsistência, uma vez que, para essa corrente, há formação de coisa julgada, mas não se medem esforços para relativizar seus efeitos. Diz-se haver coisa julgada, mas que esta é incapaz de gerar indiscutibilidade do conteúdo da sentença, e por isso passível de ser relativizada.

<sup>533</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 edição. Coimbra: Almedina, 1993.

<sup>534</sup> BROX, Hans. ur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht, in Festschrift für Willi Geiger, cit., p. 809. *Apud* MENDES, Gilmar, Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 1485.

<sup>535</sup> ABOUD, Georges. *Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional*. Dissertação de mestrado em Direito apresentado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2009

Comunga-se com Antonio do Passo Cabral, para quem a o argumento centrado na cláusula *rebus sic stantibus* não gera ganhos de nenhuma espécie para a sistemática atual de coisa julgada e efeito preclusivo, sendo elemento incapaz de modernizar a concepção de estabilidade adotada no modelo clássico.

Georges Abboud organiza o debate a partir da natureza da sentença exarada no controle abstrato. Na hipótese de uma sentença clássica, em que a inconstitucionalidade é declarada e a nulidade é pronunciada, há vinculação do STF, vez que a norma foi expulsa do ordenamento jurídico: o impedimento de reapreciação da matéria tem óbice na perda de objeto da ação, vez que não há falar em juízo de fiscalização de norma inexistente, mesmo que para fins de alteração do julgado. Na hipótese das sentenças interpretativas, de interpretação conforme à Constituição ou declaração parcial de nulidade sem redução do texto, o autor defende a possibilidade de o STF rever suas próprias decisões quando provocado, vez que poderia de ofício alterar a causa de pedir, não incidindo, portanto, a coisa julgada. Por fim, na hipótese de o STF decidir pela constitucionalidade, o autor defende a inexistência de trânsito em julgado, podendo a Corte rever a decisão.<sup>536</sup>

Como é de ver, o debate gera posicionamento de toda natureza. Nesse trabalho, a adoção do paradigma de superação da coisa julgada, e enfoque dinâmico ao efeito preclusivo, impõe minuciosa organização no cenário de reapreciação de uma decisão pelo STF. Como se ponderou, essa Corte também está sujeita à irradiação do efeito preclusivo da sentença e inserida na cadeia de vínculo de posições estáveis formadas ao longo do processo. Nessas condições, a revisão do *decisum* importa o preenchimento de uma premissa incontornável, qual seja, a presença de um novo elemento. A “ultrapassagem argumentativa”<sup>537</sup> importa na introdução desse novo elemento no esquema argumentativo estável, na forma de um debate acerca da aptidão de esse novo elemento causar a mudança pleiteada.

Esses elementos novos, capazes de gerar mudança no esquema argumentativo impõe uma realidade mais flexível para o STF rever suas próprias decisões, preservando o compasso que dever haver entre essa Corte e a sociedade, mas limitando as hipóteses de reapreciação ao sabor do julgador.

Nessa senda, os elementos capazes de rever uma cadeia de estabilidades podem assim ser organizados:<sup>538</sup>

---

<sup>536</sup> Idem.

<sup>537</sup> Nomenclatura de Antonio do Passo Cabral.

<sup>538</sup> Proposta contida na multicitada obra de Antonio do Passo Cabral, e, por meio desse trabalho, estendida ao processo constitucional.

- (i) *noviter producta*, isto é, aqueles elementos que foram produzidos posteriormente, após a sentença, e, por essa razão, procedem à formação da estabilidade;
- (ii) *noviter reperta*, isto é, a revelação de elementos que existiam à época do processo, mas que eram ignorados;
- (iii) *noviter cognita*, isto é, que não foram valorados, mas que, uma vez inseridos no esquema argumentativo, são capazes de modificá-lo.

Nada obstante, não é todo elemento novo que possui aptidão para provocar reapreciação da decisão; são apenas aqueles capazes de fornecer nova perspectiva para superação do esquema argumentativo estável. Essa sistematização não gera qualquer incompatibilidade no processo abstrato. A despeito da causa de pedir aberta, seria verdadeiro contrassenso compreender que o STF, no bojo do controle abstrato, antecipa-se a todas as possibilidades presentes e futuras quanto à constitucionalidade da norma fiscalizada. Evidentemente que pode não apenas alterar-se o sentido dado ao texto da lei – alterando-se a norma, por conseguinte –, como também podem ser modificados os sentidos atribuídos à norma constitucional.

Importante dizer que essa proposição independe de saber a natureza da sentença, e supera a posição doutrinária de, para o mesmo tipo de processo, por vezes reconhecer e desconhecer a formação da coisa julgada. O que se deve atentar é à formação da cadeia de estabilidade e o esquema argumentativo que se busca romper ou manter.

Tal afirmação pode gerar questionamento a esse respeito da declaração de inconstitucionalidade seguida da pronúncia de nulidade. Fato objetivo que a lei ou ato normativo são expulsos do ordenamento jurídico, e impedem a reapreciação da decisão por ausência de objeto. Todavia, isso não pode significar que há necessária vinculação da Corte, porque no modelo preclusivo proposto, as cadeias de vínculos extrapolam o processo e geram repercussões inter processuais. Enfrentando lei de sentido idêntico, por exemplo, o STF persistiria vinculado ao esquema argumentativo, sobre ele recaindo o dever de identificar elemento novo apto a alterar a cadeia estável.

### 5.3 Conclusões parciais

O presente capítulo buscou trazer para o processo constitucional as constantes modernizações operadas no processo civil comum. Longe de aplicar os institutos típicos das lides comuns, o objetivo principal consistiu em uma proposta processual de leitura da Constituição, que fosse capaz de trazer dinamicidade às fórmulas de preclusão adotadas pela

doutrina clássica, mas que conciliam o objetivo de manutenção da supremacia e higidez constitucionais.

A superação da coisa julgada como debate incontornável e a adoção desse novo paradigma de preclusões sistematiza o processo objetivo. Essa perspectiva evita contradições frequentemente perpetradas na infundável tentativa de se conciliar institutos de processo civil interpartes ao processo constitucional objetivo. A rigor, esse último não diz com direitos subjetivos ou perseguição de bens da vida, tampouco a sentença constitucional substitui a vontade das partes por aquela do Estado-juiz.

Ademais, como se buscou demonstrar, essa nova fórmula de preclusão está diretamente ligada à legitimidade da Corte Constitucional em fiscalizar as normas face à Constituição. O desenho centrado na cadeia de vínculos e no contraditório-influência abre importante caminho para a promoção de um debate constitucional amplo, em que é compartilhado com demais instituições a missão de dar sentido às normas constitucionais, em uma proposta de diálogos constitucionais na arena política.

Nesse mesmo sentido, cumpre salientar que não são apenas os atos jurisdicionais do Estado aqueles capazes de ser submetidos a regime de estabilidade, vez que não se verifica nada que o torne especial a ponto de tornar-se mais estável do que os demais atos do Estado.

Mais ainda, tudo isso conjugado é capaz de trazer diferentes respostas aos questionamentos comumente trazidos referentes aos alcances e limites dos efeitos da sentença constitucional.

Quanto à vinculação do legislador, semelhante solução foi adotada, na medida em que, uma vez integrante desse debate constitucional, apenas à luz de argumentos capazes de demonstrar efetiva mutação constitucional, poderia o legislador romper a cadeia de estabilidades formadas, amplificando os efeitos da preclusão. Nesse sentido, tampouco poderia o próprio STF reapreciar suas decisões, sem que enfrentasse o ônus argumentativo de demonstrar a existência de novo elemento apto a ensejar modificação do esquema argumentativo tornado estável.

Como se nota, a fórmula de preclusão adotada conduz a um processo constitucional centrado na formação de cadeias de argumentação, a partir de uma concepção de diálogo institucional em que vários sujeitos atuam de maneira coordenada em um esquema de contraditório e, por essa razão, em uma missão cooperativa de dar sentido às normas constitucionais. Mais do que tema tão somente delineado para fins processuais, a migração para esse modelo gera concretos efeitos na prática judicante, bem como adiciona importantes questionamentos quanto à atuação da Corte Constitucional. Demais disso, é capaz de gerar

necessárias reflexões quanto à legitimidade dessa Corte, além do lugar comum quanto ao ativismo judicial ou “a última palavra”.

Para além disso, traz soluções mais ajustadas à prática jurídica constitucional brasileira, superando a concepção estática de processo vigente, em que a Suprema Corte pode reavaliar seus posicionamentos ao sabor de sua composição. Isso sem, contudo, esvaziar o dever intrínseco de um tribunal desse jaez de conferir vitalidade e adaptabilidade à Carta Constitucional.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho ocupou-se da missão de analisar temas atinentes ao processo constitucional a partir de um referencial teórico particular dos diálogos constitucionais. Nesse sentido, localiza-se na zona de intersecção entre Direito material e processo constitucional, a fim de fazer dialogar teoria constitucional com processo, bem como para fins de contribuição para compreensão do processo constitucional brasileiro.

Do ponto de vista de organização do trabalho, a primeira parte foi centrada na sedimentação do referencial teórico dos diálogos constitucionais, desde a crise democrática da jurisdição constitucional – e as críticas daí advindas –, até a formulação de um paradigma calçado na superação da ideia de última palavra. Em atenção à clareza com que se deve conduzir análises dessa natureza, explicitou-se de qual Corte Constitucional se cogita, a fim de eliminar qualquer obscuridade a respeito da posição do autor a respeito do tema.

Na segunda parte, dedicou-se à análise concreta da aplicação do referencial teórico ao processo constitucional, com enfoque no caso brasileiro. Desse modo, analisou-se de que maneira o conceito de jurisdição constitucional deve ser delimitado, a partir da ideia de tutela de interesses normativos por um terceiro imparcial –, bem como reconhece a jurisdição como pedra de toque para compreensão de uma teoria geral do processo que incluísse o processo constitucional. Aderindo à crítica da tese do legislador negativo, o conceito de jurisdição constitucional é redesenhado para fins de expansão das formas de prestação da função constitucional, especialmente aqueles que impliquem em uma sentença constitucional não limitada à imperatividade ou coercitividade.

Na sequência, foram abordadas as técnicas decisórias que representem zona de diálogos constitucionais da Corte, demais instituições e sociedade civil. De antemão, questionou-se acerca da possibilidade de constituição de uma tipologia de decisões, com proposta de organização das sentenças constitucionais. Ato contínuo, analisou-se especialmente o caso brasileiro, com enfoque nas decisões exaradas pelo STF. Igualmente intentou-se contribuir para o debate acerca da não decisão como forma de resolução da questão constitucional, tensionando os conceitos de justiciabilidade, não decisão, extinção do processo sem resolução de mérito e *non liquet*. Resultado dessa precisão conceitual, examinou-se de que maneira a não decisão pode culminar em uma zona dialógica, mas também de que maneira ela é pragmaticamente mobilizada pelas Cortes Constitucionais.

Por fim, ao referencial teórico dos diálogos constitucionais adicionou-se o referencial do paradigma dinâmico das estabilidades processuais, para fins de investigar os efeitos e eficácia da sentença constitucional. Dessa forma, averiguou-se em que extensão questionamentos clássicos quanto aos limites da vinculação do Legislador à Corte, e a reapreciação da questão pelo próprio Tribunal, podem provocar novas reflexões, redimensionando o debate.

Em afino com o que foi denunciado desde a introdução desta monografia, o paradigma dos diálogos constitucionais foi simultaneamente enfrentado nas suas facetas descritiva e normativa. A primeira revela a existência da inescapável zona de tensão existente entre as instituições para fins de definição do sentido normativo da Constituição. Já a segunda desponta como a adoção das teorias dialógicas pode se prestar a otimizar a prestação da função jurisdicional constitucional, na medida em que “o ponto cego, o outro pode ver”.<sup>539</sup>

---

<sup>539</sup> Expressão originalmente empregada por Marcelo Neves: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WWF Martins Fontes. 2009.

## BIBLIOGRAFIA

- ABBOUD, Georges. *O processo constitucional brasileiro*. 2 ed. – São Paulo: Mastersaf, 2018.
- ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ABBOUD, Georges. *Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional*. Dissertação de mestrado em Direito apresentado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2009.
- ACKERMAN, Bruce. *We the people, volume 1: Foundations*. Harvard University Press, 1993.
- ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional Da África Do Sul. Minister of Health v Treatment Action Campaign (No 2). Julgado em 05/07/2005.
- ALEXANDER, Larry ; SCHAUER, Frederick. On extrajudicial constitutional interpretation. HeinOnline – 110 *Harvard Law Review*. 1359. 1997.
- ALEXY, Robert. Balancing Constitutional Review and Representation. *International Journal of Constitutional Law*. vol. 3, no 4. 2015.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. p. 91-93. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os princípios do direito processual na Constituição de 1988. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo. (Orgs.). Livro de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992. p. 274.
- ANDRADE, Juliana Melazzi. Justiciabilidade e não decisão: quando o Poder Judiciário não deve decidir. 214 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.
- ARGENTINA, Corte Constitucional. Caso Verbitsky. Sentença 3 de maio de 2005.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, n.38, jan.-jun., 2011.
- ARIZA, Libardo José. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas presas y la intervención de la Corte Constitucional en el sistema penitenciario colombiábiano. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. *Constitucionalismo del Sur Global*. Bogotá: Siglo del Hombre editores. 2015, pp. 169-201.
- AUTIN, Jean-Louis. *Réflexions sur le système français de dualité juridictionnelle*. Les Cahiers de Droit, vol. 42, n° 3, setembro de 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O controle concentrado e abstrato de constitucionalidade e o princípio da não surpresa e do contraditório substancial e o da motivação específica. In: *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 21, n. 3, t. 1, p. 121-136, set.-dez., 2019.

BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*, 71. Nova York: *Brooklyn Law Review*. 2006.

BENDOR, Ariel L. Are there any limits to justiciability: the jurisprudential and constitutional controversy in light of the israeli and american experience. *Indiana International & Comparative Law Review*. vol. 7, n. 2, 1997, pp. 311-377.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Segunda edição. Nova Iorque: Yale University Press. 1962.

BLACHÈR, Philippe. *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale: "la loi votée...n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution*. Presses Universitaires de France. 2001.

BOBBIO, Norberto. Vilfredo Pareto e la critica delle ideologie. *Rivista di filosofia*. XLVIII. 1957, pp. 355-388.

BRAGA, Paula Sarno. Competência Adequada. *Revista de Processo*. vol. 219/2013. 2013. pp. 13-41.

BRANDÃO, Rodrigo. Mecanismos de diálogos constitucionais nos EUA e no Brasil. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, Ano 1., nº 4. 2015, pp. 1443-1490.

BRANDÃO, Rodrigo. *O STF e o dogma do legislador negativo*. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 44, 2014.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.057-MC-ED. Rel. Min Celso de Mello. Pleno, 28/04/1994.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 1.616/PE, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ de 24.08.2001.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 1.616/PE, rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ de 24.08.2001.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.280.949-SP. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 25.09.2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 199.079/RN. Rel. Min. Moura Ribeiro, rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, data de julgamento: 13.12.2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI n.º 907, rel. Ministro Ilmar Galvão. RTJ 150 (2) 726.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 1286. Rel. Min. Ilmar Galvão.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 2.423-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADO nº 20. Rel. Min. Marco Aurélio. Redator do acórdão Min. Edson Fachin. Julgada em 14.12.2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347, julgada em 04 de outubro de 2023.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 4277 - Distrito Federal. Relator Min. Ayres Britto. Julgado em 05.05.2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 1425, Rel. Min. Luiz Fux. DJ 24.05.2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 1425, Rel. Min. Luiz Fux. DJ 24.05.2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no. 1.083.955. 1 Turma, Rel. Min. Luiz Fux. DJ 28/05/2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS nº 37.178. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18 de agosto de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 730.462, rel. Min. Teori Zavascki. DJE 09.09.15.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE nº 843112 / SP. Relatoria Min. Luiz Fux. Julgado em 22 de setembro de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação constitucional n.º 1.987. Relatoria Ministro Mauricio Corrêa. DJU 25.05.2004.

BRASIL, Suprema Tribunal Federal. ADI nº 2.860, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 15.09.2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional no. 11.243, Pleno, Re. Min. Luiz Fux, DJ 08/06/2011. p. 6.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6.298-DF, distribuída em 27 de dezembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 850, 851, 854 e 1014 de 11 de abril de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709/DF. Data de Julgamento: 10/06/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Data de Julgamento: 09.09.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 70.154. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgado em 01.07.1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 1987, Rel. Ministro Maurício Corrêa. Julgado em 21.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 157:382.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 37, p. 152-180, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo, *Juiz natural e eficiência processual. Flexibilização, delegação, e coordenação de competências no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. Livro digital. 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. As estabilidades processuais como categoria incorporada ao sistema do CPC. In: DIDIER JR, F.; CABRAL, A. P. (Coord.). *Coisa julgada e outras estabilidades processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões dinâmicas; entre continuidade, mudança e transição para posições jurídicas estáveis*. 3 ed. ver., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

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

CABRAL, Antonio do Passo. *Per un nuovo concetto di giurisdizione*. In: Studi in onore di Nicola Picardi. 2016.

CADIET, Loic. Théorie du procès et management de justice: processus et procédure. In FRYDMAN, Benoit; JEULAND, Emmanuel. *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*. Paris: Dalloz, 2011.

CALABRESI, Guido. The Supreme Court 1990 Term: What the Bork-Brennan Debate Ignores. *Harvard Law Review*. 80, 104. 1991.

CANADA. *A Consolidation of The Constitutional Acts*. 1867 to 1982.

CANADÁ. Suprema Corte do Canadá. Decisão judicial 3 SCR 3. 2003.

CANADÁ. Suprema Corte. Manitoba Language Rights, 1 S.C.R. 721, 1985.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 edição. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Volume 1. Traducción de la quionta edición italiana. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1973.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. 1. Reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COLÔMBIA, Corte Constitucional. Sentença SU 559 de 1997.

COLÔMBIA, Corte Constitucional. Sentença SU 559 de 1997.

COLÔMBIA, Corte Constitucional. Sentença T-025 de 2004.

COLÔMBIA, Corte Constitucional. Sentença T-153 de 1998.

CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les Constitutions, la distribution des pouvoirs, et les garanties dans une monarchie constitutionnelle*. Paris: de l'imprimerie de Hocquet. 1814.

COPI, Irving M, & COHEN, Carl. *Introduction to Logic*. Upper Saddle River, N.J: Pearson/Prentice Hall. 2014.

COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Evolução do perfil dos demandantes no controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF por meio de ADIs e ADPFs. *Revista de Ciências Sociais: RCS*, 2018, vol. 49, no 2, pp. 133-179.

COX, Paul. John Hart Ely, Democracy and distrust: a theory of judicial review. *Valparaíso University Law Review*, vol. 15, n. 3, 1981.

DA CUNHA, Paulo Ferreira. Cultura constitucional e revisões constitucionais. *International Studies on Law and Education*. vol. 8 mai-ago. CEMOrOc-Feusp / IJI-Univ. do Porto. 2011. pp. 5-16.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, 2006. pp. 23-51.

DAUCHY, Serge. *Le juge, bouche de la loi, À propos de la célèbre métaphore de Montesquieu*. 2014. Disponível em: <https://hal.univ-lille.fr/hal-02959170/document>.  
*de doutorado*. Tese (Doutorado em Ciência Política - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 28. Disponível no seguinte endereço < <http://www.theses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>

DE MIRANDA, Pontes; BERMUDEZ, Sergio. *Comentários ao código de processo civil*. Forense, 1974.

DEL FRATE, Paolo Alvazzi, Aux origines du référé législatif : interprétation et jurisprudence dans les cahiers de doléances de 1789. *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 86, n° 2, avril-juin 2008.

DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael A. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. vol. 2. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo. *Curso de Direito Processual Civil – Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais. Vol. 3.* Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Teoria Geral do Processo, essa desconhecida.* 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 3ª ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Malheiros. 1993.

DUARTE, Antonio Aurelio Abi-Ramia; CÂMARA, Alexandre Freitas. O processo como “comunidade de trabalho” e o princípio da cooperação. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, vol. 18, nº 70. 2015.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent.* Nova Iorque: Cambridge University Press. 2008.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle.* Cambridge: Harvard University Press. 1985.

DWORKIN, Ronald. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy.* Oxford. 1995. pp. 2-11.

DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. *Critical Inquiry*, Sep. 1982, Vol. 9, No. 1, The Politics of Interpretation. 1982, pp. 179-200.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. *A&C Black*, 2013.

DWORKIN, Ronald. *The moral reading and the majoritarian premise.* In : Deliberative democracy and human rights. Yale University Press, 2008. p. 81-115.

ELY, John H. *Toward a Representation-reinforcing Mode of Judicial Review*, 37 Md. L. Rev. 451 1978 Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol37/iss3/3>.

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

ELY, John Hart. *Toward a Representation-reinforcing Mode of Judicial Review.* *Maryland Law review.* 451 1978.

ESTADO DE ISRAEL. *Vorbichik v. Schoengarten*, Julgado em 1964.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *Constituição.* Ratificada em 1788.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Suprema. *Chevron U.S.A., Inc. versus Natural Resources Defense Council, Inc.*,# 468 U.S. 837. 1984.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, *Cooper versus Aaron*, 358 U.S. 1. 1958.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Caso Hill versus Wallace.* julgado em 1922.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Caso Naim *versus* Naim. 1956.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Cooper *versus* Aaron, 358 U.S. 1. 1958.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Second Circuit. *The United States versus Manuel Then*. Julgado em 5 de junho de 1995.

FAIGMAN, David L. *Constitutional Fictions: a Unified Theory of Constitutional Facts*. New York: Oxford University Press, 2008.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*. 2014.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª edição. São Paulo: Atlas S.A. 2003.

FORMAN, Lisa. Justice and justiciability: advancing solidarity and justice through South Africans' right to health jurisprudence. *Med. & L.*, v. 27, p. 661, 2008.

FORTES, Luiz Henrique Krassuski. Supremo processo constitucional: a guarda da constituição em sentido estrito e o seu adequado módulo processual. Tese de Doutorado. UFPR. Curitiba, 2023.

FRANKFURTER, Felix. A note on advisory opinions. *Harvard Law Review*, vol. 37, nº 8, 1924.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. Escuela de Derecho: Universidade Torcuato di Tella. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Volume 14. 2013.

GAY, Laurence. Des droits à part (entière)? La justiciabilité inaboutie des droits sociaux en droit constitutionnel français. *Les Cahiers de Droit*, vol. 61 no 2. 2020. pp. 397-425.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito* / Eros Roberto Grau. 5ª edição, revista e ampliada. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Os conceitos jurídicos e a doutrina real do direito. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, vol. 77, p. 221-234, 1982.

GULLINO, Daniel. Barroso, Gilmar e Moraes criticam Senado após aprovação de PEC que limita poder da Corte: 'STF não admite intimidações', diz decano. *Jornal O Globo*. Disponível em <https://oglobo.globo.com/politica/noticia/2023/11/23/apos-senado-aprovar-pec-barroso-diz-que-stf-nao-ve-razao-para-mudanca-de-regras-na-corte.ghtml>. Acesso em 3 de dezembro de 2023.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e liberdade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Droit et démocratie : entre faits et normes*. Gallimard. 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Espace public et démocratie délibérative: un tournant*. Gallimard. 2022.

HABERMAS, Jürgen. Modernidade: um projeto inacabado. In: ARANTES, O.; ARANTES, P. *Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas*. São Paulo: Brasiliense, 1992

HABERMAS, Jürgen. Trois versions de la démocratie libérale. *Le débat*, 2003, no 3, p. 122-131.

HAMILTON, Alexander. Federalist Papers no. 78. The judges as guardians of the Constitutions. In: *The Federalist Papers*, ed. Clinton Rossiter. Nova York: New American Library, 1961.

HANTHORNE, Bruna de Oliveira Cordeiro; BECKER, Josiane. A relativização do princípio da vedação ao non liquet: a teoria das capacidades institucionais: The relativization of the principle of sealing to the non liquet: the theory of institutional capacities. *Revista Brasileira de Pesquisas Jurídicas (Brazilian Journal of Law Research)*, v. 2, n. 2, p. 105-135, 2021.

HEPPNER JR., Richard L. Let the Right Ones In: The Supreme Courts Changing Approach to Justiciability. *Duquesne Law Review*. Vol. 61. 2022. pp. 79-94.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Editora Civitas. Madrid. 1995.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Primeira edição da Harvard University Press, 2004.

HOLMES, Pablo. A sociedade civil contra a população: Uma teoria crítica do constitucionalismo de 1988. *Revista Direito e Práxis*, antecipação de impressão, Rio de Janeiro, 2020, p.6. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49456.

HOLMES, Pablo. A sociedade civil contra a população: Uma teoria crítica do constitucionalismo de 1988. *Revista Direito e Práxis*, antecipação de impressão, Rio de Janeiro, 2020, p. 284. DOI: 10.1590/2179-8966/2020/49456.

HOOLE, Grant R. A definition and early case law. Proportionality as a Remedial Principle: A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law, 2011 49-1. *Alberta Law Review* 107, 2011, pp. 105-148.

JARDIM, Afrânio Silva. Notas sobre a Teoria da Jurisdição. In: *Direito Processual Penal*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

JUPPÉ, Alain. L'héritage de Montesquieu : la séparation des pouvoirs sous l'angle de la justice constitutionnelle. *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 129, n.º 1, 2022.

JUTERSONKE, Oliver. Hans J. Morgenthau on the limits of justiciability in international law. *J. Hist. Int'l L.*, v. 8, p. 181, 2006.

KANNAN, Phillip M.. Advisory Opinions By Federal Courts. 32U. *Rich. Law Review*.769. 1998.

KATYAL, Neal Kumar. Judges as advicegivers. *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998.

KELSEN, Hans. In: Annuaire de l'Institut International de Droit Public. Paris: *Les Presses Universitaires de France*. 1929.

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

KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution. *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'Étranger*. Traduction de Charles Eisenmann. 1928.

KELSEN, Hans. *Qui doit être le gardien de la Constitution?* Paris: Michel Houdiard Éditeur. 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1985.

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

KRAMER, Larry D. Popular Constitutionalism. *California Law Review*. 959. 2004.

KRYNEN, J. *L'idéologie de la magistrature ancienne*. Gallimard, 2009.

KUHN Thomas. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

LAMBERT, Eduard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. éditions Marcel Giard. 1921.

LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. *Revista Jurídica da UFERSA*, v. 4, n. 7. 2020. pp. 17-71.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

LINZER, Peter. *The Carolene Products Footnote and the Preferred Position of Individual Rights: Louis Lusky and John Hart Ely Vs. Harlan Fiske Stone*. Constitutional Commentary. 1995, pp. 277-303.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2 edição ampliada. Barcelona-Caracas-México: Editora Ariel. 1979.

LOISELLE Marc. M.-J. Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1870-1914*. In: *Politix*, vol. 7, n°27, terceiro trimestre de 1994. A biografia. Usos científicos e sociais. pp. 193-197.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais – esboço de uma teoria geral*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II* (G. Bayer) Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Vol I, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1983.

MADISON, James, HAMILTON, J. Jay A., e JAY, John. *The Federalist*. Tudor Pub, 1947.

MALBERG, Raymon Carré. *La loi, expression de la volonté générale: étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*. Librairie du Recueil Sirey. 1931, pp. 15-22.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: vol. 1: teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 1ª edição e-book baseada na 3ª edição impressa. São Paulo: Editora Revista do Tribunais. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Cortes de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 3. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. A repercussão geral diante das novidades do RISTF: elementos para uma reconstrução. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 6, n. 1, 2021, pp. 5-38.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogos constitucionais: decidir menos para deliberar melhor. *Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, vol. 2, n. 1, p. 49-85, jan./jun. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A zona de penumbra entre o STJ e o STF: a função das cortes supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Constitucional e Democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. E-book.

MARTINS, Thomas Passos. *La cour suprême du Brésil et l'État démocratique de droit. Contribution à une théorie de la démocratie réflexive*, Paris, Presses de l'Institut Universitaire Varenne, 2013.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007.

MASUTA, Dieu-Merci Ngusu. La justiciabilité de la Constitution en droit congolais. Note d'observation sous Cour constitutionnelle (RDC), Matière d'appréciation de la conformité à la Constitution, R. Const. 0038, 28 Août 2015. Alemanha: *Nomos Verlagsgesellschaft. Recht in Afrika*. 2021.Vol. 24, no. 1. pp. 96-108.

MATHIEU, Bertrand. *Justice et politique: la déchirure?* Paris: Forum. 2015.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Ed. 1999.

MEIRELES, Carolina Costa. Reflexões sobre produção antecipada de prova. *Revista dos Tribunais*. vol. 1015, n. 2020, p. 277-311.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano de validade*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. *Tese de doutorado*. Tese (Doutorado em Ciência Política - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível no seguinte endereço <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>>

MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de injunção e a efetividade dos direitos fundamentais. In *A jurisdição constitucional e os desafios à concretização dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. O apelo ao legislador-Appelentscheidung-Na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. *Revista de Direito Administrativo*, 1992, vol. 188, p. 36-63.

MENDES, Gilmar, Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

MILL, John Stuart. *On liberty*. Macmillan Education UK, 1966.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas [livro eletrônico]: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2022.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *L'esprit des lois*. Paris, Éditions Gallimard, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. Temas de Direito Processual – 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Que significa “não conhecer” de um recurso. *Revista da AJURIS*, Rio Grande do Sul, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Questões velhas e novas em matéria de classificação de sentenças. In: *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva. 1977.

MORTON, J. Horwitz. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, 50 Wash. & Lee L. Rev. & Lee L. Rev. 5. 1993.

MURARI, Georgia Anastácia Campana. A solicitação de opiniões consultivas pelo Supremo Tribunal Federal: democratização do acesso ao Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL. *Reversussecr. Trib. perm. revis*, p. 98-115.

MUSIGA, Teddy JO. The political question doctrine and justiciability of rights in Kenya in the post-2010 constitution period. *Africa Journal of Comparative Constitutional Law*, v. 2018, n. 1, p. 115-136, 2018.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva. 1988.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. Do pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: o problema da falta de identidade da (s) esfera (s) de juridicidade da modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Revista Direito em Debate*, v. 4, n. 5, 1995.

NEVES, Marcelo. Do transconstitucionalismo à transdemocracia. In: BUENO, Roberto (organizador). *Democracia: da crise a ruptura, jogos de armar: reflexões para a ação*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidras e Hércules: os princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF. Martins Fontes, 2013.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro. Vol. 37, nº 2. 1994. pp. 253-276.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WWF Martins Fontes. 2009.

NIVARD, Carole. *La justiciabilité des droits sociaux. Étude de droit conventionnel européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

NUNES, Jorge Amaury Maia; Alguns aspectos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil. In: NUNES, Jorge Amaury Maia & NÓBREGA, Guilherme Pupe da. *Processo e Procedimento, Migalhas de Direito Processual*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *A ação declaratória de constitucionalidade: eficácia erga omnes e efeito vinculante no direito brasileiro*. Belém do Pará. Dissertação de mestrado. UFPA. 1994.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Natureza da jurisdição constitucional*. No prelo. Não publicado.

NUNES, Jorge Amaury Maia. *Segurança jurídica e súmula vinculante*. Brasília: IDP Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo Social*, 2016, vol. 28, p. 105-133.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Recurso extraordinário e seus circuitos processuais: O adequado entendimento do trâmite do recurso extraordinário auxiliará bastante na regulamentação do requisito da relevância do recurso especial. *Revista Jota*. Disponível em : <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/recurso-extraordinario-e-seus-circuitos-processuais-15102022>. Acesso em 7 de janeiro de 2022.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo.; NERY, Rodrigo; CORRÊA, Luísa Rocha.; SANTANA, Guilherme Mazarello Nóbrega de. De polissemia a metonímia: a incerteza sobre o que é um precedente no direito brasileiro. *Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 201–227, 2023*. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/43119>. Acesso em: 1 set. 2023.

PEREIRA, Luisa Rauter. Uma história do conceito político de povo no Brasil: Revolução e historicização da linguagem política. *Anais do XXVI Simpósio Nacional de História–ANPUH. São Paulo, 2011*.

PEYRANO, Jorge Walter. Las resoluciones judiciales diferentes: anticipatorias, determinativas, docentes, exhortativas e inhibitorias. *Ius et Veritas*, n. 45, 2012.

POULAT Émile. Le Saint-Siège et l'action française, retour sur une condamnation. *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2010/1 (N° 31), pp. 141-159.

RABELLO, Alfredo mordechai. Non liquet: from modern law to roman law. *Annual Survey of International & Comparative Law*. vol. 10. 2004. pp. 1-25.

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO. Corte Constitucional. R. Const. 0038, julgado em 25 de agosto de 2015.

REPÚBLICA FRANCESA. *Conseil Constitutionnel*, Decisão n.º 85-197 DC de 23 de agosto de 1985.

REPÚBLICA FRANCESA. *Conseil Constitutionnel*, Decisão n.º 85-197 DC de 23 de agosto de 1985.

REPÚBLICA FRANCESA. *Conseil Constitutionnel*, decisão n.º 62-20.

REPÚBLICA FRANCESA. *Conseil Constitutionnel*. Decisão n.º 2021-927 QPC de 14 de setembro de 2021.

REPÚBLICA FRANCESA. *Conseil Constitutionnel*. Decisão n.º 2011-223 QPC de 17 de fevereiro 2012

REPÚBLICA FRANCESA. *Conseil Constitutionnel*. n.º 74-54 DC de 15 de janeiro de 1975.

REPÚBLICA FRANCESA. *Conseil Constitutionnel*. Decisão n.º 2010-4/17 QPC de 22 de julho de 2010.

REPÚBLICA FRANCESA. *Conseil d'État*, secção, 6 de novembro de 1936, Arrighi, Leb.

REPÚBLICA FRANCESA. Corte de Cassação. Seção Criminal. Processo Adolphe Crémieux, 11 de maio de 1833.

REPÚBLICA ITALIANA. *Corte costituzionale*. Decisão n.º 207/2018 de 24 de outubro de 2018.

ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable? *The South African Law Journal*, vol. 122, n. 2, 2005.

ROBLOT-TROIZIER, Agnès. Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi, *Pouvoirs*, vol. 143, n.º 4, 2012.

ROESLER, Claudia Rosane. Enfoque Dogmático e Enfoque Zetético como Pontos de Partida para Realizar a Interdisciplinaridade no Ensino Jurídico Contemporâneo. *Revista Eletrônica de Direito Educacional*, 2003.

ROUSSEAU, Dominique. Conceptualiser la compétence normative des citoyens. *Archives de philosophie du droit*, vol. 62, no. 1, 2020, pp. 427-438.

ROUSSEAU, Dominique. *Six thèses pour la démocratie continue*. Paris: Odile Jacob. 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. In Collection complète des œuvres, Genève, 1780-1789, vol. 1, in-4º, edição online disponível: [www.rousseauonline.ch](http://www.rousseauonline.ch), versão de 7 de outubro de 2012.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Las sentencias constitucionales exhortativas. *Estudios Constitucionales*, v. 4, n. 2, 2006, pp. 189-202.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada. In: C. Santocci, Falcão (orgs), *Sociologia e Direito: Leituras Básicas de Sociologia Jurídica*. São Paulo Pioneira. 1980.

SATHANAPALLY, Aruna. *Beyond disagreement: Open Remedies in Human Rights Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

SCHOETTL, Jean-Éric. *La place du Conseil dans la démocratie française*. Entretien Secrétaire général du Conseil constitutionnel. 2003.

SERGES, Giuliano. La décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 207 de 2018 («Ordinanza Cappato»): une nouvelle typologie de décision ou un «non liquet» avec date d'expiration? *Revue française de droit constitutionnel*, 2019, p. 67-89.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Velhos e novos institutos fundamentais do direito processo civil. In 40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SIEGEL, J. R. A Theory of Justiciability. *Texas Law Review*, [s. l. , vol. 86, n. 1, p. 73–140, 2007. Disponível em: <https://ezpaarse.univ-paris1.fr/login?url=https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edshol&AN=edshol.hein.journals.tlr86.7&lang=fr&site=eds-live>. Acesso em: 18 jul. 2023.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 34 edição. São Paulo: Malheiros Editores 2011.

SILVA, Ovídio Batista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SPITZ, Eric. Livres et idées : *Au nom du Peuple - Les fondements de la démocratie américaine de Bruce Ackerman*. Cahiers du Conseil constitutionnel n° 5. 1998.

SPRIGGS, J. F., & WAHLBECK, P. J. *Amicus Curiae and the Role of Information at the Supreme Court*. *Political Research Quarterly*, 50(2), 1997. pp. 365-386.

SUNSTEIN, Cass R. Foreword: Leaving things undecided. *Harvard Law Review*. 1996.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, Vol. 101, 4, 2003.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente giudiziario. *Revista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. v. 48, n. 2. 1994.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de Processo* | vol. 177. Nov. 2009, pp. 153-183.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de Processo*. vol. 177. Nov. 2009. pp. 153 – 183.

TARUFFO, Michele; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Precedente e jurisprudência. *Revista civilistica*. com, v. 3, n. 2, p. 1-16, 2014, pp. 1-16.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Semipresidencialismo no Brasil: por que não. *Revista de informação legislativa: RIL*, vol. 54, n. 215, p. 59-78, jul./set. 2017. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril\\_v54\\_n215\\_p59](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p59)>. Acesso em 15 de julho de 2023.

THOURET, Jacques Guillaume. *Discours sur la réorganisation du pouvoir judiciaire*. 24 mars 1790. Disponível em: <https://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/pji-ilp/rev4/index.html>.

TROPER, Michel. Les Juges Pris au Sérieux ou la Théorie du Droit Selon Dworkin. *Droit et Société. Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*, Paris, n. 2, 1986.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *John Marshall Law Review*, v. 37, n. 2. 2004.

TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the Courts*. Princeton University press. 1999.

WALDRON, Jeremy, A Rights-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, n. 1, 18-51. 1993.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Londres: Oxford university press. 1999.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, vol. 115. 2006.

WERNECK VIANNA, Luiz *et al.* Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, 2. 2007. pp. 39-85.

ZAVASCKI, Teori Albino, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4 ed. ReversusAtuali. Ampl: São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2017.