

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

GUILHERME DE SIQUEIRA CASTRO

Diálogo constitucional entre o STF e o Congresso Nacional no controle de constitucionalidade por omissão na vigência da Constituição Federal de 1988

Ribeirão Preto

2019

GUILHERME DE SIQUEIRA CASTRO

Diálogo constitucional entre o STF e o Congresso Nacional no controle de constitucionalidade por omissão na vigência da Constituição Federal de 1988 (versão corrigida, original disponível na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP / USP)

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Rubens Beçak

Ribeirão Preto

2019

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

C355d	<p>Castro, Guilherme de Siqueira Diálogo constitucional entre o STF e o Congresso Nacional no controle de constitucionalidade por omissão na vigência da Constituição Federal de 1988 / Guilherme de Siqueira Castro; orientador Rubens Beçak. -- Ribeirão Preto, 2019. 110 p.</p> <p>Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2019.</p> <p>1. DIREITO CONSTITUCIONAL. 2. CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS. 3. CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE. 4. PODERES DO ESTADO. 5. AUTONOMIA DOS PODERES. I. Beçak, Rubens, orient. II. Título</p>
-------	---

Nome: CASTRO, Guilherme

Título: Diálogo constitucional entre o STF e o Congresso Nacional no controle de constitucionalidade por omissão na vigência da Constituição Federal de 1988

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Para Raquel Cristina, a morena que temperou a
cor de canela, a lua morena, a dança do vento,
o ventre da noite e o sol da manhã.

AGRADECIMENTOS

Tive a honra de ser orientado por um grande professor, de inigualável erudição e humanismo. Agradeço o professor Rubens Beçak pelos valiosos ensinamentos, a paciência e a dedicação.

Conheci pessoas muito talentosas no curso de mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP. Agradeço a todos os colegas que conheci no mestrado e rendo minhas homenagens aos coorientados André Amato, Bruna Sillos, Denison Unglaub, Juliana Regassi, Marcela Palis e Ramon Ribeiro.

Agradeço a minha família, minha querida esposa Raquel, tia Arabella e minha estorva Clélia. Aos meus amigos de longa data Luiz Mauro Lora Franco e Regis Nogueira; ao irmão Vanderley Caixe Filho; a família Bononi; ao meu provocador favorito Marcelo Felipe da Costa; aos queridos Bárbara Travassos e Francisco Carnáuba; a comadre Milena e o compadre Fábio, pais da bela Laura que tanto nos encanta.

At least but no last, ao professor e amigo Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, grande incentivador da minha incipiente carreira de pesquisador.

“Dividir o Leviatã é da essência dos governos constitucionais”

Karl Lowenstein

“There are many of us, and we disagree about justice”

Jeremy Waldron

RESUMO

CASTRO, Guilherme. Diálogo constitucional entre o STF e o Congresso Nacional no controle de constitucionalidade por omissão na vigência da Constituição Federal de 1988. 2019. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

A presente dissertação de mestrado tem o objetivo de analisar o funcionamento da teoria do diálogo constitucional, no contexto do sistema de controle de inconstitucionalidade por omissão criado na Constituição Federal de 1988. Para a consecução deste objetivo, a pesquisa baseia-se em uma revisão da literatura sobre o tema do constitucionalismo e democracia, especialmente sobre a legitimidade do judicial review. Assim, a pesquisa inicia-se com uma perspectiva histórica, com a revisão dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Uma questão teórica relevante, o tema da constituição dirigente, é tratado tendo em vista a relação entre dirigismo constitucional, vinculação do legislador e omissão inconstitucional. O modelo de controle de constitucionalidade por omissão previsto na Constituição brasileira de 1988 é problematiza a tradicional visão kelseniana de Cortes Constitucionais como legisladores negativos. Neste sentido, os instrumentos processuais de combate a omissão legislativa criados pelo constituinte, especialmente o mandado de injunção, causaram ampla polêmica doutrinária e jurisprudencial ao possibilitar a concretização dos direitos constitucionais dependentes de regulamentação, o que transformaria os tribunais em legisladores positivos. A possibilidade do judicial review gerar um problema de legitimidade democrática é um tema debatido a partir de teoria monológicas e dialógicas. As monológicas partem da premissa que há uma decisão final relativa à interpretação constitucional. A polêmica neste tópico é definir qual órgão estatal seria responsável pela ‘palavra final’ sobre a interpretação das normas constitucionais: os órgãos políticos ou os tribunais. A perspectiva teoria do diálogo constitucional foi recepcionada na doutrina brasileira como uma síntese da polêmica sobre a quem cabe a primazia da interpretação constitucional: juízes ou legisladores. No presente trabalho defende-se a hipótese que a teoria do diálogo constitucional é vista de modo benigno, mistificando os conflitos entre poderes. No que tange a aplicabilidade das técnicas dialógicas no controle de constitucionalidade por omissão, defende-se a existência de um método formal de diálogo entre os poderes no Brasil, que opera em moldes não deliberativo, ao contrário do que muitos doutrinadores sustentam. Discute-se, ainda, a baixa efetividade do diálogo entre o STF e o Congresso Nacional no suprimento das omissões legislativa.

Palavras-chave: Judicial review. Constitucionalismo dirigente. Democracia deliberativa. Rodada procedimental. Separação de poderes agonial.

ABSTRACT

CASTRO, Guilherme. Constitutional dialogue between the Supreme Court and the National Congress in the judicial review by omission under the 1988 Federal Constitution. 2019. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2019.

This paper aims to analyze the functioning of the theory of constitutional dialogue, in the context of the system of control of unconstitutionality by omission created in the Federal Constitution of 1988. To achieve this objective, the research is based on a review of the literature on the theme of constitutionalism and democracy, especially on the legitimacy of judicial review. Thus, the research begins with a historical perspective, with the review of the work of the National Constituent Assembly of 1987-1988. A relevant theoretical issue, the theme of the directive constitution, is dealt with in view of the relationship between constitutional directionism, the legislator's attachment and unconstitutional omission. The default constitutionality control model provided for in the Brazilian Constitution of 1988 is problematizing the traditional Kelsenian view of Constitutional Courts as negative legislators. In this sense, the procedural instruments to combat legislative omission created by the constituent, especially the injunction, caused widespread doctrinal and jurisprudential controversy by enabling the realization of constitutionally dependent constitutional rights, which would make the courts positive legislators. The possibility of judicial review to generate a problem of democratic legitimacy is a subject debated from the monological and dialogical theory. The monological ones start from the premise that there is a final decision regarding constitutional interpretation. The controversy on this topic is to define which state body would be responsible for the 'final word' on the interpretation of constitutional norms: the political bodies or the courts. The perspective theory of constitutional dialogue has been welcomed in Brazilian doctrine as a synthesis of the controversy over whom the primacy of constitutional interpretation belongs: judges or legislators. In the present work we defend the hypothesis that the theory of constitutional dialogue is viewed in a benign way, mystifying the conflicts between powers. Regarding the applicability of dialogical techniques in the control of constitutionality by omission, the existence of a formal method of dialogue between the powers in Brazil is argued, which operates in a non-deliberative manner, contrary to what many scholars argue. The low effectiveness of the dialogue between the Supreme Court and the National Congress in the supply of legislative omissions is also discussed.

Keywords: Judicial review. Directive constitutionalism. Deliberative Democracy. Procedural round. Agonal separation of powers.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADI** – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADO** – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
- AgR** – Agravo Regimental
- AI-5** – Ato Institucional n.º 5
- CNI** – Confederação Nacional da Indústria
- CNJ** – Conselho Nacional de Justiça
- CNMP** – Conselho Nacional do Ministério Público
- ED** – Embargos de Declaração
- EUA** – Estados Unidos da América
- FIESP** – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
- FPE** – Fundo de Participação dos Estados
- IBGE** – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
- MI** – Mandado de Injunção
- MS** – Mandado de Segurança
- OAB** – Ordem dos Advogados do Brasil
- PEC** – Proposta de Emenda à Constituição
- PGR** – Procuradoria Geral da República
- PMDB** – Partido do Movimento Democrático Brasileiro
- PUC/SP** – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
- QO** – Questão de Ordem
- RE** – Recurso extraordinário
- STF** – Supremo Tribunal Federal
- USP** – Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
Capítulo 1 Dirigismo constitucional e eficácia constitucional no Brasil: traçando os parâmetros de discussão.	15
1.1 Dirigismo constitucional.	15
1.1.1 Do Estado Liberal de Direito ao Estado Constitucional de Direito.....	15
1.1.2 Dirigismo constitucional	21
1.2 Assembleia Constituinte e a batalha regulamentar	26
1.2.1 Crise e poder constituinte.	26
1.2.2 Crise e formação da assembleia constituinte.....	28
1.2.3 Interesses, paixão e razão – os motivos e crenças subjacentes ao processo constituinte.	29
1.2.4 As restrições do poder constituinte.....	32
1.2.5 A Eficácia das normas constitucionais e a batalha regulamentar.....	35
Capítulo 2 Proteção jurídico-processual contra a inconstitucionalidade por omissão. ...	38
2.1 Delineamentos teóricos sobre a inconstitucionalidade por omissão.	38
2.2 Tipologia das omissões inconstitucionais.....	40
2.3 O papel das Cortes Constitucionais no constitucionalismo dirigente.	43
2.4 Proteção jurídico-processual contra a inconstitucionalidade por omissão.	48
2.4.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).....	48
2.4.2 Mandado de Injunção (MI).....	51
Capítulo 3 Monólogos constitucionais.	57
3.1 Introdução.....	57
3.2 Supremacia judicial	60
3.3 Supremacia do Legislativo	67
Capítulo 4 Diálogos constitucionais.....	73
4.1 Da metáfora do diálogo à deliberação interinstitucional.....	73

4.2 A classificação das teorias dialógicas segundo Christiane Bateup.....	77
4.3 Diálogo constitucional no Brasil.	80
4.4 Separação de poderes agonal e o limites do diálogo enquanto deliberação interinstitucional	90
4.5 Omissões normativas inconstitucionais e a segunda grande rodada procedimental entre o STF e o Congresso Nacional.....	95
CONCLUSÃO.....	100
BIBLIOGRAFIA.....	102

INTRODUÇÃO

A questão sobre quem tem a última palavra na interpretação constitucional é um tema que entrou na agenda pública brasileira. Segundo um discurso corrente, caberia ao Supremo Tribunal Federal – STF o direito de errar por último, de decidir em definitivo o que é constitucional / inconstitucional. O tema não é novo para a teoria do direito constitucional. Defensores da supremacia judicial disputam a questão com os defensores da supremacia legislativa no debate acadêmico há um bom tempo.

Em apertada síntese, para os primeiros a interpretação efetuada pelos Tribunais dos dispositivos constitucionais deve ser compreendida como definitiva para os demais poderes e a sociedade (BRANDÃO, 2012, p. 21). Já os defensores da supremacia legislativa negam que o único intérprete final da Constituição seja o Poder Judiciário. Ao contrário, defendem a possibilidade do *legislative override*, ou seja, a possibilidade de o Parlamento aprovar lei ordinária idêntica a declarada inconstitucional ou contrária a interpretação constitucional dos Tribunais.

Este debate pode ser personificado por dois autores: Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. Enquanto Ronald Dworkin defende a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade, justificado pela leitura moral da Constituição e do modelo de juiz Hércules (DWORKIN, 2002, p. 165), Jeremy Waldron, em contraposição, argumenta a favor da supremacia do Legislativo porque este respeita o ideal de democracia fundado na soberania popular (WALDRON, 1999a, p. 04).

Uma terceira via entre os dois modelos surgiu e rapidamente ganhou força. Trata-se da teoria do diálogo constitucional. Não há uma definição clara na doutrina sobre o que seria o diálogo constitucional. Em texto seminal sobre o tema do diálogo constitucional, Peter Hogg e Allison Bushell sustentam que o diálogo constitucional consiste nos casos em que leis derrubadas por decisões judiciais baseadas na Carta de Direitos do Canadá são retomadas pelo legislativo (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 81).

Meuwese e Snel chegam a declarar que o conceito de diálogo constitucional envolve muitas vezes concepções mutualmente excludentes e o termo é tão disputado quanto o conceito de democracia (MEUWESE; SNEL, 2013, p. 124). Entretanto, a despeito das concepções divergentes do conceito, a teoria do diálogo constitucional tem um leitmotiv claro:

a ideia de que ramos diferentes do Estado (executivo, legislativo e judiciário) e a sociedade interagem para moldar no tempo a interpretação constitucional dominante.

O apelo da expressão diálogo constitucional é forte, enfatiza o vínculo entre constitucionalismo e democracia ao legitimar uma participação ampla na interpretação constitucional. Expressões como ‘última palavra sobre a interpretação constitucional’ e ‘quem erra por último’ não encontram guarida em um modelo dialógico de interpretação constitucional. Portanto, a expressão diálogo constitucional cumpre um papel simbólico, muito caro aos juristas, pois denota um caráter harmônico e racional na relação entre os poderes estatais, um espaço de deliberação onde o melhor argumento é construído por meio de contribuições de diversos atores.

Neste sentido, o modelo dialógico cumpre a promessa constitucional brasileira que os poderes são independentes e harmônicos entre si (artigo 2º, Constituição Federal). Não é obra do acaso que tantas obras tenham sido publicadas sobre o assunto nos últimos anos no Brasil, sendo o uso dominante no Brasil da expressão diálogo institucional em detrimento da expressão diálogo constitucional.

Todavia, o problema surge quando uma discussão em sistema jurídico estrangeiro é trazida ao Brasil sem a devida adaptação. No Brasil há um Executivo forte que praticamente controla a agenda do parlamento, fragmentado em muitos partidos, e a Carta Magna de 1988 expressamente confere ao STF o papel de guardião da Constituição (artigo 102, *caput*, da Constituição Federal).

A doutrina constitucional brasileira advoga a aplicabilidade da teoria do diálogo constitucional em nosso ordenamento jurídico, inclusive cita exemplos na jurisprudência do STF, tal como a ADI n.º 2.240 que tratou sobre a criação de municípios e teria propiciado um espaço para a deliberação do legislador sobre como regular a matéria, por meio da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade do ato impugnado, mantendo sua vigência por 24 meses até que o legislador estabelecesse novo regramento.

Se comparada a experiência brasileira com a canadense, exemplo proeminente de diálogo constitucional, com regras expressas que propiciam o diálogo entre o Parlamento e a Corte Constitucional, tais como a **cláusula não obstante** prevista na Carta Canadense de Direitos (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 82-90), torna-se lícito concluir que o Brasil é um caso clássico de supremacia judicial. Exceto, talvez, no âmbito do controle de constitucionalidade por omissão.

No caso de omissões normativas inconstitucionais, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional pelo STF, será dada ciência ao legislador para tomada das providências cabíveis. Ainda que o STF tenha revisto sua jurisprudência sobre os efeitos concretos e normativos da decisão proferida em mandado de injunção, o fato é que nesses 30 anos de Constituição Federal houve uma interação explícita entre nossa Corte Constitucional e o Congresso Nacional. Essa interação entre os poderes cumpre os pressupostos fáticos da teoria do diálogo constitucional, ainda que não se utilize explicitamente esta expressão.

Logo, além de argumentar teoricamente se é possível aplicar o modelo dialógico no controle de constitucionalidade brasileiro, é possível investigar se os postulados teóricos do diálogo constitucional realmente funcionam no Brasil, especialmente no âmbito do controle de constitucionalidade por omissão.

O presente trabalho pretende focar a questão tendo em vista a realidade política-institucional brasileira, onde vige o que a ciência política nacional chama de presidencialismo de coalizão (ABRANCHES, 1988), enquanto no campo do direito constitucional denomina-se o fenômeno de hipertrofia do Executivo (BEÇAK, 2008).

Assim, busca-se uma confirmação no Brasil dos postulados teóricos de um modelo pensado no estrangeiro, em um arcabouço jurídico institucional bem diferente do brasileiro, tentando não incorrer no erro que Jeremy Waldron imputa aos juristas: idealizar um cenário em detrimento da realidade com o intuito de provar um argumento (WALDRON, 1999a, p.02). Neste sentido, pretende-se problematizar o discurso dialógico e aplicabilidade do modelo do diálogo constitucional no Brasil.

Nossa crítica principal está baseada no argumento segundo o qual a teoria do diálogo constitucional enfatiza uma espécie de consenso institucional pós-político ou antipolítico. Disputa, antagonismo e hegemonia podem não se adequar ao ideal humanista de consenso racional universal, mas são fatos inerentes a política. Negá-los não promove o consenso, pelo contrário contribui para o antagonismo ao recusar a legitimidade de projetos políticos diversos do modelo hegemônico.

Juristas podem objetar em relação a essas ponderações com base na neutralidade política da jurisdição constitucional ou no fato da disputa entre os poderes constituídos ser lateral, pois responde a um projeto maior e preestabelecido na Constituição. Ocorre que o que está em jogo nas omissões normativas inconstitucionais é uma disputa de projetos político-

institucionais que remete a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, com temas que foram discutidos pelos constituintes sem consenso, o que levou a adoção de normas constitucionais que delegam para o legislador futuro o poder de decisão sobre o tema.

Será que o legislador brasileiro tem capacidade de exercer este mister? Do ponto de vista teórico certamente tem. O problema é o contexto social, o funcionamento das instituições em uma realidade diferente da qual o modelo dialógico foi pensado, onde a supremacia judicial ocorre mais em razão de condicionantes políticas do que teóricas.

Simplemente reproduzir o debate teórico estrangeiro em um país de modernidade tardia pode ser uma ideia fora do lugar. Por exemplo, muito se fala da crise do Estado Social, mas será que o Brasil chegou a ser de fato um Estado Social? A culpa pela existência de omissões inconstitucionais é fruto do constitucionalismo dirigente brasileiro? São estas perguntas que o presente trabalho tenta responder. Para isso, a dissertação foi estruturada em 04 (quatro) capítulos, detalhados a seguir.

O Capítulo 1 trata do dirigismo constitucional e os desafios que o Estado Social impõe a efetividade das normas constitucionais. Ademais, argumenta-se que a falta de consenso no processo constituinte brasileiro impacta a efetividade da Constituição com o excesso de compromissos dilatórios, o que leva a um problema decisório crônico e incrementa o conflito entre legisladores e juízes.

O Capítulo 2 trata da proteção jurídico-processual contra a inconstitucionalidade por omissão. Debate-se o papel da Cortes Constitucionais no constitucionalismo dirigente a partir da ideia kelseniana de juízes como legisladores negativos. Os instrumentos processuais brasileiros de enfrentamento a omissão inconstitucional, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO e Mandado de Injunção – MI, são analisados à luz da legislação e jurisprudência do STF.

O Capítulo 3 reporta os principais pontos da discussão teórica sobre supremacia judicial e supremacia legislativa. Neste capítulo, são discutidas as aporias de cada modelo que justificarão a percepção de terceira via da teoria dialógica examinada com mais detalhe no capítulo 4.

Capítulo 1 Dirigismo constitucional e eficácia constitucional no Brasil: traçando os parâmetros de discussão.

1.1 Dirigismo constitucional.

1.1.1 Do Estado Liberal de Direito ao Estado Constitucional de Direito

A definição clássica de constituição é de um conjunto de normas jurídicas, hierarquicamente superior as demais normas que integram o ordenamento, que disciplina os assuntos mais importantes para uma comunidade política, incluindo direitos fundamentais, composição e funcionamento do Estado. Portanto, as finalidades de uma constituição são, geralmente, limitar o poder estatal, promover direitos fundamentais e integrar a comunidade política em um Estado soberano e politicamente organizado em um determinado território.

A doutrina sustenta que todo o conteúdo referente aos elementos institucionais da organização política do Estado e aos direitos fundamentais representam o conteúdo básico do conceito material de constituição (BONAVIDES, 2014, p. 80). Em outras palavras, em sentido material, constituição significa arquitetura normativa básica do Estado, regulando-lhe o essencial sobre competências, funcionamento e controle recíproco dos órgãos do Estado, e proteção dos indivíduos e grupos contra eventuais abusos estatais ou de outros particulares, estejam as normas incluídas ou não no texto constitucional escrito.

O contraponto ao conceito material de constituição é o conceito de constituição em sentido formal. Neste sentido, “participam do conceito da constituição formal todas as normas que forem tidas pelo poder constituinte originário ou de reforma como normas constitucionais, situadas no ápice da hierarquia das normas jurídicas” (MENDES, BRANCO, 2014, p. 57). O conceito formal de constituição refere-se a normas que constam do corpo constitucional que não tratam dos elementos básicos de organização política do Estado ou da disciplina dos direitos fundamentais.

A classificação entre constituição em sentido material e constituição em sentido formal é antiga, serve como forma de introduzir os estudantes na teoria constitucional, mas deve ser vista com reservas no atual estágio do constitucionalismo. Isto porque está historicamente ligada a uma concepção liberal de Estado (moderno).

O constitucionalismo liberal é fruto da era das revoluções. Entre o século XVII e XVIII, as estruturas do Estado Absoluto europeu são desarticuladas por revoluções políticas – a Gloriosa inglesa (1688), a Americana (1776) e a Francesa (1789). No âmbito socioeconômico, a revolução industrial, na Inglaterra a partir da década de 1780, provoca mudanças estruturais na forma de produção (do sistema artesanal para o fabril), de trabalho (de subsistência para o assalariado) e riqueza (de propriedade sobre a terra para o capital).

A retórica revolucionária nos EUA e na França demandou uma constituição escrita para preservação da liberdade política, ameaçada pela corrupção do contrato social pelo poder absoluto do monarca, enquanto a Revolução Gloriosa pôde prescindir de uma constituição escrita e manter uma monarquia constitucional limitada, com a supremacia parlamentar (democracia de Westminster).

Sem embargo, a partir desses eventos, é possível identificar uma mudança paradigmática na forma de pensar, praticar, estudar e ensinar o direito público. De nítida inspiração liberal, o constitucionalismo moderno baseia-se em torno da ideia de constituição enquanto limitação do poder estatal, por meio de uma divisão orgânica dos poderes (separação dos poderes); baseado em um sistema democrático e em um governo representativo, no qual a soberania deixa de ser atribuída ao monarca para pertencer ao povo, que criará as leis que limitarão a liberdade do indivíduos por meio de representantes eleitos; submissão do Estado ao Direito, com um Judiciário independente do governo para garantir o cumprimento das leis pelo Estado; preservação da liberdade, da propriedade e da privacidade da interferência do Estado.

O Estado de Direito (liberal) está ideologicamente alicerçado no direito natural, na liberdade negativa, uma esfera de autonomia privada, livre de interferência estatal. Em síntese, é o triunfo da sociedade burguesa capitalista sobre o Antigo Regime. Na época do Estado Liberal, as prestações sociais análogas aos chamados direitos sociais eram prestadas, quando muito, por instituições privadas de caridade, em geral religiosas, podendo-se falar de um sistema privado de assistência social (BALDASSARRE, 2004, p. 18).

Entretanto, o evoluir da sociedade capitalista, com suas contradições políticas, econômicas e sociais, levou o Estado a assumir novas tarefas essenciais para estabilidade da comunidade política, com o fito de mitigar a insegurança social decorrente de fenômenos como industrialização da economia, urbanização dos territórios, massificação do consumo e exploração do trabalho assalariado.

Entre os anos 80 do século XIX aos anos 30 do século XX, os principais Estados de origem liberal realizaram reformas legislativas e sociais que resultaram na instituição de um Estado Social (BALDASSARRE, 2004, p. 23). O modelo de Estado Social não substituiu completamente o modelo de Estado liberal, mas intenta corrigir as disfunções deste. Para consecução deste fim, o Estado Social prevê mecanismo de intervenção econômica e social (políticas públicas) para corrigir as falhas de mercado e incorpora uma racionalidade coletiva nas decisões estatais em relação a propriedade, meios de produção e direitos.

Não se trata de coletivização forçada, mas da criação de políticas com o propósito de atenuar desigualdades fáticas de oportunidades entre as pessoas, ou seja, o “*government by policies* substitui o *government by law* do liberalismo” (BERCOVICI, 1999, p. 37). No Estado Social, o Poder Público intervém na economia, nos contratos de trabalho, possui uma estrutura organizacional-burocrática maior e sofisticada para prover serviços públicos aos agentes privados.

Neste cenário, as normas jurídicas passaram a dirigir-se ao porvir, a planejar uma mudança social paulatina nas condições materiais existentes para os cidadãos. A ideia força do Estado Social é uma conciliação entre os princípios jurídicos da liberdade e igualdade. Ocorre que essa conciliação é muitas vezes problemática. O Estado Liberal era não interventor, a lei tinha o caráter estrutural de norma geral e abstrata, o destinatário da norma era o típico homem burguês, com interesse e valores relativamente homogêneos.

Nas palavras de Bonavides, a sociedade burguesa tinha um credo político incontestado, enquanto o antagonismo gestado pelo movimento socialista ao capitalismo levava a uma dificuldade de pactuação, uma heterogeneidade de pautas e a um estado de indefinição do constitucionalismo social (BONAVIDES, 2014, p. 235/236).

O Estado Social objetiva conciliar capital e trabalho, interesse privado e interesse coletivo, o que implica em técnicas de regulação social completamente diferentes. O conflito ideológico é apaziguado por fórmulas jurídicas programáticas e compromissos instáveis de promoção social.

Com o advento do constitucionalismo social no século XX, a partir da Constituição Mexicana e da Constituição de Weimar, o problema da efetividade da Constituição ganhou uma nova dimensão. Em certo sentido, essas normas programáticas são um expediente retórico, pois se destacam pelo seu conteúdo aberto, com amplo grau de abstração, mas que descrevem ou

impõem a busca de objetivos sociais relevantes, de modo a persuadir os segmentos populares que suas demandas foram, de alguma forma, contempladas no processo constituinte.

Carl Schmitt, em sua obra *Teoria Constitucional*, afirmou que a Constituição alemã de Weimar, apesar de conter decisões políticas fundamentais sobre o modo de existência política do povo alemão, possuía em seu texto uma série de compromissos e obscuridades que não representava qualquer decisão, mas, pelo contrário, cuja decisão foi adiada. Esses compromissos, denominados por Schmitt *compromissos formais dilatatórios*, fruto de disputas partidárias que atrasaram a decisão sobre determinados temas, só geraram confusão para o intérprete (BERCOVICI, 2014, p.11).

O jurista italiano Antonio Baldassare, faz um juízo preciso da dificuldade decisória da República de Weimar (2004, p. 78):

En la Constitución alemana de 1919 la falta de unidad del sistema de los poderes públicos (que, como se sabe, se caracterizaba por la indecisión entre el principio parlamentario y el presidencial, mal ocultada por el pseudo-decisionismo de una multitud de referendos) tenía su perfecto paralelo en la incapacidad del sistema de derechos para reflejar o promover una identificación y una unificación cultural (de los valores) del pueblo alemán, en cuanto caracterizado por una chata yuxtaposición de los derechos individualistas y de vagas exigencias sociales.

A Alemanha foi o *locus* onde essa dilação decisória levou a um impasse político praticamente insolúvel. Após a crise financeira de 1929 nos EUA, maior credor dos alemães, as condições econômicas necessárias para o constitucionalismo social funcionarem desapareceram.¹ Desemprego, hiperinflação e dívida externa levaram o Estado germânico a beira da desintegração, o que permitiu a ascensão do nazismo em 1933, com seu discurso baseado em soluções de hostilidade, violência e terror para arbitrar os conflitos sociais.

Neste ponto, os partidos políticos pautados pelo autoritarismo atraíram as massas européias no período entre guerras, sendo discutível falar em um Estado Social de Direito em Portugal, Espanha, Alemanha ou Itália. A despeito dos governos autoritários desses países terem expedido uma série de leis e políticas públicas de caráter social, basta lembrar da *Carta del*

¹ Adam Tooze (2013, p. 35) descreve o sistema de reparações de guerra como um carrossel financeiro. Alemães tomavam dinheiro emprestado dos norte-americanos para pagar as reparações devidas pela I Guerra a franceses e ingleses, que, por sua vez, usavam o dinheiro para pagar os empréstimos feitos juntos aos norte-americanos para financiar o esforço militar durante a I Guerra. Em outras palavras, o êxito da estabilização da República de Weimar havia dependido do acesso ao crédito propiciado pelos EUA. Todavia, com a crise financeira de 1929, o crédito norte-americano se esgotou.

Lavoro do regime italiano fascista ou o programa Reinhardt² de recuperação de empregos do governo nazista (TOOZE, 2013, p. 72), não se pode falar em um Estado Social de Direito nestes casos, por todo custo que essas experiências autoritárias representaram em matéria de supressão de direitos humanos.

O interregno autoritário suspendeu as potencialidades do constitucionalismo social. Com o fim da II Guerra Mundial e com a progressiva redemocratização dos países europeus ocidentais ao longo do século XX, a forma de praticar o constitucionalismo se alterou. O chamado constitucionalismo democrático incorporou a dignidade humana como princípio fundamental e retomou os direitos sociais reconhecidos na primeira metade do século XX. Algumas constituições democráticas do segundo pós-guerra definem, explicitamente, os Estados que regulam como social e democrático de Direito (Alemanha e Espanha).

Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949

Artigo 20

[Princípios constitucionais – Direito de resistência]

(1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.³

Constituição espanhola de 1978

Artigo 1

1. Espanha constitui-se num Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores da sua ordem jurídica a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político.⁴

² Nome dado em homenagem a Fritz Reinhardt, secretário de Estado no Ministério das Finanças nazista, principal porta-voz da política de criação de empregos por meio (TOOZE, 2013, p. 71).

³ Declaração do Conselho Parlamentar: O Conselho Parlamentar confirmou em sessão pública, no dia 23 de maio de 1949 em Bonn, que a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, aprovada pelo Conselho Parlamentar no dia 8 de maio de 1949, tinha sido ratificada na semana de 16 a 22 de maio de 1949 pelos Parlamntos de mais de dois terços dos Estados alemães participantes. Baseando-se nesta confirmação, o Conselho Parlamentar, representado pelos seus Presidentes, sancionou e promulgou a Lei Fundamental. Assim sendo, e em obediência ao Artigo 145 §3, publique-se a Lei Fundamental no Diário Oficial da Federação. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 19.05.2019.

⁴ Aprobada por las Cortes Generales el 31 de octubre de 1978. Ratificada por Referéndum Popular el 6 de diciembre de 1978. Sancionada por su Majestad el Rey Don Juan Carlos I ante las Cortes Generales el 27 de diciembre de 1978. (B.O.E., n.º 311-1, de 29 de diciembre de 1978). Reforma del artículo 13, apartado 2, de la Constitución Española, de 27 de agosto de 1992. (B.O.E., n.º 207, de 28 de agosto de 1992). Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em 19.05.2019.

A técnica jurídica tentou sintetizar uma identidade democrático pluralista do ser humano: a ideia de pessoa em sua dimensão individual e de ser social, unificando os conceitos de liberdades públicas e direito social (BALDASSARRE, 2004, p. 76). Positivou-se, em certa medida, o imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de fins.

Ao atentar para os obstáculos estruturais à integração dos grupos hipossuficientes e historicamente marginalizados, o constitucionalismo do pós-guerra tem nítido caráter pluralista, visando remover os obstáculos de ordem econômica e social que limitam a liberdade dos indivíduos e impedem o desenvolvimento da personalidade, considerada como autonomia do indivíduo para se autodeterminar sobre seus valores, anseios, desejos, imagem e comportamento, sem imposições externas indevidas.

Para evitar os problemas de efetividade da experiência de Weimar, reconheceu-se a força normativa da Constituição, a jurisdição constitucional foi aprimorada para incorporar o controle de constitucionalidade por omissão do legislador, como no caso explícito da Constituição Portuguesa de 1976.

Constituição da República Portuguesa

Artigo 283.º

(Inconstitucionalidade por omissão)

A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.⁵

É justamente em Portugal onde o experimentalismo do constitucionalismo democrático do pós-guerra nos interessa, com o desenvolvimento do constitucionalismo dirigente, teoria da constituição e prática constitucional com influência expressa na Constituição brasileira de 1988.

⁵ Aprovada em 2 de abril de 1976. Disponível em: <https://dre.pt/constituicao-da-republica-portuguesa>. Acesso em 19.05.2019.

1.1.2 Dirigismo constitucional

O papel estruturante e organizativo do constitucionalismo é aprofundado pelo chamado dirigismo constitucional. Cuida-se da teoria originalmente formulada pelo jurista alemão Peter Lerche em 1961, que enxergava nas constituições do pós-guerra um novo domínio aos setores tradicionalmente existentes em uma constituição. Para Lerche, ao lado das disposições determinantes de direitos e garantias fundamentais, estruturação e organização do Estado, haveria um elenco de políticas que configurariam uma imposição permanente ao legislador (BERCOVICI, 2014, p. 09).

A ideia de constituição dirigente, tal como trabalhada no ambiente acadêmico luso-brasileiro, deve-se, sem dúvida, a uma adaptação formulada por José Joaquim Gomes Canotilho das teses de Peter Lerche (BERCOVICI, 2014, p. 09). O próprio Canotilho trata o legado do pensamento do jurista alemão em sua obra de doutorado como decisivo, ao afirmar que quando Peter Lerche publicou sua notabilíssima *Habilitationschrift – Übermas und Verfassungrecht*, no começo dos anos 60, a ciência do direito constitucional despertou para um problema que, se não era novo, assumia naquela altura uma decidida centralidade dogmática (2001, p. xii).

Realmente o problema a que Canotilho se debruçava não era novo, tampouco isolado. na virada do século XIX para o século XX, Rui Barbosa já distinguia, com base na teoria constitucional estadunidense, as *self-executing provisions* das *not self-executing provisions* (MENDES; BRANCO, 2014, p. 69), ou seja, Rui Barbosa assinalava a existência de normas constitucionais autoaplicáveis e de normas constitucionais não-autoaplicáveis.^{6 7}

Todavia, a juridicidade dos direitos sociais e o aumento de atribuições estatais implicou em um problema dogmático de saber se o poder legislativo poderia continuar a ser, num Estado Constitucional de Direito, um poder livre nos fins, desvinculado dos mandados

⁶ Nesta toada, oportuno esclarecer que mesmo as chamadas Constituições-Garantia, típicas dos Estados liberais do final do século XVIII e início do século XIX, também exigiam providências regulamentadoras do poder legislativo, ainda que em extensão menor do que as constituições do século XX. Segundo Luís Roberto Barroso a problemática da eficácia das normas constitucionais jamais chegou a ser importante nos EUA, em razão da tradição normativa e judicialista daquele país (2019, p. 213).

⁷ Para ficar na história constitucional brasileira, as constituições de 1934, 1946 e 1967 (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969) pretenderam estabelecer um Estado social no Brasil, com a previsão de direitos sociais e a disciplina de intervenção estatal na ordem econômica e social, mas várias normas jamais foram disciplinadas pelo legislador. Por exemplo, a Carta Constitucional da ditadura militar assegurava um amplo elenco de liberdades públicas que não valiam para os subversivos e prometia aos trabalhadores direitos sociais como colônias de férias e clínicas de repouso (BARROSO, 2019, p. 217). Em suma, na prática constitucional brasileira, o jogo político do poder econômico e a influência de setores conservadores barraram, em inúmeras ocasiões, a consecução dos avanços sociais previstos na lei maior.

constitucionais de legiferação, ou se, pelo contrário, existe fundamento para alicerçar uma doutrina dos limites da liberdade de conformação do legislador.

Em sua tese de doutoramento em Coimbra, originalmente defendida em 1982, que tinha por título *Constituição dirigente e vinculação do legislador* e como subtítulo *contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Canotilho aponta para um núcleo programático em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições aos órgãos constituídos, inclusive o legislativo (CANOTILHO, 2001, p. 224).

Em outras palavras, a constituição dirigente estabelece metas a todos os órgãos estatais e não há liberdade de escolha no seu cumprimento. Isso importa em que a Constituição já não é apenas a representação da ordem estabelecida, a defesa do *status quo*, mas também a formulação de uma ordem futura, a antecipação do porvir (GRAU, p. 301).

Para os defensores do constitucionalismo dirigente, há um ponto em comum entre a visão pioneira de Lerche e a tese de doutorado de Canotilho, porém também existe uma diferenciação patente entre os autores (BERCOVICI, 2014, p. 09). Em comum, ambos desejam vincular o legislador à constituição, desconfiam do engajamento constitucional do legislador constituído e combatem uma certa unanimidade doutrinal em torno da liberdade de ação do legislador. Já o que difere Lerche de Canotilho é a amplitude da pretensão dirigista. O português intentou um projeto de reconstrução da teoria da Constituição por meio de uma teoria material da Constituição, concebida também como teoria social (BERCOVICI, 2014, p.09).

O constitucionalismo dirigente advogado por Canotilho ecoou decisivamente na elaboração da constituição brasileira de 1988, associada ao ideário do Estado Constitucional de Direito. Para Gilmar Mendes e Paulo Branco, a Constituição de 1988 tem indúvida propensão dirigente, pois traça metas, programas de ação e objetivos para a atividade do Estado (2014, p. 63).

Entretanto, muitos dos problemas institucionais brasileiros são creditados ao dirigismo constitucional de 1988. Roberto Mangabeira Unger tece uma série de críticas as promessas de direitos de toda ordem previstas na constituição vigente, que denomina sarcasticamente de weimarismo tardio (UNGER, 2011, p. 65).

O próprio Canotilho, no prefácio da segunda edição de sua obra, fez uma revisão crítica da recepção do texto na doutrina e delinea cenários de como a constituição dirigente

sobreviveria, se é que sobreviveria, no alvorecer neoliberal do século XXI (CANOTILHO, 2001, p. I).

Visivelmente influenciado pela sociologia dos sistemas de Niklas Luhmann, Canotilho afirma em 2001 que o constitucionalismo dirigente está morto, se for percebido como normatividade constitucional revolucionária capaz de, por si só, transformar a realidade e se for alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais.

Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta **se** o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, **por si só**, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e **alheio** aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania **seria** prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição, erguendo-se à categoria de linha Maginot contra invasões agressivas dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2001, p. XXIX, grifos nossos).

A evolução do pensamento de Canotilho gerou, no início do século XXI, um debate acadêmico no Brasil sobre o futuro da constituição dirigente que culminou na edição do livro *'Canotilho e a constituição dirigente'* (COUTINHO, 2005), um diálogo entre o constitucionalista português e juristas brasileiros. Deste debate, é possível concluir que a morte declarada da constituição dirigente é relativa, no sentido que o próprio autor argumenta de maneira condicional no texto de 2001, daí nossos grifos no trecho citado.

No aludido debate o constitucionalista português afirma, ainda, que a constituição dirigente não morreu, no sentido que o modelo dirigente por ele proposto não é um modelo de defesa estático dos direitos econômicos e sociais como a malfadada defesa militar francesa da II Guerra Mundial (linha Maginot), mas um modelo responsivo que deve refletir as mudanças estruturais do Estado no começo do século XXI, de um direito mitigado no qual o Estado não é um herói local que pode regular todos os aspectos da sociedade. Dito de outro modo, Canotilho não adere ao neoliberalismo, direitos sociais devem permanecer na Constituição, o que autor flexibiliza é a política pública de concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Portanto, quando coloca essas questões da 'morte da constituição dirigente', o importante é averiguar por que é que se ataca o dirigismo constitucional. Uma coisa é dizer que estes princípios não valem e outra é dizer que, afinal de contas, a Constituição já não serve para nada, já não limita nada. O que se pretende é uma coisa

completamente diferente da problematização que vimos efectuando: é escancarar as portas dessas políticas sociais e económicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. **Então eu digo que a constituição dirigente não morreu** (in COUTINHO, 2005, p. 31, grifo nosso).

Gilberto Bercovici pensa o constitucionalismo dirigente no contexto brasileiro e rechaça qualquer discurso ideológico de morte da constituição dirigente. Para o autor, o significado de constituição dirigente no Brasil está associado à concepção de constituição como um projeto de construção nacional. A Constituição de 1988 é um projeto de desenvolvimento nacional e a crise da constituição dirigente é a crise política deste projeto desenvolvimentista.

A work's hypothesis would be of trying to understand if the States that seek to finish their national construction, such as Brazil, would end up adopting the idea of the constitution as a plan of social transformations and of State, founded in the view of a national project of development. This hypothesis could explain the conception of directive constitution adopted by the Brazilian National Constituent Assembly of 1987-1988. And the corollary of it all would be the aspect that the Brazilian constituent crisis would be overcome with the fulfillment of the 1988 constitutional project, that would include the construction of the Nation. (BERCOVICI, 2014, p. 15)

Logo, a crítica feita à constituição dirigente, decorre de escolhas políticas contra à Constituição e não do dirigismo em si. Nesta toada, acusa-se indevidamente as constituições dirigentes de responsável pela ingovernabilidade, de engessar a política e constranger a eficiência económica. Para o autor, a imposição, por meio de reforma constitucional e legislação infraconstitucional, da política económica ortodoxa de ajustes fiscais e desregulamentação económica também pode ser interpretada nos mesmos moldes de ingovernabilidade.

Nesta linha de raciocínio, Gilberto Bercovici discorda de Canotilho e argumenta que o constitucionalismo dirigente é uma teoria constitucional sem teoria do Estado e sem política, pois, afinal, é apenas através do Estado e da política que a constituição será eficaz (BERCOVICI, 2014, p. 13), enquanto o autor português enxerga uma crise na centralidade do Estado como único senhor do sistema constitucional.

Da nossa parte, uma interpretação moderada do fenómeno da crise da constituição dirigente pode apontar saídas para o impasse. Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que o programa constitucional pode ficar obsoleto, a constituição portuguesa de 1976 é um exemplo desta desatualização, uma vez que previa em sua redação original uma transição ao socialismo

como um princípio fundamental da República portuguesa. Ademais, a atual constituição brasileira, emendada 99 (noventa nove) vezes é muito diferente do projeto dirigista original.

Por outro lado, o texto constitucional regula uma ordem histórica concreta, dinâmica, contemporânea a realidade, logo quem escreveu o texto constitucional não é o mesmo que interpreta ou concretiza. Daí explica-se o porquê do ex-ministro do STF Eros Roberto Grau afirmar que não existe a Constituição do Brasil de 1988, mas a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada (GRAU, 2003, p. 329).

O processo político constitucional oscilará, fenômeno natural da própria dialética democrática. Mesmo com todas as emendas, o prolixismo e utopia da Constituição de 1988, o dirigismo do texto não se esvaiu e representa um avanço civilizacional para sociedade brasileira. Com raras exceções, no Brasil altera-se a constituição para expandir o alcance de suas normas e o seu significado.

Neste sentido, o país permanece em uma agenda constituinte permanente (COUTO; ARANTES, 2006, p. 41), os governos são obrigados a desenvolver boa parte de suas reformas no plano constitucional. Uma hipótese comum para justificar este estado de coisas seria o fato que a Constituição de 1988 nasceu anacrônica, previu uma série de políticas nacional-desenvolvimentista no auge do neoliberalismo no mundo anglo-saxão, centro do capitalismo global.

Entretanto, um contraponto a esta tese é que as reformas constitucionais modernizantes dificilmente redundaram em diminuição do aparato normativo constitucional, em uma desconstitucionalização de direitos ou diminuição textual dos dispositivos constitucionais. Pelo contrário, o texto cresceu, a necessidade de sofisticar a burocracia estatal para proteger direitos sociais foi imposta ao legislador de diversas formas: pelo dever de criação de agências reguladoras no âmbito das telecomunicações (artigo 21, XI, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 08/1995); pela permissão para contratar agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público (artigo 198, § 4º, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 51/2006); ou pela criação de novos fundo setoriais de desenvolvimento, tal como o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (artigo 79 do Atos das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, na redação dada pela Emendas Constitucionais nº 31/2000, 42/2003 e 67/2010).

O embate sobre a morte da constituição dirigente entre juristas portugueses e brasileiros tem um ruído decorrente dos condicionamentos históricos da realidade de cada país. Portugal é um país europeu, a partir da redemocratização de 1976 se desenvolveu com base nos fundos econômicos da comunidade europeia. Hoje o país está totalmente integrado a União Europeia e com a reinvenção da soberania e do território que essa união exige pode relativizar o papel do Estado nacional. Ao contrário, no Brasil, a centralidade estatal na regulação da sociedade ainda é necessária para o desenvolvimento do país.

1.2 Assembleia Constituinte e a batalha regulamentar

1.2.1 Crise e poder constituinte.

O fenômeno constitucional que ocorreu na República de Weimar, denominado por Carl Schmitt de compromissos formais dilatórios se repetirá, novamente, na redação da Constituição brasileira de 1988. Os dois processos constituintes guardam algumas similitudes, sem embargo dos quase 70 (setenta) anos que os separam historicamente.

Ambos surgiram em um contexto de ebulição social, esgotamento político do modelo anterior e em meio a uma crise econômica que combinava hiperinflação e restrição fiscal do governo. A República de Weimar surge em 1919, dos escombros do império alemão derrotado na I Guerra Mundial (1918), e de uma tentativa fracassada, ao final da guerra, de instalar uma República socialista na Baviera e expandir o modelo aos demais estados alemães (1918-1919). O processo constituinte brasileiro de 1988 tem seus antecedentes históricos no esgotamento do milagre econômico da ditadura militar,⁸ o que levou a perda de legitimidade do regime e a necessidade de inflexão do modelo autoritário para uma progressiva democratização, vigiada pelos militares.⁹

⁸ O modelo de desenvolvimento econômico imposto pelos militares foi demolido pelos choques do petróleo dos anos 1970 (FARIA, 1989, p. 45), submetendo o país a hiperinflação, déficit público e dívida externa, que saltou de 12,5 bilhões de dólares em 1973 para 81,3 bilhões de dólares em 1983.

⁹ Em recente livro sobre os bastidores da Assembleia Constituinte, o jornalista Luiz Maklouf Carvalho faz revelações surpreendentes sobre o papel dos militares durante a redação da futura Constituição de 1988. Tanto o presidente como o ministro do exército à época informam que houve risco de um golpe militar durante os trabalhos constituintes. Os militares simplesmente não aceitavam uma redação que impedia as forças armadas de intervir na ordem interna. O relator da constituinte, Bernardo Cabral, não cumpriu o prometido aos militares e foi forçado a rever a questão pelos chefes das três armas. O general Leônidas Pires Gonçalves, ministro do exército no governo

Curiosamente, nos dois casos, não havia margem econômica que permitisse a realização dos vários compromissos sociais que foram positivados na Constituição. Isto ocorreu pela falta de um consenso mínimo nos dois casos entre setores populares e conservadores. Na ausência de um compromisso mínimo, a dilação decisória encontra condições propícias para se desenvolver.

Logo, deve-se analisar o contexto da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 para entender o porquê de os constituintes adiarem a eficácia de vários preceitos constitucionais, deixando a cargo legislador regulamentar uma matéria constitucional que poderia, em tese, ser regulamentada eficazmente na própria Constituição.

Para consecução deste objetivo, serão utilizadas as teses propugnadas pelo filósofo político John Elster sobre o funcionamento de assembleias constituintes, contidas em dois textos: *The optimal design of a Constituent Assembly* (2012) e *Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process* (1995).

Em uma concepção estritamente jurídica, o poder constituinte é ilimitado, mas exige um concerto político para instaurar um novo regime constitucional. O problema é que raramente Constituições são elaboradas em contextos de normalidade institucional.¹⁰ Justamente, nestes cenários de crise e que emergem os processos constituintes com seus paradoxos insolúveis.

O primeiro paradoxo é o contexto de crise que gera o processo constituinte não é um ambiente propício para a elaboração de uma Constituição. É uma tarefa sofisticada criar uma constituição minimamente consensual em um momento no qual as paixões, o facciosismo, o auto interesse e, em vários casos, a violência, estão ostensivamente presentes no seio social. O segundo paradoxo do processo constituinte é que sem a emergência da crise, os agentes políticos não têm os incentivos necessários para promover alterações institucionais da magnitude que envolve a criação de uma nova Constituição (ELSTER, 1995, p. 394).

Na assembleia constituinte brasileira de 1987-1988 esses dois paradoxos estão presentes. A derrocada do regime militar e a redemocratização brasileira vieram ao reboque de

Sarney, afirmou, textualmente que não deixaria passar uma proibição a intervenção militar na ordem interna (CARVALHO, 2018, p. 65).

¹⁰ Os exemplos são inúmeros. Das constituições setecentistas dos EUA (uma resposta aos problemas da confederação) e da França, passando pelas Constituições alemãs elaboradas após derrotas militares no século XX (Constituição de Weimar e Lei Fundamental de Bonn), constituições pós-coloniais africanas e asiáticas, até as constituições democráticas dos países que foram satélites soviéticos, o contexto de elaboração de uma constituição é de crise.

uma crise econômica, política e social aguda. O sistema político partidário já estava pulverizado com a quebra do bipartidarismo do regime militar; forças conservadoras ainda tentavam reverter a abertura, recorrendo inclusive a atos de terrorismo, tal como o caso do RIOCENTRO.

No quadro social, a ditadura promoveu, por uma série de políticas econômicas e sociais que não cabe aqui detalhar, um êxodo rural em ritmo acelerado. Em 1960 o Brasil ainda era um país agrário, 54,2% dos brasileiros vivam no campo enquanto essa proporção cairia para 32% na década de 1980 e 24,53% em 1991, conforme dados do IBGE. A mudança do campo para a cidade significou nesses anos a precarização da renda da classe trabalhadora sem qualificação, criação de bolsões de pobreza na periferia das grandes cidades e explica, em parte, a explosão de criminalidade e da violência nos anos 1980.

1.2.2 Crise e formação da assembleia constituinte.

O poder constituinte originário é inicial em relação a nova ordem jurídica que criará, mas simultaneamente é iniciado com base em uma ordem jurídico-política anterior. Logo, o poder constituinte originário deseja suplantar o antigo regime, mas de algum modo, essa institucionalidade anterior influencia os seus trabalhos. Na revolução francesa, os estados gerais foram convocados pelo rei. A convenção da Filadélfia tinha por missão inicial rever o acordo da confederação, não criar uma constituição.

Em outras palavras, no processo constituinte para criação de uma democracia constitucional deve-se garantir a participação das diversas forças políticas. Todavia, há sempre uma dimensão não-democrática na convocação de uma Assembleia Constituinte (ARATO, 1997, p. 06), seja em relação a lei eleitoral utilizada para a escolha dos delegados ou problemas de representação das forças políticas.

Neste sentido, a dimensão não-democrática da constituinte de 1987-1988 está na sub-representação parlamentar na Câmara dos Deputados dos Estados mais populosos e desenvolvidos e na super-representação das regiões menos populosas e desenvolvidas do país, fato que não foi ilidido pelo funcionamento unicameral das casas legislativas durante a constituinte, tanto que o problema não foi solucionado a contento nem mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (FARIA, 1989, p. 20).

A ditadura pode ter caído, mas as forças políticas que a sustentaram estavam ativas durante a constituinte. As oligarquias conservadoras que compunham o chamado ‘Centrão’, preservadas na constituinte por um modelo de eleição dos anos de chumbo, talvez tenham demorado para reagir aos progressistas, mas conseguiram mudar o regimento interno da Assembleia Nacional Constituinte (GOMES, 2006, p. 212) e, conseqüentemente, desidratar no plenário os temas mais caros para os trabalhadores, remetendo-os a regulamentação infraconstitucional, postergando a produção de efeitos para um futuro incerto e indefinido (FARIA, 1989, p. 66).

Em suma, o modelo de seleção de delegados, contaminado pelo personalismo e pelo fisiologismo, bloqueou as aspirações modernizadoras e fomentou a irracionalidade, com parlamentares viciados no atendimento de seus próprios interesses.

Na teoria política, critérios de governabilidade favorecem o modelo eleitoral majoritário sobre o proporcional enquanto critérios de legitimidade impõe a primazia de eleições proporcionais sobre majoritárias, posto que eleições proporcionais promovem diversidade. Quando a assembleia exerce simultaneamente o papel de poder constituinte e poder constituído falhará em um aspecto.

No caso da Assembleia Constituinte de 1987-1988, o problema da legitimidade parece evidente e foi reproduzido pela Constituição de 1988 ao estabelecer limites mínimos e máximos de deputados por Estados. Ao estabelecer um número mínimo de oito e máximo de sessenta deputados, inviabiliza-se a proporcionalidade necessária para manter o sufrágio igualitário de “um cidadão um voto”, visto a disparidade existente entre os Estados mais e menos populosos. A proporção entre o Estado menos populoso com menor eleitorado e o mais populoso com maior eleitorado não cabe matematicamente dentro da proporção entre oito e setenta.

1.2.3 Interesses, paixão e razão – os motivos e crenças subjacentes ao processo constituinte.

Ao analisar a interação entre interesse, paixão e razão no processo de construção constitucional, o politólogo John Ester formula axiomas, diretivas normativas, para o desenho ótimo de uma Assembleia Constituinte: em termos negativos a assembleia constituinte deve ser organizada para minimizar os interesses pessoais ou de grupo, inclusive da presente geração e,

ao mesmo tempo, o processo deve ser desenhado para proteger os constituintes da influência da paixão, seja a paixão deles próprios ou de terceiros em posição de influenciá-los ou pressioná-los; em termos positivos, a assembleia constituinte deve ser organizada para maximizar a influência da razão (ELSTER, 2012, p. 152).

O problema reside em como operacionalizar estes axiomas na prática. Afinal, constituições não são feitas em um ambiente puramente racional, convenções constituintes não são laboratórios esterilizados e assépticos para experiências controladas.

Em relação a paixão como fator motivacional, o pensamento de Elster tangencia a ambiguidade. Por um lado, o autor defende que a sobriedade deve prevalecer em uma constituinte. Elster enxerga na vaidade dos delegados (uma forma de comportamento apaixonado) um dos principais problemas para a deliberação constituinte e pugna sua mitigação pelo uso debates a portas fechadas, em segredo, para se evitar uma negociação baseada em posições intransigentes (ELSTER, 1995, p. 384). Concomitantemente, o autor reconhece que a paixão é necessária para ação, principalmente nos casos de empreendimento difíceis, tais como a elaboração de uma constituição (ELSTER, 2012, p. 379-380).

Um outro ponto paradoxal está na relação entre razão e interesse. Muitas vezes o interesse transveste-se de razão por meio de apelo a argumentos lógicos e aparentemente imparciais. John Elster não nega esta possibilidade, mas recusa a afirmação categórica que todo argumento racional é um disfarce para um interesse oculto (ELSTER, 1995, p. 379-380). O autor julga tal concepção como reducionista e incoerente. Para Elster, se não houvesse razão, ninguém argumentaria com base nela, ocorre que em alguns casos o interesse é parasitário de argumentos legítimos (ELSTER, 1995, p. 380).

Ao cotejar os axiomas desenvolvidos por John Elster com a experiência constituinte brasileira de 1987-1988, torna-se patente várias disfuncionalidades na instalação e funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte que originou a Constituição Federal de 1988.

Em primeiro lugar, ao contrário do que é defendido teoricamente pelo autor, a assembleia constituinte de 1987-1988 maximizou o interesse em suas várias subespécies. O processo eleitoral de 1989 contaminou os trabalhos da Assembleia Constituinte, haja vista que muitos parlamentares constituintes tinham o interesse nos cargos eletivos em disputa (auto interesse), tanto para o legislativo como para o executivo. O presidente da Assembleia

Constituinte chegou a ser acusado de usar os trabalhos constituintes para promover sua campanha presidencial (CARVALHO, 2017, p. 49).

Adicionalmente, apesar de a Assembleia Constituinte funcionar de maneira unicameral, foram eleitos deputados e senadores constituintes como se na prática a Constituinte fosse bicameral. Na análise constitucional comparada (ELSTER, 1995, p. 381) já foi identificada uma tendência de uma constituinte bicameral criar um legislativo bicameral e uma constituinte unicameral criar um parlamento unicameral (interesse institucional).

O interesse corporativo (interesse de grupo) é o traço mais marcante dos problemas do desenho institucional da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Para o administrativista Carlos Ari Sundfeld, a Constituição de 1988 é mais uma Constituição chapabranda que uma constituição cidadã, destinada a assegurar posições de poder a organizações estatais e paraestatais (SUNDFELD, 2012, p. 56). Associações de juizes e de promotores, sistema S, Petrobrás, vários lobbys foram contemplados na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988.

No rigoroso diagnóstico de José Eduardo Faria (FARIA, 1989, p. 18)

Ao evitarem partir de um texto básico como o da Comissão Afonso Arinos ou o que poderia ter sido escrito por uma grande comissão constitucional e ao trabalharem sem um diagnóstico das crises econômica, social e política em condições de sustentar e balizar suas estratégias de negociação, os constituintes acabaram agindo em conformidade com as pressões contraditórias dos lobbies, das corporações e dos movimentos organizados.

Em relação as paixões, o desenho adotado no Brasil foi o da publicidade irrestrita e o local de deliberação foi a própria capital federal. John Elster afirma que se os procedimentos da Assembleia Constituinte são secretos, não importa o local da convenção, mas se os procedimentos são públicos, a localização pode impactar na qualidade do texto final (ELSTER, 2012, p. 159).

A publicidade da deliberação tem dois complicadores: expor os constituintes as suas paixões, dificultando a negociação, haja vista que o ônus político de mudar de posição é muito alto; e, sujeita os constituintes a subornos e ameaças de grupos estatais e privados poderosos. Nestes casos, Elster recomenda que a localização da Assembleia seja em uma cidade menor,

longe da pressão política dos grandes centros, tal como os alemães fizeram em 1919 em Weimar.

Andrew Arato trabalha com um princípio parecido, do véu da ignorância como processo empírico (ARATO, 1997, p. 36). A ideia do autor é o estabelecimento de arranjos institucionais e contextos nos quais os constituintes não possam utilizar a deliberação constituinte para promover seus interesses e paixões, tais como proibir os constituintes de concorrer as primeiras eleições gerais, a criação ou revisão das normas eleitorais, formação de um quadro institucional que envolva grandes pesos e contrapesos, inclusive a proteção da minoria.

Transpondo o debate teórico para o episódio constituinte de 1987-1988, fica claro os diversos problemas neste quesito. A Assembleia Nacional Constituinte reuniu-se na sede do Congresso Nacional em Brasília, os trabalhos das comissões eram públicos, que submeteu os constituintes aos desejos, interesses e assédios do presidente José Sarney, dos militares e dos diversos grupos de interesse estatais, privados e dos trabalhadores.

O então presidente José Sarney pressionou o quanto pode para garantir um mandato presidencial de 05 (cinco) anos enquanto os parlamentares constituintes desejavam um mandato de 04 (quatro) anos para o presidente Sarney. Os militares veladamente ameaçavam os constituintes para preservar sua autonomia, o controle da indústria de armamentos e suas pesquisas na área nuclear (FARIA, 1989, p. 19).

1.2.4 As restrições do poder constituinte

O conceito doutrinário de poder constituinte originário, falar em restrições ao processo constituinte parece equivocado. Todavia, mesmo na teórica jurídica (MIRANDA, 2008, p. 157) se diferenciam os momentos do triunfo de certa ideia de Direito ou do nascimento de certo regime (poder constituinte material) e o da formalização dessa ideia ou regime (poder constituinte formal).

Em outras palavras, há um momento político de conflito sobre o que será a nova ordem e, com a promulgação da Constituição, a formalização desta nova ordem jus-política. As restrições ao processo constituinte podem acontecer nestes dois momentos. É o que John Elster chama de restrições *upstream* e restrições *downstream* (ELSTER, 1995, p. 373).

As restrições *upstream* são aquelas impostas no ato de criação da assembleia constituinte, pelo agente externo criador, que pode ser um rei, um ditador, uma força de ocupação estrangeira ou um grupo político. Restrições *upstream* podem estabelecer limitações procedimentais ou substanciais aos trabalhos da Assembleia Constituinte, tais como fizeram os aliados na Alemanha em 1949, exigindo um federalismo com competências administrativas residuais para União, com o objetivo de se evitar a ascensão de um novo governo autoritário.

Já as restrições *downstream* nascem do processo de ratificação da Constituição. A ratificação pelo povo, por um rei, por órgãos subnacionais ou por uma força de ocupação estrangeira impõe aos constituintes considerar os interesses dos destinatários do seu trabalho, sob pena de por tudo a perder. A necessidade de ratificação do texto produzido pelo órgão constituinte funciona como uma forma de limitação da discricionariedade dos delegados (ELSTER, 1995, p. 375).

Há um jogo de forças entre os delegados constituintes e os criadores da Assembleia Constituinte, no qual tentativas de imposições unilaterais de interesses ou crenças pode ser retaliado. Portanto, é possível inferir que entre as dicotomias poder constituinte limitado / ilimitado ou poder constituinte condicionado / incondicionado, há um ajuste fino que tende ao equilíbrio.

Não existe um desenho ótimo de processo constituinte, mas metaforicamente o desenho pode ser descrito como uma ampulheta, no qual o desenho de uma assembleia constituinte deve ser aberto no momento de seleção dos delegados, fechado ou secreto no momento de discussão e deliberação do texto constitucional e reaberto no momento de ratificação da Constituição (ELSTER, 2012, p. 169).

A experiência constituinte brasileira lidou de modo diverso com as restrições *dowstream* e *upstream* a que estava submetida, mas a existência das restrições em si não foi captada pelos juristas, preocupados em interpretar os fatos dentro do léxico do direito, ao abrigo da dogmática jurídica.

Para Jorge de Miranda o momento decisivo, o que assinalou a viragem política fundamental, o que marcou o fim da ditadura militar foi a eleição do candidato Tancredo Neves a Presidente da República, proposto pela oposição ao regime militar, pelo colégio eleitoral em janeiro de 1985. Para o constitucionalista português foi esse resultado e não a Emenda Constitucional nº 26/1985 que envolveu a mudança de regime (MIRANDA, 2008, p. 159).

Já Manoel Gonçalves Ferreira Filho vai em direção oposta. O autor sustenta que a atual Constituição de 1988 seria fruto do poder constituinte derivado, pois a assembleia constituinte de 1987-1988 fora convocada pela Emenda Constitucional nº 26/1985, portanto por uma reforma na Constituição de 1969, cujo pressuposto de legitimidade seria o AI-5 (FERREIRA FILHO, 1999, p. 163).

As posições dos dois constitucionalistas, diametralmente antagônicas, não conseguem dar conta dos limites da abertura democrática. Os militares se resignaram com o resultado da eleição no colégio eleitoral, mas desempenharam o papel de autoridade *upstream* nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Indicaram membros para Comissão Afonso Arinos, influenciaram na escolha do relator da constituinte e a redação da missão constitucional das forças armadas foi motivo que quase desencadeou um golpe (CARVALHO, 2017, p. 51).

Ademais, a adoção de uma constituinte congressual e não exclusiva atendia aos interesses do governo Sarney, que conseguiu destituir o relator da Emenda Constitucional nº 26/1985, Flavio Bierrenbach (PMDB-SP), que pretendia convocar um plebiscito a respeito. Assim, apesar do avanço que representou a eleição de 26 de setembro de 1986 para a seleção dos deputados federais e de dois terços dos senadores que comporiam a Assembleia Constituinte, em que o direito de sufrágio se estendeu aos analfabetos, a abertura do modelo de seleção dos delegados conviveu com limitações *upstream* que influenciaram nos rumos da constituinte.

Em relação as limitações *downstream*, não se previu a ratificação do texto constitucional pelo povo. Contudo na Constituinte havia uma larga corrente parlamentarista, que não conseguiu prevalecer durante os debates. Manteve-se o sistema presidencial, mas, à luz de uma fórmula conciliatória, a Constituição de 1988 determinou a realização, em 7 de setembro de 1993, de um plebiscito para se decidir o problema, e para se escolher entre república e monarquia. Venceu o sistema presidencialista e a forma republicana de Estado.

O plebiscito de 1993, precedido de uma campanha eleitoral, atende em parte o arranjo ótimo proposto por Elster. Na metáfora da ampulheta, o processo de ratificação de uma constituição, acompanhado de um amplo debate nacional, é um arranjo muito importante para um desenho ótimo da constituinte (ELSTER, 2012, p. 169). O perigo da não-ratificação torna os delegados constituinte racionais, motivados a antecipar as preferências do eleitorado e,

consequentemente, produzem uma constituição mais democrática do que fariam sem essa restrição *dowstream*.

1.2.5 A Eficácia das normas constitucionais e a batalha regulamentar

A eficácia das normas constitucionais é um tema clássico do constitucionalismo brasileiro, matéria que Rui Barbosa já discutia no contexto da primeira constituição republicana do Brasil.

Na década de 1950, o professor Meirelles Teixeira, baseado na doutrina do publicista italiano Crisafulli, distinguia as normas constitucionais de eficácia plena, disciplinadas pelo constituinte de forma direta, imediata e completa (TEIXEIRA, 1991, p. 318); das normas de eficácia limitada, normas não plenamente operativas, incapazes de, por si sós, alcançarem efeitos jurídicos essenciais, não serem imediatamente operativas (TEIXEIRA, 1991, p. 321).

Cumprir esclarecer, também, que o autor subdividiu as normas de eficácia limitada em normas programáticas, voltadas a disciplina de assuntos eminentemente éticos-sociais, verdadeiros programas de ação social assinalados ao legislador ordinário visando prestações positivas do Estado em matéria de justiça substantiva (TEIXEIRA, 1991, p. 328); e as normas de legislação, também de eficácia diferida e voltadas ao legislador, mas sem o caráter principiológico das programáticas (TEIXEIRA, 1991, p. 329).

José Afonso da Silva, em estudo clássico sobre o assunto, classifica quanto a eficácia as normas constitucionais em três espécies: normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, entretanto sujeitas a restrição do legislador infraconstitucional; e as normas de eficácia limitada e aplicabilidade mediata, são as que demandam complementação do legislador para ser aplicadas pelo intérprete (SILVA, 2012, p. 81 e seguintes).

Obviamente, todas as normas têm uma eficácia mínima e os autores supramencionados já sabiam isso. Mesmo as normas de eficácia limitada revogam as normas infraconstitucionais com elas incompatíveis, constituem parâmetro para controle de constitucionalidade e se prestam a auxiliar o intérprete na compreensão do ordenamento constitucional (BARROSO, 2019, p. 214)

Os constituintes de 1988 utilizaram de maneira pródiga normas de eficácia limitada para conceder direitos e atingir o consenso político-ideológico mínimo necessário para a promulgação da Carta Magna. A técnica legislativa adotada pelo Poder Constituinte originário não é exclusividade da prática constitucional brasileira, mas, como bem desvela José Eduardo Faria, seu emprego foi demasiado e ocultou uma *batalha regulamentar* entre neutralização e efetividade dos novos direitos sociais previstos na Constituição de 1988 (FARIA, 1989, p. 67).

A batalha regulamentar é uma discussão de fundo político, em que se disputa o modelo de Estado adotado pela Constituição. Ainda segundo o aludido autor, a existência dessa batalha regulamentar foi o que incentivou o empenho de constituintes ligados aos setores mais populares na criação/aprovação do mandado de injunção, ação constitucional criada para garantir os direitos que aguardam regulamentação e são relacionados com o modelo de Estado Social, em que há necessidade de prestação positiva por parte do Estado, tal como consta no capítulo 2 do presente trabalho.

Foi por esse motivo que a bancada parlamentar representativa dos setores populares, tomando consciência da tentativa da bancada representativa dos setores empresariais de impor limitações formais de eficácia por meio da legislação complementar e/ou ordinária, se empenhou pela aprovação do mandado de injunção, para os casos de ausência "de norma regulamentadora (que) torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à racionalidade, à soberania e à cidadania", das "ações de inconstitucionalidade" contra "ato ou omissão que fira preceito da Constituição" e do dispositivo segundo o qual "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Igualmente consciente de que certos valores também não podem ser juridicamente tipificados e de que, ao mesmo tempo, o legislador complementar e/ou ordinário não terá como escapar da obrigatoriedade de conceituação legal de normas constitucionais vagas, abertas e indeterminadas, como fugir da necessidade de formular uma linguagem minimamente precisa e unívoca para a legislação regulamentar da nova Carta e como esquivar-se do desafio de produzir um efeito mínimo de nivelção e unidimensionalidade de suas normas, a bancada parlamentar representativa dos setores populares sempre agiu – e continua agindo – para ampliar a cunha entre a eficácia meramente jurídica – isto é, "técnica" – e a eficácia real – isto é, "sociológica" – da futura ordem constitucional. Por quê? Porque, como disse anteriormente, os grupos e classes sociais derrotados em suas pretensões sempre poderão, como recurso de última instância, optar pelo descumprimento de parte da nova Carta, sob o argumento de que ela, apesar de vigente, é injusta em seu conteúdo e ilegítima em seus fundamentos.

A consulta de jornais da época ilustra muito bem essa batalha regulamentar, que foge a análise meramente jurídica do tema. O setor empresarial brasileiro, capitaneado pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP e pela Confederação Nacional da Indústria – CNI, temia vários artigos aprovados em primeiro turno pelos constituintes, dentre

eles os trechos que disciplinava o instituto do mandado de injunção e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, conforme noticiou o Jornal da Tarde (DI FONZO, 1988).

Com o sugestivo subtítulo “Entidades querem direitos de fora”, o Jornal do Brasil noticiou a estratégia da ampla frente empresarial durante a constituinte: eliminar os artigos que atingiam diretamente o setor produtivo ou que “demonstrava preconceito com a livre iniciativa” (JORNAL DO BRASIL, 1988).

Em outras palavras, a elite empresarial e econômica patrocinou um ataque orquestrado ao dirigismo da Constituição de 1988. Direitos sociais e econômicos que não foram retirados do texto final da constituição foram negados, sistematicamente, por meio

Capítulo 2 Proteção jurídico-processual contra a inconstitucionalidade por omissão.

2.1 Delineamentos teóricos sobre a inconstitucionalidade por omissão.

Em linhas gerais, a omissão legislativa inconstitucional significa que o legislador não faz algo positivamente imposto pela constituição (CANOTILHO, 2001, p. 331). O pressuposto para a compreensão do tema é entender a constituição como uma norma jurídica superior e não como mera carta de intenções. Isso significa que todas as normas constitucionais são dignas de normatividade, significação e protagonismo, sem embargo as distintas cargas de eficácia de cada preceito constitucional.

O professor espanhol José Julio Fernández Rodrigues vislumbra dois grandes grupos na doutrina a respeito do conceito de inconstitucionalidade por omissão: aqueles que defendem a concepção ampla de inconstitucionalidade por omissão e os que defendem o conceito restrito de inconstitucionalidade por omissão (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 2003, p. 23-25). O primeiro é integrado por aqueles que entendem que a vulneração da constituição por ato omissivo abarca a emissão de atos políticos, administrativos, legislativos e, em alguns casos, judiciais¹¹. O segundo grupo, a inconstitucionalidade por omissão se limita a inércia legislativo.

O sistema constitucional brasileiro está inserido, portanto, no primeiro grupo, haja vista que o artigo 103, § 2º, Constituição Federal, não se limita ao legislador e estabelece que “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

No sentido jurídico-constitucional, omissão significa que o Poder competente para a adoção da medida necessária para tornar efetiva norma constitucional quedou-se inerte, não fez, de maneira concreta, o que estava constitucionalmente obrigado a fazer. Existe inconstitucionalidade por omissão, ainda, quando a Constituição consagra normas sem

¹¹ O autor não oferece exemplo de ato judicial que poderia implicar em inconstitucionalidade por omissão. Do ponto de vista jurisdicional, a hipótese é improvável pela garantia do *non liquet*. Resta, em nosso sistema, a possibilidade de inércia em encetar o processo legislativo quando a competência é de algum órgão judiciário (v. g. artigo 93 da Constituição Federal. Questão polêmica seria interpretar o manejo da pauta de julgamentos do STF como arbitrário, com seus pedidos vista e a retenção de processos nos gabinetes dos ministros por tempo indeterminado. Estaria o STF pecando em inconstitucionalidade por omissão?

densidade suficiente para ser autoaplicáveis, reenviando ao legislador e, também, ao executivo, a tarefa de prover essas normas de operatividade prática.

Deveras, o silêncio dos poderes constituídos só se transforma em omissão constitucionalmente relevante quando, por exemplo, o legislador (poder constituído) se transforma, com sua omissão, em verdadeiro poder constituinte de fato e ignora o conteúdo normativo da Constituição.

A doutrina pontua que não se trata de um simples dever geral de legislar para justificar uma omissão inconstitucional. Importante consignar, neste ponto, que a liberdade de conformação do legislador não é o correlato, a nível legislativo, do poder discricionário, a nível administrativo (CANOTILHO, 2001, p, 174).

Em uma democracia constitucional, o legislador tem um amplo espaço de atuação por ser um órgão político legitimado pela decisão majoritária do povo, mas a vinculação constitucional implica no dever do legislador em realizar os preceitos constitucionais impositivos; regular, por meio de norma infraconstitucional, as matérias que na constituição são objeto de injunção, obedecendo os ditames constitucionais.

Para enquadrar o problema da liberdade de conformação do legislador, Canotilho articula o conceito de imposição constitucional na sua teoria da Constituição Dirigente. As imposições constitucionais são ordens de atuação positiva dirigidas ao legislador, para que este produza leis de execução¹², simultâneas ou sucessivas, e necessárias: (i) à conformação jurídica de situações de fato; (ii) à regulamentação de questões específicas; (iii) à criação de pressupostos necessários para nova evolução do regime constitucional; (iv) à adaptação das lei antigas aos novos princípios da Constituição (CANOTILHO, 2001, p. 297/298).

Está subjacente ao conceito de imposições constitucionais a tese segundo a qual a Constituição é uma tarefa normativa-material, um projeto material vinculativo, cuja concretização compete a todos os órgãos do Estado e da sociedade. Em suma, a constituição é vinculativa-compromissória, “constitui-a-ção” de todos os seus destinatários (STRECK, 2014, p. 179).

¹² Leis de execução no sentido empregado pelo autor significa que, em termos gerais, a posição da lei relativamente à constituição não é diferente da relação hierárquico normativa entre a lei e o ato administrativo executor da mesma (CANOTILHO, 2001, p. 216). Neste ponto, apesar do constitucionalista português rechaçar a tese da discricionariedade legislativa como correlato da discricionariedade administrativa, acaba, paradoxalmente, a recorrer ao regime de direito administrativo para definir um aspecto chave do seu trabalho.

A existência das imposições constitucionais que determinam e vinculam a atividade do legislador, colocam a questão do dever de agir do legislador como um problema fundamental da efetividade das normas constitucionais. Dito de outro modo, o legislador não pode ficar em silêncio quando a lei fundamental exige atuação legiferante ou não cumprir ordem constitucional em razão de uma suposta soberania parlamentar absoluta. Nestes casos de abstenção do parlamento, há uma agressão à ordem constitucional e porque não o próprio contrato social do qual a Constituição é o elo que liga o político e o jurídico da sociedade (STRECK, 2013, p.146)

2.2 Tipologia das omissões inconstitucionais

O grande problema da tipologia das omissões inconstitucionais é distinguir as omissões absolutas das omissões totais e as relativas das parciais. É comum a jurisprudência e a doutrina confundirem esses conceitos ou, em certos casos, tratá-los como sinônimos.

Não há pretensão de solucionar as imprecisões terminológicas, mas apenas navegar de uma maneira segura por um oceano de incertezas. Neste sentido, utilizar-se-á como guia as lições do constitucionalista português Carlos Blanco de Moraes, que em estudo recente sobre a regulamentação do mandado de injunção, trata do tema com precisão a partir da doutrina alemã clássica (2013, p. 334-382).

Feita as considerações iniciais, é possível conceituar omissão absoluta como aquela em que o Poder Público, sobretudo o legislador, não cria, na totalidade ou em parte, o ato normativo reclamado pela constituição para dar concretização a uma norma constitucional não auto executável por si só (MORAIS, 2013, p. 353). O conceito encerra um critério de avaliação quantitativo (total ou parcial) do silêncio do legislador, o que implica em uma subdivisão: a omissão absoluta total e a omissão absoluta parcial.

Na omissão absoluta total, o ato normativo exigido pela Constituição para a norma constitucional ser eficaz não existe, não foi empreendido pelo legislador ou pelo administrador. É o caso, por exemplo, do direito do trabalhador a proteção em face da automação, insculpido no artigo 7º, inciso XXVII, da Constituição Federal.

A contrário senso, na omissão absoluta parcial, o órgão estatal responsável pela edição do ato normativo reclamado pela constituição para dar concretização a uma norma

constitucional não auto executável cumpre uma parte ou segmento de seu dever de legislar, abstendo-se de cumprir integralmente a Constituição. Nesta segunda espécie de omissão absoluta, há uma execução defeituosa do mandato constitucional, que é cumprindo de maneira imperfeita, incompleta, o que inviabiliza na prática o exercício regular do direito.

Blanco de Moraes utiliza o exemplo da desapropriação, prevista no artigo 5º, XXIV, da Constituição Federal (2013, p. 353). Se a lei estipular a desapropriação por utilidade pública, mas não contemplar um regime de desapropriação por utilidade social estaria incorrendo neste tipo de omissão.

No caso da omissão relativa, o problema é diverso. Trata-se de uma atividade legiferante executada em desconformidade com o princípio da igualdade, ou seja, no âmbito subjetivo de destinação da lei ou regulamento há uma discriminação infundada que atenta contra a igualdade de todos perante a lei ou eventual política afirmativa. Pessoas ou grupos em situações análogas são tratados de maneira diferente pelo Poder Público.

Nesta seara, há muita confusão entre omissão total parcial e omissão relativa. Costuma-se tratar as duas como sinônimas ou a definição de omissão relativa assimilar a da omissão total parcial. Distingui-las é, por conseguinte, fundamental.

A omissão absoluta parcial é uma lacuna técnica do ordenamento jurídico, há uma falha integradora do arcabouço jurídico uma norma constitucional não executável por si mesma foi complementada de maneira imperfeita. O constitucionalista português chega a afirmar que seria uma “lacuna de poder”, entendido como Poder Legislativo e, conseqüentemente, não seria possível ao juiz constitucional suprir a atividade legiferante sem violar o princípio da separação dos poderes.

A omissão relativa é uma lacuna axiológica do ordenamento, a norma integradora do ordenamento existe, mas não leva em conta valores constitucionalmente relevantes para o devido processo legislativo, tais como dignidade, igualdade ou proporcionalidade. De resto, a omissão relativa não pressupõe uma norma constitucional não executável, pode ocorrer em uma legislação que regulamenta uma norma de eficácia plena. Neste caso, seria possível a utilização de uma sentença de efeitos aditivos¹³ pelo Tribunal Constitucional para concretizar o direito e superar a mora legislativa (MORAIS, 2013, p. 356)

¹³ Denominação oriunda do direito italiano, também conhecida como sentença modificativas. Trata-se de sentenças que integram ou completam um regime previamente adotado pelo legislador ou, ainda, a solução concretizadoras adota pelo juiz incorpora solução constitucionalmente obrigatória. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 1217). As

Na prática constitucional há muita confusão entre essas classificações. O artigo 12-B da Lei 9.868/1999, na redação dada pela Lei 12.063/2009, dispositivo que regulamente o procedimento da ADO, trata apenas em omissão inconstitucional total ou parcial. Na mesma linha, o artigo 2º, parágrafo único, da Lei 13.300/2016, que disciplina o mandado de injunção, considera parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

Parte da doutrina brasileira e em alguns julgados do STF há confusão entre omissão parcial e a omissão relativa, a primeira englobando a segunda. Nesta direção, Luís Roberto Barroso distingue as omissões totais das parciais, mas insere nas últimas uma subdivisão entre omissão inconstitucional parcial propriamente dita e omissão inconstitucional relativa (BARROSO, 2019b. p. 330). Gilmar Mendes e Paulo Branco chegam a afirmar que a omissão parcial do legislador pode ser uma lacuna da lei ou, especialmente, de uma exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade (2014, p. 1302). Neste segundo aspecto, os doutrinadores estão utilizando a definição de omissão relativa.

No STF, há precedente utilizando a expressão omissão inconstitucional relativa como uma lacuna técnica.¹⁴ A omissão relativa não é uma lacuna técnica, mas uma lacuna axiológica. As omissões relativas implicam prévia existência de uma lei, cuja edição não é imposta concretamente pela Constituição, mas que falha na regulação do aspecto isonômico da norma, ao excluir pessoas em situação igual à dos destinatários (MORAIS, 2013, p. 356).

Está discussão não é meramente teórica, produz irracionalidade. É comum a afirmação que o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão são mecanismos para garantir a efetividade e concretude de normas de eficácia limitada. Se isso é verdade, as omissões relativas não poderiam ser objeto do mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pois incidem em situações que envolvem controle de legislação existente.

sentenças aditivas promovem uma extensão no âmbito de incidência da norma, adicionam componentes necessários originalmente desconsiderados pelo legislador.

¹⁴ MI 6858 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG 31-07-2018 PUBLIC 01-08-2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28OMISS%C3O+E+RELATIVA%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y2nbc3r>. Acesso em 22.04.2019.

2.3 O papel das Cortes Constitucionais no constitucionalismo dirigente.

Em 1928, o jurista austríaco Hans Kelsen, em seu conhecido artigo, ‘A garantia jurisdicional da constituição - A justiça Constitucional (2003)’, trata da corte constitucional como legislador negativo. Seis anos antes da primeira edição da Teoria Pura do Direito, o autor compartilhou no texto sua experiência na Corte Constitucional da Áustria da Segunda República, concebida como uma corte de controle concentrado de constitucionalidade das leis, criada com base nas suas próprias ideias. Na oportunidade, Kelsen cuidou, ainda, do problema da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade e sua compatibilidade com o princípio da separação dos poderes (BREWER-CÁRIAS, 2011, p. 05).

Em linhas gerais, o controle concentrado de constitucionalidade de índole kelseniana baseia-se no princípio da supremacia constitucional, garantido por um tribunal constitucional, apartado da estrutura do parlamento, com atribuição exclusiva de declarar a nulidade dos atos normativos incompatíveis com a Constituição.

Cabe aqui desenredar analiticamente o conceito sumariamente exposto acima.

Em primeiro lugar, cumpre lembrar que Kelsen concebe o direito como uma ordem jurídica hierarquizada, “cada escalão da ordem jurídica é tanto uma produção de Direito, em relação ao escalão imediatamente inferior, quanto uma reprodução do Direito, em relação ao escalão imediatamente superior” (KELSEN, 2003, p.92).

Nesta ordem jurídica escalonada, a noção de constituição como escalão superior ou alicerce da ordem jurídica estatal é indispensável. A constituição define princípios, orientações e limites para o conteúdo das leis e demais atos normativos que venham a ser criados pelos poderes constituídos, bem como estabelece o modo de funcionamento dos órgãos estatais, a divisão espacial do poder e os direitos fundamentais dos cidadãos.

Logo, os atos normativos infraconstitucionais devem ser compatíveis com o processo legislativo prescrito no texto constitucional, ou seja, respeitar as exigências formais de produção de leis. Concomitantemente, o conteúdo dessas leis não pode violar os princípios e regras formulados na Constituição.

Para proteger o funcionamento da ordem constitucional Kelsen formula o conceito de garantias de regularidade, que podem ser classificadas como preventivas ou repressivas, objetivas ou pessoais (2003, p. 100). Para discussão aqui tratada sobre o modelo judicial de

controle de constitucionalidade, nos interessa as garantias repressivas objetivas, definidas como aquelas que reagem contra o ato irregular já realizado, que pode ser declarado nulo.

Para Kelsen, “não se deve contar com o Parlamento para implementar sua própria subordinação à Constituição” (KELSEN, 2003, p. 108). A saída imaginada pelo autor foi incumbir um órgão distinto do parlamento para anular as leis inconstitucionais no formato de uma jurisdição ou tribunal constitucional. O problema da proposta é que o próprio Kelsen vislumbrava no ato de anular uma lei inconstitucional uma função legislativa, então por que deixar esta função ao encargo de um tribunal?

Para enfrentar este aparente paradoxo, é preciso entender que Kelsen situa a jurisdição constitucional como uma atividade legislativa, porém exercida por um tribunal. A atividade ou função da jurisdição constitucional se difere da função legislativa do parlamento por ter caráter negativo. Isto significa que anular uma lei equivale a ditar uma norma geral, pois a anulação de uma lei possui o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, sendo uma elaboração com valor negativo (KELSEN, 2003, p. 109).

Portanto, a jurisdição constitucional funciona como um legislador, mas um legislador que apenas anula atos normativos criados pelos órgãos políticos do Estado (Executivo e Parlamento), um legislador negativo. Já o parlamento funciona, em regra, como um legislador positivo, na medida em que cria a legislação, pois “a liberdade do legislador, subordinado apenas à Constituição, só conhece limitações relativamente inexpressivas, o que lhe dá um poder de criação relativamente amplo” (KELSEN, 2003, p. 92).

O funcionamento deste órgão de controle de constitucionalidade na forma de tribunal decorre do fato que sua função é parecida ao funcionamento de um tribunal ordinário, aplicação do direito, é criação do direito em pequena escala, sendo assim uma função jurisdicional, logo os princípios de funcionamento do órgão de controle de constitucionalidade deve ser o mesmo utilizado na organização dos tribunais (KELSEN, 2003, p. 110).

O problema surge quando a Constituição Dirigente entra na equação. Como ficou assentado, este modelo parte da premissa que o legislador está obrigado a cumprir os mandados de legiferação previstos no texto constitucional, não trata a questão como mera promessa ou compromisso. Portanto, no caso de inércia/omissão dos poderes Legislativo e Executivo,

principalmente no âmbito dos direitos sociais, deveria prever a intervenção da justiça constitucional na busca da concretização do direito fundamentais.¹⁵

Isso implica em desafiar a tese kelseniana dos tribunais constitucionais como legisladores negativos. Kelsen julgava perigoso o uso de fórmulas abertas de justiça substantiva no texto constitucional, pois concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade apresentam muita divergência do ponto de vista dos interessados e confeririam um poder incontestável ao tribunal constitucional na interpretação da constitucionalidade das leis sobre o parlamento e o governo.

Para evitar semelhante deslocamento de poder – que ela certamente não deseja e é totalmente contra-indicado do ponto de vista político – do Parlamento para uma instância que lhe é estranha e pode vir a ser o representante de forças políticas completamente diferentes daquelas que se expressam nesse Parlamento, a Constituição deve – sobretudo quando ela cria um tribunal constitucional – abster-se desse tipo de fraseologia e, se desejar estabelecer princípios relativos ao conteúdo das leis, deverá formulá-los de forma tão precisa quanto possível (KELSEN, 2003, p. 120).

Neste ponto, o dirigismo constitucional aponta um caminho, à primeira vista, oposto as recomendações do jurista austríaco. A vinculação do legislador à Constituição dirigente, com seus diversos preceitos sociais, programas de desenvolvimento econômico e promoção de direitos culturais, econômicos e ambientais, permite, em tese, um controle judicial amplo da produção normativa do Estado.

Todavia, o pensamento constitucional de Canotilho variou bastante ao longo do tempo e não houve uma adesão automática a judicialização do controle de omissões inconstitucionais. Assim como os estudiosos marxistas falam do jovem Marx e do velho Marx para pontuar marcos importantes da evolução do pensamento de Karl Marx, é possível falar, respeitosamente, em um pensamento do jovem Canotilho e do Canotilho da maturidade.¹⁶

¹⁵ Kelsen enfrentou várias críticas ao seu modelo de corte constitucional. No campo político, legisladores preocupados com o aumento do poder judicial em detrimento do parlamento. No campo jurídico, as críticas dos juristas alemães como Carl Schmitt e Franz Neumann. O primeiro, adversário intelectual de Kelsen, pugnava que a guarda da constituição não caberia a um tribunal, mas ao chefe supremo da nação, e enxergava na corte constitucional de Kelsen uma supralegislatura, uma aristocracia de toga (STONE-SWEET, p. 37). O segundo, era defensor da adoção do modelo estadunidense de controle de constitucionalidade no continente europeu (STONE-SWEET, p. 35).

¹⁶ O próprio autor faz troça com essa possibilidade ao se auto referir como ‘Canotilho I’ e ‘Canotilho II’ (in JACINTO, 2005, p. 35)

O mais interessante desta análise cronológica do pensamento de Canotilho é que o jovem Canotilho, em 1982, intuía um certo dialogismo entre Tribunal Constitucional e Parlamento. Com o passar dos anos, o pensamento do autor trafegou entre a supremacia judicial e a supremacia do legislativo, entendido como legislativo supranacional no contexto da União Europeia.

Na tese original era impensável qualquer concretização judicial da norma constitucional pelos tribunais em caso de omissão do legislador (CANOTILHO, 2001, p. 341). Todavia, a declaração de inconstitucionalidade por omissão era vista como um constrangimento ao legislador e fortalecia a luta político-constitucional pela efetivação da constituição dirigente, mas “não são ‘extorquíveis’ pelos juízes e nem atualizadas pelo cidadão isolado em ação constitucional de defesa” (CANOTILHO, 2001, p. 345).

Com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, que previu ações constitucionais para colmatar a omissão do legislador, especialmente o mandado de injunção, Canotilho via na concretização de direitos pela via jurisdicional uma forma de responder a arrogância legislativa. A mudança do ponto de vista é evidente, o autor enxergou validade na concretização subsidiária judicial de normas constitucionais não aplicáveis por si mesmas.

Em texto da década de 1990, o autor português destaca que

Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regra atuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o ‘rochedo de bronze’ da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos (apud TAVARES, 2014, p. 402).

Já no aludido prefácio de 2001 da sua tese de doutoramento é possível vislumbrar um posicionamento dúbio em relação ao controle judicial da omissão normativa inconstitucional. Há um direcionamento do autor português para a supremacia do legislativo comunitário europeu, a partir da discussão do caso FRANCOVITCH (CANOTILHO, 2001, XXVIII). O autor trabalha com a ideia de tratado internacional diretivo, no qual os legisladores dos Estados-membro da União Europeia estão vinculados ao dirigismo do parlamento europeu.

Por outro lado, o caso FRANCOVITCH é um precedente do Tribunal de Justiça das Comunidades, uma manifestação judicial comparável, nos efeitos, ao mandado de injunção brasileiro (CANOTILHO, 2001, XXIX).

Em certo sentido, a evolução do pensamento do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho funciona como uma metáfora dos desafios que o controle de constitucionalidade por omissão impõe ao princípio da separação dos poderes. No Brasil, a partir da Constituição de 1988, o Estado passou não apenas a conceder, mas a fornecer os meios de garantir e efetivar os direitos sociais por meio do mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão.

A necessidade de proteção jurídico-processual específica contra a inconstitucionalidade por omissão do legislador não é um tema pacífico. Por exemplo, na doutrina espanhola, sustenta-se, com base no pensamento do professor Villaverde Menendez, que a supremacia da Constituição pode manter-se inalterada mesmo com uma omissão inconstitucional, não é necessário impor ao legislador obrigação de legislar ou substituir o legislador no exercício da função legislativa pela magistratura, basta negar o efeito jurídico da omissão inconstitucional (TEJADA, 2003, p. 293).

Nesta direção era a antiga posição do constitucionalista Luís Roberto Barroso, em texto de 1997, *Mandado de Injunção – o que foi sem nunca ter sido*. A época, decepcionado com a posição conservadora do Supremo Tribunal Federal, na linha do precedente assentado no julgamento do MI nº 107-3/DF, o autor afirmou que o mandado de injunção se tornou um óbice ou complicador desnecessário à realização dos direitos fundamentais (BARROSO, 1997, p. 429).¹⁷

Este tipo de solução tem a vantagem de oferecer uma solução rápida para o intérprete constitucional. Tem o mérito de evitar qualquer constrangimento de competência entre os poderes estatais. Todavia, não soluciona o problema da omissão do legislador, a Constituição continuará a ser desrespeitada. Ademais, nem sempre as normas carentes de mediação legislativa possuem densidade normativa mínima para possibilitar uma aplicação direta pelos Tribunais. Como o STF concretizaria o direito do trabalhador a proteção contra a automação atualmente, quando se fala em inteligência artificial?

¹⁷ Posteriormente, com a virada jurisprudencial do Pretório Excelso no julgamento conjunto dos mandados de injunção nº 670, 708 e 712, o atual ministro Luís Roberto Barroso reviu seu entendimento em edições recentes do seu livro sobre controle de constitucionalidade, animado, especialmente, com a possibilidade de decisões com eficácia erga omnes (BARROSO, 2019b, p. 189).

No fundo, toda solução tem um custo. Não há solução perfeita nos assuntos humanos, o que exige uma análise ponderada das instituições. Nesta dissertação, a análise se concentrará no Mandado de Injunção (MI) e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

2.4 Proteção jurídico-processual contra a inconstitucionalidade por omissão.

2.4.1 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO)

Ao tratar do tema da proteção jurídico-processual contra a inconstitucionalidade por omissão, a doutrina sempre busca distinguir o Mandado de Injunção (MI) da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO). Em regra, a distinção baseia-se na dicotomia controle de constitucionalidade difuso e concentrado.

O mandado de injunção é uma forma de impugnação pela via acidental ou difusa, na qual qualquer juiz pode analisar a questão constitucional referente a omissão inconstitucional, obviamente observada a regra de distribuição de competência. A ADO é uma forma de impugnação abstrata, da lei em tese, sob competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal – STF.

Há quem confunda a questão em razão das regras de distribuição de competência previstas na Constituição Federal de 1988. As ações injuncionais impetradas contra o Presidente da República, Congresso Nacional, Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, em razão do critério de competência funcional, são de competência do STF. Isso não quer dizer que o mandado de injunção é uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, como uma leitura apressada da posição de Flávia Piovesan pode supor.

Com todo respeito, a referida autora afirma erroneamente que

“Todavia, cabe esclarecer que a **competência jurisdicional ‘até certo ponto difusa’** para processar e julgar o mandado de injunção não se demonstra tão descentralizada, como à primeira vista quer parecer. Na realidade trata de competência concentrada nos Tribunais Superiores (...)

Tal **competência não é efetivamente difusa** porque, na maioria dos casos, o mandado de injunção é impetrado em virtude da falta de norma regulamentadora de atribuição do órgão Legislativo, o que pode ensejar um acúmulo indesejável de processos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (PIOVENSAN, 1995, p. 163, grifos nossos).

No caso, parece evidente que a autora usou a expressão “competência concentrada” em sentido corriqueiro, não em sentido técnico processual. Ademais, não se fala em competência jurisdicional difusa, mas em controle difuso de constitucionalidade. O STF tem competência originária *ratione personae* para julgar mandados de injunção, na forma do artigo 102, I, ‘q’, da Constituição, pois nestes casos as autoridades responsáveis pela omissão normativa inconstitucional gozam de foro na Corte Suprema, o que não se refere ao controle concentrado de constitucionalidade.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO está prevista no artigo 103, § 2º, da Constituição federal que dispõe que declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO está disciplinado na Lei nº 12.063/2009. Trata-se de ação de controle concentrado de constitucionalidade, cabível nos casos de omissão ou silêncio do Poder Legislativo, em relação as imposições constitucionais de legislar previstas na Constituição, bem como nos casos de omissão administrativa inconstitucional, hipótese em que o Executivo não edita normas regulamentares aptas a dar efetividade à constituição.

Roque Carraza entende que a omissão administrativa constitucional engloba, também, os casos em que o Poder Público não tomar medidas executórias concretas para dar efetividade a normas constitucionais e exemplifica um caso, a não aquisição e material hospitalar é uma omissão administrativa que viola o direito à saúde insculpido no artigo 196 da Constituição Federal (CARRAZA, 1993, p. 123). Salvo engano, o entendimento de Carraza está certo sob aspecto de direito material, mas não justifica o manejo processual da ADO, havendo remédios jurídicos variados para solucionar a questão, tais como mandado de injunção, ação civil pública (BARROSO, 2019b, p. 328).

Os legitimados ativos para o ajuizamento da ADO são os arrolados no artigo 103 da Constituição Federal, a saber: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A petição inicial inepta, não fundamentada, e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator no STF, cabendo o recurso de agravo da decisão. Como se cuida de processo objetivo, não cabe desistência da ação.

Um aspecto relevante é a possibilidade, em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, de a Corte Constitucional, por decisão da maioria absoluta de seus membros, conceder medida cautelar. O STF não admitia a concessão de medida cautelar em sua jurisprudência, mas com a edição das Lei nº 12.063/2009 a medida acautelatória foi expressamente prevista pelo legislador.

A jurisprudência tradicionalmente do STF inadmitia a fungibilidade entre ações diretas de inconstitucionalidade por ação e omissão. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, fundada em supostas distinções que se registram entre o controle abstrato por ação e a fiscalização concentrada por omissão, firmou-se no sentido de não considerar admissível a possibilidade de conversão da ação direta de inconstitucionalidade, por violação positiva da Constituição, em ação de inconstitucionalidade por omissão, decorrente da violação negativa do texto constitucional.¹⁸

A posição era criticada na doutrina. Luís Roberto Barroso entende que nos casos de uma omissão parcial, a lei que é incompleta ou insuficiente para regulamentar um direito também representa uma ação incompatível com a Constituição Federal, não havendo uma distinção radical entre as situações (BARROSO, 2019b, p. 337).

Em 2010, em precedente envolvendo o Fundo de Participação dos Estado – FPE, a Corte Constitucional brasileira mudou o seu próprio entendimento e passou a admitir a

¹⁸ ADI 1439 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/1996, DJ 30-05-2003 PP-00029 EMENT VOL-02112-01 PP-00076.

fungibilidade entre o controle por ação e omissão, especialmente nos casos de clara imbricação de pedidos e causas de pedir.¹⁹

2.4.2 Mandado de Injunção (MI)

O mandado de injunção é uma ação constitucional *sui generis*, envolta, desde sua positivação no texto constitucional vigente, em polêmica quanto sua origem, finalidade e utilidade. Previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, o mandado de injunção é cabível sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Parte da doutrina brasileira, ao examinar a questão da origem do mandado de injunção, vai buscar no direito alienígena a linhagem da ação injuncional, seja *writ of mandamus* anglo-saxão (SILVA, 1989, p. 10-11) ou no instituto processual germânico do *Verfassungsbeschwerde* (PIOVESAN, p. 1995, p. 110-111). Para efeitos desta dissertação, o debate tem pouco a acrescentar. De minha parte, já defendi que o mandado de injunção é uma ação sem correspondente no exterior e inspira o controle de constitucionalidade por omissão praticado em outros países, tal como é o caso do México (CASTRO; FERREIRA, 2016, p. 40).

O escopo fundamental do mandado de injunção é garantir o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais que demandam regulamentação legislativa ou administrativa de qualquer dos Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), de competência de qualquer dos entes federativos (União, Estado, Distrito Federal e Município).

A despeito da interpretação inicial do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, que aproximou o mandado de injunção com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, não há dúvida que a justaposição das ações foi perniciososa e anuviou o verdadeiro escopo do mandado de injunção por muito tempo. Não se deve descartar totalmente o apelo ao órgão, entidade ou autoridade pública em mora, mas o remédio constitucional deve dar uma resposta minimamente efetiva para afastar o prejuízo concreto experimentado pelo impetrante, em razão da falta de norma regulamentadora do gozo de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional.

Em tese, o mandado de injunção veicula uma pretensão de produção de legislação contra o réu, mas existe um direito subjetivo público a atividade normativa? Quem

¹⁹ ADI 875, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-02 PP-00219 RTJ VOL-00217-01 PP-00020 RSJADV jul., 2010, p. 28-47.

seria o responsável em satisfazer a pretensão: O Estado Legislador ou o particular? Em tese, uma lei satisfaz, por definição, os interesses da coletividade, daí que não seria concebível o reconhecimento de um poder jurídico ao particular. Entretanto, deve haver um temperamento da noção de direito público subjetivo da tradição liberal, de notório caráter individualístico, de modo a acomodar um *status activis processualis* ao cidadão. A democratização do Estado através da participação ativa nos processos de decisão, inclusive os normativos, impõe reconhecer que os interesses ao cumprimento das imposições constitucionais seja um interesse juridicamente protegido de todos os cidadãos, garantido como direito subjetivo. (CANOTILHO, 2001, p. 342).

Do ponto de vista prática, o constituinte brasileiro tentou evitar essa objeção ao estabelecer a inclusão da satisfação de um interesse concreto, que pode ser individual, coletivo ou difuso, como requisito da ação injuncional.

Todavia, a recepção doutrinária e jurisprudencial do instituto gerou verdadeira celeuma, o que resultou em pelo menos quatro concepções teóricas sobre o mandado de injunção: corrente restritiva; corrente intermediária; corrente ampla (abrangente ou ampliativa); e a corrente amplíssima (CASTRO; FERREIRA, 2016, p. 46).

Cada uma dessas formulações teóricas levam a resultados diferentes em relação ao sujeito passivo da obrigação constitucional que deverá ser réu na ação injuncional, natureza do provimento judicial e eficácia subjetiva da decisão judicial.

Em apertada síntese, a corrente restritiva advoga que o campo de incidência da ação injuncional limita-se tão somente aos direitos que decorrem da condição de nacional ou cidadão, não se aplicando aos direitos sociais. Nesta linha doutrinária, no polo passivo da ação só podem figurar como réus órgão ou autoridade estatal.

Já a corrente intermediária, sustenta que outros direitos e liberdades fundamentais não previstos no artigo 5º da Lei Fundamental possam ser objeto da proteção injuntiva, tais como os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos referentes a soberania popular, previstas no Título II da Constituição.

Os defensores da adequação do mandado de injunção para fazer valer qualquer direito vinculado em norma de eficácia limitada, pouco importando a natureza e conteúdo do preceito constitucional, são conhecidos como partidários da corrente ampla. Neste direcionamento, interpretam a parte final do inciso LXXI que menciona a nacionalidade,

cidadania e soberania como um rol exemplificativo de direitos. A diferença desta posição doutrinária para os adeptos da corrente amplíssima é o fato de que os últimos sustentam a possibilidade de manejo do mandado de injunção para a efetivação de qualquer direito materialmente constitucional, pouco importando se o direito está formalmente positivado no texto constitucional.

Com exceção da concepção restrita, nas demais concepções há opiniões que advogam a viabilidade de sujeitos privados figurarem no polo passivo da ação com o Poder Público. A ideia é que aquele que suportará as consequências práticas da decisão, o agente privado que responderá pela satisfação do bem da vida (v. g. o empregador do trabalhador que requer participação na gestão da empresa, nos termos do artigo 7º, XI, da Constituição Federal), participe no processo. Todavia, essa possibilidade foi rechaçada pela jurisprudência de nossa Suprema Corte.²⁰

A doutrina brasileira se dividiu, ainda, em relação a eficácia subjetiva da decisão proferida em mandado de injunção. Novamente, a doutrina se dividiu em diversas interpretações sobre o instituto. Formou-se dois grupos, os não-concretistas e os concretistas (CASTRO; FERREIRA, 2016, p. 129-132).

Resumidamente, os primeiros sustentam que não compete ao Poder Judiciário suprir a omissão do legislador, sob pena de violação da competência constitucional de cada órgão estatal. Os segundos, defendem o dever-poder dos tribunais de suprir a mora legislativa e concretizar o direito demandado pelo autor. Já a posição concretista contempla uma variabilidade de interpretações sobre a extensão da coisa julgada, há os concretistas individuais, aqueles que pugnam que a coisa julgada faça efeito entre as partes do processo (SILVA, 1989, p. 45); outros mais conservadores, classificados concretistas intermediários que defendem a concessão de prazo para o legislador purgar a mora, só havendo decisão de efeitos concretos após o descumprimento do prazo assinalado pelo Tribunal; e, por último, os defensores de eficácia *erga omnes* para as decisões de procedência expedidas em ações injuncionais.

Todas as polêmicas doutrinárias referentes ao mandado de injunção impactaram na evolução jurisprudencial do remédio constitucional. É possível distinguir ao menos 4 (quatro) fases na evolução jurisprudencial do mandado de injunção no STF.

²⁰ MI 352 QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1991, DJ 12-12-1997 PP-65569 EMENT VOL-01895-01 PP-00028 RTJ VOL-00165-02 PP-00429, grifos nossos.

A primeira fase é a do precedente liderado pelo Ministro Moreira Alves no julgamento do MI n.º 107 QO. A visão inicial do STF classifica a decisão em mandado de injunção como de eficácia declaratória (declara a inconstitucionalidade da omissão) e mandamental (cuida-se da cientificação do Poder omissor da declaração de inconstitucionalidade). O problema desta concepção é sua inocuidade, não há como impor *facere* ao Poder omissor. Ademais, aproxima em demasia os efeitos do mandado de injunção com os efeitos da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

A tese adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do MI n.º 107 QO, seguiu o paradigma da corrente ampla, majoritária na doutrina constitucional, no sentido de traçar que o mandado de injunção é instrumento hábil para a proteção de qualquer direito constitucional, independentemente do seu conteúdo ou natureza.

Nesta linha é o voto do relator, Ministro Moreira Alves:

Em face do disposto no artigo 5º, inciso LXXI, têm-se que goza de legitimação ativa para valer-se do mandado de injunção aquele a quem for outorgado direito ou liberdades constitucionais, ou prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas cujo exercício é inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. Já aqui surgem dois problemas: a quais direitos ou liberdades constitucionais se refere esse inciso? A que soberania ele alude? No tocante a primeira dessas questões, tem havido divergências na doutrina quanto a extensão desses direitos e garantias: vai-se desde a sua restrição aos direitos e garantias estabelecidos no artigo 5º até a sua extensão máxima, ou seja, quaisquer direitos ou garantias outorgados pelo texto constitucional; e há ainda quem adote posição intermediária: o mandado de injunção, no concernente a direitos e garantias, abrangeria os do artigo 5º, bem como os direitos sociais previstos no capítulo II desse mesmo título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”). A meu ver, não vejo razão suficiente para restringir os termos literais do inciso LXXI do artigo 5º da Constituição – “direitos e liberdades constitucionais” –, certo como é que a mesma razão que justifica a concessão de mandado de injunção aos direitos e garantias previstos no artigo 5º existe com relação a outros direitos e garantias constitucionais (inclusive os sociais) cujo exercício seja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora.

Com o tempo, a própria Corte Suprema brasileira reconheceu, ainda que de modo implícito, a inocuidade de suas decisões, e passou a utilizar, a partir do MI n.º 283-5/DF, de um expediente utilizado pela Corte Constitucional alemã, consistente na diferenciação entre omissão inconstitucional suscetível de suprimento e omissão inconstitucional não suscetível de suprimento. Trata-se da segunda fase do mandado de injunção na jurisprudência do STF.

Cumprido esclarecer que no caso de omissão inconstitucional suscetível de suprimento é possível prover a mora, sem atuação do legislador, por meio de eficácia derogante

do trecho do preceito constitucional que exige norma regulamentadora. Todavia, para efetivação desta técnica, o prazo estipulado pela Constituição ou pelo Supremo Tribunal Federal deve ter se esgotado sem que seja promulgada a norma regulamentadora.

A terceira fase é a concretista individual, cujo marco inicial é o caso da aposentadoria especial dos servidores públicos, prevista no artigo 40, §4º, da Constituição Federal (MI n.º 721/DF)²¹. O ministro Marco Aurélio, ao conclamar os pares a ‘refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção’, conseguiu emplacar uma solução concretizadora do direito fundamental invocado, com eficácia limitada *inter partes*.

A grande crítica que se faz a teoria concretista individual é a possibilidade de violação do princípio da isonomia em razão da prolação de decisões conflitantes sobre o mesmo tema. É discutível a relevância desta objeção, uma vez que decisões contraditórias ocorrem nos mais variados tipos de ação e o direito processual tem uma solução para este tipo de problema, o incidente de uniformização de jurisprudência.

Com o julgamento da questão referente ao direito de greve dos servidores públicos, o Tribunal (MI 712, MI 708 e MI 670) avançou em sua jurisprudência para assentar a amplitude da decisão para além das partes envolvidas no processo, aderindo à teoria concretista geral. Oportuno citar o voto do ministro Eros Grau que brilhantemente asseverou que já não era caso de se examinar a eficácia das normas constitucionais, mas a eficácia das decisões do próprio tribunal:

Esta é a questão fundamental a considerarmos, já não se trata de saber se o texto normativo de que se cuida – artigo 40, § 4º – é dotado de eficácia. **Importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar ao Poder Legislativo que cumpra seu dever, inutilmente.** Se é admissível o entendimento segundo o qual, nas palavras do Ministro Néri da Silveira, “a Suprema Corte do País decide sem que o seu julgado tenha eficácia. Ou, alternativamente, se o Supremo Tribunal Federal deve emitir decisões que efetivamente surtam efeito, no sentido de suprir aquela omissão (grifos nossos).

Enquanto é redigido o presente texto, o STF concluiu o julgamento do mandado de injunção sobre a criminalização da homofobia (MI 4733). Ainda não está disponível o acórdão da decisão, mas é possível vislumbrar uma quarta fase do mandado de injunção na

²¹ MI 721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142.

jurisprudência do STF. Se nos outros casos o STF enfrentou inconstitucionalidade por omissão de feições absolutas, o caso da criminalização da homofobia é de nítido caráter de inconstitucionalidade relativa, abrindo um novo espaço para a ação de mandado de injunção na jurisprudência de nossa Corte Constitucional. Ademais, cuida-se de caso paradigmático que não envolve direitos do servidor público, ao contrário dos outros precedentes aqui citados.

Capítulo 3 Monólogos constitucionais.

3.1 Introdução.

A visão tradicionalista da separação de poderes é aquela que acredita que há mesmo uma divisão em que as atividades do Estado são distribuídas de forma estanque e bem definida entre os três poderes. Esta visão não considera a unidade do poder do Estado e vê o executivo e o legislativo como detentores das atividades políticas e o judiciário como uma instância de neutralidade jurídica entre eles.

O exercício do controle de constitucionalidade da legislação pelo poder judiciário é um tema controverso, em virtude do questionamento a respeito de sua legitimidade democrática. Esse controle de natureza judicial teve seu marco inicial na decisão do caso *Marbury versus Madison*, em 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A interpretação desenvolvida pelo *Chief Justice* John Marshall no caso foi de importância fundamental e de profundo caráter inovador: enunciou a supremacia da constituição, afirmou a nulidade da lei que viola à constituição, e impôs o dever dos juizes de negar aplicação às leis contrárias à constituição (BARROSO, 2019b, p. 31).

A decisão de Marshall é paradigmática. Todavia, ao estabelecer que uma constituição escrita e rígida é hierarquicamente superior aos atos legislativos produzidos pelos Congresso, muitos viram no precedente judicial o começo da polarização entre constitucionalismo e soberania popular, posto que a Constituição dos EUA não conferia à Suprema Corte daquele país a atribuição de julgar a constitucionalidade das leis.

Nesta toada, o papel contramajoritário das Cortes Constitucionais em um sistema democrático é um tema caro para a teoria constitucional contemporânea. Desde a enunciação da tese *countermajoritarian difficulty* em um ensaio seminal de Alexander Bickel, originalmente publicado em 1962 (BICKEL, 1986), a academia estadunidense produz uma ampla gama de estudos, tanto normativos como empíricos, sobre o papel da Suprema Corte dos EUA na elaboração de políticas (*policymaking*).

Bickel inaugurou uma tradição analítica que enxerga o *judicial review* como um problema de legitimidade decisória dos Tribunais que desvirtua a vontade da maioria e, por consectário lógico, o funcionamento da democracia representativa. Para o autor, a despeito da

complexidade do sistema democrático, com seus grupos de pressão, lobbys e competição partidária, ninguém pode negar que o poder de elaborar políticas é dos órgãos representativos, formados a partir do processo eleitoral, enquanto o *judicial review* trabalha contra esta premissa (BICKEL, 1986, p. 19). Para o autor, *judicial review* pode ser conceituado como “o poder de aplicar e construir a Constituição contra a vontade da maioria legislativa do momento, que é incapaz de afetar a decisão judicial” (BICKEL, 1986, p.21).

A definição de *judicial review* utilizada por Alexander Bickel sintetiza um fenômeno muito estudado na teoria constitucional contemporânea denominado de déficit democrático das decisões judiciais de controle de constitucionalidade. Uma variedade enorme de estudiosos formulou teorias para tentar, de algum modo, enfrentar o problema da dificuldade contramajoritária dos tribunais. Essas teorias podem ser divididas em dois grandes grupos, cada qual com as diversas subespécies: as monológicas e as dialógicas.

As monológicas partem da premissa que há uma decisão final relativa à interpretação constitucional. A polêmica neste tópico é definir qual órgão estatal seria responsável pela ‘palavra final’ sobre a interpretação das normas constitucionais: os órgãos políticos ou os tribunais.

Em apertada síntese, para os defensores da supremacia judicial, a participação de juízes na interpretação constitucional é benigna, promove a proteção de minorias e a edificação de um núcleo essencial de direitos fundamentais que limita a arbitrariedade estatal.

Em contrapartida, os defensores da supremacia legislativa contra-argumentam que a atuação dos tribunais no *judicial review* solapa a democracia ao estabelecer um governo de juízes. Neste diapasão, a premissa epistemológica é que não há uma resposta interpretativa correta sobre as normas constitucionais e, portanto, sempre haverá dissenso na interpretação constitucional, que deve ser solucionado politicamente pelo povo, diretamente ou por seus representantes eleitos. A legislação infraconstitucional é fruto deste dissenso moral razoável entre os indivíduos sobre o significado das normas constitucionais e deveria estar a salvo de intervenções de agentes não-eleitos (juízes).

As teorias monológicas têm várias aporias que não conseguem solucionar, na prática, os problemas do déficit democrático do *judicial review*. Essas aporias serão tratadas em momento oportuno, mas uma crítica geral que pode ser endereçada aos monólogos constitucionais, independentemente do viés, é que a abordagem teórica é normativa.

Dito de outro modo, os monólogos constitucionais estão preocupados em prescrever como deveria ser a interpretação constitucional, estão baseados em uma idealização da sociedade e suas instituições. Cuida-se de teorias apriorísticas, não empíricas e preocupadas em preceituar uma hipótese.²² Por seu turno, uma abordagem teórica positiva pretende descrever como a interpretação constitucional efetivamente se realiza no contexto político-institucional.²³

Neste sentido, as teorias dialógicas são vistas como uma terceira via no debate entre supremacia judicial e supremacia legislativa ao abordar o tema de maneira positiva. As teorias do diálogo constitucional se diferenciam, essencialmente, das teorias monológicas ao focar no processo institucional em que a interpretação constitucional é realizada, sugerindo uma solução partilhada entre o judiciário e os atores políticos (BATEUP, 2006, p. 11). Ao contrário do que se advoga nas teses monológicas, a decisão do judiciário não é final e, conseqüentemente, não é contramajoritária.

As Cortes Constitucionais também estão submetidas a constrangimentos institucionais e políticos que impedem, na prática, o governo dos juízes em matéria constitucional. Com lastro na ciência política e na sociologia, as teorias dialógicas sustentam que as decisões dos tribunais em matéria constitucional dependem muito de apoio político ou adesão voluntária dos demais atores políticos. Afinal, legisladores podem propor novos projetos de lei na mesma matéria que testam os limites da decisão judicial ou os relativizam. Juízes também podem ser ameaçados ou punidos por agentes políticos pela via do *impeachment*. Ademais, em algumas democracias, tal como o Canadá, a Constituição expressamente prevê instrumentos para o parlamento desconsiderar as decisões judiciais em matéria constitucional.

Por outro lado, há um custo em desafiar os tribunais, o que impediria o abuso dos agentes políticos. Deste modo, havendo saídas institucionais e políticas para as decisões tomadas no controle de constitucionalidade das leis pelos órgãos judiciais, não se poderia falar em supremacia de um órgão estatal em detrimento do outro, mas de uma tendência ao equilíbrio e moderação.

Neste capítulo, serão debatidos cada uma dessas teoria e suas subespécies. Em relação as teorias dialógicas e sua suposta capacidade de síntese dialética do problema do déficit

²² Subjacente a essas abordagens metodológicas (normativa ou positiva) está toda a discussão sobre teoria da escolha racional em ciência política (FEREJOHN; PASQUINO, p. 05). Em linhas gerais, a teoria da escolha racional baseia-se na ideia de que os agentes sociais agem de modo egoístico para maximizar lucro, poder, votos, ou outros objetivos mensuráveis em termos de quantidades e sujeitos a constrangimentos de ordem física, econômica ou político-institucional, o que gera competição entre os indivíduos.

²³ A divisão entre metodologia normativa ou positiva também é problemática.

democrático do controle de constitucionalidade de leis, será problematizado seu uso no direito constitucional brasileiro.

Um último aviso importante. Não se pode confundir o tema aqui debatido com o tema da interpretação autêntica, matéria comumente estudada filosofia do direito, posto que não é possível defender uma interpretação autêntica da Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1230). O intérprete autêntico é somente aquele órgão ou autoridade que editou o ato normativo a ser interpretado. Portanto, o sentido de uma lei é fixado autenticamente pelo legislador, ao editar nova lei; um decreto presidencial é interpretado autenticamente por um novo decreto; uma norma constitucional é interpretada autenticamente apenas pelo poder constituinte, não pelo Tribunal Constitucional. O destinatário da norma constitucional cumpre concretizar a constituição e, no caso, a Corte Constitucional é poder constituído, destinatário da norma constitucional.²⁴

3.2 Supremacia judicial

Pode parecer contraditório, mas a discussão do presente tópico inicia-se a partir de um conceito de supremacia judicial cunhado por um crítico do fenômeno. Cuida-se do conceito cunhado por Keith Whittington. Optou-se neste trecho por inverter a investigação. Normalmente se estabelece um conceito, os pormenores da teoria, para depois confrontá-la com as críticas. A ideia é desconstruir o estereótipo para chegar ao conceito, testar essa forma de explicação e redação do texto científico.

²⁴ Neste ponto, é preciso fazer um esclarecimento em relação ao pensamento kelseniano. Kelsen aduz que “a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica” (KELSEN, 2009, p. 249). No Brasil, há uma leitura equivocada deste trecho do capítulo VIII da Teoria Pura do Direito, o que leva muita gente a concluir que o STF é o intérprete autêntico da Constituição, no sentido de deter a prerrogativa exclusiva e derradeira de interpretar a constituição, pois é um órgão aplicador do Direito e guardião da ordem constitucional, nos termos do artigo 102, caput, da Constituição Federal. Em primeiro lugar, Kelsen faz essa afirmação em um contexto, para distinguir direito da ciência do direito, não trata especificamente da interpretação constitucional. Em segundo lugar, Kelsen almeja diferenciar a interpretação feita por sujeitos particulares e a ciência jurídica da interpretação efetuada pelos órgãos estatais aplicadores do Direito, fato que leva a uma terceira objeção. Não se pode ler a expressão “órgão aplicador do Direito” como sinônimo de juiz ou tribunal constitucional. O legislador, o agente público e o juiz de primeira instância são órgãos de aplicação do Direito. Para Kelsen, toda vez que um órgão aplicador do Direito atua, de certa forma cria Direito (KELSEN, 2009, p. 250). O STF é um intérprete autêntico somente no sentido kelseniano do termo, pois é órgão constituído, não promulgou a Constituição, mas a aplica. O tribunal não promulgou a Constituição, logo não é seu autêntico intérprete, apenas cria Direito em decorrência da Constituição. Deste modo, as decisões do Supremo em sede de controle de constitucionalidade, a atividade legiferante do Congresso Nacional, o poder regulamentar do Executivo são casos de interpretações autênticas em sentido kelseniano.

Keith Whittington cunha uma definição de supremacia judicial logo no prefácio de sua obra, *Political foundations of judicial supremacy: the presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership in U.S. history*:

Judicial supremacy largely consists of the ability of the Supreme Court to erase the distinction between its own opinions interpreting the constitution and the actual **constitution itself**. The court claims the authority not only to look into the meaning of the constitution as a guide to the justices' own actions, but also and more importantly to say what the constitution means, **for themselves and for everyone else**. Political leaders, and most importantly presidents, have generally been willing to lend their support to those sorts of claims by the Court (WHITTINGTON, 2007, p. , grifos nossos).

Inicialmente, fica implícito na definição que Whittington tem uma desconfiança em relação a capacidade dos tribunais de interpretar e aplicar a Constituição em relação aos demais poderes do Estado. Para o autor, o constante de exame judicial dos atos legislativos e executivos para garantir a primazia da Constituição constitui um comportamento anormal da Suprema Corte dos EUA.

Por outro lado, pode-se levantar a seguinte pergunta: o que é a constituição em si mesma a que o autor se refere? Este termo faz sentido? Salvo melhor juízo, o conceito de Whittington baseia-se em três suposições equivocadas. A primeira é presumir a existência de uma entidade normativa autônoma – Constituição – com vida e significado próprio, algo que é inviável, pois a Constituição não é independente de seus intérpretes. A segunda é considerar a interpretação semântica ou gramatical como o único modo correto de interpretar as normas constitucionais, desconsiderando todos os avanços da hermenêutica jurídica. A terceira é inferir que as interpretações das Cortes Constitucionais são, geralmente, divergentes da constituição em si mesma, como se a Constituição fosse um todo unitário e coerente e o juízes vandalizassem esse sistema lógico de prescrições jurídicas.

No fundo o conceito de supremacia judicial cunhado por Whittington é um espantalho retórico, mas permite tirar algumas lições. A estratégia argumentativa utilizada pode ser aplicada contra o antagonista de ocasião, seja o legislador, tribunal ou o chefe de governo. Parece evidente também que todo agente público, os cidadãos, as empresas, os órgãos públicos, as associações, os partidos políticos, os movimentos sociais, no exercício de suas atividades, interpretam a constituição na busca de orientação para seu agir, ainda que nem sempre conscientes disto.

Portanto, o que se pretende diagnosticar, defender ou criticar quando se fala da supremacia judicial? O que está em jogo é a primazia das Cortes Constitucionais em interpretar as normas constitucionais. Este fenômeno, por si só, gera interferência nos outros poderes, já que estes têm suas funções infungíveis e, concomitantemente, devem agir em acordo com o texto constitucional. Não resta dúvida que esta é uma disputa por poder político, uma disputa antiga diga-se de passagem. Tocqueville já afirmava que “there is almost no political question in the United States that does not sooner or later resolve itself into a judicial question” (2000, p. 257).

O grande trunfo do controle judicial de constitucionalidade, que redundará para muitos analistas em uma supremacia judicial, é incorporar conceitos de justiça substantiva ao conceito de democracia como regra da maioria, institucionalizado através da supremacia do Parlamento. Uma democracia constitucional, na qual direitos das minorias são entrincheirados em uma lei superior, e zelados por tribunais insulados da política através da jurisdição constitucional podem evitar que o sistema político se degenere em uma tirania. Pelo contrário, haveria um nítido efeito incremental da jurisdição constitucional no fortalecimento da democracia, ao equilibrar assimetrias políticas.

A adoção de uma forma federalista de Estado é um outro ponto a favor da supremacia judicial. Em estados de grande extensão territorial, larga diversidade cultural e, em especial, nos que adotam o sistema federativo, a integração constitucional é um princípio importante. Deste modo, é mera questão de eficiência haver uma interpretação harmonizadora das normas constitucionais e, principalmente, dirimir os conflitos federativos.

Em síntese, aqueles que defendem a supremacia judicial a enxergam como necessária para a estabilidade de qualquer sistema democrático, pois previne uma anarquia interpretativa da constituição e garante o acesso à justiça. Nesta linha de raciocínio, o simples fato de que o judiciário não atua sem que seja provocado já é suficiente para que a harmonia entre os poderes seja preservada e um governo dos juízes seja impedido. Ademais, ainda que os juízes constitucionais não sejam agentes públicos eleitos, sua atuação se legitima como representante argumentativo da sociedade, dentro de uma concepção de democracia deliberativa. Neste sentido, a legitimidade política não decorre apenas do procedimento eleitoral, mas deriva também de uma legitimidade argumentativa ou discursiva (BARROSO, 2019a, p. 463).

Para os defensores da supremacia judicial, as prerrogativas das Cortes Constitucionais são exercícios de suas funções precípua nas democracias constitucionais. Neste ponto, destaca-se a visão de Ronald Dworkin sobre democracia e o papel dos tribunais em uma comunidade de princípios. As teses de Dworkin podem ser encaixadas como pós-positivistas, incorporam ao discurso jurídico considerações de ordem moral e filosófica.

No comentário arguto de Conrado Hübner Mendes, o conceito de direito de Dworkin está vinculado ao conceito de interpretação judicial, e esta interpretação não causa dano a democracia, ao contrário, pode aperfeiçoá-la na medida em que a argumentação judicial é de tipo superior, fundada na moralidade e justiça imanentes dos direitos fundamentais.

Na estrutura do pensamento de Dworkin, articula-se de maneira sistemática uma série de conceitos. Não é possível entender a definição de democracia e o papel que nela cabe ao juiz sem traçarmos por sua teoria do direito e da prestação jurisdicional. Essa teoria propõe um método de interpretação que, a partir da distinção entre argumentos de princípio e de política (*policy*), almeja uma resposta certa para os casos difíceis. Tudo isto está enredado no complexo ideal político do império do direito, do direito como integridade, da comunidade governada por princípios.

Esse ideal tem desdobramentos institucionais e reserva à figura do juiz um papel primordial em sua implementação. É desse ator-juiz a responsabilidade de impregnar as decisões coletivas de uma dimensão argumentativa de tipo superior: a moralidade imanente aos direitos individuais. A decisão judicial é o coração desta teoria. Seu conceito de direito está vinculado à prestação jurisdicional. 'Direito é uma questão de direitos defensáveis no Tribunal'. Entretanto, o direito consiste, não necessariamente, em uma questão de direitos expressos na legislação. Ele pode derivar, também, dos princípios morais informadores de uma teoria política subjacente a dada forma de governo. (MENDES, 2008b, p. 33).

Como fica claro, Dworkin compreende o direito como interpretação e, conseqüentemente, encoraja uma postura judicial arrojada na interpretação dos valores constitucionais estatuídos nos princípios, principalmente para os chamados casos difíceis (*hard cases*). Os casos difíceis são aqueles nos quais não há uma regra de direito clara, estabelecida previamente pelo legislador, logo os juízes teriam um 'poder discricionário' para decidir o caso de uma maneira ou de outra.

Para Dworkin o poder discricionário dos juízes não existe, é uma resposta equivocada dos positivistas que colocam a tarefa de julgar à sombra da legislação. Para o autor, há respostas certas que devem ser buscadas pela razão e pela imaginação. O laconismo do texto não exime o juiz da responsabilidade de encontrar a melhor resposta possível à luz de uma interpretação dos princípios e da moralidade política. A existência de respostas certas é uma demanda moral, sem a qual perde sentido postular a sinceridade argumentativa.

As decisões judiciais devem ser justificadas por argumentos de princípio, que justificam a decisão política mostrando sua conformidade aos direitos fundamentais do indivíduo, e não por argumentos de política (*policy*), que justificam a decisão política em função de um objetivo coletivo. Logo, argumentos por princípio devem fornecer uma justificação coerente a todos os precedentes judiciais, as disposições constitucionais e as leis, são o núcleo essencial da interpretação judicial. Os argumentos de política são instrumento do sistema político propriamente dito, do legislador.

A decisão legislativa pode operar com os dois tipos de justificação (princípios ou *policy*). Em outras palavras, o legislador tem o monopólio dos argumentos de *policy*, se os tribunais decidirem conflitos com base em argumentos de *policy* estarão, em teoria, legislando. O argumento de princípio, utilizado por juízes, sempre triunfa sobre decisões majoritárias, pois tem por fundamento um direito moral (que pode significar dentro da tradição constitucional brasileira como direito fundamental).

Por isso, em última instância, haveria para os leitores de Ronald Dworkin uma supremacia judicial. Os direitos fundamentais são o núcleo intangível da sociedade democrática, em ou em termos dworkianos são os trunfos (*rights as trumps*) perante a maioria, um trunfo, que não se permuta, não se negocia nem se barganha, mas se respeita (DWORKIN, 2002, 558). Nesta parte, o pensamento de Dworkin é anti-utilitarista, ou seja, indiferente aos apelos de maximização do bem-estar geral.

Neste cenário, não há espaço para o juiz *bouche de la loi*, tampouco para a supremacia do parlamento. Dworkin necessita de um juiz com grande capacidade interpretativa, que faça jus a imensa tarefa hermenêutica de interpretar os princípios morais e de justiça. Na parte mais idealista de sua teoria, Dworkin conceberá um juiz Hércules para dar conta deste grandioso trabalho (2002, p. 165).

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo

Porém, para ficar na metáfora da mitologia grega, os princípios têm um rosto de Jânus: se, por um lado, visam reduzir a discricionariedade judicial nos casos difíceis; por outro, podem servir de base para uma atuação judicial sujeita a parâmetros jurídicos muito tênues (BRANDÃO, p. 75). Para responder a esta crítica, Dworkin recorrerá a outra metáfora, a do romance em cadeia, para enfatizar a necessidade de a decisão judicial aplicadora de princípios morais abstratos se inserir na tradição jurídica do país, buscando, assim, conferir coerência e integridade ao sistema jurídico (DWORKIN, 2002, p. 276).

Enfim, a chamada supremacia judicial é, para muitos, um fato. Todavia, deste fato pode emergir uma corrupção do princípio da separação dos poderes, o fenômeno nada benigno denominado de ativismo judicial. Elival da Silva Ramos esclarece que o ativismo judicial pode ser examinado como um mero fenômeno social, como o faz a sociologia do direito ou pode ser analisado sob viés jurídico-dogmático, optando o autor pela segunda abordagem (RAMOS, 2015).

No presente trabalho, a abordagem dogmática será utilizada para avaliar o desempenho das Cortes Constitucionais frente a fórmula da separação dos poderes, deixando a abordagem empírica um papel subsidiário. Muito se debate na literatura constitucional se o ativismo judicial e a judicialização da política são conceitos equivalentes ou guardam distinção qualitativa.

E m apertada síntese, o fenômeno do ativismo judicial consiste na invasão, pelos juízes e tribunais, da função legislativa, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Cuida-se de uma incursão dos tribunais sobre o núcleo essencial das funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes (RAMOS, 2013, p. 237-238). Para o autor, o ativismo não se restringe ao controle concentrado de constitucionalidade, mas é na jurisdição constitucional, entendida no sentido amplo de aplicação judicial da Constituição, que se faz mais forte a polêmica em torno do ativismo.

O fenômeno da judicialização da política é um problema contemporâneo, oriundo do constitucionalismo do pós-Segunda Guerra Mundial, do surgimento das constituições dirigentes, do aumento da litigiosidade nas sociedades contemporâneas e da crise da democracia, situações que levam a uma expansão global do Poder Judiciário.

O ativismo judicial aparece como um ato de vontade daquele que julga, sendo, portanto, um desvio na atuação do Judiciário, que passa a decidir por critérios não jurídicos. Nesta linha, Lênio Streck defende que a judicialização é inevitável, fruto do constitucionalismo dirigente, entretanto, por uma falta de em efetivo controle hermenêutico das decisões judiciais, a judicialização da política foi transformada na vulgata do ativismo (STRECK, p. 121)

No Brasil, supremacia judicial e ativismo judicial se combinam de maneira perigosa na notória tese do “STF como vanguarda iluminista”. Segundo esta visão, defendida pelo ministro Luís Roberto Barroso, o STF tem um papel iluminista no arranjo institucional brasileiro, ao conduzir o processo civilizatório e empurrar a história na direção do progresso social (BARROSO, 2019a, p. 479).

Com todo respeito aos membros do STF, haja vista que todos têm notório saber jurídico e muitos combinam atividade jurídica, com o magistério, pesquisa e extensão, os ministros não têm conhecimentos científicos ou habilidades administrativas, econômicas e políticas para fazer valer a função iluminista. Provavelmente, nenhum ser humano tem tamanha capacidade intelectual.

Ademias, não só os intérpretes da Constituição têm virtudes e deficiências específicas em razão de limitações de conhecimento, informação e tempo, mas também operam no interior de instituições determinadas, que possuem igualmente os seus pontos positivos e negativos, além de atuarem segundo procedimentos preestabelecidos que lhes impõem limitações. Dito de outro modo, as capacidades institucionais do STF são limitadas (BRANDÃO, 2017, p. 226).

Além disso, do ponto de vista atitudinal, a teoria da função iluminista tem um ponto cego: as tentações morais, os impulsos inconscientes, as limitações cognitivas ou as preferências ideológicas de juízes.²⁵ De outra monta, em uma sociedade democrática e pluralista uma decisão judicial pode ser vista como um progresso ou retrocesso, a depender dos desacordos morais razoáveis. Neste ponto reside uma contradição na teoria dworkiana e,

²⁵ O modelo atitudinal ou análise atitudinal é uma forma de explicar as decisões dos juízes com base em sua ideologia, liberal ou conservadora. Cuida-se de uma análise oriunda da ciência política americana influenciada, a partir da década de 1950, por teorias funcionalistas e sistêmicas e com a incorporação de conceitos da psicologia social, como do campo do behaviorismo. A aplicação da análise atitudinal no Brasil, especialmente para analisar o comportamento de juízes constitucionais, esbarra em dificuldades de como classificar a posição política dos ministros do STF.

especialmente, na tese da função iluminista dos tribunais: a ideia de uma resposta correta moralmente adequada nos casos difíceis.

Por definição, um desacordo moral razoável não pode admitir uma única solução moral razoável, posto que se há razoabilidade no desacordo, por consectário lógico, as posições antagônicas são defensáveis e podem justificar resultados opostos, um verdadeiro paradoxo teórico (FONTELES, 2019, p. 325).

3.3 Supremacia do Legislativo

No tópico anterior foi visto como as Constituições supostamente se tornaram propriedade exclusiva dos juízes. Principalmente nos EUA, na década de 1990, esse fenômeno gerou um mal-estar na comunidade acadêmica que começou a defender a tese do constitucionalismo popular, de uma interpretação constitucional não restrita aos tribunais, enfatizando o papel dos legisladores na interpretação das normas constitucionais.

As críticas à supremacia judicial podem assumir diversos matizes. Para os críticos do controle judicial de constitucionalidade de leis, o *judicial review* pode representar uma ameaça à democracia, seja corrompendo o princípio majoritário, seja desrespeitando o julgamento moral dos indivíduos, seja teorizando desnecessariamente sobre problemas abstratos sem qualquer relação pertinente ao conflito constitucional.

Cass Sunstein (2015, p. 16) enfatiza em alguns textos uma interpretação autocontida da Constituição pelos tribunais, a qual denominará de minimalismo judicial. Para o autor, os tribunais precisam levar em consideração, no deslinde de um litígio constitucional, suas próprias limitações. Assim sendo, por mais bem-dotado intelectualmente seja um juiz constitucional, suas boas intenções, há um limite cognitivo para examinar os mais diversos assuntos constitucionalizados. Relembrando Paulo Freire, todos são ignorantes em alguma coisa, em algum campo do saber.²⁶

Assim, nem sempre a deliberação judicial será mais vantajosa que a legislativa ou de uma agência reguladora. Muitas vezes, juízes teorizam demais para demonstrar uma suposta erudição no julgamento de um caso complexo. No Brasil esse fenômeno é comumente

²⁶ Nas palavras do pedagogo “não há saber mais, nem saber menos, há saberes diferentes” (FREIRE, 1987, p. 68).

denominado de bacharelismo, com uma retórica empolada de difícil compreensão para os jurisdicionados, referências desnecessárias ao direito estrangeiro e uso abusivo de citações descontextualizadas para solucionar um caso. O minimalismo judicial recomenda o inverso, ou seja, que os juízes diminuam a amplitude da fundamentação de suas decisões, deixando livre o debate para os atores políticos sobre questões moralmente controvertidas.

Outro expoente do constitucionalismo democrático estadunidense, o professor Larry Kramer, enfatiza a dicotomia *judicial review* e soberania popular, ao afirmar que os *founding fathers* não imaginaram a Constituição como objeto de adjudicação judicial, mas de reivindicação popular. O controle de constitucionalidade de leis não foi tema central de discussões pelos delegados durante o Congresso Continental. Nesta linha, o *judicial review* tinha um papel residual, como substituto institucional à resistência popular apenas nas hipóteses de inconstitucionalidade evidente (KRAMER, 2011, p. 81).

De hecho, ningún poder tenía la última autoridad porque la autoridad interpretativa permanecía en el pueblo. Por supuesto, los funcionarios públicos todavía tenían que interpretar la constitución al desarrollar sus tareas, porque ellos eran los sujetos regulados (de nuevo, así como nosotros necesitamos interpretar el derecho ordinario al desarrollar nuestras tareas). Pero al argumento descrito por Nelson y Tucker subyacía el presupuesto de que las restricciones del pueblo sobre qué leyes podían aprobarse se dirigían al poder legislativo, y no a otras ramas. Era la responsabilidad delegada del legislativo decidir si una propuesta de ley estaba autorizada constitucionalmente, sujeta al control del pueblo. Sencillamente, los tribunales no tenían nada que ver con ello, y actuarían como intrusos si hubieran tratado de cuestionar las decisiones del legislativo. Sería como si el pueblo hubiera contratado dos agentes para realizar tareas distintas y un agente se dedicara a interferir con el trabajo del otro, insistiendo en que él sabía más. A juzgar por la reacción del público a las primeras decisiones explorando el control judicial de constitucionalidad, ésta era la posición de la mayoría de los estadounidenses antes de la década de 1790.

A partir desta digressão histórica, Kramer idealizará um modelo de *judicial review without judicial supremacy*, baseados em instrumentos políticos de retaliação à Suprema Corte, como impeachment de juízes, descumprimento de decisões, aumento do número de integrantes. Para o autor, esses instrumentos não fomentam o conflito interinstitucional, pelo contrário, os desestimulam por meio do incentivo à autocontenção da Corte constitucional.

Historicamente, o recurso a esses instrumentos políticos de retaliação nos EUA é raro. Na doutrina, há quem sustente a viabilidade deste modelo na realidade brasileira. Todavia, considerando o traço marcante do personalismo na história da América Latina (BEÇAK, 2008, p. 54), do qual o Brasil não foge à regra, a tendência seria a extrapolação da crise institucional para uma crise sistêmica. Basta observar, sem entrar no mérito de cada processo, que durante os 30 (trinta) anos de vigência da Constituição de 1988 o país teve dois presidentes afastados

do cargo pelo processo do impeachment. Ademais, há casuística de ameaça e afastamento de juízes durante períodos autoritários da República, tais como o governo de Floriano Peixoto e a ditadura militar de 1964.

Já Mark Tushnet defende, ainda, uma modalidade fraca de controle de constitucionalidade (*weak form of judicial review*). Neste diapasão, a interpretação constitucional da Suprema Corte não deve ser superior a nenhuma outra oriunda de qualquer órgão estatal. Portanto, seria plenamente possível a reversão de decisão proferida em controle de constitucionalidade de lei por edição de lei ordinária.

Weak-form systems of judicial review hold out the promise of reducing the tension between judicial review and democratic self-governance, while acknowledging that constitutionalism requires that there be some limits on self-governance. The basic idea behind weak-form review is simple: weak-form judicial review provides mechanisms for the people to respond to decisions that they reasonably believe mistaken that can be deployed more rapidly than the constitutional amendment or judicial appointment processes". (TUSHNET, 2008, p. 23)

Para Tushnet, uma variante do *weak-form review* é o modelo de controle de constitucionalidade do Canadá (TUSHNET, 2008, p. 31), de nítida tendência dialógica, que será examinado oportunamente. Já o controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte dos EUA seria um modelo forte, *strong-form review*.

Existem, ainda, concepções intermediárias que tentam sintetizar esses dois paradigmas, como o controle de constitucionalidade fraco presente no novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica, que institucionaliza a jurisdição constitucional sem supremacia judicial, ao conceder a última palavra formalmente ao legislador, e teria a vantagem normativa de articular melhor a ideia proteção a direitos fundamentais e o autogoverno do povo.

Nesta linha, Jairo Néia Lima argumenta, com base no magistério de Adam Tomkins, que “a constituição britânica atualmente se apresenta sob a forma mista, tanto com elementos do constitucionalismo político como do constitucionalismo jurídico” (LIMA, 2018, p. 54).

Em complemento ao tema, não se pode deixar de traçar algumas linhas sobre o esforço teórico mais abrangente para colocar o legislador em papel de primazia na reflexão do direito constitucional. Cuida-se da visão de Jeremy Waldron sobre a legitimidade do legislador na interpretação constitucional.

Para este teórico, os constituintes estão em posição original quando redigem uma Carta Constitucional, então os direitos são muitas vezes descritos de maneira vaga e minimalista. Isso leva a um problema de escolha política dos destinatários das normas constitucionais, pois há um amplo leque de opções sobre o que é justiça e qual a extensão dos direitos.

Waldron concede um grande peso ao julgamento individual, o que leva a ideia de desacordo moral entre os indivíduos. Pessoas razoáveis e bem-intencionadas podem ter interpretações divergente sobre os princípios, bem como sobre as políticas públicas. Jeremy Waldron argumenta que em razão do desacordo moral, a melhor solução para o caso difícil não pode ser dada por um juiz, posto que o desacordo moral atinge não só questões de *policy*, mas também de princípios, para ficar na linguagem dworkiana (WALDRON, 1999b, p. 182).

Deste modo, o juiz Hércules não pode chegar a um resultado correto. Aliás, não há um resultado correto sobre questões de princípio em uma sociedade democrática e pluralista na concepção waldroniana. O desacordo moral leva a um problema de legitimidade decisória dos tribunais. A solução vislumbrada por Waldron é adotar a regra da maioria como processo deliberativo destinado a resolver os conflitos políticos, inclusive os constitucionais.

A vantagem da solução pela regra da maioria é a preservação da igualdade entre os sujeitos de direito, já que atribui igual peso à participação dos indivíduos, além de respeitar visões de mundo divergentes.

El desacuerdo sobre los derechos no es irracional, y la gente puede discrepar sobre los derechos tomándolos en serio. En estas circunstancias es necesario adoptar procedimientos para resolver los desacuerdos que respeten las voces y opiniones de las personas -millones- cuyos derechos se encuentran en juego y tratarías como iguales en el proceso. Al mismo tiempo, se debe asegurar que estos procedimientos se ocupen, de un modo responsable y deliberativo, de los asuntos difíciles y complejos que generan los desacuerdos sobre derechos. He argumentado que los procedimientos legislativos ordinarios pueden hacerlo y que una capa adicional representada por la revisión final de los tribunales anade poco al proceso, excepto una forma insultante de denegación de la participación democrática y un oscurecimiento legalista de los asuntos morales em juego en nuestros desacuerdos sobre derechos. (WALDRON, 2018, p. 124)

Basicamente, o pensamento de Waldron se contrapõe ao modelo de juiz Hércules de Ronald Dworkin. Para o autor, a combinação de argumentos favoráveis aos juízes e desfavoráveis aos legisladores, sem a devida consideração da sua recíproca, ou seja, do

apontamento dos desacertos de juízes e da capacidade robusta dos legisladores também interpretar as normas constitucionais.

O resultado deste tipo de argumentação é a mistificação da figura do juiz e demonização do papel do legislador. Em outras palavras, é injusto comparar o juiz Hércules de Dworkin, dotado de todo o tempo e conhecimentos necessários para interpretar princípios constitucionais sob a melhor forma possível, com um inábil legislador, insensível aos preceitos constitucionais.

Por outro lado, Waldron atribui ao Parlamento a tarefa de resolver os conflitos sobre a natureza concreta dos direitos, à vista de sua composição plural refletir tais desacordos, e a responsabilidade eleitoral dos seus membros incorporar o espírito de autogoverno do povo. Ademais, o Legislativo tem significativa capacidade de coletar informações das mais diversas fontes, ouvir especialistas e ponderar interesses variados, sendo o foro mais adequado para resolver conflitos.

Ao contrário, os Tribunais, diante da natureza adversarial do processo judicial e dos efeitos das suas decisões entre as partes, tendem a ficar adstritos às informações e aos pontos de vista apresentados pelas partes do processo, apresentando maior dificuldade para perceber todas as implicações e interesses que gravitam em torno de conflitos.

Ademais, Waldron aponta um paradoxo na posição dos defensores do judicial review. Para aqueles que apontam arbitrariedade no uso da decisão por maioria não levam em conta que juízes discordam entre si, e a decisão também é adotada pela regra da maioria (WALDRON, 1999a, p. 128, grifos nossos):

We are all familiar with the way in which the arbitrariness of majority-decision in Parliament or in Congress is cited as a way of enhancing the legitimacy of Bills of Rights and judicial review. In the end, of course, this is a **hopeless strategy for the opponents of majoritarianism**. Appellate courts themselves are invariably multi-membered bodies whose members usually disagree with one another, even after deliberation. (Perhaps especially after deliberation!) And **when they disagree, they too make their decisions by voting and majority-decision**. Five votes defeat four on the Supreme Court of the United States. The difference, when an issue is shifted from legislature to courtroom, is a difference of constituency, not a difference of decision method. So, if voting yields arbitrary outcomes under the principle of majority-decision, then much of American constitutional law is arbitrary.

Sem prejuízo da pertinência de determinados argumentos, uma análise global dos fundamentos teóricos da supremacia parlamentar conduz à mesma conclusão obtida em relação à supremacia judicial; refere-se ao recurso seletivo a argumentos favoráveis ao ator institucional que os seus adeptos querem privilegiar e desfavoráveis àquele que querem criticar. Todavia, se nem os juízes nem os legisladores apresentam, em sua plenitude, as capacidades que as teorias lhes atribuem, o que fazer? A resposta seria a teoria dos diálogos constitucionais?

Capítulo 4 Diálogos constitucionais.

4.1 Da metáfora do diálogo à deliberação interinstitucional

O conceito de diálogo constitucional é bastante equívoco. Muitas vezes envolve concepções mutuamente excludentes e o termo é tão disputado quanto o conceito de democracia (MEUWESE; SNEL, 2013, p. 124). Em linhas gerais, as teorias do diálogo constitucional enfatizam que o Poder Judiciário não pode e, tampouco, não deve ter o monopólio da interpretação constitucional.

Assim, o exercício do controle judicial de constitucionalidade não é um fim em si mesmo, mas parte de um processo de interpretação constitucional maior, interativo, interconectado e dialético entre os diversos atores políticos (juízes, parlamentares, executivo, grupos de pressão, eleitores).

Na década de 1970, Bickel já defendia uma interlocução da Suprema Corte com os outros ramos governamentais e a sociedade civil, uma forma de extrair respostas adequadas para os litígios constitucionais em uma espécie de colóquio socrático (BICKEL, p. 70). O colóquio socrático intuía muito do que se tornou as teorias dialógicas.

Uma definição de diálogo constitucional que nos interessa para os fins desta dissertação é a formulada por Peter Hogg e Alisson Bushell, em artigo sobre o tema publicado no *Osgoode Hall Law Journal*, em 1997.

At first blush the word "dialogue" may not seem particularly apt to describe the relationship between the Supreme Court of Canada and the legislative bodies. After all, when the Court says what the Constitution requires, legislative bodies have to obey. Is it possible to have a dialogue between two institutions when one is so clearly subordinate to the other? Does dialogue not require a relationship between equals?

The answer, we suggest, is this. Where a judicial decision is open to legislative reversal, modification, or avoidance, then it is meaningful to regard the relationship between the Court and the competent legislative body as a dialogue (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 81).

No pequeno trecho transcrito, os autores colocam os vários pontos do debate. Primeiro, tratam, ainda que superficialmente, do tema da supremacia judicial e colocam a

questão: como pode haver diálogo em relações, a princípio, hierarquizadas e assimétricas? Essa questão formulada há 22 (vinte dois) anos ainda é atual.

Em segundo lugar, os autores problematizam a supremacia judicial e reconhecem a capacidade do corpo legislativo de reverter, modificar ou evitar a decisão proferida pela Corte Constitucional, sem aderir expressamente a tese da supremacia do legislativo, ao contrário, enfatizando o aspecto relacional entre juízes e legisladores como um diálogo.

Para entender melhor a tese dos autores canadenses, imperativo se faz tecer algumas explicações sobre o modelo de controle de constitucionalidade canadense instituído pela Carta de 1982. A possibilidade do parlamento canadense ou das províncias de reverter, modificar ou evitar a decisão proferida pela Corte Constitucional decorrem de duas disposições da Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982.

A primeira está insculpida logo no artigo 1º da Carta. O referido artigo estabelece uma cláusula geral de limitação dos direitos e liberdades previstos no ato constitucional de 1982, permitindo restrições a direitos fundamentais impostas por lei que sejam justificadas em nome da sociedade livre e democrática. Para a Suprema Corte do Canadá, isto significa que para ser razoável nos termos do artigo 1º, a lei deve buscar um objetivo importante, a lei deve se conectar racionalmente com o objetivo, a lei não pode prejudicar os destinatários mais do que o efetivamente necessário para atingir o objetivo (*minimal impairment*), bem como a lei não pode prejudicar desproporcionalmente uma pessoa ou um grupo de pessoas (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 84/85).

Para a Tushnet, a disposição dialógica neste caso é de caráter substantivo (2014, p. 105). O uso de expressões como razoável ou proporcional gera a possibilidade de diálogo entre a Suprema Corte do Canadá e o Poder Legislativo, seja a nacional ou provincial, haja vista que a interpretação de cada poder sobre o que é proporcional ou razoável pode ser desafiada dentro dos parâmetros abertos da cláusula geral de limitação dos direitos e liberdades.

Ao lado da disposição dialógica de caráter substantivo há uma procedimental: a cláusula não obstante (*notwithstanding clause*), prevista no artigo 33 da Carta Canadense (TUSHNET, 2014, p. 106). Neste caso, o dispositivo constitucional autoriza tanto o parlamento quanto a legislatura provincial a manter a eficácia de uma lei por um período de cinco anos, mesmo que a lei seja ou possa ser considerada pela Suprema Corte do Canadá como inconstitucional.

Em outras palavras, a cláusula não obstante permite fazer prevalecer a vontade majoritária em detrimento da interpretação judicial. Tal dispositivo foi utilizado uma vez no caso *Ford versus Quebec*, cuja controvérsia residia na constitucionalidade de uma lei provincial que estabeleceu o francês como única língua a ser usada em anúncios comerciais e publicitários (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 84). A lei foi considerada incompatível com a Carta de direitos e Liberdades de 1982 pela Suprema Corte do Canadá em 1988, mas a província reeditou a lei sob a proteção da cláusula não obstante.

Ao contrário do que pode parecer, a cláusula não obstante não significaria uma supremacia legislativa no constitucionalismo canadense. Para Hogg e Bushell, o diálogo que culmina em uma solução democrática existe porque a decisão judicial que declara uma lei como inconstitucional pode ser revertida, modificada ou evitada pelo parlamento (1997, p. 80). Segundo os autores, geralmente há uma lei alternativa que está em discussão no parlamento, o que permite atingir o objetivo legislativo originalmente almejado, embora por meios diferentes. Além disso, quando o Tribunal anula uma lei, frequentemente oferece uma sugestão de como a lei pode ser modificada para resolver os problemas constitucionais. O parlamento canadense geralmente segue essa sugestão, ou arquiteta uma lei diferente que também contorna as barreiras constitucionais.

Ao utilizar a palavra diálogo, os autores promoveram, ainda que indiretamente, uma síntese forte e relativamente simples de um amplo debate sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade de leis. O grande potencial da teoria do diálogo constitucional é oferecer uma solução a dificuldade contramajoritária do *judicial review*. Como um meme,²⁷ a metáfora do diálogo constitucional tornou-se ubíqua. Caríssima Mathen capta o poder da metáfora para Suprema Corte canadense, comentário que também vale para nosso STF, ao afirmar que:

The elegance and simplicity of this thesis was attractive to the Supreme Court, which in recent years has been the subject of strident criticism. I have argued elsewhere that "dialogue" casts the Court in a **more benign light than the power-mad institution commonly** invoked by opponents of judicial activism. (MATHEN, 2007, p. 127).

²⁷ Os memes são para a cultura o que os genes são para a genética, ou seja, se os genes são o elemento básico da estruturação da vida biológica, os memes são as unidades culturais básicas que habitam a mente humana. O conceito de meme foi cunhado no livro *Selfish Gene*, do biólogo inglês Richard Dawkins (DAWKINS, 2007, p. 327). Exemplos de memes incluem ideologias, ideias, slogans, melodias, moda, tradição ou piadas. No contexto da internet, talvez a maior plataforma de propagação de memes, memes são ilustrações, com legendas, escritas muitas vezes de modo sarcástico, para chamar atenção do receptor da mensagem para uma ideia.

A despeito da potência do conceito de diálogo constitucional cunhado por Peter Hogg e Alison Bushell, a metáfora deve ser contextualizada. Os autores estão defendendo o *judicial review* em um país de tradição parlamentar forte, com entes federados com alta autonomia em relação ao governo central. Ademais, o Canadá é uma federação ameaçada por tendências secessionistas de uma de suas províncias em razão de diferenças culturais entre descendente do colonialismo inglês e francês (Quebec). O país também desconhecia o controle judicial de constitucionalidade antes da Carta de Direitos de 1982 e muitos de seus constitucionalistas guardavam reservas em relação ao *judicial review* adotado pela Carta de Direitos canadense.²⁸

Neste sentido, a metáfora do diálogo funcionou também de maneira ideológica, como uma forma de amenizar uma mudança institucional significativa e o próprio subtítulo do artigo de Hogg e Bushell é sugestivo: “*talvez uma Carta de Direitos não seja algo tão ruim ao final*”. Deste modo, o poder retórico da metáfora do diálogo constitucional tem uma ambivalência.

Por um lado, a metáfora do diálogo constitucional desnaturaliza uma visão comum de separação dos poderes, uma certa separação estanque entre os poderes, onde a discussão política, supostamente, já se discutiu no parlamento. De outro modo, a metáfora nos moldes estatuidos por Hogg e Bushell é pobre na medida que equipara diálogo com a possibilidade de uma reação legislativa às decisões judiciais.

A falta de uma resposta legislativa significa concordância ou capitulação? Esta é a principal crítica a metáfora do diálogo e gerará uma busca por uma definição mais precisa de diálogo constitucional. Para Tushet, geralmente o parlamento ajusta a legislação não porque está de acordo com a interpretação judicial, mas por razões de ordem prática para manter suas prerrogativas em matéria legislativa (2014, p. 113).

A partir das críticas, uma plêiade de teorias dialógicas busca reconectar o constitucionalismo, muitas vezes centrado em si mesmo, com a política democrática. A teoria

²⁸ Os autores citam os seguintes autores/obras que, no âmbito do constitucionalismo canadense, efetuaram críticas ao modelo adotado pela Carta de Direitos de 1982 do Canadá no artigo em discussão (HOGG; BUSHELL, 1997, p. 77); A.C. Hutchinson & A. Petter (*Private Rights/ Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter*); M. Mandel (*The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*), e J. Bakan (*Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs*).

constitucional autocentrada, aquela que advoga a supremacia das cortes constitucionais sobre os demais poderes, muitas vezes esquece-se que a força normativa da constituição não é deduzida somente pelo intérprete, notadamente o juiz constitucional, mas demanda ação política para sua efetivação dentro de um sistema democrático, de nítido caráter deliberativo (MENDES, 2014).

Diversos autores recorreram a tradição da democracia deliberativa para tentar explicar o diálogo entre juízes e legisladores (FRIEDMAN, 1999; GARGARELLA, 2014; MENDES, 2014). A ideia em comum destes autores é que o diálogo constitucional, além de possibilitar equilíbrio entre poderes, permite a produção de melhores soluções sobre o significado dos direitos dentro de um círculo virtuoso entre os diversos intérpretes da constituição.

Deste modo, surge a possibilidade para alguns teóricos que o diálogo constitucional possa funcionar como uma teoria da democracia deliberativa interinstitucional. Dito de outra forma, os órgãos estatais, ao operar sob o viés dialógico, podem trabalhar em uma perspectiva deliberativa de procura do melhor significado constitucional. Nas palavras de Miguel Gualano de Godoy (2017, p. 165), “diante disso, o controle judicial de constitucionalidade das leis e as decisões judiciais ganham não apenas um novo potencial (democrático-deliberativo), mas também uma nova função (deliberativo-legitimadora)”.

Para dar conta desta fortuna crítica, recorreremos a clássica classificação de Christiane Bateup sobre as teorias do diálogo constitucional (2006). A constitucionalista canadense sistematizou as diversas teorias que, de algum modo, fomentam entre os poderes, internamente em cada um e com a sociedade, os debates sobre o significado das normas constitucionais. Para a autora o diálogo pode derivar dos métodos de decisão judicial ou da estrutura constitucional dialógica, da existência de mecanismos institucionais que permitam a resposta política ou popular às decisões judiciais (BATEUP, 2006, p.16).

4.2 A classificação das teorias dialógicas de Christiane Bateup

Neste cenário, a autora inclui no universo de análise do diálogo constitucional desde o uso autoconsciente do poder de controle de constitucionalidade das leis pelos juízes, com objetivos a estimular o debate interinstitucional, até o debate sobre qual é o papel de cada um

dos poderes na interpretação constitucional, enfatizando uma combinação de equilíbrio e pareceria institucional entre o executivo, legislativo e judiciário na interpretação e aplicação da constituição (BATEUP, 2006, p. 76).

Para a autora, as teorias dialógicas quanto ao método judicial baseiam-se no papel do Judiciário como elemento provocador do diálogo e, concomitantemente, pelo uso consciente dos juízes de técnicas que estimulam um debate amplo sobre o sentido da Constituição com os outros órgãos estatais (BATEUP, 2006, p. 17). Enquadram-se nesta classificação os aconselhamentos judiciais, tais como os *constitutional roadmaps*, no sentido de que os tribunais guiam o legislador em uma direção em que a matéria poderá ser regulamentada de maneira constitucional e os avisos de perigo constitucional constantes nas razões de decidir de uma sentença (*constitutional danger*).

Já as teorias centradas no processo decisório buscam assegurar que os agentes políticos (administradores e legisladores) promulguem leis e desenhem políticas públicas em conformidade com as normas constitucionais. Neste direcionamento, juízes são encorajados a engajar ramos políticos do Estado em um debate constitucional baseado nos valores constitucionais substantivos, representando um aprimoramento em relação a teoria do aconselhamento judicial ao reconhecer que os agentes políticos podem operar sob o regime de princípios e não só de *policy* (BATEUP, 2006, p. 24). Bateup considera que a teoria do minimalismo judicial tratada anteriormente também se encaixa na classificação de teoria dialógica quanto ao método judicial, embora Cass Sunstein não descreva a teoria minimalista como teoria do diálogo constitucional (2006, p. 28).

O grupo de teorias estruturais do diálogo não levam em conta o método de construção da decisão judicial. Pelo contrário, enaltecem mecanismos institucionais ou políticos existentes dentro do sistema constitucional que permitem aos demais órgãos estatais responder à decisões judiciais em caso de desacordo (BATEUP, 2006, p. 32). A autora subdivide este grupo em teorias da construção coordenada, teorias de princípios jurídicos, teorias de equilíbrio e teorias de parceria.

A primeira enfatiza que a interpretação constitucional é uma tarefa compartilhada entre os diversos ramos governamentais. Sua origem remonta a James Madison, que rejeitava a ideia que as decisões judiciais gozam de um características únicas na interpretação constitucional, apesar de reconhecer o fato que o judiciário é a arena onde ocorrerá este tipo de

debate (BATEUP, 2006, p. 33). A grande crítica destinada a esta teoria é a incompatibilidade com sistema de *checks and balances* inerente ao constitucionalismo.

O segundo grupo, teorias de princípios jurídicos, reconhece que o Judiciário possui uma competência institucional voltada para decidir questões relacionadas a princípios jurídicos e na eventualidade de equívoco na interpretação judicial de tais questões, haveria o controle pelos poderes políticos, fazendo surgir, assim, a presença do diálogo. O problema desta perspectiva teórica é que não fortalece um diálogo substantivo, mas a prevalência da visão apresentada pela Corte Constitucional, que poderá ou não encontrar aceitação por parte do legislador. Duas possibilidades dentro desta perspectiva são: o desenvolvimento de uma teoria que analise os controles políticos sobre o Judiciário; ou a análise da contribuição substantiva que o Legislativo possa oferecer, em especial na elaboração de políticas públicas.

O terceiro grupo, teorias do equilíbrio, rejeita a concepção que os tribunais têm uma capacidade especial para lidar com questões de direitos. Baseada no magistério de Barry Friedman, Bateup argumenta que os tribunais são uma instância de discussão, mas isso não quer dizer que são especialmente capacitados para interpretar a Constituição se comparados com outros poderes estatais. O judiciário é um facilitador do debate constitucional na sociedade, mas não se opõe a visão predominante sobre direitos da opinião pública.

The Court's participation in this dialogue is dynamic, as not only does it spark a process of national discussion, but it is also, in turn, affected and shaped by this conversation.¹⁸⁶ When a decision is handed down it is subject to discussion and debate within society and, over time, if there is enough popular disagreement with the Court's ruling, new legislation may be passed and legal challenges brought that test the finality of the decision in a more concrete sense. As a result of this dissent and debate, the Court may ultimately come to reconsider and refashion its decisions, with the perspectives of non-judicial actors as much, if not more, of an influence on the Court than the other way around.¹⁸⁷ Over time, a relatively enduring constitutional equilibrium is then produced that is widely accepted by the different participants in the national discussion. (BATEUP, 2006, p. 59).

É possível concluir que Bateup considera a teoria de equilíbrio comparativamente melhor do que as demais. A moderação judicial serviria como suporte por respostas sobre o significado da constituição, assim entendido como produto de uma visão coletiva, social partilhada pelos indivíduos. Todavia, a teoria deposita uma esperança transcendental na sociedade e, ao mesmo tempo não considera os interesses institucionais (ou diria egoísticos) de juízes, legisladores e governantes (BATEUP, 2006, p. 60).

O quarto grupo, classificado como teorias da parceria, reconhece que diferentes órgãos estatais podem oferecer contribuições distintas da interpretação constitucional, sem haver uma primazia das Cortes. Juízes e não-juízes são partes iguais no processo interpretativo e oferecem respostas diferente, mas úteis e infungíveis em razão das suas perspectivas institucionais.

Como resultado dessas perspectivas distintas mas interconectadas na ordem constitucional, o judiciário e os legisladores são capazes de se envolver em um diálogo sobre o significado constitucional, em que ambos expõe, com modéstia, suas próprias preocupações e escutam e aprendem com as perspectivas dos outros, modificando suas próprias visões neste processo de aprendizagem institucional (BATEUP, 2006, p. 73).

A fusão dialógica busca uma síntese entre a teoria do equilíbrio e a teoria da parceria. É a solução considerada mais promissora pela autora canadense, um mecanismo de construção de consenso mais resistente e socialmente significativa. Envolve um diálogo inclusivo entre instituições governamentais, incluindo os tribunais, com a sociedade na compreensão dos valores constitucionais.

O modelo da fusão dialógica tem predicados positivos e negativos. Positivamente, é uma alternativa as diversas dicotomias existentes na seara da interpretação constitucional: Estado / Sociedade, Juiz / Legislador, Direito / Política. Negativamente, a fusão dialógica tangencia a utopia e desconsidera que a interpretação constitucional tem uma dimensão inerente de exercício de poder.

4.3 Diálogo constitucional no Brasil.

Uma observação inicial importante em relação a teoria dos diálogos constitucionais no Brasil é o fato que a ideia de diálogo foi segmentada para incluir contextos diferentes do original. Por um lado, fala-se em diálogo institucional para enfatizar a inter-relação entre os poderes na interpretação constitucional. Já o termo diálogo social realça a participação dos cidadãos nos processos de controle de constitucionalidade perante o STF, influenciando no processo decisório da Corte por meio de audiências públicas. Discorre-se, ainda, sobre o diálogo entre interjurisdicional para examinar o impacto dos precedentes judiciais de decisões de Cortes Internacionais nas jurisdições dos Estados-nação.

Feita a advertência, inicia-se a análise das teorias dialógicas no Brasil. Sem adesão expressa, a grande maioria das teses brasileiras sobre o assunto parecem compartilhar a visão do que Christiane Bateup classificou como fusão dialógica.

Nesta linha, Conrado Hübner Mendes, que trabalha o tema do diálogo constitucional em diversos textos, tenta conciliar a ideia de provisoriedade das decisões com uma ideia de última palavra mitigada, a qual se expressaria por meio do grau de durabilidade da decisão no tempo e não pela imutabilidade por ser proferida por uma corte constitucional. Em sua tese de doutorado (MENDES, 2008), o autor maneja o conceito de **rodada procedimental**.

Conrado Hübner Mendes intui em sua tese que há uma interação ao longo do tempo entre legislativo e judiciário, havendo, entretanto, um nível decisório último, porém provisório, além do qual não há recuso, exceto pelo reinício do processo, em uma nova rodada procedimental (MENDES 2008, p. 165). Dito de outra forma, a Constituição prevê procedimentos para vocalização institucional de demandas coletivas e solução de conflitos. Esses procedimentos funcionam como um circuito dividido em etapas, têm um ponto de partida, fases intermediárias e um ponto final. Para o autor este ponto final não é peremptório, é final dentro de uma rodada, que pode ser sempre recomeçada, por diversas vezes enquanto houver dissenso político.

Deste modo, quem decide por último (seja a legislatura ou os tribunais), decide por último em uma rodada, mas como pode haver outra rodada, a decisão pode ser modificada, decide-se por último de maneira definitiva dentro de uma rodada procedimental, mas a última palavra é provisória justamente porque pode ser desafiada em novas rodadas se as partes recalcitrantes tiverem disposição para mobilizar a máquina político-estatal, como, por exemplo, o Congresso Nacional contestar a declaração judicial de inconstitucionalidade de uma lei pelo STF por meio da edição de uma emenda constitucional.

Conrado Hübner Mendes formulará, ainda, em texto posterior a tese de doutorado o conceito de **divisão de poderes deliberativa**. Subjacente a esta posição figura a ideia de um esquema fluído de interações entre os poderes. Para o autor (MENDES, 2014, p. 165), é impossível qualquer constituição regular de maneira restrita ou fechada a divisão de poderes, os poderes negociam seus respectivos limites por meio de ações ora ativistas ou de autolimitação contingentes, ditadas pela política e não por um manual de hermenêutica jurídica.

Segundo o autor, se o critério que determina a interação institucional é político, o desejável dentro de um sistema constitucional democrático será avaliar este desenho institucional dentro de uma perspectiva deliberativa (MENDES, 2014, p. 169):

Propongo un criterio de legitimidad que hace de la deliberación su variable dominante, dei que se puede derivar un sistema métrico de la interacción institucional: la performance deliberativa. Sostengo que los Parlamentos y las Cortes tienen la legitimidad necesaria para sostener su actividad en la medida en que participan del diálogo. Pueden elegir diferir, esperar o, frente a un nuevo argumento mejor, desafiar a otra rama del gobierno.

Outro expoente da tese do diálogo como deliberação democrática é Antônio Francisco Gomes de Oliveira, que defende expressamente os diálogos constitucionais como terceira via entre o ativismo e a autocontenção judicial. O autor sustenta que o uso **informal** das técnicas dialógicas pode contribuir para a produção de melhores soluções sobre o significado dos direitos dentro de um verdadeiro círculo virtuoso entre os diversos intérpretes da constituição (OLIVEIRA, 2016, p. 181).

O autor utiliza a expressão “uso informal” porque argumenta que a possibilidade de implantação de mecanismos formais de diálogo no Brasil já se esgotou, em razão do tema não ter sido tratado na revisão constitucional de 1993. A cultura do *judicial review* forte, falta de tradição parlamentar e uma visão rígida sobre a separação de poderes são outros óbices levantados pelo autor para a formalização do modelo dialógico no Brasil (OLIVEIRA, 2016, p. 181).

Na mesma linha de práticas informais de diálogo entre os poderes, alguns doutrinadores lembram, também, que as teorias que Bateup classifica como centradas no método judicial – teorias de aconselhamento ou minimalismo judicial – independem de mecanismos formais de relação institucional (SILVA, 2012, p. 114), ou seja, uma disposição do STF em “dialogar” com outros atores institucionais seria uma condição suficiente para a aplicação da teoria dos diálogos constitucionais no Brasil.

No âmbito das omissões normativas inconstitucionais, o trabalho de Karina Denari Matos destaca-se por focar a questão dos diálogos constitucionais enquanto mecanismos de efetividade das normas constitucionais carentes de regulamentação. Para a autora, a construção das decisões a respeito das políticas públicas demanda convergência entre os atores envolvidos na formulação e execução destas políticas, por meio da utilização do método

dialógico, mais tendente ao fortalecimento da legitimidade democrática e a supremacia da constituição (MATOS, p. 141).

Neste compasso, a autora vai buscar na prática da Suprema Corte brasileira em casos de controle de constitucionalidade por omissão, técnicas de decisão judicial que estimulam o diálogo, de construção conjunta da norma faltante, via demanda judicial e resposta parlamentar.

Assim, Matos se refere, por exemplo, a possibilidade de disciplina da fórmula de concessão de prazo para elaboração normativa, tal como no caso do MI n.º 283-5/DF tratado anteriormente.

Baseada, ainda, no magistério de Ana Cândida da Cunha Ferraz, Matos aduz a possibilidade de sanções políticas para obrigar o poder inerte a integrar a legislação, tal como tipificar a inércia legislativa do Executivo como crime de responsabilidade, obviamente nos casos em que a iniciativa de deflagração do processo legislativo é do presidente, governador ou prefeito, ou no caso das Casas Legislativas, a possibilidade de trancamento ou sobrestamento da pauta (MATOS, 2014, p. 149).

Todavia, as propostas podem ser de difícil concretização política. Parece ser contrafactual que o legislador se autolimite ao ponto de sobrestar ou trancar a pauta legislativa para sanar uma omissão cuja responsabilidade recai sobre si. Retomando a ideia subjacente ao livro Ulysses Liberto, de John Elster, “*in politics, people never try to bind themselves, only to bind others*” (ELSTER, 2000, IX).

Na literatura constitucional brasileira, para justificar a existência de diálogo constitucional informal entre o STF e o Congresso Nacional, a doutrina aponta ao menos 04 (quatro) casos:

- (i) trata-se do caso do foro por prerrogativa de função dos parlamentares;
- (ii) o do trancamento da pauta do Congresso pelas medidas provisórias;
- (iii) o da criação, fusão e extinção de municípios ante a omissão do legislador em regulamentar a matéria conforme imposição constitucional; e
- (iv) o da proibição da prática popular conhecida como vaquejada.

O primeiro caso é o do foro por prerrogativa de função dos parlamentares. Durante muito tempo, vigorou no STF a Súmula 394, que prescrevia que o foro por prerrogativa de

função mantinha-se, mesmo após a cessação do mandato para o crime cometido durante o exercício funcional.

Em 2001, o STF superou sua jurisprudência, revogando a Súmula, passando a prerrogativa de função ser “móvel”, sendo a autoridade processada conforme esteja investida no cargo/função (ESCOSSIA, 2016, p. 979).

Em 2002, porém, foi promulgada a Lei 10.628, restaurando o entendimento anterior, mantendo a prerrogativa se o crime praticado no exercício funcional, mesmo que não mais investido a autoridade no cargo. Em 2005, foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n.º 2.797.

Na oportunidade o Tribunal declarou a inconstitucionalidade formal da referida lei, modulando, porém, prospectivamente os efeitos a partir de 15 de setembro de 2005, de forma que os processos contemplados pela Lei reputada inconstitucional no período de 2002 até 2005 fossem preservados.²⁹ Imperativo consignar que a ementa do acórdão fala expressamente em reação legislativa a decisão do STF, o que seria uma forma de diálogo constitucional entre os legisladores e o juízes, na concepção de teoria estrutural do diálogo, na vertente de teoria do princípio jurídico.

No entanto, esses não foram os capítulos derradeiros do diálogo entre Congresso e STF. Pelo contrário, em 2004, foi criada a Lei 11.036, cujo art.2º não apenas equiparava o cargo de Presidente do Banco Central a Ministro de Estado, como também trazia expressamente a previsão de que o foro por prerrogativa de função alcançava os ex-Presidentes, norma que foi considerada constitucional.

O Tribunal mudou de posição novamente em 2018 ao determinar que foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas e determinou ainda que após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo.³⁰

²⁹ ADI 2797, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-02 PP-00250.

³⁰ AP 937 QO, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-265 DIVULG 10-12-2018 PUBLIC 11-12-2018.

O segundo caso, do trancamento da pauta do Congresso pelas medidas provisórias, é exemplo de diálogo defendido por Sérgio Victor (2015). O autor vê uma interação colaborativa entre o STF e o Congresso no que concerne a interpretação constitucional sobre o trancamento da pauta do parlamento se a medida provisória não for apreciada em até 45 dias (artigo 62, § 6º, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/2001). Na medida em que o trancamento da pauta permanecia um problema insolúvel, em 17 de março de 2009, o então presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, apreciando questão de ordem suscitada por parlamentar, exarou uma explícita interpretação sistemática da Constituição de 1988, acatada pela maioria dos congressistas, segundo a qual o trancamento de pauta apenas se refere às proposições legislativas ordinárias, cujos conteúdos podem ser veiculados por medida provisória (VICTOR, 2015, p. 252).

Tal interpretação foi impugnada por parlamentares da oposição. Apesar de o STF ainda não ter concluído o julgamento de mérito do mandado de segurança em questão, o relator do caso indeferiu o pedido de liminar e manteve a interpretação inovadora oriunda do Congresso Nacional, o que para o autor é uma prova de deferência judicial à interpretação da Câmara dos Deputados (VICTOR, 2015, p. 253).

Já o terceiro caso, o da criação, fusão e extinção de municípios ante a omissão do legislador em regulamentar a matéria conforme imposição constitucional é o que mais nos interessa, posto que exarado em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Cuida-se da ADI nº 3682 ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. A Emenda Constitucional nº 15/1996 alterou a redação do artigo 18, § 4º, da Constituição Federal, estabelecendo dever ao Congresso Nacional de editar lei complementar definidora do período dentro do qual poderão tramitar procedimentos tendentes à criação, fusão, incorporação e extinção de municípios.

Na prática, o silêncio do Congresso Nacional comprometia a autonomia dos demais entes federados, impedidos de organizar adequadamente a distribuição dos municípios nos territórios estaduais, e violava o direito dos cidadãos em eventual emancipar ou fundir Município em que residem com outro.

Isto gerou um estado de coisas inconstitucional, com municípios criados, eleições realizadas, tributos recolhidos, domicílios fixados, enfim, prefeituras estruturadas de fato que prestavam serviços públicos à população. A ação foi julgada procedente para declara o estado

de mora e conceder prazo de 18 (dezoito) meses para elaboração da lei exigida pelo artigo 18, § 4º, da Constituição Federal.

Tal decisão se enquadra na corrente concretista individual intermediária a que se aludiu anteriormente ao tratar do mandado de injunção. A resposta do legislativo não seguiu os parâmetros sugeridos pelo Tribunal. Ao invés de se editar a lei complementar reclamada pela norma constitucional o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional n. 57/2008, que convalidou as leis de criação de Municípios publicadas até 31/12/2006. A lei complementar que foi objeto do controle de constitucionalidade por omissão jamais foi promulgada

Por derradeiro, o quarto caso da jurisprudência do STF é o da vaquejada, prática regulamentada como desportiva e cultural por lei do Estado do Ceará, questionada no Supremo pela Procuradoria-Geral da República – PGR que defendia a inconstitucionalidade da prática pela crueldade com que os animais eram tratados. A ação foi julgada procedente, mas o Congresso Nacional aprovou uma Emenda Constitucional oriunda do Senado, permitindo a realização da prática por meio de adição § 7º ao art. 225 da Constituição Federal, com o fito de determinar (interpretar de modo diverso ao STF) que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica.³¹

Na justificativa do projeto, o autor sustentou que a vaquejada, assim como outras manifestações culturais populares, passa a constituir patrimônio cultural brasileiro e merecer proteção quando registrada em um dos quatro livros discriminados no Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial.³²

Neste caso, o Congresso Nacional rejeitou a interpretação do STF, mas procedeu de maneira a não ser questionado ao utilizar a razão de decidir da Corte na reação legislativa. Com uma redação sutil, a emenda autoriza todas práticas culturais registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, remetendo a questão da crueldade para regulamentação em lei específica, que deverá assegurar o bem-estar dos animais envolvidos. Será interesse verificar uma eventual segunda rodada de interações entre o STF e o Congresso, haja vista que os legisladores, no exercício do poder constitucional derivado, acabaram criando uma hipótese de inconstitucionalidade por omissão.

³¹ PEC nº 50 de 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4609537&ts=1553277882102&disposition=inline>. Acesso em 27.05.2019.

³² PEC nº 50 de 2016, p. 02.

A doutrina não comenta, mas a Suprema Corte ainda faz menção expressa ao diálogo institucional em duas ocasiões. Fala-se em diálogo entre o Executivo e o Poder Judiciário, ao tratar do repasse de duodécimos no MS n.º 34483 MC. Para o STF é dever de cada um dos Poderes, por ato próprio, proceder aos ajustes necessários, com limitação de empenho (despesa), ante a frustração de receitas que inviabilize o cumprimento de suas obrigações (LC n.º 101/2000, art. 9º), operando-se esses ajustes em um ambiente de diálogo institucional.³³

A decisão paradigmática, no contexto deste trabalho é na ADI 5105,³⁴ oportunidade em que o STF reconhece expressamente a inexistência de supremacia judicial, a despeito da Constituição Federal ter outorgado a tarefa da guarda da Constituição ao referido tribunal, de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como “última palavra provisória” sobre os temas constitucionais, sem fossilizar a interpretação constitucional.

A interpretação e a concretização da Constituição, seguindo essa premissa, não podem ficar adstritas às Cortes, mas, em especial, devem ser realizadas por meio de interações e diálogos entre os diversos atores da sociedade. Se se caminha no sentido de pluralizar a interpretação constitucional, de modo a compreender a Carta da República como um Estatuto Fundamental da comunidade política, seria um retrocesso pintar em fortes tintas a concepção juriscêntrica nesta seara (ADI 5105, 2015, p. 13).

O curioso da decisão supra é o seu paradoxo. Apesar da eloquente defesa do diálogo institucional em seu preâmbulo, o tribunal assume uma postura ativa e soluciona a questão de maneira juriscêntrica, para utilizar a expressão cunhada pelo próprio relator do processo, ministro Luiz Fux.

Do ponto de vista estratégico, é possível achar menção ao diálogo em votos de ministros como uma forma de adiar uma decisão com pronúncia de nulidade em que o ministro é voto vencido. Foi o que ocorreu no julgamento do RE n.º 580.252, que tratou da indenização de danos morais sofridos por pessoas encarceradas em condições desumanas.³⁵ Na ocasião,

³³ MS 34483 MC, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 22/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 07-08-2017 PUBLIC 08-08-2017.

³⁴ ADI 5105, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016.

³⁵ RE 580252, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017.

alguns ministros citaram a possibilidade de um diálogo institucional (leia-se diálogo constitucional) com o Congresso Nacional para tratar a questão, uma estratégia argumentativa para suavizar a crítica contramajoritária.

Nesta linha, o ministro Roberto Barroso fez um uso tático do diálogo institucional. Quando sua proposta recebeu críticas de vários integrantes da corte, o ministro acenou com a possibilidade de assinalar um prazo de 180 (cento oitenta) dias para a proposta entrar em vigor, dando tempo aos legisladores para examinar a questão e aperfeiçoá-la.

Dessa maneira, eu entendo que as decisões que inclusive foram tomadas nos Estados Unidos, de impedir a decretação de prisão e a ocupação de determinados presídios, são mais colidentes com o espaço dos outros Poderes. Aqui, tudo o que estamos fazendo é dizer: a indenização não vai ser em dinheiro, vai ser em dias. **Eu não vejo isso como uma inovação tão radical, sobretudo se nós a atenuarmos com esta previsão de que, se o Congresso não estiver de acordo pode, em 180 dias, prover diferente.**

Eu concordo, Ministro Gilmar, que há certa ousadia, quer dizer, eu acho que a gente na vida tem que alterar prudências e ousadias. E, se tem uma matéria em que nós estamos precisando ousar é no que diz respeito ao sistema penitenciário, porque essa é uma minoria invisível. **Se não formos nós a atuar, o Poder Legislativo tem pouquíssimos estímulos**, compreensivelmente os presos nem voto têm. (RE 580252, 2017, p.109).

Nos debates, o ministro Gilmar Mendes convenceu o presidente Ricardo Lewandowski a encaminhar a proposta do ministro Roberto Barroso de indenizar presos por meio de remição a Comissão de Juristas responsável pela elaboração da nova lei de execução penal, com a finalidade de ser analisada e eventualmente incorporada no projeto de lei (RE 580252, 2017, p. 116), enfim, uma forma de diálogo entre o STF e o Congresso Nacional que não impediu a deliberação do Tribunal.

De minha parte, julgo que é preciso destacar a importância do artigo 103, § 2º, da Constituição Federal, no tema dos diálogos constitucionais nos casos de omissões normativas inconstitucionais. No âmbito do controle de constitucionalidade por omissão, há uma disposição constitucional expressa que promove a o diálogo entre o legislativo e o STF no Brasil, com uma especificidade única: nos casos de omissão legislativa absoluta não pode haver

silêncio do legislador após notificação do STF. O diálogo ou interação entre as instituições políticas do país é compulsório no controle de constitucionalidade por omissão!

No Brasil, exige-se uma interação entre legislador e tribunal constitucional. Retomando o conceito de rodada procedimental utilizado por Conrado Hübner Mendes, o Supremo, ao constituir o legislador em mora, inicia uma rodada procedimental com o Congresso Nacional e, nos casos de iniciativa exclusiva do presidente da República, também com o Executivo, sobre a regulação de direitos fundamentais.

Na medida em que o tribunal adere a uma postura concretista no enfrentamento das omissões normativas inconstitucionais, a corte aponta ao legislador uma forma de regulamentação de direitos que julga compatível com a Constituição. A visão da jurisdição constitucional nesta seara deve ser analisada pelo legislador, pois vinculado as imposições constitucionais, é o legítimo responsável pela colmatação das omissões inconstitucionais. Cuida-se da etapa intermediária da rodada deliberativa.

O legislador pode concordar com a postura do tribunal e utilizar a regulação exarada na sentença normativa do STF como parâmetro para o ato normativo que constitucionalmente deva produzir ou pode desafiar a visão do tribunal, dando contornos diferentes ao preceito constitucional. A depender da extensão e profundidade da mudança entre o que foi decidido pelo STF e o ato legislativo editado pelo Congresso pode haver outro questionamento judicial por via de reclamação ou ação direta, que por sua vez pode gerar nova reação do Congresso.

O que é inaceitável nestes casos é o silêncio do legislador. Isto decorre da natureza da inconstitucionalidade por omissão absoluta, que constitui um dever constitucional concreto e inescusável do legislador para exercer sua função típica. A existência da lacuna técnica total ou parcial impede a norma constitucional de produzir efeitos jurídicos na intensidade almejada pelo constituinte.

No caso das omissões relativas, o cenário muda de figura e o diálogo vai depender da disposição do legislador em fazer valer sua interpretação sobre a constituição e confrontar a interpretação dada pelo STF. Isto requer que o Congresso mostre as razões pelas quais apoia uma dada interpretação antagônica a interpretação da Corte.

Dentro dos parâmetros da teoria dialógica como colóquio deliberativo entre ramos do Estado, a demonstração das razões compreende um exercício de justificação mútua entre os poderes que permite um tipo completo de diálogo antes que uma decisão seja tomada. Deste

modo, ao contrário que sustenta grande parte da doutrina, há um mecanismo formal de diálogo constitucional no Brasil. A questão que se coloca é se este diálogo funciona nos moldes deliberativo ou competitivo, tema que será tratado a seguir.

4.4 Separação de poderes agonal e o limites do diálogo enquanto deliberação interinstitucional

Em linhas gerais, demonstrou-se neste capítulo que o que está em debate são formas de racionalizar o controle de constitucionalidade no tempo e as maneiras de participação de todos os envolvidos.

Nas teorias monológicas, persiste uma noção de tempo linear, na qual a partir das normas constitucionais uma solução interpretativa é dada ao final, uma solução definitiva, seja pela Corte Constitucional ou pelo Parlamento. Nas teorias dialógicas, por sua vez, há uma noção de tempo cíclica, na qual a interpretação inicial oferecida por juízes constitucionais faz parte de um jogo interativo entre tribunais e jurisdicionados, que pode ter mais de uma rodada procedimental.

Uma concepção dialógica do controle de constitucionalidade admite que a interpretação judicial pode e deve ser desafiada por legisladores, governos e cidadãos, por meio de emendas constitucionais, leis, políticas públicas, protesto popular ou ajuizamento de nova ação, a depender é claro da lei processual.

Entretanto, o estudo das instituições requer, para melhor compreensão da sua natureza e das consequências decorrentes de suas atividades, uma avaliação das capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos das decisões que as instituições tomam em um determinado ambiente político.

Em outras palavras, deve-se analisar as restrições institucionais sobre o comportamento de cada órgão estatal estudado e o papel sutil que decisões pretéritas tiveram no comportamento atual do STF e do Congresso. Se uma instituição conseguir se libertar das amarras dos *checks and balances*, certamente exercerá maior parcela de poder, no sentido que terá maior possibilidade de fazer valer seus atos, sem que estes sejam contestados em caso de dúvida ou conflitos de interesses, normais em uma democracia. Em suma, se trata de uma disputa de poder.

Seja no caso de monólogo, exercendo a última palavra sobre a constituição, seja dialogando com os demais poderes da República, para o STF proteger direitos, garantir o respeito as atribuições de cada poder, proteger o pacto federativo ou, em uma perspectiva mais cética, proteger sua visão dessas questões, o tribunal deve ter alguma medida de poder, tomado no sentido weberiano de probabilidade de um ator fazer valer sua vontade em uma relação social, a despeito da resistência, independentemente da base em que esta probabilidade se baseia (BRINKS, 2011, p. 129).

Talvez pareça evidente, mas se a Corte Constitucional não tem poder, pode não ter a capacidade ou a disposição de intervir em disputas constitucionais, e quando intervém, é passível de ser ignorada. Esta definição sugere que duas dimensões devem ser consideradas na avaliação do poder dos tribunais. A primeira dimensão significa que o STF deve ser capaz de desenvolver e perseguir “a sua própria vontade” - que, para os propósitos desta dissertação, tem conexões tanto com as preferências originais dos juízes, quanto com o modelo estratégico, que explora as condições sob as quais os juízes podem moderar suas preferências sinceras para evitar consequências desagradáveis. A segunda dimensão diz respeito ao escopo das relações institucionais nas quais tribunal está perseguindo essas metas e envolve a capacidade dos tribunais de realizar seu resultado preferido em uma ampla gama de disputas e em nome de uma ampla gama de demandantes.

O STF necessita, ainda, de autonomia de fato, esteja protegendo os direitos contra a incursão governamental ou policiando a separação de poderes. Em teses, os tribunais precisam de autonomia de outros atores políticos para serem árbitros imparciais nas disputas entre esses atores políticos. Afinal, se os tribunais devem ser solucionadores de disputas constitucionais, eles devem pelo menos parecer neutros para, sociologicamente, conquistar a confiança dos demandantes.

Todavia, se o STF tem capacidade para fazer valer sua visão para um determinado tema constitucional, qual o sentido de dialogar com o executivo ou legislativo? Por outro lado, se as decisões emanadas da Corte Constitucional podem ser inobservadas pelo Poder Legislativo, que simplesmente é constituído em mora, o que levaria o parlamento a dialogar com a corte?

As aporias persistem a despeito do tom colaborativo que permeia o discurso dialógico. A autoridade do STF neste campo decorre, mais uma vez em termos weberianos, da sua atribuição constitucional de decidir conflitos envolvendo a inconstitucionalidade por

omissão e no reconhecimento desta atribuição pelo Executivo e, especialmente, o Legislativo. A minha hipótese é que a teoria do diálogo constitucional foi recepcionada por alguns setores da doutrina de maneira equivocada. Interpretaram a palavra diálogo de maneira denotativa, enquanto em sua origem a expressão é usada de maneira conotativa.

Inicialmente, a teoria do diálogo funcionava como uma metáfora da interrelação entre agentes políticos na interpretação constitucional, lembrando que a Corte Constitucional é um agente político. Todavia, ao estabelecer o diálogo constitucional como uma sequência de rodadas deliberativas entre juízes e políticos surgem novos problemas. Se o diálogo constitucional é deliberativo, significa que é uma conversa entre dois ou mais interlocutores que partem de ponto de vista diferentes. em tese, seria possível fazer o controle argumentativo do diálogo constitucional, por meio de teorias comunicativas-discursivas, como a razão comunicativa de Jurgen Habermas ou a teoria da argumentação de Robert Alexy, de tal sorte a alcançar um consenso racional.

Salvo melhor juízo, a teoria do diálogo constitucional não é, pelo menos em sua expressão original, um entendimento discursivo entre as instituições. O diálogo constitucional opera em um ambiente de freios e contrapesos destinado a evitar a guerra ao invés de ser destinado a promover a cooperação entre os Poderes.

Se para muitos autores a teoria do diálogo tem uma ligação direta com as concepções democráticas deliberativas, no meu entender, com todo respeito as opiniões em contrário, o diálogo constitucional deve ser examinado sob uma perspectiva democrática agonista, na feliz expressão de Chantal Mouffe (2015).

Ao enfatizar o discurso racional, as teorias deliberativas-comunicativas deixam de lado um elemento central, que é o papel crucial desempenhado por paixões e auto-interesse na garantia das instituições democráticas. Ademais, interpreto que o objetivo do arranjo institucional de freios e contrapesos é evitar a opressão de um Poder sobre o outro, um arranjo de feições não colaborativas, agonial. Nesta linha, James Madison defendeu em “Os Federalistas nº 51” que para evitar-se a concentração excessiva de poder a solução seria conferir a cada um dos poderes os mesmos meios constitucionais de resistir e responder às ingerências do outro. Para Madison, ambição se combate com ambição, ou seja, poder se combate com poder (HAMILTON, MADISON, JAY, 1999, p. 317).

Essa ideia de separação entre os Poderes não favorece uma ação cooperativa, dialógica, deliberativa e de troca de razões entre executivo, legislativo e judiciário. Ao

contrário, tal arranjo encara os Poderes como rivais e se destina a evitar a guerra entre eles. Não é possível, tampouco desejável um consenso sem contestação como a fusão dialógica pressupõe oferecer.

A história político-institucional brasileira exemplifica muito bem esta hipótese. A separação orgânica dos poderes no Brasil tem histórico conflitivo, tanto que na época imperial instituiu-se um quarto poder, moderador, para arbitrar esses conflitos constitucionais. Com a queda da monarquia, o poder moderador foi formalmente abolido, mas para muito politólogos brasileiros, a República teve diversos poderes moderadores de fato, como as forças armadas.

Deste modo, o diálogo constitucional funciona muito bem como metáfora da inter-relação dos poderes decorrentes dos *checks and balances*. As interpretações constitucionais do judiciário não são definitivas, pois podem ser desafiadas, por exemplo, através de emendas constitucionais, como foi o caso da emenda da vaquejada. Daí a sustentar uma separação de poderes deliberativa é um salto argumentativo muito grande. A lógica da política democrática não é deliberação, mas a negociação.

Quando se trata do controle de constitucionalidade por omissão, os chamados apelos da Corte constitucional ao Legislativo não implicaram em uma resposta significativa, havendo uma lista de 30 (trinta) casos em que o STF declarou a mora legislativa, mas que se encontram pendentes de regulamentação. As hipóteses explicativas deste cenário parecem apontar para a fragmentação política brasileira, que existia durante a assembleia nacional constituinte de 1987/88 e avançou até o estado atual de 30 (trinta) partidos com representação no Congresso Nacional e mais uma dezena aguardando formalização no Tribunal Superior Eleitoral-TSE.

A hipótese da Corte Constitucional como garantia contra o resultado eleitoral (BRINKS, 2011, p. 130) pode explicar a atribuição constitucional do STF nesta seara e, ao mesmo tempo, a incapacidade ou falta de ânimo do legislativo em dialogar com a corte no tema da inconstitucionalidade por omissão. Em linhas gerais, para essa teoria, a incerteza sobre o futuro eleitoral em um ambiente político extremamente fragmentado e competitivo motiva os elaboradores de uma constituição a impor constrangimentos judiciais ao vencedor da disputa de votos, materializado em uma Corte Constitucional com grande autonomia decisória e um controle de constitucionalidade forte, de modo a limitar o ímpeto facciosista do vencedor da disputa eleitoral.

Paradoxalmente, esse arranjo institucional não soluciona o problema da fragmentação política e impede o exercício de pressão nos juízes constitucionais ou uma resposta minimamente concertada dos agentes políticos as decisões da corte. No Brasil, este fenômeno parece ser mais acentuado na Câmara dos Deputados, com número maior de legisladores, o que dificulta a formação do consenso. Por outro lado, é significativo que as Emendas à Constituição que conseguiram reverter interpretações constitucionais do STF se originaram no Senado Federal, casa com menor número de membros e, conseqüentemente, com uma dificuldade menor de articulação política.³⁶

Aliás, é preciso distinguir a capacidade institucional do Senado Federal e da Câmara dos Deputados de “dialogar” com o Supremo. Em tempos recentes o Senado Federal enfrentou o STF por duas vezes no tema das prerrogativas do mandato parlamentar e ganhou a disputa. A primeira, foi quando o presidente do Senado Federal, senador Renan Calheiros, recusou cumprir ordem expedida pela Corte de afastá-lo do cargo. A segunda foi quando o plenário do Senado Federal, derrubou medidas cautelares penais contra o senador Aécio Neves por 44 votos a 26

A autonomia real do STF resulta de um ajuste calibrado entre a sua competência de guardião da constituição e a capacidade dos demais órgãos estatais de impor custos as decisões e preferências do tribunal, no que Canotilho chama de política-constitucional. Neste sentido, o desenho institucional tem papel fundamental no incentivo ao monólogo judicial do tribunal constitucional brasileiro. Os parâmetros deste desenho incluem os tipos de conflito que o tribunal atua, o perfil dos demandantes autorizados a demandar perante a corte constitucional, o grau de controle da sua própria agenda decisória e o efeito das decisões do tribunal.

Da análise desses parâmetros institucionais é possível inferir que o grau de autonomia real do STF é muito forte, o que desencoraja experiências dialógicas deliberativas na prática do controle de constitucionalidade por omissão, a despeito de toda retórica sobre o tema no tribunal e na academia. O STF tem a competência de resolver conflitos constitucionais tanto de maneira difusa (mandado de injunção) como abstrata (ADO). Se é verdade que no controle concentrado de constitucionalidade os legitimados ativos compõem um rol restrito, o mandado de injunção pode ser manejado por qualquer cidadão, sindicato e associação com interesse de agir na colmatação de uma lacuna técnica no ordenamento jurídico-constitucional.

³⁶ Proposta de Emenda à Constituição nº 50, de 2016 que resultou na Emenda Constitucional nº 96/2017, a emenda da “vaquejada” foi patrocinada por 28 senadores, 34 % dos membros do Senado. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/127262>. Acesso em 28.05.2019.

Na prática, esta modelagem institucional permite a corte arbitrar tanto conflitos entre poderes como conflitos envolvendo cidadãos e grupos de interesse. Os conflitos constitucionais são decididos de maneira *erga omnes* no exercício da jurisdição constitucional, mesmo nos casos do mandado de injunção, que em tese teria eficácia subjetiva limitada às partes, é possível conceder eficácia *erga omnes* a decisão por força do artigo 13, da Lei 13.300/2016.

Finalmente, o STF tem um controle absoluto de sua agenda decisória. Pedidos de vista, manejo de pauta de julgamento, convocação de audiências públicas, inexistência de prazo para proferir decisões, ausência de ordem cronológica de julgamento de processos e demais expedientes são realizados com ampla margem discricionária, o que permite estabelecer preferências, ajudar aliados ou punir inimigos das pautas de interesse do tribunal.

Desta forma, o STF é um *locus* de poder político incontestável no Brasil. Desafiar a interpretação constitucional da corte tem um custo político muito alto. Por outro lado, apesar de afirmar constantemente seu papel contramajoritário e de neutralidade política, o STF está sujeito cada vez mais a pressão popular com a transmissão televisiva e em tempo real dos seus julgamentos, manifestação de seus membros sobre casos sub judice a mídia, nas redes sociais e aos interessados no deslinde da questão

Assim, quando a Corte recorre ao discurso do diálogo institucional, muitas vezes atua de maneira estratégica para dividir o ônus de decisões político-constitucionais controversas. Em outros, utiliza o discurso dialógico para constranger o Legislativo a obedecer.

4.5 Omissões normativas inconstitucionais e a segunda grande rodada procedimental entre o STF e o Congresso Nacional

O STF divulga em seu sítio eletrônico 30 (trinta) casos em que declarou a mora legislativa, mas que se encontram pendentes de regulamentação pelo legislador.³⁷ A divulgação desta lista pode ser interpretada de dois modos. A princípio é uma forma de facilitar o acesso

³⁷ Impõe informar não consta o recente julgado sobre a criminalização da homofobia, posto que o tribunal ainda não publicou o acórdão do julgamento. Cf. <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>.

as informações sobre os processos, no âmbito do controle de constitucionalidade por omissão, o que homenageia o princípio constitucional da publicidade.

Todavia, também é possível uma interpretação cética das intenções de transparência do tribunal. Salvo melhor juízo, é possível considerar que a divulgação dos 30 (trinta) casos que se encontram pendentes de regulamentação configura o início de uma segunda rodada deliberativa entre o STF e o Congresso Nacional em razão da manutenção do silêncio legislativo sobre as matérias constitucionais em questão. Neste sentido, pode-se afirmar que se trata de uma nova rodada procedimental.

Processo	Relator	Data do julgamento
MI 788	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 795	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 796	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 797	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 808	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 809	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 815	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 825	Min. Carlos Britto	15/4/2009
MI 828	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 841	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 850	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 857	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 879	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 905	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 927	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 938	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 962	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 998	Min. Cármen Lúcia	15/4/2009
MI 758	Min. Marco Aurélio	1/7/2008
MI 670	Min. Maurício Corrêa	25/10/2007
MI 708	Min. Gilmar Mendes	25/10/2007

MI 712	Min. Eros Grau	25/10/2007
MI 721	Min. Marco Aurélio	30/8/2007
ADI 3682	Min. Gilmar Mendes	9/5/2007
MI 695	Min. Sepúlveda Pertence	1/3/2007
ADI 3276	Min. Eros Grau	2/6/2005
MI 278	Min. Carlos Velloso	3/10/2001
MI 95	Min. Carlos Velloso	7/10/1992
MI 124	Min. Carlos Velloso	7/10/1992
MI 369	Min. Sidney Sanches	19/8/1992

Tabela 1-Decisões em que se declarou a mora do legislador e cuja matéria se encontra pendente de disciplina pelo legislador. Fonte: STF

Assim como na primeira rodada, é o STF que toma a iniciativa de estabelecer um diálogo com o Congresso Nacional. No primeiro turno procedimental, o STF foi instado a se manifestar pelos jurisdicionados, concluiu pela existência de omissão normativa inconstitucional e notificou o Congresso Nacional da mora.

Tendo em vista a manutenção do silêncio legislativo, o tribunal inicia uma segunda rodada procedimental com a divulgação da lista, uma forma de coagir o legislador a adimplir a imposição constitucional. Adicionalmente, a lista dos casos que se encontram pendentes de regulamentação legitima uma postura concretista do STF nos futuros casos em que será provocado a se manifestar sobre a omissão do legislador. Observe-se que não há nenhuma interação deliberativa interinstitucional. De outro turno, a postura do STF é agonal, puni publicamente o legislador, constrange o Congresso Nacional como um ator político omissor, retroalimentando a crise de legitimidade dos políticos.

Em relação aos temas debatidos, os processos desta lista variam de direitos sociais, como a regulamentação do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal); organização política-administrativa do Estado, consistente na edição de lei específica para criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios (artigo 18, §4º, da Constituição Federal); direitos do servidor público, tanto a aposentadoria especial do servidor público (artigo 40, § 4º, da Constituição Federal) e direito de greve (artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal); e organização dos poderes, relativo a instituição das carreiras de auditores e membros do Ministério Público do Tribunal de Contas do Estado do Ceará (artigo 73, §2º, incisos I e II, e 75 da Constituição Federal)..

TEMA CONSTITUCIONAL	QUANTIDADE DE PROCESSOS
DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO	4
APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO	19
AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL AO TEMPO DE SERVIÇO	5
CARREIRAS DE AUDITORES E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ	1
CRIAÇÃO, INCORPORAÇÃO, DESMEMBRAMENTO E FUSÃO DE MUNICÍPIOS	1
TOTAL	30

Tabela 2-Omissão Inconstitucional reconhecida pelo STF - perfil dos temas. Elaborada pelo autor.

O curioso é que o silêncio do legislador não se restringe aos direitos sociais apenas, mas a própria organização do Estado, tanto sob o aspecto político-administrativo (criação de entes subnacionais) como orgânico (Tribunal de Contas), o que mostra que a omissão legislativa no Brasil não decorre unicamente do perfil dirigente da Constituição.

A dilação regulamentar decorre também dos problemas fiscais do Estado brasileiro, que não pode arcar com novas despesas previdências do funcionalismo (no caso da aposentadoria especial dos servidores) e das disputas políticas oligárquicas pelo controle das instituições políticas locais e, por consequência, do orçamento público (no caso da criação de municípios).

O perfil dos casos por tipo de ação revela um desrespeito legislativo maior do Congresso Nacional nas decisões proferidas em sede de mandado de injunção, que compõe 93% dos casos presentes na lista, conforme gráfico abaixo.

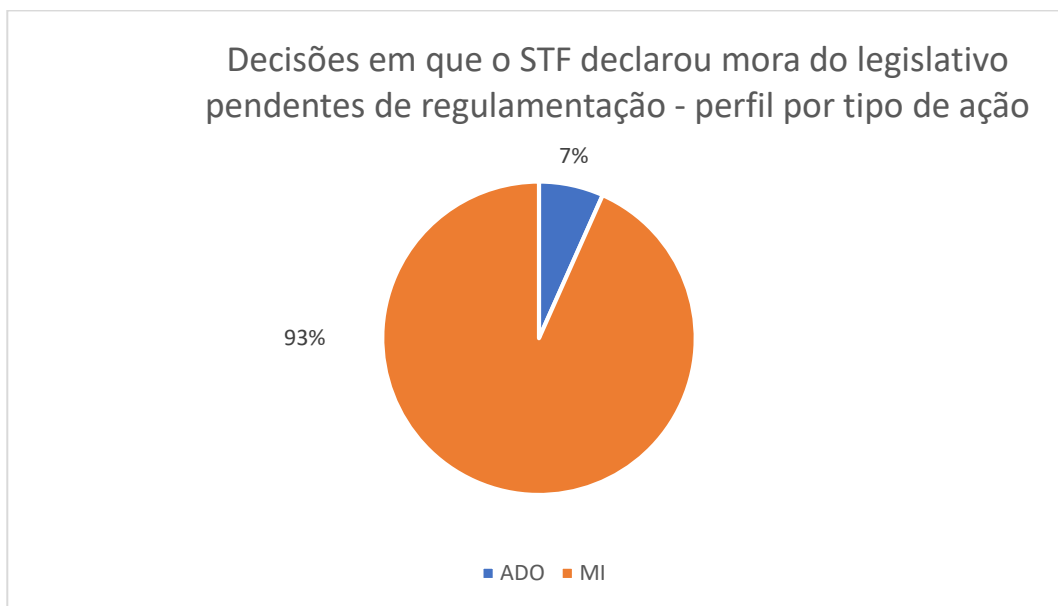


Figura 1-*Decisões em que o STF declarou mora do legislativo pendentes de regulamentação. Elaborada pelo autor.*

Por outro lado, essa infeliz primazia da ação injuncional pode ser interpretada como um acerto do Poder Constituinte Originário em criar o remédio constitucional. Os litígios constitucionais realmente polêmicos são, ao que os números indicam, vinculados por meio de mandado de injunção, revelando um papel ativo da cidadania na luta-constitucional pela efetividade da Constituição.

CONCLUSÃO

Nos limites estritos do trabalho aqui proposto, procurou-se demonstrar os limites e as possibilidades das teorias dialógicas no âmbito do controle de constitucionalidade por omissão, sem incorrer em canonizações abstratas de modelos interpretativos, como foi demonstrado ao tratar dos modelos teóricos da supremacia judicial e da supremacia do legislativo.

Partiu-se de uma exposição do evoluir da concepção de Estado, do modelo liberal de Estado Gendarme para o Estado Social. Destacou-se os desafios do constitucionalismo dirigente, teoria constitucional que influenciou o desenho da Constituição Federal de 1988, a partir de uma análise político institucional dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, auxiliados pelo ferramental teórico de John Elster.

Discutiu-se como o constitucionalismo dirigente problematiza a teoria kelseniana de tribunal constitucional, ao possibilitar que as Cortes Constitucionais possam, em tese, assumir o papel de legisladores positivos. Neste sentido, os instrumentos processuais de combate a omissão legislativa criados pelo constituinte, especialmente o mandado de injunção, causaram ampla polêmica doutrinária e jurisprudencial ao possibilitar a concretização dos direitos constitucionais dependentes de regulamentação.

Reportou-se como a teoria do direito tenta solucionar os dilemas do papel contramajoritário do *judicial review*. Uma variedade enorme de estudiosos formulou teorias para tentar, de algum modo, enfrentar o problema da dificuldade contramajoritária dos tribunais. Essas teorias podem ser divididas em dois grandes grupos, cada qual com as diversas subespécies: as monológicas e as dialógicas.

As monológicas partem da premissa que há uma decisão final relativa à interpretação constitucional. A polêmica neste tópico é definir qual órgão estatal seria responsável pela ‘palavra final’ sobre a interpretação das normas constitucionais: os órgãos políticos ou os tribunais. Foi visto como os dois expoentes teóricos, Dworkin e Waldron, defendem, respectivamente, a primazia judicial e primazia parlamentar.

Já no quarto capítulo, mostrou-se como a dicotomia juízes versus legisladores pode ser tratada de modo diferente. Não se trata de um jogo de soma zero, muito menos uma análise

de quem tem a melhor capacidade institucional para interpretar a Constituição. Cuida-se de admitir que todos os poderes estatais interpretam a Constituição.

Deste modo, chega-se a algumas importantes conclusões, aqui sumariamente arroladas com o fito de bem expô-las no contexto das omissões inconstitucionais:

a) A eficácia das normas constitucionais depende de uma postura ativa do legislador, entendido em uma acepção ampla como o órgão estatal com a competência de deflagrar o processo legislativo, pois mesmo com todas as técnicas de concretização judicial de direitos, o legislador está vinculado à constituição, não pode se omitir de seu mister constitucional, tampouco delegá-lo, ainda que tacitamente, aos juízes e tribunais.

b) A metáfora dialógica tem o papel salutar de reintroduzir a questão do papel da política na dogmática constitucional. Constituição e política são temas interconectados. As teorias do diálogo permitem a contextualização do relacionamento inter-organizacional dos Poderes da República e pode facilitar a identificação de pontos de estrangulamento para a eficácia das normas constitucionais.

c) Por outro lado, a recepção da teoria dos diálogos constitucionais no debate constitucional brasileiro deve avançar com base nos desafios nacionais, não no estudo abstrato de modelos estrangeiros, para não redundar em uma ideia fora do lugar. Isso significa em tratar o diálogo como um modelo relacional conflitivo entre os poderes, sem pretensão de uma hegemonia de um deles. Se há harmonia, ela decorre do relacionamento conflitivo entre os órgãos estatais, não de uma terceira via deliberativa, benigna, neutra e despolitizada.

d) Se o diálogo baseia-se em rodadas procedimentais entre os poderes para definição da interpretação constitucional, significa concluir que no Brasil há um modelo dialógico formal na colmatação das omissões normativas, insculpido no artigo 103, § 2º, da Constituição Federal.

BIBLIOGRAFIA

ARATO, Andrew. Construção constitucional e teorias da democracia. In **Lua Nova**, São Paulo, CEDEC. N. 42, pp. 5-51, 1997.

ABRACHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 31, n. 1, 1988, p. 05 a 34.

BALDASSARRE, Antonio. **Los derechos sociales**. Presentación de Luis Villar Borda. Traducción de Santiago Perea Latorre. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019a.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019b.

BARROSO, Luís Roberto. Mandado de injunção – o que foi sem nunca ter sido: uma proposta de reformulação. In DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 429-436.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. **Brooklyn Law Review**, Nova York, 71, n. 3, 2006. 1109-1180. Disponível em: <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/blr/vol71/iss3/1>>. Acesso em: 18 Jun. 2018.

BEÇAK, Rubens. LIMA, Jairo Néia. **Emenda Constitucional e Constitucionalismo Político: a potencial moderação das críticas ao controle judicial de constitucionalidade**. *Conpedi Law Review*, Uruguai, v. 2, n. 4, p. 275-296, jul/dez. 2006.

BEÇAK, Rubens. **A hipertrofia do Executivo brasileiro – o impacto da Constituição de 1988**. Campinas: Millenium, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. Revolution trough Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 1, jan-abr 2014, p. 07-18.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999, p. 35 a 52.

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2ª edição. New Haven: Yale University Press, 1986.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BREWER-CÁRIAS, Alla. **Constitutional Courts as Positive Legislators: a comparative law study**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

BRINKS, Daniel M. The brazilian constitutional court's role under the 1988 constitution. In: HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio (ed.). **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 128-153.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

CAMPBELL, Thomas. **Separation of powers in practice**. Stanford, CA: Stanford University Press, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARBONELL, Miguel. **En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Estudo Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo / RS, 6, n. 2, 01 Jul-Set 2014. 218-227. Disponível em: <doi: 10.4013/rechtd.2014.62.10>. Acesso em: 03 abr. 2018.

CARRAZA, Roque Antônio. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandado de Injunção. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, nº 3, abril-junho, 1993, p. 120-135.

CASTRO, Guilherme de Siqueira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Mandado de Injunção** – de acordo com a Lei nº 13.300/2016. Salvador: Juspodivm, 2016.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Vol. 21 nº. 61 junho/2006, p. 41 a 62.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

DAWKINS, Richard. **O gene egoísta**. Tradução de Rejane Rubino. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

DI FONZO, Edson. O que os empresários não querem. *Jornal da Tarde*, São Paulo, p. 8, 28 jun. 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/119992>>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos da. É possível falar em teoria normativa dialógica no Brasil. **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 974-1006, fev. 2017. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/70/122>>. Acesso em: 11 mai. 2019. doi: <https://doi.org/10.21783/rei.v2i2.70>.

ELSTER, John. The optimal design of a Constituent Assembly. In Landemore, Helène; Elster, John (editores). **Collective Wisdom – principles and mechanisms**. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 148-172, 2012.

ELSTER, John. **Ulysses Unbound** – studies in rationality, precommitment, and constraints. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ELSTER, Jon. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process. In **Duke Law Journal**, Durham (North Carolina), nº45, p. 364-396, 1995. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol45/iss2/2>. Acesso em 05 de jul. 2018.

FARIA, José Eduardo. **O Brasil pós-constituente**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión. In CARBONELL, Miguel. **En busca de las normas ausentes: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión**. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Inconstitucionalidade por omissão: uma proposta para a Constituinte. In **Revista de informação legislativa**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 23, n.ª 89 (jan./mar. 1986), p. 49-62.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 2008. 40ª edição. São Paulo, Saraiva, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

GARGARELLA, Roberto (comp.) **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In GARGARELLA, Roberto (comp.) **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

GODOY, Miguel Gualano. **Devolver a Constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. Belo Horizonte: editora Fórum, 2017.

GOMES, Sandra. O Impacto das Regras de Organização do Processo Legislativo no Comportamento dos Parlamentares: Um Estudo de Caso da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988). In **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 49, no 1, 2006, pp. 193 a 224.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 8ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. Edited by Clinton Rossiter. New York: Penguin Books, 1999

HELMEK, Gretchen. **Institutions on the edge: the origins and consequences of inter-branch crisis in Latin America**. Cambridge UK; New York, NY: Cambridge University Press, 2017.

HELMKE, Gretchen; RIOS-FIGUEROA, Julio (ed.). **Courts in Latin America**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

HOGG, Peter W. e BUSHELL, Allison. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All). **Osgoode Hall Law Journal**, Volume 35, nº 01, primavera de 1997, p. 75-124. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>. Acesso em 05 de julho 2018.

JORNAL DO BRASIL. Federações preparam 200 emendas supressivas: entidade quer “direitos” de fora. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, p. 2, 05 jul. 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/120523>>. Acesso em: 11 de agosto de 2019.

KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição: a Justiça Constitucional, Revista Direito Público, n. 1 – Jul-Ago-Set, 2003, p. 91 a 130.

KRAMER, Larry. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Traducción de Paola Bergallo. Barcelona: Marcial Pons, 2011.

LIMA, Jairo Néia. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MANFREDI, Christopher; KELLY, James. "Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell." **Osgoode Hall Law Journal**, 37.3 (1999), p. 513-527. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1520&context=ohlj>. Acesso em 27.06.2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Processo constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MATHEN, Carissima. "Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: A Comment on "Charter Dialogue Revisted"." **Osgoode Hall Law Journal**, 45.1 (2007), p. 125-146. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol45/iss1/6>. Acesso em 25.05.2018.

MATTOS, Karina Denari Gomes de. **Democracia e Diálogo Institucional: a relação entre os poderes no controle das omissões legislativas**. Dissertação de mestrado. FD/USP, 2014.

MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In GARGARELLA, Roberto (comp.) **Por una justicia dialógica: El Poder Judicial**

como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

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

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008b.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção:** estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. Constitutional Dialogue: An Overview. **Utrecht Law Review.** Volume 9, Issue 2 (March) 2013.

MIRANDA, Jorge. A Constituição de 1988: uma constituição da esperança. In **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, a. 45, n. 179, p. 155-164, jul.-set. 2008.

MORAIS, Carlos Blanco de. A justiça constitucional e as suas relações de tensão com os demais poderes do Estado. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Processo Constitucional.** São Paulo: Thomson Reuters, 2019. Cap. 5, p. 161-184.

MORAIS, Carlos Blanco de. As Omissões Legislativas e os efeitos jurídicos do Mandado de Injunção: um ângulo de visão português. In MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção:** estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 334-382.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o político.** Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

OLIVEIRA, Antônio Francisco Gomes de. **Jurisdição constitucional:** diálogo institucional como terceira via entre o ativismo e a autocontenção judicial. Curitiba: Juruá, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra omissões legislativas:** ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RAMOS, Elival da Silva. Mandado de Injunção e separação dos poderes. In MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 230-254.

SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. Pró-majoritariedade versus contramajoritariedade: a construção do capital político da jurisdição constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Processo constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 285-312.

SCHWARTZ, Robert. **Ao vencedor as batatas**. São Paulo: 34, 2000.

SILVA, Cecília de Almeida et al. **Diálogos Institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SOUZA, Márcia Teixeira de. O processo decisório na Constituição de 1988: práticas institucionais. In **Lua Nova**, São Paulo, CEDEC. N. 58, 2009, pp. 37-59.

STONE-SWEET, Alec. **Governing with judges: constitutional politics in Europe**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5º edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros / SBDP, 2012.

SUNSTEIN, Cass. **Constitutional Personae**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, André Ramos. O cabimento do mandado de injunção: a omissão inconstitucional e suas espécies. In MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; VALE, André Rufino do; QUINTAS,

Fábio Lima. **Mandado de injunção**: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 383-406.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

TEJADA, Javier Tajadura. La inconstitucionalidade por omission y los derechos sociales. In CARBONELL, Miguel. **En busca de las normas ausentes**: ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 287-312.

TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracy in America**. Translation, edited and with an introduction by Harvey C. Mansfield and Delba Winthrop. Chicago: University of Chicago, 2000.

TOOZE, Adam. **O preço da destruição** – construção e ruína da economia alemã. Tradução de Sérgio Duarte. Rio de Janeiro: Record, 2013.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In GARGARELLA, Roberto (comp.) **Por una justicia dialógica**: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights** – judicial review and social welfare right in comparative constitutional law. Princeton: Princeton University Press, 2008.

UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, mai. 2011. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8584/7322>>. Acesso em: 04 Jul. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v257.2011.8584>.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Dialogical constitutionalism manifestations in the Brazilian judicial review. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, 1, n. 3, set-dez 2014. Disponível em: <DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40515>>. Acesso em: 23 fev 2018.

VERSTRAELEN, Sarah. Constitutional dialogue in the case of legislative omissions: who fills the legislative gap? **Utrecht Law Review**, Utrecht, v. 14, n. 1, p. 61-81, 09 fev. 2018. ISSN 1871-515X. Disponível em: <<http://doi.org/10.18352/ulr.421>>. Acesso em: 30 set. 2018.

VICTOR, Sérgio. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces**. Traducción de Leonardo Garcíajaramillo, Federico Jorge Gaxiola y Santiago Virgüez Ruiz. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2018.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999b.

WALDRON, Jeremy. **The Dignity of Legislation**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 1999a.

WHITTINGTON, Keith E. **Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, The supreme Court, and the Constitutional Leadership in US History**. Princeton: Princeton University Press, 2007.