# XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

**CAIO AUGUSTO SOUZA LARA**

**JULIANA RODRIGUES FREITAS**

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem osmeios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais**
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
**Relações Internacionais para o Continente Americano**
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
**Relações Internacionais para os demais Continentes**
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

**Comunicação:**
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

C755
Constituição e democracia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA
Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Juliana Rodrigues Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-826-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

---

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

# XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

## CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

---

## Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I durante o XXVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Belém-PA, de 13 a 15 de novembro de 2019, sob o tema geral "Direito, desenvolvimento e políticas públicas: Amazônia do século XXI". O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito em parceria com o Centro Universitário do Pará – CESUPA e o seu Programa de Mestrado em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional. Foram parceiros a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Teoria e hermenêutica constitucionais, bem como a história do Direito Constitucional e a filosofia a ela relacionada, como não poderia deixar de ser, também estão presentes nos artigos.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Profª. Drª. Juliana Rodrigues Freitas - Centro Universitario do Pará - CESUPA

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - Faculdade Arnaldo/Escola Superior Dom Helder Câmara

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# O LÍTIGIO ESTRATÉGICO COMO MÉTODO DIALÓGICO ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PODER LEGISLATIVO

# STRATEGIC LITIGATION AS A DIALOGICAL METHOD BETWEEN THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE LEGISLATIVE POWER

**Samira Rodrigues Pereira Alves** [1]
**Paulo Cesar Bernardes Filho** [2]

**Resumo**

O litígio estratégico consiste na seleção de um caso de impacto levado à justiça a fim de conseguir reformas na legislação e/ou adoção de políticas públicas. Este artigo se propõem estudar a sua utilização como método de diálogo entre o Poder Legislativo e o Supremo Tribunal Federal. Aponta o diálogo constitucional como necessário para estimular cooperação entre os poderes no cumprimento da lei constitucional. Para este estudo utilizou o método hipotético dedutivo e pesquisa bibliográfica, documental e julgados

**Palavras-chave:** Litígio estratégico, Diálogo constitucional, Constituição, Supremo tribunal federal, Poder legislativo

**Abstract/Resumen/Résumé**

The strategic litigation consists in the selection of a case of impact brought to justice in order to achieve reforms in legislation and / or adoption of public policies. This article proposes to reflect on its use as a means of promoting dialogue between the legislative and Federal Suprem Court. It points out institutional dialogue as necessary to stimulate cooperation between powers in compliance with constitutional law. For this study we used the hypothetical deductive method through bibliographic, documentary and judged research.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Strategic litigation, Constitutional dialogue, Constitution, Supreme court, Legislative power

---

[1] Mestranda e bacharel em Direito pela Universidade Nove de Julho, Psicóloga pela PUC/PR e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Cátedra OEA da FDUSP

[2] Advogado e Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho

## Introdução

O debate sobre jurisdição e supremacia constitucional é atemporal. O fenômeno da judicialização da política, a omissão do Poder Legislativo frente a temas polêmicos e a violação de direitos fundamentais, exigem respostas que primem pelo funcionamento das instituições. Neste sentido surgem teorias para tentar solucionar esta questão. A teoria do diálogo constitucional é uma delas e busca realizar uma interlocução entre os Poderes assim como buscar o envolver a sociedade civil nos processos de controle de constitucionalidade.

É a partir dessa concepção de ampliação e interlocução dos atores envolvidos no processo de constitucionalidade que o litígio estratégico se apresenta como possível instrumento dialógico entre os envolvidos, buscando soluções para problemas sociais complexos, constituindo uma forma de buscar maior participação social e proposições de ações coletivas que influenciem e realizem mudanças estruturais tanto em políticas públicas quanto provocar o diálogo entre os Poderes em questão de legislação.

Este artigo se propõem, em um primeiro momento, apresentar o marco referencial no debate sobre o papel da jurisdição constitucional e supremacia da Constituição, abordando as ideias dos *The Federalist*, o caso *Madison vs. Marbury* o debate histórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o "Guardião da Constituição. Em seguida expõem sobre a jurisdição constitucional brasileira, a judicialização da política e o papel da Corte a partir da Constituição de 1988. Apresenta as ideias principais da teoria do diálogo institucional que propõem uma interlocução entre os Poderes como forma de manter um elo permanente e cooperativo entre eles, para serem parceiros na busca da interpretação e do cumprimento da lei constitucional. Posteriormente apresenta o conceito e a função do litígio estratégico como método de mudança legislativa e a possibilidade de ser um instrumento de diálogo entre os Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. Este trabalho foi desenvolvido utilizando o método hipotético-dedutivo e a pesquisa é essencialmente bibliográfica e documental .

## 1. Sobre a Jurisdição Constitucional

O Constitucionalismo triunfa no século XIX, e se define como a proposta e reivindicação política de limitar o poder do Estado mediante a Constituição que não seja modificada com facilidade pelo Poder Legislativo e garanta os direitos fundamentais e a democracia. Se constrói sobre os acontecimentos e ideias políticas dentro de um processo

histórico-cultural. (DIMOULUS; LUNARDI, 2011). Longos debates e estudos sobre a Constituição ocorreram até ser reconhecida como instrumento normativo superior e condicionante da validade de todos os atos dos poderes públicos. (BRANCO, 2009).

Na Europa e nos país da América as Constituições foram adotadas após a ruptura violenta com regimes monárquicos e autoritários. Foi na sequência dos acontecimentos que os Estados Unidos elaboram sua Constituição Federal em 1787, e França, em 1791.

No continente europeu, após o primeiro pós guerra, se dá a progressiva adoção do parlamentarismo, uma espécie de Estado Legislativo, vigorando a centralidade da lei e a supremacia do parlamento, no entanto, isso não foi suficiente para defender as liberdades, havia uma necessidade de uma fórmula para proteção dos indivíduos.

O Estado Constitucional de direito, é "producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rigidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinárias", e é a partir dele que a Constituição passa a valer como norma jurídica. (FERRAJOLI, 2001, p.31)

Uma análise historiográfica das Constituições mostra os períodos alternados entre regimes democráticos e autoritários por quais as Instituições passaram, acrescentando a isso, há ainda a complexidade da sociedade que, frequentemente, trás novas demandas provocadas pela transformação social exigindo respostas de seus representantes seja na elaboração ou na aplicação das leis que garantam ou assegurem direitos.

O ponto comum entre os sistemas de governo sejam eles autoritários ou não, é a violação de direitos fundamentais. Este quesito em razão das transformações sociais acaba por exigir resposta complexa do direito e uma das formas para resolver isto é tornar a Constituição cada vez mais abrangente no sentido de abarcar um significativo rol de garantias de direitos. No entanto a consequência disso pode ser a judicialização da política, pois na existência de uma Constituição consistente em direitos e ausência ou na omissão do Poder Legislativo as questões são submetidas ao Judiciário, que assume um papel de rever a atuação legislativa ou impor-lhe normas ou condutas. (BRANDÃO, 2015).

Estes fatos trazem a tona um debate, atemporal, dentro do Constitucionalismo que discute sobre a Supremacia Judicial, ou seja uma forma de conferir ao Poder Judiciário a última palavra em atos que caberiam ao Poder Legislativo.

O debate sobre a legitimidade da justiça constitucional, jurisdição e da supremacia da Constituição tem três importantes marcos teóricos que ainda são referências ao discutir a Jurisdição Constitucional. O primeiro surge com os artigos dos Federalistas, em 1788, seguido do histórico caso *Marbury vs Madison*, que foi o primeiro caso de afirmação do controle de

constitucionalidade, e o terceiro é o embate teórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, no qual discutiam sobre quem deveria ser o guardião da Constituição.

A obra *The Federalist paper*[1], de 1788, defende a importância da Constituição em oitenta e cinco artigos, manifestando, de forma antecipada, uma reflexão sobre o controle de constitucionalidade (*judicial review)*. Tinha a finalidade de apoiar a recém promulgada Constituição Federal americana pois acreditava que esta oferecia um ordenamento político superior ao vigente. Nestes artigos discutem e defendem ideias sobre a repartição de atribuição entre os poderes, o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) e o exercício de atividade legislativa pelo Judiciário para preservar a supremacia da Constituição.[2] A obra, ainda hoje, é um marco teórico em discussões sobre a legitimidade da justiça constitucional.

Ainda, sobre o controle de constitucionalidade americano, há o célebre caso *Marbury vs. Madison*, redigido em 1803. A proferida decisão estabeleceu os marcos teóricos sobre o controle de constitucionalidade.

A tese desenvolvida por Marshal, segue o raciocínio de Hamilton, no artigo 78 dos federalistas, pois se encontram afirmados na limitação dos poderes e na supremacia constitucional; na prerrogativa dos juízes de interpretar as leis de acordo com a Constituição[3] e o poder da *judicial review*, ou seja, Judiciário rever os atos contrários a Carta Maior. (SANTIAGO, 2015)

Na Europa, o debate sobre Jurisdição Constitucional se deu a partir de 1925, na República de Weimar com a crise no parlamento, que mostrava incapaz de dar resposta céleres para os problemas que demandava, perdendo espaço para o Executivo no exercício da função estatal.

Exemplo disso, foi a crise da desvalorização da moeda, que reduziu a zero o valor do marco, foi gerida pelo Presidente da República através de decretos emergenciais. O Tribunal, reconheceu a validade da norma e afirmou, em tese, a sua competência para controlar a constitucionalidade das leis federais. (BRANDÃO, 2015).

Essa decisão inicia o debate histórico, que contrapôs duas concepções de Estado: de um lado Kelsen, com a ideia da democracia constitucional, resguardada por um Tribunal

---

[1] Ver The Federalist Papers. Disponível em: https://www.constitutionfacts.com/us-articles-of-confederation/the-federalist-papers/. Acesso: 10 de ago de 2019

[2] Ver artigos No 51 e No78, The Judiciary Department *in* The Federalist Papers. Disponível em: https://www.constitutionfacts.com/us-articles-of-confederation/the-federalist-papers/. Acesso: 10 de ago de 2019

Constitucional, e do outro Carl Schmitt e a ideia de Estado Total, no qual o Presidente do Reich é o Guardião da Constituição.

Em suma, estavam em debate os limites e as fronteiras do direito enquanto técnica e, por outro lado, a compreensão do poder e da política como antessala do direito posto. Schmitt manteve a perspectiva de que o perfil do guardião da Constituição melhor se encontrava à parte do mundo legal, residindo em uma zona limítrofe, cinzenta e sinuosa, localizada entre a política (fenômeno pré-jurídico) e o direito propriamente dito (direito posto).

> "As divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influência não podem ser decidas judicialmente, caso não seja exatamente o caso de punição por violações constitucionais abertas. Elas são eliminadas ou por meio de um poder político mais forte, situado acima das opiniões divergentes,(...) por intermédio de um terceiro superior, mas isso não seria , então o guardião da constituição, e, sim, os senhor soberano do Estado." (SCHMITT, 2007, p.192)

Assim, o "Guardião da Constituição", ou seja a autoridade responsável para resolver as divergências na intepretação da Constituição, deveria ser do Presidente da República, para isso, Schmitt empresta de Benjamim Constant o conceito de poder moderador para atribuir ao Presidente a condição de um monarca republicanizado, pois tal como na monarquia, o poder exercido é neutro, intermediário e regulados face aos grupos políticos. (SCHMITT, 2007).

Schmitt recusa que o Judiciário possa ser o protetor do Estatuto Político, e nega que a lei pudesse ser objeto de crítica judiciária autônoma. (BRANCO, 2009).

Enquanto Carl Schmitt utiliza da abordagem do Direito Público que enfatizava os aspectos políticos e históricos, Kelsen buscava excluir o raciocínio político dirigido à formação do direito, enfatizando critérios objetivos e exatos para o conhecimento do sistema jurídico.

A Jurisdição Constitucional é uma garantia que tem o objetivo de assegurar o exercício das funções estatais e o exercício do controle de constitucionalidade que deveria ser confiado a um Tribunal Constitucional. (KELSEN,200)

Kelsen vislumbrava, no exercício da jurisdição constitucional, a possibilidade de proteger as minorias contra a maioria. A garantias da elaboração constitucional das leis, e a constitucionalidade das mesmas protegeria eficazmente contra os excessos da maioria.

> "Toda minoria, de classe, nacional ou religiosa – cujos interesses são protegido de uma maneira qualquer pela Constituição, tem um interesse eminente se supusermos uma mudança de maioria que deixe à antiga maioria, agora minoria, força ainda suficiente para impedir a reunião das condições necessárias à reforma da Constituição. Se virmos a essência da democracia não na onipotência da maioria, mas no compromisso constante entre os grupos representados no Parlamento pela maioria e pela minoria, e por conseguinte na paz social, a justiça constitucional aparecerá como um meio particularmente

> adequado à realização dessa ideia. A simples ameaça do pedido ao tribunal constitucional pode ser, nas mãos da minoria, um instrumento capaz de impedir que a maioria viole seus interesses constitucionalmente protegidos e de se opor à ditadura da maioria, não menos perigosa para a paz social que a da minoria" (KELSEN, 2003, p. 182)

No debate estabelecido entre os autoroes percebe-se que suas contribuições são atuais e se complementam. Schmitt identifica no parlamento o jogo de interesses e a troca de apoio, Kelsen também percebe as distorções da vida parlamentar quando sugeriu mudanças no sentido de extinguir a imunidade parlamentar, a ampliação do plebiscito e o estímulo para apresentação de projetos de iniciativa popular.

No aspecto do Poder Executivo, o passado revela o autoritarismo promovido por vários governos e nesta perspectiva as críticas de Kelsen são contundentes quando se opõe ao Presidente do Reich como guardião da Constituição, pois não há garantias de sua neutralidade.

Como abordado anteriormente, o debate sobre a jurisdição constitucional é atemporal, as críticas de Kelsen, Schimitt e as reflexões dos *The Federalists* e o caso *Madison vs Marbury* até hoje são usadas como referencias para refletir sobre o papel da jurisdição constitucional e a eles se somam novos teóricos contribuindo à reflexão.

Assim, em alguns países, a percepção desses problemas levantados já inspirou respostas que contenham o poder das Cortes, principalmente quando invalidar normas estabelecidas pelo Poder Legislativo no controle concentrado, ocorrendo no Canadá, Nova Zelândia e reino unido, essa limitação se chama modo fraco de controle de constitucionalidade.[4] (FURLAN, 2014)

Há uma busca para clarear as atribuições e limites entre os Poderes, assim como trabalhar para que o Poder Legislativo, enquanto detentor do um poder estatal representativo, desenvolva sua atribuição de legislador de forma expressiva. Porém, em caso de insuficiência, há defensores de uma Corte Constitucional como espaço público, uma vez que a direta exposição do Tribunal ao público e o controle por parte da coletividade podem, indiretamente, torná-lo mais responsáveis perante a comunidade na forma como decide. (CAPPELLETTI, 1999)

Em outro contexto de Jurisdição Constitucional, a teoria de Häberle implica a abertura da Constituição à participação dos interessados, pois todo aquele que vive a Constituição é considerado seu intérprete, concluindo que todos podem figurar como guardiões da constituição. Acredita que todas as "potências públicas, participantes matérias do processo

[4] Cláusula não obstante (*notwithstanding clause*) consta na Carta de Direitos e Liberdades do Canadá e permite que as autoridades provinciais ou federais anulem ou essencialmente ignorem seções da carta de que não gostam por um período de cinco anos. Para maior esclarecimento ver capítulo 3 deste artigo.

social estão envolvidas na interpretação da Constituição" em razão disso os critérios de interpretação constitucional devem ser abertos de acordo com a pluralidade da sociedade (HÄBERLE, 2014 p.27).

Nesse embate sobre o limite entre os Poderes, novos arranjos vão sendo construídos para que a interação entre eles os tornem mais legítimo frente a suas competências.

## 2. A Jurisdição Constitucional e a judicialização da política no Supremo Tribunal Federal.

A partir do advento da Constituição Federal de 1988 observa-se o deslocamento de áreas que eram ocupadas pelos poderes executivo e legislativo à jurisdição constitucional. A ampliação do texto constitucional transformou o STF em um dos protagonistas no cenário nacional. O Tribunal capta a centralidade no debate, principalmente sobre os Direitos Humanos, se tornando uma espécie de fórum nacional na definição de direitos fundamentais. (SARMENTO; NETO, 2015, p.195)

A jurisdição constitucional é o meio de defesa da Constituição Federal no Estado brasileiro. Na perspectiva da separação de poderes – princípio que organiza o poder estatal, a Constituição Federal de 1988 eleva o Supremo Tribunal Federal à função de guardião constitucional, assim como de todos os atos dos demais poderes constituídos do Estado brasileiro. As competências exclusivas dos Poderes Legislativos, Executivo e do Judiciário não podem ultrapassar os limites constitucionais fixados.

O fortalecimento da jurisdição, também, se deve a introdução de novas ações de inconstitucionalidade, assim como a ampliação dos legitimados, dispostos no artigo 103 da Constituição Federal[5] para provocar o controle abstrato de constitucionalidade. Atualmente, é provável que as medidas sejam questionadas diretamente na corte superior, pois torna um vantajoso caminho para tratar de questões derrotadas ou não discutidas no poder legislativo. (SARMENTO; NETO, 2015)

O aumento do rol de legitimados faz com que qualquer partido político que tenha um deputado ou um senador legitimado para proporem uma ADI, nesse sistema político

[5] São eles: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da 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 e as Confederações Sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

fragmentado, isso faz com toda questão política relevante seja levada ao judiciário.( BRANDÃO, 2017).

O princípio da inafastabilidade da jurisdição impede o judiciário de se abster quando provocado, assim, deverá decidir a demanda quando provocado. Nessa conjuntura de um judiciário com excesso de litígio, que a judicialização da política emerge, provocando o avanço do direito em detrimento da política e a ampliação dos tribunais em detrimento do parlamento.

> "Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decidas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...) a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (...)". (BARROSO, 2009, p. 24)

A judicialização da política é uma das faces do rearranjo institucional que a democracia exige, porém o judiciário não dever ser o substituto do debate público para deliberação de políticas públicas ou leis.

Casos urgentes podem receber atenção do judiciário, mas poderá haver uma confusão entre questões de princípio e questão de política se o Legislativo for relegado e o Judiciário se torne promotor de políticas públicas. (BAHIA; OLIVEIRA; NUNES, 2013).

As proposições que chegam ao tribunal referem-se a temas que envolvem políticas públicas ou direitos fundamentais que sofrem omissão do legislativo ou do executivo, a omissão em temas controvertidos pode ser uma forma de estratégia para evitar desgaste em relação a alguns segmentos sociais em razão de interesses ou valor, delegando ao Judiciário a demanda e fazendo que exerça o papel representativo, respondendo as questões não contempladas pelas instâncias políticas.

Essa função acaba por ampliar a jurisdição constitucional abrindo à participação da sociedade civil, que além de ampliar os legitimados para propositura de ações diretas, incorporam canais de participação como a figura do *amicus curie* e a realização de audiências públicas. (SARMENTO; NETO, 2015)

As audiências públicas e o *amicus curie* funcionam com instrumentos de diálogo entre sociedade civil e o STF. Esse recurso é cada vez mais comum na estratégia de litígio das organizações. É a pluralização do debate público que permitirá o entendimento colaborando à redução de desacordos, estabilização de interpretações sobre o tema.

Resta aprimorar os instrumentos que estão postos e buscar aperfeiçoar o diálogo entre a STF e os demais poderes, uma vez que a interação comunicativa é meio fecundo e expressivo

à política, mostrando igualdade, respeito mútuo e reciprocidade e "denota uma relação horizontal e não hierárquica" entre os poderes. (MENDES, 2008)

Através da constante reflexão sobre legitimidade jurisdicional, representatividade e judicialização da política e garantia de respeito a Constituição, asseguramento e efetivação de direitos novas teorias surgem. Com o avanço da Jurisdição Constitucional na esfera política surge uma nova teoria como medida de enfrentamento destas questões, é a teoria do diálogo institucional ou diálogo constitucional, que vem como uma forma de repensar a interpretação constitucional por parte do Judiciário, incluindo demais atores institucionais do Poder Legislativo, além de estimular a participação do cidadão, ideia pleiteada por alguns teóricos do movimentos constitucionalistas que reivindicam uma democracia participativa[6].

## 3. Diálogo Constitucional

A teoria dos diálogos institucionais surge no Canadá através de Peter Hogg e Allison Bushel, que viam o controle de constitucionalidade como um catalisador de diálogo entre as instituições políticas como forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletivida, dessa forma tornava-se possível a reversão legislativa das decisões constitucionais da suprema corte. (BRANDÃO, 2018)

O diálogo constitucional é a interlocução entre as instituições envolvendo diferentes atores públicos para interpretar e determinas as normas constitucionais. Diante o tenso debate sobre o modelo de controle de constitucionalidade, a ideia do diálogo consiste em abrir espaço para uma resposta do Poder Legislativo após a decisão judicial.

Quando uma decisão judicial está aberta para revogação, modificação ou anulação legislativa há sentido em considerar a relação entre a Corte e o Legislativo como um diálogo, pois a decisão judicial provoca um debate público e eleva a importância dos valores constantes na Constituição.

A partir da decisão, o Legislativo adquire condição de elaborar uma resposta que respeite os princípios identificados na Carta pelo Tribunal, e que consiga atender aos objetivos

[6] Este movimento reúne um grupo de constitucionalistas norte americanos críticos a supremacia judicial, que propõem um constitucinalismo popular. Para o conhecimento sistemático do movimento ver CARDOSO, M. Rodrigo. As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo institucional: perspectivas da jurisdição constitucional brasileira. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.62.10/4307. Acesso 11 de ago. de 2019

que a decisão judicial impediu, além disso, quando o Tribunal invalida uma lei, por vezes sugere como ela deve ser modificada para resolver a inconstitucionalidade, possibilitando ao corpo legislativo seguir a sugestão ou apresentar uma lei diferente que evite barreiras constitucionais. (BUSHEL, HOGG, *in* GARGARELLA; BERGALLO, 2014).

O objetivo do diálogo institucional não é impedir que as discussões ultrapassem o âmbito da jurisdição constitucional, ele pode e deve ter continuidade além da Corte, abrindo espaço para uma resposta legislativa. O controle de constitucionalidade não é um veto para sobre as decisões políticas, mas o início de uma conversa para validar os valores da Carta Constitucional e as leis criadas pelo Parlamento. (CLÈVE; LORENZE,2015).

Mendes em sua tese de doutorado *"Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação"* [7], analisa as teorias do diálogo institucional, defende que não exista competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições para serem parceiras na busca do cumprimento da lei constitucional e horizontalidade na busca de respostas para soluções coletivas, não existindo a última autoridade legítima. Aponta como desafio:

> "desenhar um diálogo que maximize a capacidade da democracia de produzir respostas melhores em direito fundamentais ou em outras palavras, de levar o potencial epistêmico da deliberação interinstistucional a sério, sem desconsiderar a necessidade o estado de direito por decisões estáveis, ainda que provisórias". (MENDES, 2008, p.23)

Defende a legitimidade do ativismo de cortes e parlamentos a medida que exista diálogo e levanta a hipótese de que se as instituições se movimentam de acordo com a opinião pública, a medida que se distanciam do socialmente aceitável, perdem legitimidade e o espaço no jogo da separação de poderes.

Para Mendes o diálogo deliberativo é o melhor que se pode esperar de uma democracia, seu desempenho pode ser o regulador das oscilações entre corte e parlamento. Não há necessidade de impor as decisões de cima para baixo, mas pode provocar atritos e desafiar o legislador a enfrentar um tipo de razão nem sempre presente nas decisões parlamentares, assim como considera que a própria revisão judicial não é uma barreira, mas um mecanismo de propulsão das deliberações, servindo também como meio de desafiar a política para que esta se supere em qualidade.

---

[7] A tese procura analisar a tradição de juízes não eleitos terem a última palavra sobre o significado de direitos fundamentais. Alguns defendem a posição dos juízes, outros a supremacia do parlamento. Discutindo diferentes posicionamentos, se busca uma saída alternativa para esse dilema oferecida pelas teorias do diálogo institucional. O autor defende que tanto a última palavra e o diálogo têm papel analítico importantes a cumprir.

GARGARELLA (2014), a partir do seu conceito de democracia deliberativa, parte da ideia que é preciso assegurar que o processo de tomada de decisão seja estabelecido a partir de um diálogo inclusivo, não apenas centrado no Poderes mas somando todos os afetados, incluindo a sociedade.

Dentro da proposta de um constitucionalismo dialógico, GARGARELA (2014) indica quatro formas de ação, que mesmo dentro do modelo tradicional de freios e contrapesos (*check and balances*), surgem como novas formas de desenvolver o diálogo constitucional:

1. A cláusula "não obstante" (*notwithstanding clause*) na Carta de Direitos e Liberdades de 1982 no Canadá, é a primeira representação formal de existência de um diálogo constitucional entre Corte Suprema e Parlamento. A cláusula prevista no art. 332 autoriza o Parlamento reeditar lei declarada inconstitucional pela Corte Constitucional, podendo ser renovada sempre por até cinco anos indefinidamente.

2. Um novo modelo constitucional, baseado na ideia de GARDBAUM(2013) combina o elementos do *common law*, do *commonwealth*, com declarações de direito. Uma espécie de mecanismo que envolve os poderes legislativos no controle de constitucionalidade antes que se convertam em leis vigente. Há uma participação dos tribunais (sem dar a última palavra) na discussão dos direitos, que de certa forma pode desafiar um modelo de legislatura de voz autoritária em questão de direitos e incentivar as legislaturas adequarem seu discurso ao modelo constitucional. A palavra final não cabe ao Judiciário mas dá ao legislativo a possibilidade de suspender a decisão judicial para debater o conteúdo e aplicação do direito e por fim dar uma resposta.

3. Direito de Consultar, que se destina a assegurar as comunidades afetadas pela exploração econômica (geralmente relacionados a grandes empreendimentos de mineração). A base jurídica deste modelo foi retirada da Convenção 169 da OIT, de 1989, que obriga os países que aderirem ao Convênio consultar os povos interessados mediante medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente.

4. O uso do litígio estratégico, a qual considera uma prática dialógica inovadora, pois envolve problemas públicos geralmente relacionados a violação de direitos e que procura realizar uma mudança estrutural, através do judiciário, provocando legislativo a sair da omissão e impulsionando o debate na sociedade. Aqui participam representantes da sociedade civil, seja em audiências públicas realizada pelo Tribunal ou através de *amicus curie.* Este método procura impulsionar publicamente temas difíceis sem a intenção de usurpar a legitimidade dos poderes.

Para Gargarella estes métodos, ao trazerem a linguagem do diálogo fazem um apelo a uma civilizada e respeitosa resolução de conflitos.

O Supremo Tribunal Federal tem aderido a essa postura dialógica oportunizando a manifestação do Legislativo. O Ministro Luís Roberto Barroso em algumas ocasiões requereu a manifestação do legislador, estabelecendo prazos para que este se pronunciasse.

Na RE 661.256, em 09 de outubro de 2014, o Ministro Barroso afirmou que:

> "Por fim, a decisão aqui lançada, sem abdicar do papel próprio dos tribunais, que é a tutela de direitos, fez questão de abrir um diálogo institucional e respeitara separação de Poderes. A solução aqui alvitrada decorre da interpretação sistemática e teleológica da Constituição e da legislação, mas é certamente inovadora, na medida em que supre uma lacuna referente ao tratamento jurídico da desaposentação. Nessa linha, fixou-se um prazo de 180 (cento e oitenta) dias para o início de sua aplicação, facultando-se ao Legislativo e ao Executivo prover acerca da matéria, sanando a lacuna de maneira diversa, se assim entenderem. ( RE 661.256, p.40).

No julgamento da Ação Penal 536, sobre a perda do mandato parlamentar, o ministro Barroso, responsável pela relatoria asseverou que:

> "Por todas essas razões, é boa hora para se renovar uma prática desejável de diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo. Relembre-se que recentemente, diante das dificuldades trazidas pelo texto constitucional com relação à perda do mandato pelo parlamentar condenado criminalmente, o Senado Federal, em boa hora, aprovou a proposta de emenda constitucional superando o confuso tratamento que a Constituição dá a matéria" (Questão de ordem – Ação Penal 536, p. 5).

São dois momentos em que o Supremo Tribunal Federal adere a uma postura dialógica sem isso significar uma renúncia da sua responsabilidade enquanto fiscal dos outros Poderes, mas uma forma de garantir a manifestação do Legislativo.

Apesar destes dois casos citados, em outros casos de diálogo institucional travados entre o Supremo Tribunal e o Poder Legislativo, a superação da decisão judicial acontece através de emenda à Constituição, sendo a resposta mais comum dada pelo Parlamento. (VICTOR, 2013)

Outro meio, que pode ser considerado um diálogo constitucional são as audiências públicas e o *amicus curie*.

A audiência pública foi regulamentada pela Emenda Regimental 29/2009, atribuindo a competência ao Presidente e ao Relator, nos termos dos artigos 13,XVII, e 21, XVII, do Regimento para convocar audiência pública "convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante".

O *amicus curie*, é parte central e cada vez mais usado no litígio estratégico de organização e defesa de direitos. (ALMEIDA, 2015). É visto como um meio de pluralizar e qualificar o debate e as decisões do Tribunal.

Estes dois recursos são instrumentos de participação popular que pode contribuir com a inclusão de outros interessados no processo, no entanto não necessariamente garantem que os argumentos utilizados nesses momentos seja considerados pelos ministros, mas é uma forma segundo GARGARELLA(2017)[8] de colocar argumentos antagônicos frente a frente, possibilitando um espaço de escuta para posterior diálogo.

No entanto, para pensar em participação popular no controle de constitucionalidade por exemplo, é necessário um regime democrático fundamentado, com as instituições em um bom funcionamento e compromisso da população e da autoridades publicas com respeito não apenas ao direito das maiorias, mas também atenta as minorias.

A postura dialógica pode ser institucionalmente interessante para pensar a política não apenas como exclusiva do Parlamento ou deixar como atribuição do Judiciário a última palavra em matéria de interpretação constitucional. O diálogo pode ser um mecanismo de abertura às respostas institucionais sobre determinado tema tornando o debate mais democrático e rico em razão da pluralidade.

## 4. O Litígio Estratégico:

Se o diálogo constitucional poder ser um meio eficiente na interação entre o Poder Judiciário e o Legislativo, pode-se pensar na possibilidade do litígio estratégico como um meio de estimular esse díalogo uma vez que "tem como cenário uma estratégia de reivindicação política e transformação social com o intuito de impulsionar novas demandas, voltado a novos direitos, e que é utilizado por atores sociais que se articulam para reivindicar novo sentido das leis perante o judiciário, como também viabilizar o diálogo entre as instituições e a sociedade". (ALVES; ANDREUCCI, 2018, p.435).

[8] GARGARELLA, Roberto. Por que o diálogo importa? Evoluções e Limites do Constitucionalismo dialógico. UNICEUB. Brasília, 23 de out. de 2017. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=8xWG87qdrnQ&t=4682s. Acesso 10 de ago. de 2019

A primeira construção teórica sobre Litígio Estratégico é atribuída a Jerome Frank em 1931, quando ele publicou seu artigo *Why not a clinical Lawyer-School*[9], questionando a ordem racional do direito e sua sistematização distante de qualquer elemento que não proveniente do direito positivo. Compreendia que a educação jurídica deveria ter ressonância com a prática através do conhecimento da realidade, buscando a interação entre a sociedade e o processo de formação de juristas.

O litígio estratégico pode ter um lugar chave, inclusive como instrumento dialógico entre os poderes, afinal o que se propõem é dar visibilidade a casos emblemáticos buscando romper paradigmas e alcançar soluções coletivas para grupos em situação vulnerável. Por ser o litígio estratégico um instrumento que envolve a interdisciplinariedade, não há uma definição única sobre seu conceito.

Correa, refere-se ao litígio de alto impacto como:

> "El ejercicio del litigio de alto impacto, como forma alternativa pra enseñar y ejercer el derecho, consiste em la estratégia de selecionar, analizar y poner em marcha el litigio de ciertos casos que permitan lograr um efecto significativo em las políticas púlbicas, la legilación y la sociedade civil de un Estado o región. És un processo de identificación, socialización, discusión y estrutucturación de problematicas sociales y a partir de allí promover casos concretos para alcançar soluciones integrales a tales problemáticas socialies, para lograr câmbios sociales sustanciales". (CORREA, 2008, p.01)

O litígio está num contexto de defesa das causas sociais, com objetivo de resolver causas concretas de violações de direitos mas também produzir efeitos legais e sociais. (LOSEKANN, 2016)

O litígio estratégico busca por meio do uso do judiciário e de casos paradigmáticos, alcançar mudanças sociais. Os casos são escolhidos como ferramenta para transformação da jurisprudência dos tribunais e formação de precedentes para provocar mudanças legislativas ou de políticas públicas. Nada mais é do que um meio de obter transformações sociais, utilizando-se do Poder Judiciário. ( CARDOSO, 2012)

O litígio de impacto difere da advocacia tradicional, pois não se limita à solução de caso concreto com reparação da vítima. Pode ser diferente da advocacia orientada ao cliente, *cliente oriented*, é uma advocacia, *issue-oriented* ou *police oriented.*[10] A primeira atende as demandas

---

[9] Why not a clinical Lawyer-School. disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5092&context=fss_papers acesso: 20 de março de 2019

[10] Para mais informações, consultar o capítulo 2 do livro sobre litígio estratégico em discriminação racial na Europa, realizado pelo ERRCC (Europe Roma Rights Center) – Intersights (The international Centre for the legal Protection of Human Rights) (ERRC, INTERSIGHTS, MPG, 2004, pp. 33-65). Disponível

e interesses do cliente, enquanto a segunda visa  o impacto social que determinado caso pode trazer, provocando um avanço jurídico em determinado tema. Nesta, preliminarmente escolhe um caso paradigmático  que possibilite repercussão social.

Há uma intenção estratégica de reivindicação política e transformação social, com o intuito de impulsionar novas demandas, voltado a novos direitos. É utilizado por atores sociais que se articulam para reinvindicar novo sentido das leis perante o judiciário como também viabilizar o diálogo entre as instituições e sociedade.

Diante da estratégia de litigação é necessário flexibilidade e consideração das mudanças sociais para que essas possam interferir no sentido da lei.

O litígio estratégico é uma ferramenta que procura atuar de forma a ampliar o debate sobre questões sensíveis, não apenas limitadas à arena judicial mas a arena política e social. Persuade o sistema de justiça a interpretar a lei conclamando a uma redefinição dos direitos previstos em constituições, estatutos e tratados para tratar das violações do governo e da sociedade.

Deve ser capaz de chamar atenção aos abusos e violações de direitos humanos e ressaltar a obrigação do Estado em cumprir suas obrigações nacionais e internacionais. Nem toda violação deve ser tratada pela via do litígio, mas a atenção deve ser em situações que há divergência entre o direito interno e parâmetros internacionais, não há clareza acerca do direito existente ou a lei é reiteradamente aplicada de maneira inexata ou arbitrária

Duque estabelece alguns critérios para o qual a litigância estratégica deve servir:

> "El litigio estratégico puede servir para: i) develar y exponer  patrones de conducta ilegales o arbitrarios y estructuras desde las que sistemáticamente se violan derechos humanos; ii) promover derechos no garantizados por deficiencias de la administración pública, lo que permitirá hacer efectivas las conquistas logradas a nivel legislativo o en el plano político; iii) denunciar políticas públicas que contradicen estándares internacionales en derechos humanos, sea porque su diseño, contenido o forma de implementación afectan derechos humanos; iv) presionar para que la Función Judicial incluya en su agenda temas relacionados con los derechos humanos; v) abrir nuevas vías de participación, fortaleciendola capacidad de acción de las organizaciones; vi) lograr un cambio para personas em situación similar; vii) aumentar la toma de conciencia y generar debate público."( DUQUE, 20014, p. 13)

O litígio estratégico é um tema ainda pouco estudado e está ligado com a eficiência, ampliação e democratização do acesso a justiça, e o fomento de novas estratégias judiciais.

---

em: <http://www.migpolgroup.com/public/docs/57.StrategicLitigationfRaceDiscriminationinEurope-fromPrinciplestoPractice_2004.pdf>

São diversas a formas do litígio alcançar seus objetivos, entre elas estão a interpretação da lei, constituições e tratados para substanciar ou redefinir o direito, resgatar leis favoráveis subutilizadas ou ignoradas assim como recorrer a normas do direito internacional.[11]

Nem sempre o uso da técnica é focado em ganhar a causa, pode ser uma estratégia para contribuir com a clarificação do sistema legal fornecendo base para futuras reformas do governo e dos parâmetros legais. O objetivo poderá visar a exposição ou documentação da injustiça institucionalizada, mesmo quando o processo provavelmente não terá êxito. A decisão poderá não ser favorável mas provocar o debate político, pois ao visar o impacto social, o litígio envolve não apenas os órgãos judiciais mas os tomadores de decisão, os gestores e formuladores de políticas públicas e a própria sociedade.

Nos últimos anos dezenas de ações foram postuladas ações junto ao STF, embasadas no litígio estratégico por tratarem de temas relevantes e relacionados aos direitos fundamentais. Para ajudar na exemplificação sobre o conceito da litigância estratégica, exemplifica-se aqui algumas dessas ações que tiveram destaque.

A Arguição por descumprimento de preceito fundamental ADPF 347[12], questionava a situação do sistema prisional brasileiro. Na ação, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o Estado de coisas inconstitucional, que significa uma série de omissões dos poderes em relação a violações graves e constantes da normas constitucionais, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas destinadas ao sistema prisional. Nesta decisão o Tribunal toma para si, junto com os demais poderes, legislativo e executivo a responsabilidade para buscar soluções coletivas. É o caso mais exemplificativa do diálogo constitucional já que a partir da decisão do Supremo espaço para repensar sobre a necessidade de provocar mudanças legislativas e de políticas públicas envolvendo todas as esferas de poder.

Outra ação de grande repercussão foi a Ação Direta de inconstitucionalidade - ADI 3510[13], que tratava sobre a lei de pesquisa com células-tronco embrionárias. Essa lei sofre várias críticas dos setores religiosos que pediam a proteção constitucional da inviolabilidade da vida do embrião descartado no processo de fertilização artificial.

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3330)[14], sobre lei que instituiu ação afirmativa com critérios raciais no âmbito do Programa Universidade para todos e por fim a

[11] EERC p. 36
[12] Supremo Tribunal Federal, ADPF 347. Relatoria do Ministro Marco Aurélio. Julgamento 09/09/2015
[13] Supremo Tribunal Federal, ADI 3510. Relatoria Ministro Ayres Brito. Julgamento 29/05/2008
[14] Supremo Tribunal Federal, ADI 3330. Relatoria Ministro Ayres Brito. Julgamento 30/05/2012

Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 132)[15], que questionava a constitucionalidade da união civil de pessoas do mesmo sexo, sendo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal o a o direito à união de pessoas do mesmo sexo.

Em geral, o litígio de impacto envolve questões jurídicas novas e a busca por reconhecimento e concretização de direitos e a formação de um precedente judicial.

Essas ações citadas possibilitaram a análise de situações de violação recorrente e promoveram a adoção e/ou modificação de políticas públicas, da legislação e do posicionamento das autoridades.

Recorrer ao litígio estratégico pode colaborar para o desenvolvimento de um judiciário acessível, independente, com potencial de transformação social e que dialogue com as políticas existentes e com os demais poderes ( legislativo e executivo), sem desviar o foco sobre a ideia da separação de poderes, judicialização da política ou ativismo judicial que se colidem com o litígio estratégico, uma vez que não cabe a corte decidir sobre as políticas públicas e criar o direito. (CARDOSO, 2012)

O litígio estratégico pode ter uma série de objetivos que não se resumem apenas a ter uma decisão judicial favorável, mas dar visibilidade ao problema, provocar o debate público assim como tirar da inércia os poderes legislativo e executivo, provendo efeitos simbólicos ou materiais para que uma remodelação jurídica futura.

O Supremo Tribunal Federal se tornou o lugar fértil para ações de litígio estratégico envolvendo reivindicação de direitos, sendo depositadas as expectativas para alcançar transformações sociais.

A Arguição por descumprimento de preceito fundamental é um meio de recorrer a corte constitucional e tem como requisito a prática de algum ato lesivo pelo poder público e violação a direitos e preceitos fundamentais, seu objeto é evitar ou reparar a lesão aos preceitos provocados pelo poder público ou afronta aos direitos e princípios fundamentais. (ANDRADE; TEIXEIRA, 2016).

**Considerações Finais:**

A afirmação do Constitucionalismo a partir do século XXI, após rupturas de governos monárquicos e autoritários definiu necessidade de limitação do poder estatal frente a Constituição, moderando os poderes no sentido de garantir e efetivar os direitos fundamentais.

[15] Supremo Tribunal Federal, ADPF 132. Relatoria Ministro Ayres Brito. Julgamento 05/05/2011

O debate sobre a jurisdição constitucional é atemporal. Iniciou com *The Federalists* e o emblemático caso *Madison vs. Marbury*, chegando ao histórico debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem deveria ser o Guardião da Constituição.

Neste debate foram colocadas em confronto duas concepções de Estado, a de Kelsen, resguardada pela criação de um Tribunal Constitucional e a de Schmitt que acreditava num Estado total, no qual o presidente do Reich seria o guardião da Constituição.

Estes casos, até o presente momento, são referenciais para refletir sobre o papel da jurisdição constitucional, somando-se a ele novas perspectivas teóricas decorrentes do desenvolvimento das instituições, incluindo teorias que defendem a estender a participação da sociedade no controle de constitucionalidade.

A expansão da jurisdição constitucional não é exclusivo do Brasil e entre vários fatores, decorre em razão da judicializacão da política, da inércia do Poder Legislativo em algumas questões que transformam o Judiciário em palco de deliberação política, é decorrente também da ampliação do rol de legitimados para proprositura de ação e de uma "hiperconstitucionalização" dos direitos.

Na busca de resolver essa questão, novas propostas são apresentadas. O diálogo constitucional surge como forma de interlocução entre as instituições. A ideia é que diante do debate sobre o controle de constitucionalidade se abra espaço para que o Poder Legislativo dê respostas ao Judiciário. Acredita-se que a decisão judicial dá condições ao legislador de elaborar respostas que respeitem e se adequem as princípios constitucionais.

O diálogo constitucional também tem como objetivo ultrapassar as fronteiras dos Poderes, alguns teóricos como Gargarella defendem a abertura da participação pela sociedade, tornando o processo mais deliberativo, incluindo todos os interessados no processo.

A partir desta perspectiva que o Litígio Estratégico insurge como uma prática dialógica, pois envolve casos paradigmáticos, que são escolhidos como fundamento provocar um debate público sobre temas negligenciados, para alterar jurisprudência dos tribunais e formar precedentes que provoquem alterações legislativas ou mudanças estruturais de definam políticas públicas.

O diálogo entre estes poderes e o Judiciário se dará na flexibilidade das ordens determinadas pelo Poder Judiciário e no reconhecimento da competência de cada órgão.

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal tem dado abertura a esse diálogo, talvez de forma não sistemática, mas tem se expressado nesse sentido em algumas decisões quando devolve a competência ao legislativo.

Outro modo que demostra a tendência de diálogo e inclusão da sociedade civil no processo e a adesão ao uso das audiências públicas e a autorização da participação de representantes da sociedade civil como *amicus curie*.

O litígio estratégico pode contribuir enquanto instrumento do diálogo institucional ao provocar o debate e trazer o reconhecimento da omissão de todos os poderes, inclusive do próprio judiciário, e também demonstra a importância da revisão judicial como um mecanismo de propulsão e deliberação até mesmo como meio de questionar a qualidade da política. É um campo fértil de investigação sobre diálogo constitucional e a possibilidade colaborar no acesso e na eficiência da justiça, podendo também ser explorado sua atuação através do *amicus curie* e das audiências públicas para investigar a influência da participação da sociedade civil nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

**Referências:**


ALMEIDA, Eloisa Machado; VILHENA, Oscar. **Advocacia Estratégica em direitos humanos: a experiência da Conectas**. In Revista SUR, vol. 8, n.15, dezembro de 2011. Disponível em: https://sur.conectas.org/home/edicao-15/. Acesso 08 de abril de 2019

ALMEIDA, Eloísa Machado de; CARVALHO RAMOS, André de. **Amicus curiae no Supremo Tribunal Federal**. 2016.Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

ALVES, Samira R.; ANDREUCCI, Álvaro G.A. **Litígio Estratégico como instrumento de promoção de direitos em caso de dano ambiental: O caso TKCSA vs. Comunidade de Sabepetiba.** (p. 431-439) XII Seminário Nacional de Pesquisa e XV Encontro de Iniciação Científica da Uninove, São Paulo, 2018. Disponível em: https://s3.uninove.br/app/uploads/2018/11/26132721/1553628439-1553628439-xii_seminario_nacional_pesquisa.pdf

ANDRADE, Bruno Araújo; TEIXEIRA, Maria Cristina. **O Estado de Coisas inconstitucional – uma análise da ADPF 347**. Revista do Curso de Direito. Universidade Metodista. V. 13, n. 13 (2016). Disponível em https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/6767/5245

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista Synthesis – Cadernos do Centro de Ciências Sociais UERJ. V.5, no 1, 2012. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388. Acesso em 08 de abril de 2019

BRANCO, P.G.G. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009 documento eletrônico/não paginado. Disponível em: https://ava.uninove.br/seu/AVA/biblioteca/biblioteca.php. Acesso 27 de julho de 2019

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição**>, Rio de Janeiro: Lume Juris, 2017

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores, Porto Alegre, 1999

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2011.

CARDOSO, Evorah **Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CLÈVE, Clémerson M.; LORENZE, Bruno M. **Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade.** Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534. Acesso em 10 de agosto de 2019.

CORREA, Lucas. L**itigio de alto impacto: Estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho**, 7 Opinión Jurídica, No 14, 149-162, 149 (2008). Disponível em: :**<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94512646010>** **. Acesso 25 de março de 2019**

CORREA MONTOYA, Lucas. **Litígio de alto impacto: Estratégias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho**. Opinion Jurídica, 2008, 7 ( Julio-Diciembre) . Disponível em**<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94512646010>** . Acesso em: 24 de março de 2019

DUQUE, CESAR. ¿**Por qué un litigio estratégico en Derechos Humanos?.** Aportes Andinos – Revista de Derechos Humanos. Ecuador. Dez de 2014. Disponível em: http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4430/1/03-TC-Duque.pdf
Acesso em 24 de março de 2019

ERRC, INTERIGHTS, MPG (2004). **Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: from Principles to Practice**. European Roma Rights Centre – ERRC, Interights, Mi- gration Policy Group – MPG. Disponível em: http://www.errc.org/training-materials/strategic-litigation-of-race-directive-in-europe-from-principles-to-practice. Acesso 20 de março de 2019

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de derecho**, RIFP, 17, 2001. Disponível em: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf.
Acesso 30 de julho de 2019

FURLAN, Fabiano F. **O guardião da Constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen**. In Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Jan/mar. 2003, p. 23. Disponível em Disponível em: http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/291/144. Acesso 27 de julho de 2019
FRANK, JEROME. **Why not a clinical Lawyer-School**. disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5092&context=fss_papers. Acesso: 20 de março de 2019

GARGARELLA, Roberto. BERGALLO, Paola. **Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Siglo XXI Editores, 2014. E-book

GARBAUM, Sthephen. **The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

HÄBERLE, **Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. in Revista de Direito Público Nº 60, p. 15 – Nov-Dez/2014. Disponível em:

https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204. Acesso 28 de julho de 2019

HOGG, Peter W.; BUSHEL, Allison. **El diálogo de la carta entre los tribunales y las legislaturas** *in* GARGARELLA, Roberto. BERGALLO, Paola. Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Posição 125-643 Siglo XXI Editores, 2014. E-book

LOSEKANN, Cristiana. **Tipificando os efeitos de litígios entre empresas e movimentos sociais**. Homa Pública. Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas. V.1 Nov/2016. Disponíve em http://homacdhe.com/journal/2018/04/09/tipificando-os-efeitos-de-litigios-entre-empresas-e-movimentos-sociais/. Acesso 01 de abril de 2019

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008.**Tese de Doutorado (Ciência Política) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Doi: 10.11606/T.9.2008.tde-05122008-162952. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php
acesso em 04 de abril de 2019

NETO, Cláudio DE S. ; SARMENTO, Daniel. **Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: A questão da "última palavra"e alguns parâmetros de autocontenção judicial**. *In:* Revista Quaestio Iuris, vol. 06, n.02, p. 110-161. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/issue/view/814. Acesso em 02 de abril de 2018

OLIVEIRA, Marcelo de Andrade Cattoni de ; BAHIA, Alexandre Gustavo Mel.; NUNES, Dierle. **Controle de Constitucionalidade é jurídico, não político**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucionalidade-judicial-nao-politico>. Acesso em: 04 abril 2019.

SANTIAGO, Marcus. Marbury vs. **Madison: uma revisão da decisão chave para o controle jurisdicional de constitucionalidade**. *in* Passagens. Revista Internacional de História, Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro, vol. 7, no.2, maio-agosto, 2015, p. 289. Disponível em: http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens/article/view/40/41. Acesso 25 de julho de 2019

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição.** Belo Horizonte. Del Rey, 2007

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a intepretação da Constituição**. 2013. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Acesso em 20 de ago. de 2019.