XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CLARISSA TASSINARI

FERNANDO DE BRITO ALVES

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

Copyright © 2018 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 os meios 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 - IMED – 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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Clarissa Tassinari; Fernando de Brito Alves; José Claudio Monteiro de Brito Filho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-686-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, 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
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Ao recebermos o convite para coordenarmos o Grupo de Trabalho "Constituição e Democracia I", já era possível prever a "conversação multitemática" que poderia compor este momento oportunizado pelo CONPEDI Porto Alegre/RS. Os 30 anos da Constituição brasileira e o processo eleitoral recente, acontecimentos do ano de 2018 relacionados ao título deste GT, poderiam justificar a efervescência da crítica político-constitucional e o grande interesse por debates afins em um eixo temático que, dado o volume de submissões, teve de ser fracionado em dois ("Constituição e Democracia I e II"). Em um contexto como este, diante da abrangência do tema proposto para este GT, ganha destaque a diversidade de enfoques nas pesquisas acadêmicas.

Não por acaso a discussão sobre Direito e Democracia desdobrou-se em abordagens, sob diferentes perspectivas teóricas, sobre Estado, constitucionalismo e jurisdição. Controle social, participação popular, sistema eleitoral e desafios para a democracia representativa deram contornos para discussão envolvendo o projeto democrático brasileiro. Judicialização da política, ativismo judicial, acesso à justiça, coletivização de demandas, efetividade e temporalidade do processo, precedentes e efeito vinculante e diálogos institucionais foram os principais assuntos que alinharam as reflexões apresentadas neste GT junto ao tema jurisdição.

Além disso, autoritarismo, papel do Estado e de suas instituições, crise do Estado na era da globalização, fontes normativas não estatais, dinâmica entre os três Poderes, matrizes de fundamentação do agir estatal (como o utilitarismo, por exemplo) e a livre nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal feita pela Presidência foram elementos que traduziram, na forma de pensamento crítico, as preocupações que giram em torno da conformação do Estado (brasileiro). Por fim, o cenário do constitucionalismo e de suas reformulações teóricas, como as questões do novo constitucionalismo latino-americano e da importância dos princípios constitucionais, também fizeram parte dos diálogos propostos.

Como se pode perceber através da breve síntese formulada acima, com os principais temas dos artigos apresentados no dia 15 de novembro de 2018, o que o leitor poderá "desbravar"

na sequência é uma série de caminhos para refletir sobre um tema comum – crises, transformações e alternativas para o constitucionalismo brasileiro e para sua fundamentação teórica. Eis o desafio, lançado para todos nós, que ousamos pensar o Direito.

Boa leitura!

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho - UFPA / CESUPA

Profa. Dra. Clarissa Tassinari – UNISINOS

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.

MEIOS DEMOCRÁTICOS DE INTERAÇÃO ENTRE OS PODERES ESTATAIS SOB O PARADIGMA DO ATIVISMO JUDICIAL.

DEMOCRATIC MEANS OF INTERACTION BETWEEN STATE POWERS UNDER THE PARADIGM OF JUDICIAL ACTIVISM.

Alexandre Pinto Moreira [1]
Cláudia Moraes Pinto Moreira [2]

Resumo

O artigo insere o Ativismo Judicial em meios democráticos permitindo uma interação entre os poderes estatais. Identifica-se o ativismo judicial sob a ótica da separação dos poderes e define-se democracia deliberativa para participação dos cidadãos no processo de aplicação do direito. Já as teorias do diálogo institucional e controle fraco de constitucionalidade buscam mitigar a força do judiciário ante os outros poderes. E, finalmente, a correção legislativa da decisão judicial resgatam a força do parlamento ante a hipertrofia do judiciário. Trata-se de pesquisa qualitativa, essencialmente bibliográfica. O método de abordagem é o dedutivo e, quanto aos fins, uma análise descritiva.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Democracia deliberativa, Correção legislativa, Diálogo institucional

Abstract/Resumen/Résumé

The article inserts Judicial Activism in democratic means allowing an interaction between the state powers. Judicial activism is identified from the perspective of the separation of powers and deliberative democracy is defined for citizen participation in the process of law enforcement. Already institutional dialogue's theories and weak constitutional control seek to mitigate the power of the judiciary before other powers. And, finally, the legislative correction of the judicial decision rescue the parliament's force before the hypertrophy of the judiciary. It is a qualitative research, essentially bibliographical. The method of approach is the deductive and, for purposes, a descriptive analysis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Deliberative democracy, Legislative amendment, Institutional dialogue

---

[1] Mestre e Doutorando em Direito pela UFSC.

[2] Professora da Universidade Estadual Vale do Acaraú.

Introdução

A discussão acerca do protagonismo judicial na atualidade tem atingido uma relevância que determina a necessidade que cada vez mais seja estudado e que se possa acatá-lo caso se entenda que é uma alternativa a vácuos de poder ou então deve se buscar alternativas contra um ativismo judicial exacerbado.

Tal pesquisa se fez necessária para que se seja possível identificar a existência de meios de interação entre os poderes que se demonstrem mais democráticos do que a aplicação isolada do ativismo judicial, partindo da hipótese de que estes meios existem e podem ser identificados quando se aplica a democracia deliberativa, os diálogos institucionais, o controle fraco de constitucionalidade e finalmente a possibilidade de correção legislativa da decisão judicial.

Esta pesquisa tem como objetivo geral definir a possibilidade do ativismo judicial se tornar mais democrático com a identificação de meios de mais democráticos de interação entre os poderes e impeça o alijamento do cidadão do processo de tomadas de decisão.

Tem-se como objetivos específicos se analisar cada um dos quatro meios de interação entre os poderes escolhidos de forma individual, qual sejam, democracia deliberativa, diálogos institucionais, controle fraco de constitucionalidade e a correção legislativa da decisão judicial.

Após uma breve identificação do que seja o ativismo judicial o trabalho se inicia com o conceito de democracia deliberativa e que se mostra como alternativa à democracia representativa utilizando-se da participação social tanto no processo de formação das leis como também na própria tomada de decisão por parte do judiciário.

A segunda abordagem diz respeito aos diálogos institucionais que pode ser resumida na tentativa de se estabelecer um processo dialógico entre os poderes que decida acerca da aplicação de políticas públicas e que não seja exclusiva de um só poder a última palavra que representará uma decisão.

No que tange ao controle fraco de constitucionalidade deve possuir características mais relevantes que representam a busca de conciliação entre a defesa dos direitos fundamentais e a soberania popular e a não vinculação do parlamento a interpretação constitucional efetuada pela suprema corte.

E, finalmente chega-se ao modelo que trata da correção legislativa das decisões judiciais conforme aplicado na constituição canadense que reflete a faculdade do legislador rediscutir as decisões tomadas no âmbito do controle judicial de constitucionalidade e, se for o caso, de superá-las.

Com base nestas informações, tem-se como objetivo geral desta pesquisa o estudo do ativismo judicial e as alternativas mais democráticas de interação entre os poderes. Quanto aos objetivos específicos procurou-se inicialmente identificar o que é a democracia deliberativa e seus desdobramentos; comparar o modelo de democracia deliberativa com um que trate de diálogos institucionais; verificar que o controle fraco de constitucionalidade pode resgatar o equilíbrio entre os direitos fundamentais e a soberania; verificar a aplicabilidade da correção legislativa das decisões judiciais sob a ótica do ativismo judicial.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, com a avaliação de todas as informações sob uma abordagem qualitativa. Os meios utilizados foram exclusivamente bibliográficos bem como também foi utilizada uma parte de legislação. Quanto aos fins, a pesquisa apresenta-se de cunho descritivo com os resultados expostos exclusivamente em forma de textos.

1 Ativismo judicial: a necessidade da adoção de um modelo que não restrinja sua legitimidade

Antes de analisar as alternativas a um modelo que utiliza o ativismo judicial deve-se ter em mente que foi exatamente após a segunda guerra mundial, já na segunda metade do século XX, que se iniciou um movimento de reação aos regimes formalmente democráticos cuja consequência foi a aprovação das cartas de direitos humanos tanto no âmbito internacional como regional e que deflagrou a proliferação de Constituições com características determinantes de conferir aos direitos fundamentais um lugar de destaque.

Embora o ativismo judicial seja um fenômeno presente na maioria das democracias que possuem jurisdição constitucional, alguns países pela sua própria tradição de soberania do parlamento como Inglaterra e Canadá têm oferecido exemplos de que é possível conciliar a proteção dos direitos fundamentais com um modelo institucional em que a interpretação da constituição seja compartilhada por vários agentes. Tal fenômeno poderia ser considerado por alguns como uma peculiaridade histórico-cultural desses países, mas as mudanças pelas quais o próprio conceito de estado soberano tem passado nas últimas décadas em decorrência do fenômeno da globalização também contribuem com este modelo que se mostra diferente.

Tais processos tendem a fazer com que seja revisto também no âmbito interno o monopólio interpretativo da Constituição que deverá se alinhar a esse novo modelo fundado no pluralismo de intérpretes. Sabe-se que é necessário que alguém dê a palavra final acerca de uma controvérsia, principalmente de ordem constitucional devido à importância de que geralmente são revistas. Todavia, é imprescindível buscar meios que permitam tornar esse processo mais democrático através de uma maior interação entre os poderes estatais e a sociedade com o objetivo de tornar os cidadãos não apenas destinatários da decisão, mas atores efetivos da produção desse direito.

2 Democracia Deliberativa

A democracia deliberativa vem ganhando força como forma de contraponto ao aumento da máquina estatal e da complexidade das relações sociais, cada vez mais marcadas pelo pluralismo, o que torna mais patente que o modelo de democracia representativa que limita a participação da sociedade nas deliberações públicas ao voto já não é suficiente para conferir legitimidade ao poder estatal.

> A democracia deliberativa surge, nas duas últimas décadas do séc. XX, como alternativa às teorias da democracia então predominantes, as quais a reduziam a um processo de agregação de interesses particulares, cujo objetivo seria a escolha de elites governantes. Em oposição a essas teorias "agregativas" e "elitistas", a democracia deliberativa repousa na compreensão de que o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes. A democracia deve envolver, além da escolha de representantes, também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas. (SOUZA NETO, 2012, p. 79)

Esse aumento da participação popular nas decisões tomadas pelo estado tem se restringido aos poderes executivo e legislativo, excluindo o judiciário desse contexto, sendo atribuída essa dificuldade a uma herança do positivismo que determina que o juiz deve permanecer distante da população como forma de preservar a sua imparcialidade.

No Brasil, tem-se que superar essa concepção até mesmo pelos contornos definidos para o Poder Judiciário após a Carta Constitucional Brasileira de 88, e que se aguça com a existência de uma crise do legislativo que percebe o definhamento de sua legitimidade em contraponto ao protagonismo judicial com ênfase para o STF. Porém, tal adoção das práticas deliberativas por parte do judiciário não deve decorrer simplesmente de uma mitigação da representatividade do parlamento, fator que impulsiona ainda mais um diálogo direto entre o

judiciário e a sociedade civil, e finda por demandar maior participação popular segundo a esteira predefinida da quarta onda de direitos fundamentais:

> Nessa direção, a democracia participativa nos países periféricos, designadamente o Brasil, tem um papel de destaque se puder abrir a porta para o futuro com a proposta de um novo modelo de legitimidade. Quanto mais perto do povo estiver o juiz constitucional mais elevado há de ser o grau de sua legitimidade. (BONAVIDES, 2004, p. 132)

Tal preocupação é percebida conforme modelo explicitado nos Estados Unidos, onde é muito difícil a existência de um diálogo institucional entre os poderes judiciário e legislativo, adota-se um modelo de controle de constitucionalidade forte e de um complexo processo de revisão legislativa das decisões da suprema corte, inclusive com reações contrárias da sociedade às suas decisões como nos casos Brown v. *Board of Education* (1954) e Roe *versus* Wade (1973), sem que a mesma possuísse meios de alterar aquilo que havia sido decidido pela corte. Tal fenômeno foi denominado pela doutrina americana de *backlash*):

> (...) o backlash consubstancia-se na rejeição de uma decisão da Suprema Corte pelas many minds, consiste no reflexo da opinião pública acerca de questões altamente controversas, como por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a liberdade de expressão, dentre outras. (OLIVEIRA, 2011, p. 105)

A doutrina diverge acerca das consequências desse fenômeno, pois se para uns poderia enfraquecer a autoridade da corte, para outros seria a abertura de uma grande possibilidade de diálogo entre o judiciário e a sociedade, na medida em que esta busca justificar suas divergências no próprio texto constitucional, fato que acabaria reforçando o constitucionalismo. No Brasil, o conceito de *backlash* é raramente citado pela doutrina, até porque se tem uma flexibilidade nos processos de revisão legislativa além de não se constatar ainda uma rejeição da sociedade acerca das decisões do supremo, o que tende a mudar à medida que este começa a decidir os chamados desacordos morais razoáveis. Todavia, o Min. Luiz Fux já fez menção ao *backlash* para justificar seu voto pela constitucionalidade da lei da ficha limpa da ADC 29/DF, da ADC 30/DF e da ADI 4578/DF.

> Em outras palavras, ou bem *se realinha a interpretação* da presunção de inocência, ao menos em termos de Direito Eleitoral, *com o estado espiritual do povo* brasileiro, ou se desacredita a Constituição [...] Assim, não cabe a este Tribunal desconsiderar a existência de um descompasso entre a jurisprudência **e a hoje fortíssima opinião popular** a respeito do tema "ficha limpa", sobretudo porque o debate se instaurou em interpretações plenamente razoáveis da Constituição e da Lei Complementar nº 135/10 – interpretações essas que ora se adotam.

Mesmo defendendo-se que é necessária uma maior participação popular na tomada de decisões pelo judiciário isso não retira deste a palavra final nas controvérsias judiciais e nem deveria tornar os juízes reféns da opinião pública, criando um populismo judicial, visto que o juiz manteria todas as prerrogativas garantidoras de sua independência, podendo decidir contra a vontade da maioria a fim de proteger os direitos fundamentais e das minorias. O que se defende é que sejam adotados mecanismos para tornar o processo decisório mais democrático, que a produção da decisão final não seja considerada apenas produto da vontade do juiz, mas uma construção realizada a partir do diálogo com amplos setores da sociedade, inserindo o judiciário em uma discussão que diz respeito à legitimidade de todo poder estatal.

A forma de efetivação da participação popular no processo judicial causa divergências a respeito dos modos como ela se realizará na prática. Nesse sentido, a Constituição de 1988 é bastante rica na previsão de instrumentos que viabilizem as práticas deliberativas no poder judiciário, dentre os quais podem ser citados a título de exemplo o Plebiscito, Iniciativa Popular, Ação Popular, dentre outros, configurando a Constituição brasileira como uma das mais abertas às práticas deliberativas do mundo:

> [...]o Brasil e a Índia são os casos nos quais as potencialidades da democracia participativa mais claramente se manifestam.[...]Sendo assim, a Constituição foi capaz de incorporar novos elementos culturais, surgidos ao nível da sociedade, na institucionalidade emergente abrindo espaço para prática da democracia participativa. (SANTOS, 2002, p. 65)

Citem-se os exemplos das figuras do *amicus curiae* e das audiências públicas, na medida em que seu uso tem se tornado frequente na decisão de casos importantes no STF. O instituto do *amicus curiae* tem origem no direito norte-americano, no chamado Brandais-Brief, durante a discussão do caso Muller versus Oregon de 1908. No Brasil, o instituto passou a ser adotado a partir da Lei 9.868/99, que em seu art. 7º, § 2º prevê a possibilidade da participação de indivíduos, grupos sociais e dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade em processos em que a decisão do STF possa afetar seus interesses.

O instituto do *amicus curiae* tem sido bastante utilizado pelo STF, tendo sido inclusive dispensados alguns de seus requisitos pela corte em algumas situações, visando aumentar seu uso. Todavia, o uso desse instituto ficou restrito ao controle abstrato de constitucionalidade, mas contribui para o aumento da legitimidade democrática das decisões do STF:

> pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Tribunal venha a tomar conhecimento, sempre que julgar relevante, dos elementos informativos e das razões constitucionais daqueles que, embora não tenham legitimidade para deflagrar o processo, serão destinatários diretos ou mediatos da decisão a ser proferida. Visa-se, ademais, a alcançar um patamar mais elevado de legitimidade nas deliberações do Tribunal Constitucional, que passará formalmente a ter o dever de apreciar e dar a

> devida consideração às interpretações constitucionais que emanam dos diversos setores da sociedade. (BINENBOJM, 2004, p.4)

Quanto às audiências públicas, previstas no art. 9º, § 1º da Lei n.º 9.868/99, passaram a ser utilizadas a partir do julgamento da pesquisa com células-tronco embrionárias, e novamente utilizadas em mais três oportunidades, *in casu*, o julgamento da ADPF n.º 54 que trata sobre os fetos anencéfalos, o julgamento da ADPF nº 186 acerca das cotas raciais e a ADPF n.º 101, que tratava sobre a importação de pneus usados.

As audiências públicas devem suprir a ausência de conhecimento dos magistrados a respeito de temas específicos, dos quais necessitam para proferir sua decisão. Porém, através desse instituto também se realiza um diálogo entre o STF e a sociedade civil, na medida em que permite a participação de terceiros, não apenas de membros do judiciário, no processo deliberativo do tribunal. Essa finalidade foi reconhecida pelo Min. Carlos Ayres Brito ao proferir seu voto no julgamento da ADI 3510, referente à pesquisa com células-tronco:

> Ante a saliente importância da matéria que subjaz a esta ação direta de inconstitucionalidade, designei audiência pública para o depoimento de pessoas com reconhecida autoridade e experiência no tema (§ 1º do art. 9º da Lei n. 9.868/99). Na mesma oportunidade, determinei a intimação do autor, dos requeridos e dos interessados para que apresentassem a relação e a qualificação dos especialistas a serem pessoalmente ouvidos. Pois bem, como fiz questão de realçar na decisão de fls. 448/449, 'a audiência pública, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte.

Para se ampliar esse espectro de participação popular constata-se a importância da ideia de sociedade aberta dos intérpretes da constituição de Haberle, de acordo com o qual em uma sociedade marcada pelo pluralismo a interpretação constitucional não pode ficar confinada a um único órgão, devendo contar com a participação de toda sociedade.

> Tinha-se, pois uma fixação da interpretação constitucional nos órgãos oficiais, naqueles órgãos que desempenham o complexo jogo jurídico-institucional das funções estatais. Isso não significa que senão reconheça a importância da atividade desenvolvida por esses entes. A interpretação constitucional é, todavia, uma 'atividade' que, potencialmente, diz respeito a todos. Os grupos mencionados e o próprio indivíduo podem ser considerados intérpretes constitucionais indiretos a longo prazo.(HABERLE, 1997, p.24).

Para se viabilizar o desenvolvimento de métodos deliberativos no âmbito judicial é necessário que seja repensado o próprio papel do juiz na relação processual. Para tanto se faz de grande utilidade o modelo de juiz Hermes defendido pelo jurista belga François Ost. Para o autor, o papel do juiz foi evoluindo à medida que o próprio estado de direito foi se alterando. Assim, no modelo liberal existiu, o que Ost (2007, p. 102) chama de juiz Júpiter, uma vez que

tal juiz atuaria do topo de uma estrutura piramidal, pautando sua conduta apenas pela lei, sem levar em conta a realidade social como apregoava o positivismo. Já no estado social prevaleceu o juiz Hércules que busca dar efetividade aos direitos, entendendo sua função como agente não apenas limitado a garantia das liberdades civis e igualdade formal, mas como agente de transformações sociais. Para o juiz Hércules, os princípios e as decisões judiciais são parâmetros mais importantes a serem observados do que a lei.

Porém, Ost considera que ambos os modelos já não seriam mais adequados para os novos desafios da sociedade pós-moderna marcada pelo pluralismo e pelo rápido fluxo de informações. Assim, propõe o modelo de juiz Hermes o qual para atuar leva em consideração a pluralidade de atores sociais, utilizando-se não apenas da lei ou decisões judiciais, mas considerando o amplo rol de fontes normativas existentes, desde os costumes até as convenções internacionais a partir de uma visão abrangente. Além disso, esse juiz não teria mais o monopólio interpretativo, permitindo que outros agentes institucionais e as próprias partes participassem do processo de definição do sentido e aplicação da norma jurídica.

> Ost apresenta um *tertius genus*, o juiz Hermes, que adota a forma de rede; nem um polo, nem dois, isto é, nem a pirâmide e nem um funil, e tampouco a superposição dos dois, senão uma multiplicidade de pontos de inter-relação; um campo jurídico que analisa como uma combinação infinita de poderes, tanto separados como confundidos, amiúde intercambiados; uma multiplicação dos atores, uma diversificação de regras, uma inversão de réplicas; tal circulação de significados e informações não se deixa aprisionar em um código ou em uma decisão: expressa-se sob a forma de um banco de dados. Assim, segundo Ost, o direito pós-moderno, o direito de Hermes, é uma estrutura em rede que traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis. Trata-se, em síntese, de uma teoria lúdica do direito. (STRECK, 2010, p. 22)

Tal modelo de juiz se insere muito bem em uma sociedade em redes conforme Castells o qual decidiria de forma sistêmica e que permitisse um acoplamento estrutural entre sistemas sociais diversos e a utilização do direito mais adequado para o caso que se deva julgar.

3 Teoria do Diálogo Institucional

A ideia de dialogo institucional tem obtido uma boa aceitação nas últimas décadas por se mostrar como uma espécie de terceira via entre os modelos que conferem soberania ao parlamento e os que conferem soberania à Suprema Corte. O cerne de tal teoria, que na verdade se desdobra em várias correntes, é a busca de um constitucionalismo dialógico, através da cooperação entre os poderes executivo, legislativo e judiciário no que diz respeito à interpretação da constituição.

Dessa forma, o principal argumento em favor do diálogo institucional é o fato de não ser cabível em uma sociedade pluralista a limitação da interpretação da constituição a um único órgão, no caso o judiciário, uma vez que tal não seria suficiente para atender toda a diversidade existente na sociedade.

> Na sua forma mais básica, uma abordagem dialógica de constitucionalismo representa a ideia de que duas ou mais pessoas, e não simplesmente uma pessoa ou instituição, deverá ter um papel no processo de interpretação constitucional. Primeiro e mais importante é que ela aponta para a adoção de uma abordagem cooperativa para o constitucionalismo, em oposição a uma abordagem baseada em um monopólio da interpretação por parte dos tribunais ou do legislativo. (OLIVEIRA, 2011, p. 89)

O objetivo da prática dialógica entre os poderes, sob a égide do diálogo institucional, é uma maior proteção aos direitos fundamentais, na medida em que todos os poderes passariam a possuir a condição de guardiões da constituição, sendo responsáveis pelo seu cumprimento. Além disso, alguns argumentos levantados contra a falta de legitimidade dos membros do judiciário perderiam importância diante da participação de outros agentes na interpretação constitucional.

> A justificação da prática dialógica, diante deste quadro, possui ao menos três importantes vetores: 1) permite restabelecer o reequilíbrio entre os poderes na busca de uma legitimidade democrática; 2) articula a defesa de um *weak judicial review* como contraponto aos riscos de um ativismo judicial, e ainda; 3) assegura a concretização de direitos fundamentais, notadamente em favor de segmentos minoritários. (BERMAN, 2009, p. 5)

A proposta de diálogo institucional não possui somente um modelo havendo divergências acerca da forma em que tal diálogo será realizado, o que origina teorias que seguem os seguintes formatos: a) Teorias dialógicas quanto ao método judicial; b) Teorias dialógicas quanto ao método estrutural e c) Teoria de fusão dialógica.

O primeiro grupo referente ao método judicial pode ser dividido em três subcategorias: Teoria do aconselhamento, que consiste em orientar os poderes sobre a melhor forma de interpretar a constituição, indicando caminhos a serem seguidos pelos demais poderes, bem como se manifestando de forma opinativa sobre determinada norma.

Já a teoria do respeito às regras procedimentais, de acordo com a qual caberia ao juiz atuar como um guardião dos procedimentos democráticos, não devendo o judiciário adentrar no mérito das questões, permitindo que o legislativo tenha a oportunidade de responder a uma declaração de inconstitucionalidade da corte.

Dentre essas teorias destaca-se a teoria minimalista de Cass Sunstein. De acordo com esse autor, a melhor forma do juiz decidir determinado caso é evitando o uso de princípios abrangentes e de análises profundas sobre o assunto a ser decidido.

> Assim entendido, o minimalismo tem virtudes distintas, especialmente em uma sociedade heterogênea na qual pessoas razoáveis frequentemente divergem. Quando juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma resposta apropriada. Às vezes, o minimalismo judicial é uma resposta razoável ou mesmo inevitável para o problema prático de obter consenso dentro do pluralismo. (BUNCHAFT, 2011, p. 3)

Tal atitude permitiria o retardamento da decisão, possibilitando que as *many minds* discutissem melhor aquela questão e permitissem que o debate chegasse ao nível de amadurecimento que levasse a uma decisão. Faz-se importante ressaltar acerca da teoria minimalista, que os temas em que o juiz mais deve adotar uma postura contida seria nas decisões referentes a políticas públicas em razão do judiciário não ser o poder mais apto a decidir tais questões em razão da capacidade institucional.

Em relação ao segundo grupo merecem referências as teorias do equilíbrio e da parceria. De acordo com a primeira, a interpretação judicial não possui nenhum qualificativo que a torne melhor do que a de qualquer outra pessoa, sendo apenas mais uma instância de um debate mais amplo. Entretanto, essa teoria falha ao não valorizar o diálogo entre as instituições. Já as teorias do equilíbrio valorizariam principalmente o diálogo entre os poderes, na medida em que considera os poderes políticos, mais aptos a tomar decisões coletivas, e o judiciário com mais condições de decidir sobre direitos individuais se complementariam, sem haver qualquer primazia de uma esfera sobre a outra.

O último grupo da fusão dialógica seria uma combinação de elementos da teoria do equilíbrio e da parceria, na medida em que uma valoriza apenas o diálogo judiciário-sociedade a segunda valoriza o diálogo judiciário-demais poderes. Assim, caberia ao judiciário dialogar com a sociedade acerca de temas mais importantes para a comunidade, enquanto temas de menor relevância seriam decididos com base no diálogo entre os poderes.

No direito brasileiro o artigo 102 da Constituição Federal confere ao Supremo Tribunal Federal o poder de dar a última palavra acerca de questões constitucionais. No entanto, tal entendimento que considera uma decisão do STF como algo impassível de questionamentos desconsidera a complexidade da efetivação de uma decisão judicial.

> Vale dizer, nada impede que, após, uma decisão de haver uma clareza do ponto de vista institucional acerca de quem deve guardar a Constituição, isto não importa na conclusão de que há uma submissão necessária, um monopólio da interpretação

> judicial. Vale dizer, nada impede que, após uma decisão de inconstitucionalidade/constitucionalidade, a matéria objeto de questionamento possa ser trazida à baila novamente, possa emergir das instâncias políticas, da sociedade. (OLIVEIRA, 2011, p. 90)

Não obstante, o STF tem dado interpretação ao referido dispositivo constitucional como lhe conferindo o poder de dar a última palavra acerca das questões constitucionais, como se depreende de trecho do voto do Min. Celso de Mello no RCL 2986 MC/SE:

> Cabe destacar e reconhecer, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput"), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema.

O modelo de desenho institucional existente no Brasil pode ser definido como, moderadamente dialógico, pois as decisões do STF em controle abstrato de constitucionalidade e as súmulas vinculantes não impedem o congresso de aprovar lei dispondo sobre o assunto de forma diversa. De acordo com o referido autor é inegável que o desenho institucional dê primazia ao STF, mas seria arriscado alterá-lo, sendo melhor solução para tornar mais efetivo o diálogo entre poderes e impedir o surgimento de supremacia judicial o desenvolvimento de um juízo crítico acerca dos limites da atuação do Supremo.

Trata-se de modelo que possui certa oposição por parte de Bigonha que propõe uma alteração radical do desenho institucional brasileiro para outro onde seja mais propício o desenvolvimento da cooperação entre os poderes:

> Assim, o Parlamento federal, como bicameral, teria uma Casa Propositora, a Câmara dos Deputados, e uma Casa Revisora, o Senado Federal. Transformado o Senado Federal em Câmara Revisora, a ele caberia estabelecer o controle sobre a Jurisdição Constitucional, pois do mesmo modo que o Parlamento tem a prerrogativa de derrubar veto do Presidente da República, o Senado realizaria a revisão parlamentar sobre o controle de constitucionalidade. Essa revisão parlamentar sobre o controle de constitucionalidade devolveria ao ordenamento jurídico legitimidade, tornando possível a relação entre Direito e Política. (BIGONHA, 2009, p. 7/8)

Tem-se um formato bem mais moderno que finda por conceder legitimidade às alterações que digam respeito ao controle de constitucionalidade, permitindo que se restabeleça ao parlamento o poder que realmente detém em decorrência de um aspecto muito mais político do que jurídico.

4 Controle Fraco de Constitucionalidade

O modelo de controle de constitucionalidade adotado pela constituição de 1988 é uma das principais causas da expansão do judiciário no Brasil. Tal modelo é formado pela junção do modelo americano de controle difuso com o modelo europeu de controle concentrado. Assim, nossa suprema corte pode tanto declarar a inconstitucionalidade de uma lei analisando-a em abstrato, desde que provocada por um dos sujeitos previstos como legitimados para propor algumas das várias espécies de ações possíveis no texto constitucional, quanto na via recursal através de recurso extraordinário.

Assim, ao dar continuidade na análise sobre democracia deliberativa e cooperação entre os poderes faz-se necessário uma incursão teórica acerca de outros modelos de controle de constitucionalidade. Surge a discussão acerca de dois modelos de controle de constitucionalidade: o modelo de controle forte e o modelo de controle fraco.

O controle forte é o modelo típico dos Estados Unidos e caracteriza-se pelo monopólio da interpretação constitucional pela Suprema Corte e pelo caráter cogente do resultado desta sobre os outros poderes, o que inviabiliza a prática de qualquer diálogo entre estes, o que reforça as críticas acerca de sua ilegitimidade democrática.

Já o controle fraco teve sua origem no Canadá após a aprovação Carta de Direitos e das Liberdades em 1982, adotado posteriormente pela Nova Zelândia (1990), Israel (1994) e Inglaterra (1998). Esse modelo de controle possui como características mais relevantes a busca de conciliação entre a defesa dos direitos fundamentais e a soberania popular e a não vinculação do parlamento a interpretação constitucional efetuada pela suprema corte.

> A Constituição canadense de 1982, ao prever um mecanismo conhecido como "cláusula não obstante" (notwithstanding clause), por meio da qual o Poder Legislativo pode aplicar um determinado diploma normativo, mesmo que ele contrarie o Texto Constitucional (na visão do Judiciário), despertou a atenção de estudiosos, especialmente daqueles que possuem ressalvas à prática tradicional do judicial review, e inspirou outros países a adotarem mecanismos semelhantes (Inglaterra, Nova Zelândia, Israel). Esta forma de fiscalização de constitucionalidade das leis, aqui chamada de controle brando de constitucionalidade (weak-form judicial review), sugere que o Judiciário, embora exerça um papel relevante na interpretação dos dispositivos constitucionais, não deve possuir a prerrogativa de deter a última palavra. Valoriza-se, assim, o componente democrático, de modo a permitir aos representantes do povo que afirmem de maneira definitiva quais são, precisamente, os compromissos básicos. (PINTO, 2010, p. 26)

O controle fraco de constitucionalidade pode ser realizado de duas formas: a primeira ocorre através de um ato de autocontenção do judiciário que se limita a declarar a

incompatibilidade de uma lei com a constituição, sem extirpá-la do ordenamento jurídico, visto que essa tarefa ficaria a cargo do legislativo. A segunda ocorreria pelo fato de haver a existência da possibilidade do parlamento contornar o pronunciamento da corte declarando determinada lei inconstitucional em prazo não muito longo e por meio de procedimento que não preveja rol de requisitos que inviabilizem uma resposta célere. Conclui-se, assim, que em ambas as formas a palavra final caberia ao parlamento e não ao judiciário, porém antes de obtê-la ambos os poderes teriam que interagir entre si, de modo que a decisão final seria fruto de fundamentação jurídica que não seja incompatível por não possuir legitimidade.

Outra classificação de controle de constitucionalidade que merece destaque é a realizada pelo jurista argentino Gargarella que se fundamenta na análise das formas de controle de constitucionalidade adotadas no direito comparado e efetivando uma classificação em três espécies: a) conservador; b) populista e c) radical não populista ou genuinamente radical.

A primeira espécie se demonstra como característica do modelo americana, na qual todo processo de controle de constitucionalidade das leis estaria nas mãos do judiciário. É fundado na desconfiança de que os poderes eleitos tenham condições técnicas de efetuar o controle de constitucionalidade bem como estariam mais afetas a tomar decisões irracionais.

Sob outro aspecto, o modelo populista seria característico de países no qual o controle de constitucionalidade pelos juízes é limitado, como na Inglaterra. Tal método, segundo Gargarella, teria como falhas o fato de não considerar que a vontade dos parlamentares nem sempre coincide com a vontade da sociedade como também a opinião majoritária não pode ser adotada como o único critério para aferir a constitucionalidade de uma norma.

Já o terceiro modelo defende a ideia de que o judiciário deve continuar realizando o controle de constitucionalidade das leis. Porém devem ser desenvolvidos métodos que atenuem seu caráter anti-democrático como, por exemplo, atuação da corte constitucional autocontida e eleições diretas para juízes, dentre outras soluções. De acordo com Gargarella, além desses métodos ainda seria necessário que fossem considerados os seguintes aspectos para que fosse obtido o que ele considera ser o modelo ideal, o genuinamente radical: Que se tornasse mais frequente o reenvio de leis do judiciário ao legislativo, seguindo o modelo canadense, limitação de posturas ativistas pela corte a situações em que os direitos de minorias fosse violado e a realização de uma reforma política.

Considerando a classificação do controle de constitucionalidade em forte ou fraco, Virgílio Afonso da Silva chega afirmar que o modelo de controle de constitucionalidade

adotado no Brasil se caracterizaria como "ultraforte", em razão do amplo rol de dispositivos definidos como cláusulas pétreas:

> Além disso, na contraposição entre modelos "fracos" e modelos "fortes" de controle de constitucionalidade, ou seja, entre modelos que permitem maior e menor diálogo entre os poderes, o modelo brasileiro poderia ser considerado como "ultraforte". Isso porque, além de reunir as características típicas dos modelos fortes, o Brasil tem uma constituição com um amplo rol de dispositivos imodificáveis, as chamadas "cláusulas pétreas". Ou seja, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, em muitos casos, não pode nem mesmo exercer o papel de indicador de via alternativa, ou, para usar a metáfora usada por Favoreu, de "guarda-chaves" (guarda-chaves, nas ferrovias, é o empregado encarregado de manobrar as chaves nos desvios ou entroncamentos das linhas) (SILVA, 2009, p. 27)

No entanto pode-se encontrar em algumas decisões do STF o uso de novas técnicas que fogem do modelo tradicional que se limita a declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, como a interpretação conforme a constituição, o controle de constitucionalidade sem pronúncia de nulidade e a declaração parcial de nulidade sem redução de texto. Conforme preleciona Gilmar Mendes em seu voto na ADI 1351/2006:

> Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade.

A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto é uma técnica que pode ser utilizada quando a lei em si não seja inconstitucional, mas dentre as interpretações possíveis ao seu respeito haja alguma que o seja. Após constatar tal possibilidade, o Supremo limitar-se-ia a declarar a inconstitucionalidade desta interpretação dissonante da Constituição sem alterar o texto da lei.

Já a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade caracteriza-se pela possibilidade do Supremo suspender a aplicação de determinada lei, concedendo prazo razoável para que o legislador possa sanar o vício nela existente.

Em relação à interpretação conforme a constituição trata-se de método que visa restringir as hipóteses de declaração de inconstitucionalidade àqueles atos legislativos que após o uso de todos os métodos interpretativos se mostrem incompatíveis com a constituição. Embora haja discordância se esta seria uma regra de hermenêutica ou uma técnica de controle de constitucionalidade é forte a tendência na doutrina pátria a reconhecê-la como técnica de controle de constitucionalidade, posição a qual se filia Barroso (2008, p.189) que assevera que a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um

mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal.

Outro aspecto que deve ser salientado quanto ao controle de constitucionalidade no Brasil é a necessidade de reforçar o controle difuso, na medida em que possui efeito vinculante apenas em relação às partes e há necessidade da participação do Senado para conferir-lhe efeitos *erga omnes*, conforme art.52, X da CF, promovendo-se assim ainda que de forma tímida um diálogo entre os poderes. Constata-se, no entanto, o enfraquecimento do controle difuso, na medida em que o supremo com base no princípio da celeridade tem efetuado controle de normas em abstrato mesmo em casos de controle incidental, além de limitar a função do Senado nesse processo a meramente dar publicidade à decisão, o que outrora não ocorria tendo este discricionariedade para aplicar ou não os efeitos *erga omnes* a decisão do supremo, reforçando ainda mais a concentração de poderes no Pretório Excelso e tornando o controle de constitucionalidade menos democrático.

> A perda ou a desativação do controle difuso de constitucionalidade de leis no Brasil, significará uma grave queda ou erosão da legitimidade do sistema fiscalizador, visto que, quanto mais se concentra o controle na cúpula do Judiciário, como está acontecendo, menos democrática, aberta, independente, judicial, ligada à cidadania será a jurisdição: por isso mesmo, mais vulnerável e sujeita às pressões e interferências políticas do Poder Executivo.(BONAVIDES, 2004, p. 7)

Tal reforço do poder do judiciário instiga a adoção de teorias que permitam uma revisão da decisão judicial e que possibilitem um diálogo entre os poderes com o intuito de um restabelecimento da legitimidade.

5 Possibilidade de correção legislativa da decisão judicial

Uma forma encontrada para limitar o avanço do protagonismo do STF é a possibilidade de revisão legislativa das decisões judiciais, conhecida no direito estrangeiro como *legislative override*. Tal possibilidade permitiria maior interação entre os poderes, indo ao encontro da ideia de diálogo institucional, determinando uma definição do que seja revisão legislativa:

> a faculdade de o legislador rediscutir as decisões tomadas no âmbito do controle judicial de constitucionalidade e, se for o caso, de superá-las, consubstanciando relevante possibilidade de diálogo entre os poderes, sem embargo de não estar instituído formalmente no texto constitucional. (SILVA, 2009, p. 21)

O exemplo mais paradigmático acerca da possibilidade de revisão legislativa da decisão judicial encontrado no direito comparado é o Canadá, modelo cuja própria

Constituição na sessão terceira prevê expressamente a possibilidade de revisão legislativa das decisões da corte suprema, denominada de *override clauses*. Tal instrumento permite que o parlamento interaja com a suprema corte quando esta estiver exercendo o controle de constitucionalidade das leis. O controle efetuado pelo parlamento pode ocorrer de forma preventiva ou repressiva. No segundo caso, a constituição canadense prevê a cláusula *notwithstanding* com a qual o legislativo pode impedir que a suprema corte exerça o controle de constitucionalidade em relação a determinado dispositivo legal pelo prazo de uma legislatura que corresponde a 5 (cinco) anos.

A possibilidade de revisão legislativa da decisão judicial é possível também em países onde prevalece o modelo forte de supremacia judicial como os estados unidos. Todavia, nesse país tal processo só pode ocorrer através da aprovação de uma emenda a constituição. No entanto, em razão dos requisitos estabelecidos para aprovação de uma emenda tal possibilidade resta praticamente inviável servindo de exemplo excepcional a edição da 19ª emenda que concedeu direito ao voto as mulheres, revogando decisão da suprema corte no caso Minor *versus* Happersett, no qual com base na 14ª emenda havia decidido que a constituição não impedia que os estados aprovassem legislação impedindo o voto feminino.

No Brasil, embora a constituição não preveja expressamente a possibilidade de revisão legislativa da decisão judicial como o ocorre no Canadá, há a possibilidade do congresso aprovar lei contrária a decisão da corte suprema, sendo que este modelo pode ser considerado de acordo com o trecho do voto do Min. Eros Grau quando da decisão da ADPF nº 153 que visava revisar a lei da anistia para punir torturadores, no qual reconhece a possibilidade do congresso vir a posteriormente editar lei que fosse de encontro ao que ali havia sido decidido:

> Esse acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária revisão da lei de anistia, deverá, contudo ser feito pela lei, vale dizer, pelo poder legislativo. Insisto em que ao Supremo Tribunal Federal não incumbe legislar sobre a matéria. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo poder legislativo, não pelo Poder Judiciário.

Na verdade, tal processo tem ocorrido no Brasil até com certa frequência, visto que o *quórum* de três quintos para aprovar emenda à constituição não é tão difícil de ser obtido. Assim, várias decisões do supremo foram posteriormente alteradas como: o caso da contribuição de custeio em iluminação pública que resultou na Emenda Constitucional 39/2002, a criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios que resultou na Emenda Constitucional nº 57/2010 que discutiu o número de vereadores por município.

A discussão acerca do número de vereadores surgiu a partir do Recurso Extraordinário nº 197.917-8 interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do município de Mira Estrela, alegando que o número de vereadores estabelecido por lei municipal embora não ultrapassasse o estabelecido no art.29, IV da Constituição Federal feria os princípios da isonomia e da proporcionalidade, na medida em que municípios maiores possuíam número inferior de vereadores ao daquele município.

O STF decidiu favoravelmente acatando a tese do Ministério Público, sob o fundamento de que os municípios não estavam observando o critério da proporcionalidade estabelecido pela Constituição Federal. Com base nessa decisão o Tribunal Superior Eleitoral editou resolução na qual estabelecia de forma exata o número de vereadores para cada município. Tal resolução teria como consequência a redução do número de vereadores em todo país em cerca de 8000. Em face disso, houve grande mobilização por partes dos vereadores prejudicados, o que acabou levando a aprovação da EC nº 58/2009, alterando o texto do art.29, IV, para suprimir o requisito reverente à observância da proporcionalidade entre o número de vereadores e a população do município, situação que demonstrou a importância da participação de outros sujeitos no processo de interpretação constitucional:

> Esse último caso bem revela as vantagens do diálogo interinstitucional na intepretação da Constituição. No final, a solução que prevaleceu após a interação entre o STF e o Congresso, mediada pela opinião pública, foi superior àquela inicialmente defendida por qualquer das instituições envolvidas. Limitarem-se os excessivos gastos com a manutenção dos legislativos municipais, em conformidade com o princípio da moralidade administrativa e com a vontade da opinião pública, mas também se preservou o espaço de auto-organização municipal, que a primeira decisão do STF tinha eliminado (SARMENTO, 2012, p. 407)

Não se pode olvidar de outro exemplo que permite uma maior interação entre congresso e STF que se trata da possibilidade de correção legislativa com interpretação constitucional ou mutação constitucional pela via legislativa.

> quando, por essa via, se transmuda o sentido atribuído aos conceitos fixados pela norma constitucional, para adaptá-la a realidades novas, a situações distintas, a momentos e circunstâncias sociais, políticas ou econômicas diferentes; ocorre, também quando se altera, se amplia ou se restringe o programa apenas esboçado pela norma constitucional; ocorre, ainda, quando se preenchem vazios constitucionais, se suprem omissões, se esclarecem obscuridades, dando-se, por via legislativa, novo alcance ao texto constitucional, que irá abranger situações novas ou disciplinar, de modo atual e definido, comportamentos imprecisamente previstos na Constituição.(OLIVEIRA, 2011, p. 94)

É óbvio que o Supremo se mostra resistente a reconhecer a possibilidade do legislativo também atuar como intérprete da carta constitucional, por considerar que esse papel é

exclusivamente seu. Para Sarmento a mutação legislativa é inevitável em uma democracia, visto que ao elaborar as normas bem como ao regulamentar a Constituição o legislador deve fazer uma leitura desta para escolher uma dentre as possibilidades permitidas pelo texto. Ratifica que o reconhecimento do legislativo como intérprete da constituição é uma forma de possibilitar à população influenciar nas definições do significado do texto constitucional.

Seguindo esta ideia, percebe-se que o direito americano apresenta determinadas ocorrências nas quais as assembleias de alguns estados, como forma de burlar o tortuoso caminho das emendas à constituição, têm aprovado leis ordinárias, nas quais interpretam a constituição de forma diversa da suprema corte. Tal processo tem permitido, por exemplo, a revisão de decisões da corte que não reconhecem direitos aos homossexuais. Tal situação, também pode ser percebida no modelo brasileiro e se tem como exemplo a questão das cotas raciais que foram inicialmente implantadas mediante mutação constitucional realizada pelo legislativo, tendo o STF apenas confirmado sua constitucionalidade.

Considerações finais

O poder judiciário ao assumir o vácuo decorrente da inércia dos poderes executivo e legislativo finda por exercer julgamentos que influenciam os aspectos políticos e por determinadas vezes carecem de legitimidade, configurando o ativismo judicial e que tem demandado a necessidade de adequá-lo a práticas mais democráticas.

A democracia deliberativa inicialmente, se mostra como uma alternativa ao modelo de democracia representativa a qual estabelece um critério de participação popular direta nos julgamentos do poder judiciário, sendo representada pela figura do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas por parte dos tribunais.

A teoria do diálogo institucional traz um novo contexto dialógico que busca uma maior cooperação entre os poderes executivo, legislativo e judiciário acerca da interpretação constitucional. Tal teoria adquire bastante relevância quando permite submeter ao parlamento determinadas decisões judiciais com o intuito de torná-las exequíveis.

Uma outra opção seria a adoção do controle fraco de constitucionalidade que possui como características mais relevantes a busca de conciliação entre a defesa dos direitos fundamentais e a soberania popular e a não vinculação do parlamento a interpretação constitucional efetuada pela suprema corte. Sua efetivação pode se dar como um ato de autocontenção do judiciário que se limita a declarar a incompatibilidade de uma lei com a

constituição, sem, contudo, extirpá-la do ordenamento jurídico, visto que essa tarefa ficaria a cargo do legislativo, ou então com a possibilidade do parlamento contornar o pronunciamento da corte declarando determinada lei inconstitucional em prazo não muito longo e por meio de procedimento que não preveja rol de requisitos que inviabilizem uma resposta célere.

Finalmente, tem-se é a possibilidade de revisão legislativa das decisões judiciais, conhecida no direito estrangeiro como *legislative override*. Tal possibilidade permitiria maior interação entre os poderes, indo ao encontro da ideia de diálogo institucional, determinando uma definição do que seja revisão legislativa.

Assim, constata-se que o ativismo judicial tem se demonstrado carente de legitimidade e sem viés democrático e que já existem modelos de interação entre os poderes que podem ser adotados com o intuito de serem institucionalizados os diálogos entre os três poderes.

A distinção que surge é demonstrada em razão do modelo da democracia deliberativa permitir uma maior participação popular diretamente, enquanto os modelos do diálogo institucional, do controle fraco de constitucionalidade e da revisão legislativa das decisões judiciais ratifica os moldes da democracia representativa e restitui aos poderes executivo e legislativo uma maior participação em decisões anteriormente protagonizadas pelo judiciário. Não são apresentadas todas as alternativas a um ativismo judicial exacerbado, mas oferta-se um mínimo de formatos que ao serem adotados tornarão mais democráticas as tomadas de decisão por parte do judiciário.

O presente artigo utilizou o método hipotético-dedutivo, com a avaliação de todas as informações sob uma abordagem qualitativa. Os meios utilizados foram exclusivamente bibliográficos bem como também foi utilizada uma parte de legislação. Quanto aos fins, a pesquisa apresenta-se de cunho descritivo com os resultados expostos exclusivamente em forma de textos.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**.** 6ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **A DIMENSÃO DO AMICUS CURIAE NO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO:** Requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. Disponível em:<http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2004/arti_dimensao.pdf> Acesso em: 31/08/2018.

Bigonha, Antonio Carlos Alpino & Moreira, Luiz. **Legitimidade do Estado e a Revisão Parlamentar do Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=100&Itemid=556>. Acesso em: 01/09/2018.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil). Estud. av., São Paulo , v. 18, n. 51, p. 127-150, Agosto 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29/08/2018.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. **Constitucionalismo Democrático versus Minimalismo Judicial**. Disponível em: <direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/06_Bunchaft.pdf.> Acesso em: 01/09/2018.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1996.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**.** Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Ativismo, **Delegação ou Estratégia?** A Relação Inter Poderes e a Judicialização no Brasil. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de(org). AS NOVAS FACES DO ATIVISMO JUDICIAL. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 529-540.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais**, **separação** de **poderes e deliberação.** Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/> Acesso em: 02/09/2018.

OLIVEIRA, Larissa Pinha de**. Parâmetros Hermenêuticos da Mutação Constitucional**. Disponível em:<http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0912247_11_Indice.html.> Acesso em: 03/09/2018.

OST, François. **Júpiter, Hércules e Hermes**: três modelos de juez. Academia. Revista sobre Enseñanza dele derecho. Año 4, n. 8, p. 101-130. 2007. Disponível em: < http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/academia-08.pdf.> Acesso em: 01/09/2018.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. (2010). **Supremacia judicial e controle de constitucionalidade**. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/656/Direito%20Publico%20n312010_Jose%20Guilherme%20Berman%20Correa%20Pinto.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27/08/2018.

SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional:** Teoria, história e métodos de trabalho. 1ª ed. Belo Horizonte: Ed.Fórum, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da**. O STF e o controle de constitucionalidade**: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, jan. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>. Acesso em: 05/09/2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa:** um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

STRECK, Lênio.**O Pós- Positivismo e os Propalados Modelos de Juiz(Hércules, Júpiter e Hermes)** – Dois Decálogos Necessários. Disponível em:< www.fdv.br/publicacoes/periodicos/.../n7/1.pdf.> Acesso em: 01/09/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1.351, Rel. Min. marco Aurélio, j. 07/12/2006. Voto do Ministro Gilmar Mendes,p. 157. Disponível em: http://s.conjur.com.br/dl/barreira_gilmar.pdf. Acesso em: 04/09/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .ADPF 153/DF. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em: 29 de abril de 2010. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf.> Acesso em: 04/09/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADC 29/ ADC 30/ ADI 4578, Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento em: 09 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_29ADC_30ADI_4578.pdf.> Acesso em: 04/09/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**.** ADI 3510/DF. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Julgamento em: 29 de maio de 2008. DJ. 28.5.2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510.> Acesso em: 04/09/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**.** RCL 2986 MC/SE. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão monocrática. j. 11/03/2005. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 04/09/2018.

TAVARES, Rodrigo de Souza, BERMAN, José Guilherme. **Teorias Dialógicas e os Sistemas de Constituições Não Escritas:** O Caso Israelense. Disponível em:<www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/.../2259.pdf.> Acesso em: 04/09/2018.