

# CONSTITUCIONALISMO INSTITUCIONALISTA COMO ALTERNATIVA NECESSÁRIA AO CONSTITUCIONALISMO NORMATIVISTA

Luiz Henrique Urquhart Cademartori<sup>1</sup>

Fernanda Santos Schramm<sup>2</sup>

Resumo: O artigo aborda a necessidade de uma nova taxionomia para o constitucionalismo contemporâneo, dividindo-o em Normativista, conjugando às correntes do Neoconstitucionalismo e do Garantismo, e Institucionalista, como resposta necessária a ele na atual conjuntura jurídico-política, englobando as teorias do Estado de Exceção e dos Diálogos Institucionais. Isto seria decorrente do suposto esgotamento das teorias normativistas que redundaram no empoderamento exacerbado Judiciário frente aos demais Poderes, com a conseqüente necessidade de uma abordagem deslocada do contexto da interpretação e fundamentação de normas jurídicas para a análise institucional visando tratar da crise entre os Poderes do Estado.

Palavras-Chave: Constitucionalismo, Poder Judiciário, Crise Institucional

## INSTITUTIONAL CONSTITUTIONALISM AS AN ALTER-

---

<sup>1</sup> Pós-doutorado pela Universidade de Granada – Espanha; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

<sup>2</sup> Mestranda em Direito, Estado e Sociedade junto ao Programa de Pós Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis (CESUSC). Graduada em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

## NATIVE NECESSARY TO NORMATIVIST CONSTITUTIONALISM

**Abstract:** The article discusses the need for a new taxonomy for contemporary constitutionalism, dividing it into Normativist, combining the currents of Neo-constitutionalism and Garantism, and Institutionalism, as a necessary answer to it in the current juridical-political conjuncture, involving theories of the State of Exception and Institutional Dialogues. This would be due to the supposed exhaustion of normativist theories that resulted in the exacerbated Judiciary empowerment in relation to the other Powers, with the consequent necessity of a displaced approach of the context of the interpretation and grounding of legal norms for the institutional analysis aiming to deal with the crisis between the Powers of the State.

**Keywords:** Constitutionalism, Judiciary Power, Institutional Crisis

**Sumário:** 1. Introdução – 2. O estado de exceção e a modulação funcional do direito – 3. Constitucionalismo normativista e a judicialização da política – 4. Diálogos constitucionais e constitucionalismo institucionalista – 5. Considerações finais – Bibliografia

### 1. INTRODUÇÃO



estudo do direito constitucional é, cada vez mais, indissociável da permanente tensão existente entre as esferas jurídica e política que o perpassam. A dificuldade em coordenar Política e Direito, bem como poder constituinte e constituído, refletem o descompasso entre o poder político – supostamente exercido pelo povo, através de seus representantes eleitos – e as respostas

institucionais posteriores, sobretudo no âmbito do Poder Judiciário.

A ideia de que as democracias constitucionais solucionariam a tensão entre Direito e Política já não se sustenta, ao menos não no atual *modus operandi* do Estado de Direito. A proposta de um poder político – representante da vontade do povo – limitado em prol da própria democracia, por meio de uma Constituição que garantiria direitos fundamentais, é posta diariamente em questão, a cada notícia de decisões judiciais, supostamente *contra legem*, violações de garantias constitucionais e intromissão judicial em previsões orçamentárias que ignoram as políticas públicas pré-definidas pelo Executivo, dentre outras exacerbações.

O que em realidade se constata, é o saliente protagonismo, cada vez mais acentuado, de um Poder Judiciário de combate, vale dizer, militante de causas políticas e consequentemente, fragilizado na sua imagem de guardião apartidário e neutro do Direito. Como já muito comentado, tal situação redundou no fenômeno do Ativismo Judicial, uma postura controversa, no momento em que radicalismos de todo tipo circulam no discurso social sobre a Política e o Direito.

Por outra parte, o atual protagonismo judicial é acompanhado de um cenário, nacional e internacional, marcado pelo retorno de discursos políticos de caráter regressivo, conservador e de viés reacionário, por vezes vitorioso eleitoralmente, a exemplo da eleição do candidato republicano Donald Trump nos Estados Unidos, ou a vitória do Brexit no Reino Unido. Também se constata certas manifestações populares, tais como as que aqui pedem a volta do regime militar e das respectivas respostas judiciais assistidas nos últimos anos no Brasil; bem como da ameaça de tomada de poder por governos de extrema direita nos países europeus.

A natureza e a intensidade desse fenômeno demonstram, ao menos no âmbito das teorias constitucionalistas, a necessi-

dade de deslocar o eixo de discussões das teorias de base notadamente normativistas para uma perspectiva de análise mais institucionalista de feição mais política. Consideradas, pois, essas premissas, propõe-se no presente artigo uma categorização das correntes mais importantes do constitucionalismo atual, dividindo-o basicamente em duas grandes vertentes: de um lado, um Constitucionalismo Normativista e, por outro, um Constitucionalismo Institucionalista.

Evidentemente, essa taxionomia não exclui as demais correntes teóricas baseadas no fenômeno constitucional, tais como as visões céticas da argumentação jurídica racional, oriundas do realismo jurídico. Porém, agrupa-se aqui apenas aquelas que maior repercussão, acadêmica e prática, tiveram nos últimos tempos, tanto em boa parte da Europa continental como no Brasil e sintetizadas, nos termos de Ferrajoli, em uma divisão de correntes do Constitucionalismo Principlista de um lado e, de outra parte, um Constitucionalismo Garantista, sendo que, para efeitos da presente análise, serão agrupadas como duas espécies de um mesmo Constitucionalismo Normativista

O Constitucionalismo Normativista, objeto de profundas análises nos últimos tempos, foi amplamente debatido em uma série de estudos que gravitavam, sobretudo, entre a estrutura das normas, a relação entre regras e princípios, as teorias de decisão e argumentação e as formas de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Com todo o vasto debate e produção intelectual que foi sendo gerado a esse respeito, as teorias normativistas, terminaram por desencadear um empoderamento excessivo do Poder Judiciário em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo e no conseqüente desencadeamento do já citado Ativismo Judicial o qual, admita-se, também é fruto do um modelo de constituição pró-digo em mecanismos de intervenção judicial em âmbitos, tradicionalmente considerados como extrajudiciais, tais como a política e a economia, dentre outros setores.

Portanto, em resumida análise, constata-se que as abordagens normativistas dos chamados constitucionalismos garantista e principialista, embora dissonantes, geraram um profícuo debate que teve como eixo central o estatuto, a interpretação e argumentação dos direitos fundamentais, via análise estrutural das normas e suas condições de aplicação. Isto tudo acarretou, como principal efeito, um protagonismo judicial exacerbado como centro decisivo a recepcionar e decidir sobre as mais variadas demandas sociais e, atualmente, o que resulta mais grave, os dilemas políticos que acometem os outros poderes.

Dáí porque, no âmbito do que se poderia chamar constitucionalismo institucionalista, o presente estudo propõe uma reflexão sobre duas teorias centrais como forma de compreensão do problema: (i) as teorias do estado de exceção, utilizadas para a descrição dos eventos problemáticos e contraditórios vivenciados na cena político-jurídica; e (ii) as teorias dos diálogos constitucionais, apresentadas como uma necessária mudança do foco de análise e possível solução frente ao esgotamento do constitucionalismo puramente normativista como centro de discussão sobre Constituição, Política e Direito.

## 2. O ESTADO DE EXCEÇÃO E A MODULAÇÃO FUNCIONAL DO DIREITO

Com a consolidação do positivismo jurídico no século XIX, as discussões envolvendo o conceito de soberania política paulatinamente cederam espaço, no âmbito da teoria e filosofia do Direito, aos desafios do Direito Constitucional. Este, por seu turno, veio a sofrer um desdobramento teórico que avançando até meados do século XX, plasmou-se nas correntes de um constitucionalismo essencialmente normativista, que, resumidamente, alternou-se entre teorias de resgate legalista e de contenção judicial, de um lado e, por outra parte, correntes que autorizavam um maior protagonismo por parte do Poder Judiciário,

notadamente na dimensão política e moral, via princípios de ampla abrangência semântica e difusão temática. A percepção da oscilação resulta da constatação de que, “*Se o positivismo jurídico surge, em parte, como alternativa à atuação de um Direito judiciário, as correntes pós-positivistas surgiram como crítica ao engessamento da prevalência da lei*”.<sup>3</sup>

A proposta que se apresenta no presente estudo, embora perpassasse em estágio posterior os principais contornos das teorias constitucionalistas, demanda, em um primeiro momento, a retomada do conceito de poder soberano – especificamente sob a ótica do estado de exceção – e a sua intrínseca relação com a possibilidade de suspensão da ordem jurídica e das garantias constitucionais.

Em sua gênese, o estado de exceção foi pensado como um mecanismo jurídico-político capaz de suspender determinadas disposições legais e procedimentos democráticos diante de uma alegada ameaça à soberania estatal. Não por outro motivo, a teoria do estado de exceção é apresentada, segundo a teoria clássica de Carl Schmitt, como teoria da soberania. É o soberano, em última instância, que detém competência para decidir sobre o estado de exceção ou, no limite, entre o direito e o não direito.

A ideia de soberania pressuporia, pois, que a hipótese excepcional não estivesse descrita na ordem jurídica vigente, não pudesse ser por ela abarcada, de modo que caberia ao soberano a decisão “*tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como sobre o que se deve fazer para saná-lo*”.<sup>4</sup> Com base nessa premissa, o autor afasta a ordem jurídica da figura da norma, conceituando o poder soberano como aquele detentor de competência para proferir a última palavra diante de uma situação de anormalidade. Do ponto de vista schmittiano,

---

<sup>3</sup> AUGUSTO, Walter Marquezan. *Desativar o direito: um caminho a partir da obra de Giorgio Agamben*. Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2014. p. 67.

<sup>4</sup> SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.

portanto, “*o funcionamento da ordem jurídica baseia-se, em última instância, em um dispositivo – o estado de exceção – que visa a tornar norma aplicável suspendendo, provisoriamente, sua eficácia*”. O conceito proposto por Carl Schmitt, no entanto, oscila quando o estado de exceção passa a figurar como regra, como instrumento de manobra política.

Tal observação é exposta por Giorgio Agamben, na obra homônima “Estado de Exceção”<sup>5</sup>, para quem um tal estado de coisas assume diversas formas, desde a criação do “estado de sítio” posterior à Revolução Francesa, até alcançar um estágio de desenvolvimento dissociado da formalização constitucional ou legislativa, sobretudo após a Primeira Guerra Mundial.<sup>6</sup> Com o passar do tempo, a ideia de estado de exceção dissocia-se paulatinamente das situações de emergências tradicionalmente vinculadas aos cenários de guerra, passando a ser invocada em paisagens de crise política e econômica, em situações de calamidade pública, de movimentações sociais, até consolidar-se muito mais como uma técnica de governo do que como uma medida excepcional. Vale dizer, numa excepcionalidade do direito que se encontra em estado latente, dentro da própria ordem jurídica vigente. Ou como se diria em termos normativos, num quadro de vigência posta, sob um âmbito de validade e eficácia instáveis dentro de um mesmo sistema jurídico. Portanto, e numa observação política, isto se traduz em uma forma de poder de declarar o não direito a partir do próprio direito, como manifestação definitiva do poder soberano.

Como exemplo disso, na realidade brasileira, a população acostumou-se a assistir – sobretudo nos meios midiáticos –, declarações de estado de sítio, estado de defesa e intervenções

---

<sup>5</sup> É importante esclarecer que o autor não propõe uma teoria do estado de exceção propriamente dita. A obra “Estado de Exceção” chama atenção à inexistência, no âmbito do Direito Público, justamente de uma teoria do Estado de Exceção, segundo o autor pelo fato de os juristas acreditarem ser o estado de exceção uma questão não um genuíno problema jurídico.

<sup>6</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 23.

federais diante das mais diversas situações. Retomando uma retrospectiva histórica do estado de exceção, Agamben destaca o posicionamento do ex-Presidente norte-americano George Bush – em muitos aspectos equiparável, quanto aos rompantes populistas deste, às posturas assumidas pelo atual chefe do governo americano, Donald Trump sob um populismo estável – quando, após os ataques às torres gêmeas, passou a referir-se constantemente a si mesmo como *Commander in chief of the army*, em uma clara reivindicação dos poderes soberanos, pretensamente justificada por uma situação emergencial.<sup>7</sup>

Situações análogas, das mais variadas, floream a história de muitos governos. O ponto é que, de uma forma geral, muitas democracias autorizam a invocação do estado de exceção como forma de relativizar, diante de determinadas atipicidades certas garantias constitucionais ao argumento da necessidade de defesa da ordem pública. E a necessidade, é importante que se diga, implica claramente um juízo subjetivo, na medida em que “*necessárias e excepcionais são, é evidente, aquelas circunstâncias que são declaradas como tais*”.<sup>8</sup>

A exceção, portanto, não implica a extinção do direito, mas o afastamento ou suspensão das normas vigentes no estado de normalidade. A bem da verdade, o próprio ordenamento jurídico prevê – e portanto autoriza a excepcionalidade – das normas aplicáveis quando verifica uma situação julgada como anômala. O estado de exceção configura-se, pois, como um estado latente dentro do Estado de Direito, onde as regras vigentes e não vigentes coexistem simultaneamente entre si. Nas palavras de Giorgio Agamben:

Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa a sua abolição e a zona de anomia

<sup>7</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 38.

<sup>8</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 46.



por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica.<sup>9</sup>

O autor refuta, com base na ideia de estado de exceção, a teoria schmittiana de equivalência entre o poder soberano e o Executivo, como potência externa ao direito; assim como a conceituação de soberania desenvolvida por Hans Kelsen, no sentido de que o Tribunal Constitucional seria a autoridade máxima detentora de competência para a interpretação da norma suprema do ordenamento jurídico. Isso porque, “*Se a exceção é a estrutura da soberania, a soberania não é, então, nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, [...] ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão*”.<sup>10</sup> Em última análise, a distinção schmittiana entre a situação normal e a hipótese excepcional é refutada por Agamben que sustenta a indiscernibilidade entre o estado de direito e o estado de exceção.

Segundo Agamben, a possibilidade de que o soberano venha a relativizar ou suspender as garantias constitucionais, revela – tal como apregoado por Schmitt – a decisão como elemento jurídico determinante, capaz de (des)autorizar a aplicação da norma. Em suas palavras, “*o estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação*”<sup>11</sup>, e prossegue:

O estado de exceção é, neste sentido, a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força-de-lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua

---

<sup>9</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 39.

<sup>10</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 35.

<sup>11</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 58.

aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem logos pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real.<sup>12</sup>

Sob a perspectiva do estado de exceção, “*o soberano é o único intérprete com o poder de decisão, conseqüentemente, por ser o único com o poder para interpretar, é que se pode dizer que o texto enquanto tal é suspenso, fica fechado para leituras, e o que vale é a vontade soberana do intérprete*”.<sup>13</sup> Destarte, a conclusão proposta por pesquisadores em trabalhos acadêmicos é de que Giorgio Agamben teria identificado, em hipóteses extremas e normalmente marcadas pelo enfrentamento de problemas jurídico-políticos de grande magnitude, uma espécie de “desativação” ou “inoperosidade” do Direito. Essa situação extrema – o estado de exceção – é declarada pelo soberano, que autoriza a desativação do Direito.

Nas palavras de Agamben, “*é como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor*”.<sup>14</sup> O autor prossegue, descrevendo o estado de exceção como capaz de evidenciar as decisões eminentemente políticas, sem as tradicionais justificativas jurídicas:

No campo de tensões de nossa cultura, agem, portanto, duas forças opostas: uma que institui e que põe e outra que desativa e depõe. O estado de exceção constitui o ponto da maior tensão dessas forças e, ao mesmo tempo, aquele que, coincidindo com a regra, ameaça hoje torná-las indiscerníveis. [...] Mostrar o direito em sua não-relação com a vida e a vida em sua não-relação com o direito significa abrir entre eles um espaço para a ação humana que, há algum tempo, reivindicava para si o nome

---

<sup>12</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 63.

<sup>13</sup> AUGUSTO, Walter Marquezan. *Desativar o direito: um caminho a partir da obra de Giorgio Agamben*. Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2014. p. 68.

<sup>14</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 49.

de ‘política’. *A política sofreu um eclipse duradouro porque foi contaminada pelo direito, concebendo-se a si mesma, no melhor dos casos, como poder constituinte (isto é, violência que põe o direito), quando não se reduz simplesmente a poder de negociar com o direito. Ao contrário, verdadeiramente política é apenas aquela ação que corta o nexo entre violência e direito. E somente a partir do espaço que assim se abre, é que será possível colocar a questão a respeito de um eventual uso do direito após a desativação do dispositivo que, no estado de exceção, o ligava à vida.*<sup>15</sup>

Destarte, se genuinamente políticas são as decisões capazes de romper o nexo entre violência e direito, uma questão essencial é a identificação das ações verdadeiramente políticas. Para Agamben a política corresponde à *vida nua*, já que “*contrariamente ao que nós modernos estamos habituados a representar-nos como espaço da política em termos de direitos do cidadão, de livre-arbítrio e de contrato social, do ponto de vista da soberania, autenticamente política é somente a vida nua*”.<sup>16</sup>

A *vida nua*, na visão do autor, corresponderia à vida política que se inicia a partir da instituição do Estado, que não difere do estado de natureza porque permanece exposta a ameaças constantes, mas que agora reside exclusivamente nas mãos do soberano. Assim é que Agamben, em contraste a Schmitt, define o soberano não como simplesmente aquele que decide sobre o estado de exceção, mas aquele que decide sobre o valor ou sobre o desvalor da vida enquanto tal<sup>17</sup>, tornando desnecessária a utilização de subterfúgios jurídicos.

---

<sup>15</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 132-133.

<sup>16</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2010. p. 106.

<sup>17</sup> HILLANI, Allan Mohamad. *Entre a democracia e o estado de exceção: a ação política para além do voto* In: XIV Jornada de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da UFPR, 2012, Curitiba. Anais da XIV Jornada de Iniciação Científica, 2012. v.1. p. 41.

### 3. O CONSTITUCIONALISMO NORMATIVISTA E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Como bem alertado por Giorgio Agamben, “*Uma das características essenciais do estado de exceção – a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário – mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de governo*”.<sup>18</sup> Essa nebulosidade entre as competências dos três Poderes, que não constitui um privilégio do estado de exceção, embora possa ser por ele acentuada, coincide com algumas das principais questões debatidas pelas teorias constitucionalistas.

O primeiro pós-guerra, marcado pela queda das monarquias absolutistas, é caracterizado pela crença no princípio democrático como único fundamento de validade das Constituições nacionais. Entretanto, apesar da forte influência kelsiana e da “*da presença de condição essencial para o florescimento da jurisdição constitucional, o que efetivamente se verificou na Europa no período entre guerras foi o avanço de movimentos antiliberais*”, dentre os quais destacam-se as contundentes críticas formuladas por Carl Schmitt.

Um dos grandes críticos do modelo positivista de jurisdição constitucional, Carl Schmitt denunciava a iminência de uma “*politização da justiça*”, já que a ampliação da competência do Poder Judiciário, para além da típica função de aplicar a lei no caso concreto, mormente por meio do controle de constitucionalidade, implicaria o exercício de atividade legislativa, e não meramente judicial. Isso porque, competiria ao “*Tribunal Constitucional a eliminação autoritária da dúvida, com a imposição “autêntica” de uma determinada forma de concretizar a Constituição em substituição àquela eleita pela autoridade que produziu a norma proclamada inconstitucional*”.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 19.

<sup>19</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem*

Como contrapartida, Kelsen defendia a jurisdição constitucional como um instrumento fundamental para a proteção dos direitos das minorias, sob o argumento de que a atribuição da função de controle das leis e atos de governo aos próprios Poderes Legislativo e Executivo esvaziaria a efetividade dos mecanismos de controle, eis que “*a anulação do ato irregular sujeitar-se-ia unicamente à discricionariedade do órgão que o produziu*”.<sup>20</sup> Como contraposição à crítica schmittiana, Kelsen sustentaria, ainda, um conteúdo constitucional mínimo, de caráter eminentemente procedimental, o que evitaria uma atuação legislativa por parte do Poder Judiciário e, conseqüentemente, abusos no exercício do controle de constitucionalidade. Embora inacabado, o profícuo debate entre ambos os autores continua proporcionando, ainda hoje, novos *insights* e desdobramentos às teorias constitucionalistas.

A supremacia constitucional dos novos modelos constitucionais teve grande impacto na estrutura dos três Poderes, sobretudo do Poder Judiciário. Aliás, é bastante perceptível a relação entre a constitucionalização de direitos e garantias, típica das Constituições contemporâneas, e a ampliação da atuação do Poder Judiciário inclusive sobre questões políticas. Isso porque, de uma forma geral, as Constituições do pós-guerra são marcadas (i) pela ampliação e moralização dos textos constitucionais; e (ii) pelo depósito de confiança na tutela dos direitos fundamentais por instituições contramajoritárias, tendência marcada pela experiência vivida sob a égide de governos extremamente autoritários.

A positivação de mecanismos de controle de constitucionalidade e a supremacia da Constituição como carta norteadora

---

cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 57.

<sup>20</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 55.

dos valores do Estado, tal como apregoado pelo constitucionalismo normativista, “*apresenta como contraparte a existência de um guardião, de um órgão responsável pela realização do controle de constitucionalidade (o judicial review norte-americano ou o defensor da Constituição nos moldes austríacos)*”<sup>21</sup>. Daí a necessidade de criação das chamadas cortes constitucionais, ou a alteração de funções das então denominadas cortes superiores, que passam a ser responsáveis pela “guarda” dos valores constitucionais sob a perspectiva desse mesmo constitucionalismo normativista.

Todavia, a atribuição do papel de “guardião da Constituição” às cortes superiores e o conseqüente alargamento da competência do Poder Judiciário, inclusive em questões eminentemente políticas, vem sendo alvo de críticas e questionamentos acerca da sua compatibilidade com o princípio democrático. Como bem alertado por Rodrigo Brandão, “*é flagrante o risco de o Judiciário, a pretexto de interpretar a Constituição, atuar como substituto do poder constituinte, dotando as suas decisões de uma eficácia inclusive superior à das normas constitucionais*”.<sup>22</sup>

A obscuridade quanto aos limites impostos à atuação interpretativa do Poder Judiciário torna-se ainda mais temerária diante dos infindos princípios implícitos – sobretudo aqueles supostamente deduzíveis dos direitos fundamentais – que marcam alguns dos tratamentos neoconstitucionalistas a casos concretos.

---

<sup>21</sup> TAVARES, André Ramos. A vocação contemporânea para a constitucionalização do direito: alguns aspectos da constituição como suporte interpretativo das leis e códigos – o caso da interpretação conforme a constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 7 – jan/jul 2006, p. 201.

<sup>22</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 23. O autor refere-se às decisões de controle de constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle abstrato ou àquelas que tenham se convolado em súmula vinculante. Nessas hipóteses, diante do efeito *erga omnes*, o Poder Judiciário e os órgãos administrativos ficam vinculados ao entendimento proclamado pelo Supremo, sob pena de serem combatidas por meio de reclamação constitucional.

Sobretudo em virtude da maneira como as fórmulas do constitucionalismo normativista – com destaque para a proporcionalidade e razoabilidade – foram recepcionadas na práxis judicial brasileira, legitimada por um suposto consenso social, que deposita quase que exclusivamente na decisão judicial a expectativa de cumprimento dos direitos insculpidos na Constituição Federal.

Abre-se, pois, espaço para a expansão da discricionariedade judicial e, de uma forma geral, para a “*proliferação de princípios*”<sup>23</sup> com mero intuito retórico e justificativa difusa para o mais amplo casuísmo judicial com forte impacto político e econômico. Nas palavras de Daniel Sarmento, “*esta obsessão com a interpretação judicial da Constituição tende a obscurecer o papel central de outras instâncias na definição do sentido da Constituição, como o Legislativo, o Executivo e a própria esfera pública informal*”.<sup>24</sup>

O ativismo judicial decorrente desse principialismo exacerbado costuma ser, ainda, enquadrado como efeito da manifestação de um fenômeno mais abrangente, a chamada “judicialização da política”<sup>25</sup> que significa, em linhas gerais, a transferência do centro decisório sobre questões políticas do Poder Legislativo, e suas instâncias políticas tradicionais, para o Poder Judiciário. Por isso, atualmente, demonstra-se “*altamente falacioso acreditar que o Judiciário é meramente um Poder técnico*

---

<sup>23</sup> O fenômeno é denominado por Lênio Streck de Panprincipiologismo, definido nos seguintes termos: “na ‘ausência’ de leis apropriadas (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o intérprete deve lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo”. STRECK, Lênio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 493.

<sup>24</sup> SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. in SARMENTO, Danil. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 136.

<sup>25</sup> FERREJOHN, John. *Judicializando a política e politizando o direito*, in ASENSI, Felipe. PAULA, Daniel Giotti de (orgs). *Tratado de Direito Constitucional*, vol. 1, Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.709-736.

*e, desse modo, alheio à política, aos jogos de poder, como se o âmbito do Direito discutido pelos tribunais fosse o local da sabedoria, da dignidade interpretativa, da racionalidade, enquanto o da política seria um mundo sombrio, imprevisível, caótico e irracional*”<sup>26</sup>. No cenário brasileiro, o fenômeno é descrito por Oscar Vilhena Vieira, nos seguintes termos:

[...] a cada *habeas corpus* polêmico, o Supremo torna-se mais presente na vida das pessoas; a cada julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo plenário do Supremo, acompanhado por milhões de pessoas pela “TV Justiça” ou pela *internet*, um maior número de brasileiros vai se acostumando ao fato de que questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito.<sup>27</sup>

A ampliação do rol de direitos e garantias positivados no texto constitucional alargam significativamente o campo de atuação do Poder Judiciário que passa a imiscuir-se, cada vez mais, em questões de políticas públicas, sob a alegação da necessidade de concretizar os valores constitucionais:

Uma das principais manifestações dessa tendência tem sido a judicialização da política — o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas. Com recém-adquiridos mecanismos de controle de constitucionalidade, tribunais superiores ao redor do mundo têm sido frequentemente chamados a resolver uma série de problemas — da extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, a políticas públicas relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração, ao trabalho e à proteção ambiental<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> BENVINDO, Juliano Zaiden. *A “última palavra”, o poder e a história*. O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. Revista de Informação Legislativa, n. 201, jan-mar - 2014. p. 71-95.

<sup>27</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena, “*Supremocracia*”, in Revista Direito GV, São Paulo, jul-dez 2008, vol. 8, pp. 441-464. p. 443.

<sup>28</sup> HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no*



O ponto fulcral do presente trabalho, entretanto, não é apenas a crescente interferência do Poder Judiciário em questões de políticas públicas, mas, sobretudo, a sua performance como efetivo ator político, extremamente sensível às reações – positivas e negativas – da sociedade, subtraindo o caráter contramajoritário do Direito por uma agenda pautada pela suposta “opinião pública”, normalmente filtrada casuisticamente ou até manipulada pela grande mídia. Sob essa perspectiva, Ran Hirschl aponta para o agigantamento do Poder Judiciário, em uma espécie de juristocracia:

Nos últimos anos, houve um aumento enorme do recurso aos tribunais para lidar com alguns dos mais fundamentais conflitos que uma comunidade pode enfrentar. A judicialização da política se estendeu muito além da hoje corrente judicialização da elaboração de políticas públicas através da jurisprudência sobre justiça processual ou sobre direitos, para englobar também a megapolítica - processos e resultados eleitorais, justiça transicional, legitimidade de regimes, prerrogativas do Executivo, identidades coletivas e processos de construção nacional. A ampla judicialização da megapolítica reflete o desaparecimento da doutrina da “questão política” e impõe um sério desafio à tradicional doutrina da separação de poderes. Essa tendência marca a transição para o que chamei de “juristocracia” - um fenômeno abrangente que nenhum teórico constitucional sério, nos Estados Unidos ou no exterior, pode ignorar<sup>29</sup>.

Assim é que, o Poder Judiciário passa a ser visto como aquele centro de poder dotado de competência, não somente jurídica como também política para proferir a última palavra, inclusive diante de uma situação de anormalidade, o que o aproxima da figura do soberano no estado de exceção. Nesse particular, é importante lembrar que a possibilidade que o soberano relativize ou suspenda as garantias constitucionais, revela a decisão – inclusive a decisão judicial – como elemento jurídico determinante, capaz de (des)autorizar a aplicação da norma.

A constatação de uma espécie de desativação do Direito

---

*mundu*. Revista de Direito Administrativo, São Paulo, n. 251 – mai/ago 2009, p. 140.

<sup>29</sup> HIRSCHL, 2009, op. cit., p. 172.

diante de situações de anormalidade – ainda que formalmente não classificadas como estado de exceção – e da consequente suspensão de direitos e garantias fundamentais, normalmente consolidados por intermédio de decisões judiciais, evidenciam a necessidade de analisar não apenas os aspectos normativos – tradicionalmente debatidos pelo constitucionalismo normativista – , mas, também, os impactos institucionais e políticos resultantes do protagonismo judicial. E isto, no entendimento aqui exposto, seria tarefa a ser desenvolvida no âmbito de um constitucionalismo institucionalista.

#### 4. DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS E CONSTITUCIONALISMO INSTITUCIONALISTA

A necessidade de “desmistificar” o Poder Judiciário como o verdadeiro “guardião” da Constituição e, por consequência, o responsável por dar a palavra final em questões constitucionais é amplamente alardeada por Jeremy Waldron<sup>30</sup>, que questiona, sobretudo, os limites do *judicial review*. O autor destaca o caráter antidemocrático da supremacia judicial e ataca a suposição de que juízes teriam melhores condições para decidir sobre as questões morais que constituem o pano de fundo de debates sobre direitos constitucionais.

Em síntese, o argumento central da crítica de Waldron é de que o empoderamento do Poder Judiciário comprometeria a democracia representativa, porque privaria o Poder Legislativo – na figura dos representantes legitimamente eleitos – de exercer as funções que lhes foram confiadas pelo povo. Isso porque as disposições normativas editadas e amplamente debatidas pelo Congresso Nacional ficariam sujeitas à interpretação conferida pelo Poder Judiciário – mesmo nas hipóteses em que há pouca ou nenhuma margem para interpretação –, que afirma ser capaz

---

<sup>30</sup> WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Clarendon Press: Oxford, 1999; WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

de decifrar a “vontade do legislador”, mesmo quando esta suposta vontade contradiz a literalidade do texto normativo<sup>31</sup>.

Sob o pretexto de uma interpretação sistemática, sopeam-se valores e princípios não apenas para deliberar sobre as decisões parlamentares que se mostrem evidentemente inconstitucionais, mas, inclusive, para conferir nova interpretação à “vontade” do constituinte originário expressa na letra da Constituição. E nessa linha, o próprio Poder Judiciário acaba por fixar os parâmetros que limitarão “*o espectro de decisões constitucionalmente legítimas que serão, no futuro, tomadas no Congresso Nacional*”.<sup>32</sup>

A situação agrava-se em ordenamentos – como o brasileiro – em que a existência de conceitos indeterminados, expressos sobretudo sob a configuração de princípios – dentre os quais destaca-se o da proporcionalidade –, característicos das abordagens neoconstitucionalistas, amplia sobremaneira o âmbito de interpretação e atuação do Poder Judiciário, inclusive no exercício do controle de constitucionalidade. Nesse sentido, calha transcrever as reflexões de Rodrigo Brandão:

Em síntese, em um cenário em que grande parte das questões políticas relevantes é judicializada, e em que as decisões do STF sobre tais matérias apresentam uma aderência aos textos normativos cada vez menor, se valem de fundamentações maximalistas e vinculantes, e só podem ser revertidas por emenda constitucional – mesmo assim, quando não violarem cláusula pétreia, a partir da perspectiva do STF –, pode-se dizer que há

---

<sup>31</sup> Como solução, o ordenamento brasileiro prevê a figura da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Esta técnica de controle de constitucionalidade “dá-se em casos de inconstitucionalidade parcial qualitativa, porque não vai ser retirado nada do texto pela declaração de inconstitucionalidade”. ANJOS, Luíz Henrique Martins. *A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*. In Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União, Brasília, v. 4, n. 4, p. 82-98, out. 2005. Disponível em [http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63402/declaracao\\_inconstitucionalidade\\_reducao\\_anjos.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63402/declaracao_inconstitucionalidade_reducao_anjos.pdf).

<sup>32</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 167.

no Brasil uma *potencial* supremacia do Judiciário – e, em particular, do STF – em relação aos demais Poderes.<sup>33</sup>

Essa crença quase cega na necessidade de intervenção judicial, que muitas vezes justifica posicionamentos incoerentes e um desempenho que ultrapassa os limites de atuação do Poder Judiciário, decorre, em grande parte, de uma interpretação da Constituição como um texto desconexo, contraditório, que acaba prevendo situações antagônicas – normalmente definidas como conflitos entre princípios. Sob esse ponto de vista, surgem questionamentos que acabam por justificar a necessidade de ampla e irrestrita intervenção judicial, com o intuito de “sanar” as inconsistências presentes no texto constitucional.

Como já adiantado, o constitucionalismo normativista forneceu a base para o agigantamento do Poder Judiciário, sobretudo em virtude da ampla discricionariedade inerente à interpretação dos princípios constitucionais. Traçando um paralelo com a teoria do estado de exceção, e partindo-se da premissa de que o soberano é capaz de relativizar ou suspender as garantias constitucionais, o que se verifica na realidade concreta é um Poder Judiciário capaz de desautorizar a aplicação da norma, ou seja, de modular, em sua funcionalidade interna, os âmbitos de incidência da sua validade e eficácia na ordem vigente, ou mesmo, no limite, de “desativar” o Direito.

Essa modulação funcional do Direito pelo Poder Judiciário – verificada inúmeras vezes no curso da última e ainda candente crise política vivenciada no país, em que muitas garantias legais, além de suspensas, tiveram sua aplicabilidade sujeita à pressão midiática, esvaziando o desígnio contramajoritário dos Tribunais – expõe a insuficiência do constitucionalismo normativista como parâmetro de análise exclusivamente focado no aspecto interno da operacionalização do Direito. Faz-se necessário, cada vez mais, avaliar os impactos institucionais e políticos

---

<sup>33</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 179-180.

resultantes do protagonismo judicial e refletir sobre possíveis mecanismos de harmonização entre os Poderes no exercício de interpretação da Constituição.

Com base nessas premissas, e sem pretender pôr fim aos debates acerca da supremacia judicial ou da competência para a interpretação da Constituição, o presente trabalho propõe a utilização da categoria constitucionalismo institucionalista como ponto de partida para a análise da cena político-social e dos seus desdobramentos jurídicos. Sob essa perspectiva, a teoria do estado de exceção é utilizada como forma de descrever as situações de crise em que ocorre essa espécie de modulação profunda ou “desativação” do Direito pelo Poder Judiciário, enquanto as teorias dos diálogos constitucionais são apresentadas como um certo apontamento de soluções ou mitigações de conflitos, necessária como mudança de foco de análise frente ao aparente esgotamento do constitucionalismo puramente normativista.

Embora não se descure da inexistência de um consenso, o ponto central de convergência das teorias dos diálogos constitucionais<sup>34</sup> consiste na alegada falta de legitimidade democrática dos tribunais para proferir a última palavra em termos de direitos fundamentais. Tais teorias, no entanto, não pretendem despojar o Poder Judiciário de toda e qualquer participação na interpretação da Constituição. Pelo contrário, “*ao invés de o judiciário buscar sua legitimidade na substância (ademais, sempre discutível) de suas decisões, com as teorias dialógicas é da possibili-*

---

<sup>34</sup> HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison. *The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't such a bad thing after all)*. In Osgoode Hall Law Journal, v. 35, n. 1, o. 75-124, 1997. Como bem elucidado por Rodrigo Brandão “Os diálogos constitucionais se tornaram uma ‘metáfora ubíqua’ para designar a recente tendência de priorizar o debate institucional sobre ‘quem’ deve ter a última palavra na interpretação constitucional, em face do tradicional debate metodológico sobre ‘como’ interpretar a Constituição”. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 273.

*dade de resposta dos demais poderes e do próprio povo que adviria a eventual manutenção das sentenças*”<sup>35</sup>.

De uma forma geral, pretende-se garantir o “*controle de constitucionalidade não como uma barreira intransponível as instituições democráticas, mas como instrumento catalisador de um diálogo entre as instituições políticas sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletividade*”.<sup>36</sup> Assim, ao invés de propor critérios como forma de limitação da atividade judicial de interpretação da Constituição, tal como tradicionalmente feito pelas doutrinas do constitucionalismo normativista, a proposta do constitucionalismo institucionalista foca a atenção no processo de tomada de decisão e na interação entre o Poder Judiciário e os demais Poderes.

A ideia é que haja um contínuo diálogo entre os Poderes do Estado e entre estes e a sociedade civil, “*circunstância que confere accountability a interpretação judicial da Constituição, na medida em que a sincroniza com a opinião pública e com as preferências de maiorias políticas*”<sup>37</sup>. A grande vantagem da teoria dos diálogos constitucionais reside na rejeição dos ideários da supremacia parlamentar ou judicial, em favor de uma “*concepção realista dos mencionados ‘poderes’, que destaca igualmente as suas virtudes e fraquezas*”<sup>38</sup>. As formas de interação, ou seja, os diálogos, passam pelas teorias do equilíbrio e da colaboração, pela teoria da construção coordenada e pela teoria do princípio jurídico, pelas teorias do aconselhamento judicial e das

---

<sup>35</sup> SILVEIRA, Ramais de Castro. *Diálogos Constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília. Brasília, 2016. p. 135.

<sup>36</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 273.

<sup>37</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 221.

<sup>38</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 221.

decisões centradas no procedimento, pelo minimalismo judicial, dentre outros. A esse respeito, uma outra abordagem acadêmica em seara de tese doutoral afirma:

Cada uma dessas formas de abordagem provê um resultado diferente na tarefa de reconciliar o *judicial review* com a legitimidade democrática. Quanto mais houver, na prática, chances de os demais poderes questionarem a posição hermenêutica da corte, mais é provável a resolução da dificuldade contramajoritária. A forma de perceber isto em cada tipo de teoria dialógica não é, contudo, idêntica.

[...] É no caminho do meio [entre as teorias essencialmente normativas e as descritivas/empíricas], então, que estariam as melhores respostas teóricas, pois elas não olvidariam análises empíricas, de um lado, e buscariam refletir e responder normativamente sobre o papel adequado aos juízes no que concerne à estipulação do significado constitucional.<sup>39</sup>

O autor expõe, segundo a sua opinião, a “*promissora teoria dialógica*” proposta por Christine Bateup a partir da fusão entre as teorias do equilíbrio e da parceria:

No amálgama teórico proposto por Bateup, considera-se que os juízes pod-+em, ao mesmo tempo, canalizar a discussão social ampla sobre temas constitucionais e trazer à arena do debate suas visões peculiares e enriquecedoras sobre o sentido das normas em questão. A corte pode, ainda, responder dialogicamente às postulações do legislativo que aprovou a lei debatida, compreendendo, mais do que o simples texto final, as razões que levaram o parlamento a fazê-lo.

Ao abraçar esta visão dialógica de mão dupla, seguem-se duas perspectivas sobre o controle judicial de constitucionalidade. Uma primeira, é que ele auxilia na produção de respostas mais duradouras, amplamente aceitas e construídas em conjunto pela sociedade sobre a compreensão constitucional. E a segunda, que ele auxilia no enriquecimento da resolução institucional de casos contenciosos concretos num debate profícuo de sentido com os demais poderes. [...] num contexto de desa-

---

<sup>39</sup> SILVEIRA, Ramais de Castro. *Diálogos Constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília. Brasília, 2016. p. 141-142.

cordo profundo sobre o significado de direitos, essa compreensão teórica combinada oferece a chance de produzir respostas para os problemas constitucionais que não são apenas satisfatórias na resolução de casos específicos, mas que também o são para a cidadania como um todo.

Também nesse sentido, as correntes do neoinstitucionalismo<sup>40</sup> proporcionam instrumentos de análise a partir da proposta do constitucionalismo institucionalista. De uma forma geral, o neoinstitucionalismo busca “*examinar como fatores institucionais delimitam a atuação de agentes públicos, de maneira a identificar a vontade de determinada instituição como a combinação da perspectiva coletiva dos indivíduos que a compõem com a sua cultura institucional*”.<sup>41</sup> Como bem elucidado por Ricardo Brandão:

Tal concepção tem a vantagem de analisar não apenas o comportamento individual dos juízes e legisladores (como os modelos antitudinal e o legalista), mas, ao contrário, dá especial atenção às interações travadas entre os “poderes”. Portanto, a ação concreta de agentes públicos é limitada não só pela própria instituição, mas também pela dinâmica da sua interação com outros “poderes”.<sup>42</sup>

Como alternativa, Mark Tushnet vem defendendo a instituição de um controle de constitucionalidade “fraco” como forma de alternativa ao atual sistema<sup>43</sup>. Segundo o professor de

---

<sup>40</sup> “Pelo menos três métodos de análise diferentes, todos reivindicando o título de “neo-institucionalismo”, apareceram de 1980 em diante”, são os chamados “institucionalismo histórico, institucionalismo da escolha racional e institucionalismo sociológico”. HALL, Peter A. e TAYLOR, Rosemary C. R.. *As três versões do neo-institucionalismo*. Lua Nova [online]. 2003, n.58, pp.193-223. ISSN 0102-6445. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452003000100010>>. Acesso em 02 mar 2017.

<sup>41</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 286.

<sup>42</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 227.

<sup>43</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights – judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.



Harvard, a possibilidade do Poder Judiciário declarar a (in)constitucionalidade das leis não lhe atribuiria, necessariamente, a última palavra sobre o texto constitucional. Isso porque, “*as maiorias legislativas ordinárias poderiam, de forma célere e constante, superar as decisões judiciais que reputassem infelizes*”.<sup>44</sup> E prossegue o autor:

Assim, partindo da premissa de que a edição de uma lei contrária à interpretação dada pela Suprema Corte a princípio constitucional abstrato não consiste em erro de descumprimento da decisão judicial pelo legislador, mas em desacordo entre os Poderes Legislativo e Judiciário acerca da interpretação da Constituição, Tushnet reputa que *um modelo fraco de controle de constitucionalidade propiciaria um profícuo diálogo entre o Judiciário e os poderes políticos a respeito do sentido adequado a ser atribuído à Constituição em determinado momento histórico*.<sup>45</sup>

Cita-se, a título exemplificativo, a institucionalização do diálogo entre os Poderes Legislativo e Judiciário no Canadá, a partir da inserção da *limitation clause* na seção nº 1 da Carta de 1982, que, ao mesmo tempo em que conferiu *status* constitucional aos direitos fundamentais e autorizou o controle judicial de constitucionalidade – por meio da chamada cláusula não obstante (*notwithstanding clause*, positivada na Seção 33 da Carta Constitucional canadense), previu expressamente a possibilidade de limitação desse controle pelo legislador. Sem desconsiderar a existência de críticas ao sobredito mecanismo<sup>46</sup>, o fato é que, ao menos em tese,

Essa cláusula permite a superação legislativa da decisão da Suprema Corte do Canadá por meio da reedição da lei declarada

---

<sup>44</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 196.

<sup>45</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 196-197.

<sup>46</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 242-245.

inconstitucional, face à seção 2 e às seções 7 e 15, todas elas compreendendo matérias concernentes a direitos fundamentais (liberdades fundamentais, garantias processuais penais e direitos relacionados à igualdade). Dessa forma, pode-se evitar a supremacia judicial, pois o parlamento tem a prerrogativa de tornar a lei revisora de uma decisão judicial imune ao controle de constitucionalidade por 5 (cinco) anos, prazo que pode ser prorrogado pelas legislaturas seguintes.<sup>47</sup>

[...] o legislativo federal (bem como os das unidades federadas) pode aprovar leis que, num primeiro olhar, feririam algum dos direitos fundamentais contidos na Carta (ou que pudesse assim considerar a corte), bastando para isso apenas que manifeste explicitamente estar utilizando esta cláusula. Esta seria uma válvula de escape pela qual os legisladores poderiam corrigir (prévia ou incidentalmente) posições do judiciário sobre interpretação constitucional.<sup>48</sup>

No âmbito brasileiro, a possibilidade de revisão das decisões judiciais – por meio de um procedimento mais rígido que o processo legislativo ordinário –, sobretudo diante do fenômeno de judicialização da Política, favoreceria a democracia pois devolveria aos representantes do povo a responsabilidade pela resolução de questões politicamente relevantes. Isso não significa, entretanto, que o Poder Legislativo teria a última palavra, o que acabaria por caracterizar um sistema de supremacia parlamentar. A sugestão vai além e prevê a sujeição de uma eventual revisão da decisão judicial – pelo Legislativo – a novo controle de constitucionalidade.

Não se pode confundir, entretanto, diálogo constitucional com a ideia de superação das decisões judiciais pelo parlamento (soberania parlamentar). “*Esta pode servir àquele, mas*

---

<sup>47</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013. p. 147.

<sup>48</sup> SILVEIRA, Ramais de Castro. *Diálogos Constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília. Brasília, 2016. p. 140.

*nem sempre é assim – e isso depende do conceito que se adotar*<sup>49</sup>. Se o Legislativo puder, pura e simplesmente, desconsiderar a decisão judicial – tal como ocorrido no Brasil em dezembro de 2016, com o descumprimento da ordem de afastamento do então presidente do Senado, Renan Calheiros, proferida pelo Supremo Tribunal Federal – não há diálogo. O diálogo pressupõe que as partes verifiquem “*a existência de um desacordo e estejam obrigadas (por força da cultura institucional ou da própria lei) a adotar uma postura de convencer-se mutuamente para a tomada de decisão (postura deliberativa, não adversarial). Logo, se um dos envolvidos não enfrenta as razões oferecidas pelo outro não há diálogo; o que há é uma conduta de indiferença à opinião do outro ou uma ação oportunista*”<sup>50</sup>.

É pouco provável que esse “diálogo” resulte em revanchismo e disputa de poder, sobretudo ao se levar em consideração o lapso temporal entre as etapas do processo, que acompanham as mudanças no cenário político e na própria composição das instâncias decisórias. Assim, “*poderá se estabelecer um diálogo institucional sobre a melhor forma de resolver-se uma questão constitucional controvertida, em que cada ‘poder’ contribuirá com a sua específica capacidade institucional*”<sup>51</sup>. Como já dito, para que exista um diálogo não pode haver um órgão que assuma ter, sempre e de antemão, a palavra final em termos de interpretação constitucional. Portanto, o que o constitucionalismo institucionalista propõe, ao fim e ao cabo, é desmistificar a ideia de que a interpretação judicial – sobretudo quando calçada em princípios constitucionais – é sempre imutável.

---

<sup>49</sup> SILVEIRA, Ramaís de Castro. *Diálogos Constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília. Brasília, 2016. p. 197.

<sup>50</sup> SILVEIRA, Ramaís de Castro. *Diálogos Constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília. Brasília, 2016. p. 197-198.

<sup>51</sup> BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 227.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerado o exposto até aqui, é preciso ressaltar que no contexto da “realpolitik” nacional, vale dizer, na cruenta e factual práxis política brasileira, muito do saliente protagonismo judicial provêm, na proporção inversa, da acentuada apatia do Parlamento com respeito a certas matérias. De fato, observa-se que, muitas vezes, resulta mais confortável para o parlamentar que decisões eventualmente impopulares sejam deixadas para o crivo do Judiciário, através das diversas ações e consultas previstas em lei, já seja mediando conflitos ou interpretando criativamente leis ou regimentos.

Bem sabe-se que o poder não deixa vácuos, é dizer, na ausência ou abstenção de um dado ator institucional, outro, necessariamente assume seu lugar ou seu poder de decisão e este jogo de troca de papéis atendendo a interesses puramente corporativos, termina por fragilizar a própria estrutura política do Estado no seu todo.

É precisamente este estado de coisas que termina por demandar uma outra forma de encaminhamento de soluções para os atuais impasses institucionais e a própria crise política que deles decorre. Sendo assim, a construção de consensos políticos entre os Poderes do Estado, no atual modelo de Instituições estanques e ciosas de suas prerrogativas, revela-se dado urgente. É dizer, é necessária a construção de novos modelos de interlocução política visando objetivos institucionais comuns e, evidentemente, pautados pelo interesse público, o qual pode ser monitorado pelos diversos mecanismos de controle e transparência internos e externos aos Poderes da República.

Esses desafios seriam, precisamente, o objeto de estudo e de elaboração teórica de propostas de soluções políticas e jurídicas sob um constitucionalismo institucionalista embasado nos diagnósticos da crise derivados das teorias do Estado de Exceção

e o encaminhamento de saídas apontados pelos Diálogos Institucionais.. Evidentemente, sabe-se que estas duas teorias não são derivadas de uma mesma matriz epistêmica e nem convergem em todos os seus dados de análise, hipóteses e conclusões. Mesmo assim e até em função disto, o desafio teórico de um constitucionalismo institucionalista seria o de equacionar ambas as vertentes, por serem contrapontos de análise necessários aos atuais conflitos institucionais.

Atenuado o ceticismo com respeito a viabilidade do Estado de Direito das teses do Estado de Exceção, e considerando essencialmente as análises dos mecanismos de suspensão do Direito, é possível que certos aportes dos Diálogos Institucionais possam ao menos relativizar os efeitos perversos da manipulação do Direito. Em outros termos, trata-se de um caminho em aberto cujos deslindes só o futuro de análises sob tais perspectivas poderá apontar.



## BIBLIOGRAFIA

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: O poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- ANJOS, Luíz Henrique Martins. *A declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*. In Debates em Direito Público: Revista de Direito dos Advogados da União, Brasília, v. 4, n. 4, p. 82-98, out. 2005. Disponível em <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63402/declaracao\\_inconstitucionalidade\\_reducao\\_anjos.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63402/declaracao_inconstitucionalidade_reducao_anjos.pdf)>.

Acesso em 02 mar 2017.

- AUGUSTO, Walter Marquazan. *Desativar o direito: um caminho a partir da obra de Giorgio Agamben*. Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2014.
- BENVINDO, Juliano Zaiden. *A “última palavra”, o poder e a história*. O Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, jan-mar - 2014. p. 71-95.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- FEREJOHN, John. Judicializando a política e politizando o direito, in ASENSI, Felipe. PAULA, Daniel Giotti de (orgs). *Tratado de Direito Constitucional*, vol. 1, Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.709-736.
- HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. *As três versões do neo-institucionalismo*. Lua Nova [online]. 2003, n.58, pp.193-223. ISSN 0102-6445. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452003000100010>>. Acesso em 02 mar 2017.
- HILLANI, Allan Mohamad. *Entre a democracia e o estado de exceção: a ação política para além do voto* In: XIV Jornada de Iniciação Científica da Faculdade de Direito da UFPR, 2012, Curitiba. Anais da XIV Jornada de Iniciação Científica, 2012. v.1.
- HIRSCHL, Ran. *O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo*. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 251 – mai/ago 2009.
- HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison. *The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter isn't such a bad thing after all)*. In Osgoode Hall Law

- Journal, v. 35, n. 1, o. 75-124, 1997.
- SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SILVEIRA, Ramaís de Castro. *Diálogos Constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo*. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília. Brasília, 2016.
- STRECK, Lênio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TAVARES, André Ramos. *A vocação contemporânea para a constitucionalização do direito: alguns aspectos da constituição como suporte interpretativo das leis e códigos – o caso da interpretação conforme a constituição*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 7 – jan/jul 2006.
- TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights – judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.
- VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.
- VIEIRA, Oscar Vilhena, “*Supremocracia*”, in *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2008, vol. 8, pp. 441-464.
- WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Clarendon Press: Oxford, 1999; WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.