

# POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DAS TEORIAS DIALÓGICAS NO SISTEMA BRASILEIRO COMO MECANISMO DE FORTALECIMENTO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

## THE APPLICATION OF THEORIES OF INSTITUTIONAL DIALOGUE IN BRAZIL AS MECHANISM OF STRENGTHENING DEMOCRATIC LEGITIMACY

Alexandre Garrido da Silva<sup>1</sup>  
Ruan Espíndola Ferreira<sup>2</sup>

### Resumo

O presente trabalho tem por finalidade maior trabalhar as teorias dialógicas de jurisdição constitucional como o ponto de equilíbrio entre a legitimidade democrática e a proteção aos direitos e garantias fundamentais. O primeiro capítulo cuidará de demonstrar a tensão existente entre a jurisdição constitucional e a democracia, relação que, embora colidente, é necessária aos dias atuais. O segundo capítulo trata das teorias dialógicas desenvolvidas por Christine Bateup e Sebastián Linares. O terceiro capítulo demonstra a possibilidade de aplicação das teorias dialógicas no sistema constitucional brasileiro, tanto com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como a possibilidade do diálogo institucional na inconstitucionalidade por omissão.

**Palavras-chave:** diálogos institucionais; democracia; jurisdição constitucional.

### Abstract

This study aims to work larger dialogical theories of constitutional jurisdiction as the balance between democratic legitimacy and the protection of fundamental rights and guarantees. The first chapter takes care to demonstrate the tension between democracy and judicial review, the relationship that, while colliding, it is necessary in nowadays. The second chapter deals with the dialogical theories developed by Christine Bateup and Sebastián Linares. The third chapter demonstrates the applicability of theories of institutional dialogues on Brazilian constitutional system, both based on the jurisprudence of the Supremo Tribunal Federal as the possibility of institutional dialogue on the unconstitutionality by omission.

**Keywords:** institutional dialogue; democracy; judicial review.

### Introdução

As teorias dialógicas surgem, nos países tradicionalmente de supremacia constitucional, com a finalidade de tentar coibir o ativismo por parte dos juízes, assegurando-lhes legitimidade ao tomar decisões com o escopo de efetivar o disposto na Constituição.

---

<sup>1</sup> Doutor e mestre em direito público pela UERJ. Professor da Universidade Federal de Uberlândia. Coordenador do núcleo de fundamentos do direito da faculdade de direito da UFU. Coordenador do grupo de pesquisa: “Poder Judiciário e Teorias Contemporâneas do Direito” (CNPQ). e-mail: garridosilva@ig.com.br.

<sup>2</sup> Mestrando em direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia. Membro do grupo “Poder Judiciário e Teorias Contemporâneas do Direito” (CNPQ) – orientado pelo Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva. e-mail: ruanespindola@gmail.com.

Ocorre que tais teorias foram desenvolvidas num contexto histórico-político definido, a saber: nos países de jurisdição constitucional tradicionalmente de supremacia legislativa. Nesse grupo de países da *Commonwealth* (GARDBAUM, 2001), o diálogo institucional surge no sentido de conferir maior proteção aos direitos fundamentais, decorrente da insegurança jurídica advinda da vulnerável vontade do legislador, associada às constantes pressões de tratados internacionais de direitos humanos, incorporados no ordenamento jurídico interno.

Lado outro, diversos autores tentam expandir o sistema das teorias dialógicas para os demais países de supremacia constitucional, dando maior ênfase ao princípio democrático, ao conferir legitimidade às decisões das Cortes Constitucionais. Dessa forma, percebe-se que o caminho trilhado por este grupo de países é o inverso, mas chegando a um denominador comum, qual seja: o equilíbrio entre proteção dos direitos fundamentais e a legitimidade democrática das decisões proferidas.

Na primeira parte deste trabalho, abordaremos a tensão existente entre a jurisdição constitucional e a democracia. Num segundo passo, cuidaremos das teorias dialógicas desenvolvidas por Sebastián Linares e Christine Bateup, para, no terceiro momento, demonstrarmos a possibilidade da existência das teorias dialógicas no sistema constitucional brasileiro.

## **1. Jurisdição constitucional e democracia: uma questão de tensão?**

De acordo com a teoria das gerações de direitos fundamentais, a democracia já está inserida, por parte da doutrina, no que se convencionou chamar de quarta geração de direitos fundamentais (BONAVIDES, 2007, p. 571). É inegável a sua importância nos dias atuais, tanto que constitucionalistas a tem transportado de opção política à garantia fundamental.

Ocorre que no Pós-45, com o fenômeno da constitucionalização e a elevação de princípios políticos à categoria de direitos fundamentais, o poder responsável pela aplicação da Constituição, detentor da última palavra, passou a ser o Judiciário. Isso se deu devido ao seu maior isolamento político, o que coadunaria em maior segurança e garantia da eficácia constitucional. As Cortes Superiores vão além de simplesmente tornarem públicas as suas decisões, espera-se delas que demonstrem suas razões plausíveis, na fundamentação. Assim, os argumentos que devem ser utilizados serão aqueles que possam ser compreendidos e acolhidos em um sentido normativo, oferecendo, pois, razões públicas para seus atos. Com isso, a fundamentação dos atos das Cortes será importante tanto i – para a legitimação democrática – embora não haja vínculo entre a deliberação jurídica e os atos legislativos, visto

que os princípios morais que fundamentam o regime democrático darão suporte às decisões da Corte; ii – quanto para a eficácia das decisões tomadas, visto que seus efeitos visam mais uniformizar que justificar as decisões. (FEREJOHN, PASQUINO. In: BIGONHA, MOREIRA, 2009b, p. 45,46).

Percebe-se, com isso, que são dois pontos inegavelmente importantes e colidentes para a construção da sociedade contemporânea: a democracia e a proteção aos direitos fundamentais. Colidem-se, pois a última palavra atribuída ao Judiciário em questões de teor eminentemente político visa garantir proteção às minorias (KELSEN, 2007, p. 119 ss), o que, em tese, pode tolher a vontade deliberativa da maioria. Ocorre que os juízes não são dotados de legitimidade democrática para tomar as decisões políticas. Assim,

Em qualquer modelo de justiça constitucional há uma tensão que aparece toda vez que os juízes analisam a validade de um ato do Congresso ou do Parlamento. A tensão a que me refiro tem a ver com a possibilidade de que os juízes consideram que uma lei não é válida. E em qualquer uma dessas democracias alguém pode se perguntar, legitimamente: como é possível que em uma democracia, os juízes são capazes de anular uma lei aprovada pelos representantes da maioria do povo? Como pode um pequeno grupo de juízes, que não são eleitos diretamente pelos cidadãos, e não está sujeito a avaliações periódicas populares, prevalecer sobre a vontade do povo? (Linares, 2008 b, p. 19)<sup>3</sup>

Essa tensão, ademais, ocorre não somente pela divisão orgânica de poderes e o tênue limite entre eles, mas, também, pelo cada vez maior acesso da sociedade ao Judiciário e pela ausência de mecanismos específicos para a consolidação dos direitos e garantias fundamentais (BARBOZA, 2007, p. 17), fazendo com que o Judiciário, na obrigação de efetivar a Constituição, o faça por meio de mecanismos deliberativos, não legislativos.

O ciclo se torna vicioso a partir do momento em que a relação de tensão é necessária, não podendo optar, por exemplo, pela democracia em detrimento da segurança jurídica da proteção aos direitos fundamentais.

A questão é saber se neste contexto de intenso debate, é ainda sustentável a ideia-força de que deferir ao Judiciário a “última palavra” se constitui atributo indispensável de uma ordem constitucional comprometida com a jusfundamentalidade de direitos inerentes à dignidade da pessoa; ou se existem arranjos institucionais alternativos, onde esse mesmo desiderato se possa alcançar sem os riscos atinentes ao *gouvernement des judges*. (VALLE et. al., 2010, p. 22).

---

<sup>3</sup> No original, “En todo modelo de justicia constitucional existe una tensión que aparece cada vez que los jueces analizan la validez de una ley del Congreso o parlamento. La tensión a la que me refiero tiene que ver con la posibilidad de que los jueces consideren que dicha norma legal no es valida. Y es que en cualquiera de estas democracias alguien puede preguntarse, legítimamente: ¿Cómo puede ser que, en una democracia, los jueces tengan la posibilidad de anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del Pueblo? ¿ Cómo puede ser que un reducido grupos de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares, pueda prevalecer, en ultima instancia, sobre la voluntad popular?”

Ocorre que a tensão pode ser atenuada a depender das múltiplas variáveis que compõem o sistema de jurisdição constitucional em cada país.<sup>4</sup> É nesse sentido que as teorias dialógicas surgem para amenizar a tensão referida.

## **2. Teorias dialógicas da jurisdição constitucional**

As teorias dos diálogos institucionais têm como ponto de partida o receio ao excesso do ativismo judicial e a conseqüente falta de legitimidade democrática para a sua atuação. Todavia, em que pese a boa intenção, trata-se de teoria recente no cenário constitucional, e ainda não possui uma sistematização e conceituação adequadas. Percebe-se, no entanto, um ponto em comum entre as diversas teorias que tratam do tema: a decisão acerca da constitucionalidade da norma é tomada por mais de um Poder.

Deve-se ressaltar, por oportuno, que o mecanismo do “diálogo institucional” não é eminentemente democrático. Se inserido em um contexto de liberdades democráticas, poderá potencializá-las. Entretanto, o “diálogo institucional” também poderá ser utilizado em regimes autoritários, como foi o caso do Brasil da Era Vargas de 1937, em cuja Constituição assim se encontrava, no art. 96, parágrafo único:

Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

O instituto pode ser usado para conseguir a validade adequada de determinadas situações. Em regimes autoritários, é usado como forma de controlar a atividade dos juizes, maquiando a realidade e disfarçando a verdadeira intenção, geralmente pautada em conceitos vagos, como “bem do povo”, “interesse nacional”, dentre outros, já que o Legislativo, em regra, sustenta a legitimidade do poder central e os juizes detêm liberdade tão somente nos limites da Constituição. Já em regimes democráticos, o instituto é usado como potencializador da legitimidade democrática dos direitos fundamentais.

O que diferencia o diálogo nos diversos contextos é a subordinação à Constituição. O sistema dialógico é uma ferramenta importante para efetivar as aspirações políticas. Nos modelos autoritários, a interpretação das normas por parlamentares e juizes constitucionais

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, Linares (2008 b) faz uma gradação do maior ao menor caráter contramajoritário em diversos países, medindo por meio de uma escala.

subordinados ao regime autoritário, acarretará na solução autoritária de determinado caso jurídico. Todavia, em um regime de liberdades democráticas, a subordinação dos parlamentares e juízes somente à Constituição, que, por sua vez, está repleta de liberdades e garantias fundamentais, acarretará uma solução democrática para determinada lide.

Portanto, o instituto que fomenta o diálogo entre as instituições para se tomar a melhor decisão em determinado caso, no presente estudo, deverá ter em conta a sua inserção num regime democrático. Utilizaremos como base teórica os estudos de Christine Bateup e Sebastián Linares.

## **2.1. Teoria de Bateup**

Na tentativa de reunir e sistematizar as teorias dialógicas, Christine Bateup (2006) contribuirá de modo decisivo para a teoria constitucional contemporânea. A autora separa as diversas teorias dialógicas em dois ramos, com subdivisões, que são quanto ao método judicial e quanto às estruturas.

### **2.1.1. Teorias quanto ao método judicial**

De acordo com Bateup (2006, p. 17) o ponto central das teorias que têm no método judicial o fomento da provocação ao diálogo é o uso consciente, pelo Judiciário, de técnicas que permitem ao julgador estimular e encorajar amplo debate quanto ao sentido da Constituição, entre os poderes políticos. A autora aponta subcategorias, quais sejam:

#### **2.1.1.1. Teorias do aconselhamento<sup>5</sup>**

Sob este ponto, estão inseridas as teorias em que o Poder Judiciário se vale de técnicas de interpretação e, num momento posterior, recomende ao legislativo que tome determinada decisão sem a qual a Constituição será violada. Nas palavras da autora (BATEUP, 2006, p. 17):

As teorias do aconselhamento sugerem que os juízes usem de uma variedade de interpretações dinâmicas associadas a técnicas de decisões, com o fim de recomendar determinadas ações para as instituições políticas e aconselhá-las de maneiras a evitar problemas constitucionais. Em termos gerais, todas as formas de aconselhamento, envolvem juízes orientando os demais poderes, por meio de pareceres não vinculantes. O objetivo principal destas técnicas é assegurar que as

---

<sup>5</sup> “Judicial advice-giving”, no original. (BATEUP, 2006, p. 17).

instituições políticas levem em consideração a visão do judiciário sobre o significado constitucional, que irá ajudá-los na elaboração de legislação nova assegurando que irá sobreviver a futuros desafios constitucionais.<sup>6</sup>

Há dois momentos específicos em que se pode usar o aconselhamento, em casos concretos: num primeiro momento, o juiz invalida a legislação (declara a inconstitucionalidade) e aponta caminhos possíveis para corrigir o incidente inconstitucional, é o que a autora (BATEUP, 2006, p. 18) denomina de *constitutional roadmaps*, visto que o Judiciário aponta a direção correta a resolver o incidente de inconstitucionalidade.

Num segundo momento, o Judiciário é encorajado a indicar a fragilidade e ambiguidade da solução existente, mas sem pronunciar a inconstitucionalidade da norma.

Inequívoca a semelhança das categorias apontadas com outra que já frequentam a doutrina nacional, a saber, o “apelo ao legislador” (importado da jurisprudência alemã), e ainda a pronúncia do chamado trânsito para a inconstitucionalidade. (VALLE, et. al., 2010, p. 93).

Os defensores da teoria do aconselhamento acreditam que o diálogo entre o Judiciário e os demais órgãos do poder propiciam a construção do significado da Constituição, tendo como ponto principal o fato de que os órgãos do poder estatal criam conjuntamente as soluções para determinados problemas constitucionais.

### **2.1.1.2. Teorias centradas no processo<sup>7</sup>**

Para o presente grupo de teorias, o juiz deverá dar maior ênfase às considerações quanto à deliberação em decisões políticas que podem afetar valores constitucionais. Nas palavras da autora (BATEUP, 2006, p. 22,23):

Em vez de os legisladores dizerem como resolver questões constitucionais, as regras centradas no processo somente procuram se certificar de que os atores políticos que promulgam as leis e deliberam acerca das políticas públicas, levem em conta as premissas constitucionais. Nas teorias centradas no processo, os juízes são encorajados a verificar se os atores políticos prestaram suficiente atenção ou deliberaram de maneira adequada sobre questões que afetam valores substantivos. Se for determinado que não, então o Poder Judiciário pode forçar as instituições políticas do Governo a reconsiderar as suas decisões com o nível adequado de atenção aos referidos valores.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> No original, “Judicial advice-giving theories suggest that judges use a range of proactive interpretive and decision-making techniques in order to recommend particular courses of action to the political branches and to advise them of ways to avoid constitutional problems. In general terms, all forms of advice-giving involve judges counseling the political branches of government through the use of broad, yet non-binding, dicta. The principal aim of these techniques is to ensure that the political branches learn the judiciary’s views about constitutional meaning, which will assist them in drafting new legislation, or amending current legislation, so that it will survive future constitutional challenges.”

<sup>7</sup> “Process-centred rules”, no original. (BATEUP, 2006, p. 22)

<sup>8</sup> No original, “Rather than telling legislators how to resolve constitutional issues, process-centered rules merely seek to ensure that the political actors who enact statutes and make public policy decisions take constitutional

Não se trata somente da preocupação formal quanto às regras processuais da deliberação legislativa, “essas teorias levam em conta como o Legislativo considera temas como direito fundamentais – oferecendo a cada matéria, a atenção, aprofundamento e maturação que sua complexidade reclame” (VALLE. et. al., 2010, p. 93).

Outra forma conhecida pela teoria citada é a doutrina do “segundo olhar”, de acordo com o que o Judiciário entende que certo tema não foi tão bem tratado quanto deveria sê-lo, por motivos diversos. Com isso, a busca pelo segundo olhar acentua o sentido dialógico das teorias centradas no processo, pois há “resposta de parte do Legislativo à pronúncia de inconstitucionalidade; e mais ainda, um segundo momento (possível) de apreciação judicial à nova solução legislativa cunhada pelo Parlamento.” (VALLE et. al., 2010, p. 93).

### **2.1.2. Teorias estruturais do diálogo**

Para este grupo de teorias, o ponto central no diálogo não se encontra no método utilizado na construção da decisão judicial, mas na forma pela qual se pode confeccionar as relações entre as estruturas, através de mecanismos institucionais que oferecem determinada resposta à decisão que gerou o desacordo. Afirma (BATEUP, 2006, p. 32):

Teorias estruturais do diálogo são baseadas no reconhecimento de que mecanismos políticos coexistem no interior do sistema constitucional, o que permite os atores políticos responder as decisões judiciais em caso de desacordo.<sup>9</sup>

Afirma, ainda, que na medida em que é grande a dinâmica dialógica para esta teoria, há certo alívio referente às preocupações contramajoritárias. As teorias estruturais dividem-se na forma como será vista a seguir.

#### **2.1.2.1. Teorias de construção coordenada<sup>10</sup>**

Trata-se da teoria que reconhece a construção da interpretação constitucional por diversos ramos do poder, em suas palavras (BATEUP, 2006, p. 33):

---

considerations into account. In process- centered theories, judges are encouraged to determine whether political officials have paid sufficient attention or adequately deliberated on policy judgments that affect substantive constitutional values. If it is determined that they have not, then the judiciary may force the political branches of government to reconsider their decisions with the appropriate level of attention to those values”.

<sup>9</sup> No original, “Structural theories of dialogue are based in the recognition that institutional or political mechanisms exist within constitutional systems that enable political actors to respond to judicial decisions in the event of disagreement.”

<sup>10</sup> “Coordinate Construction Theories”, no original. (BATEUP, 2006, p.33).

As teorias dialógicas de estrutura mais simples são as baseadas na construção coordenada com a Constituição. A teoria da construção de coordenada é o projeto mais antigo da interpretação constitucional como um empreendimento compartilhado entre o curto e os ramos políticos do governo, tendo sido exposta pela primeira vez por James Madison.<sup>11</sup>

Ensina, ainda (BATEUP, 2006, p. 35), que a interpretação se dará pelos diversos poderes e que os demais, em caso de desacordo com sua interpretação, terão a prerrogativa de provocar o Judiciário.

Ressalta-se que na medida em que todos os ramos do governo estão sujeitos a se equivocarem em suas interpretações, a fiscalização recíproca diminui a possibilidade de engano, ao mesmo tempo em que reconhece ao Judiciário a faculdade de provocar o debate sobre o significado e conteúdo da Constituição. Apenas se a interpretação for além dos limites colocados pela separação de poderes é que haverá controle sobre suas decisões. Não obstante, caso a inércia legislativa sobre determinada matéria seja especialmente grave, ou haja interesse em transferir para o Judiciário o ônus de decidir sobre determinada questão, ele permanecerá fora do controle dos poderes políticos (TAVARES; BERMAN, 2009, p. 2168).

### **2.1.2.2. Teorias dos princípios jurídicos<sup>12</sup>**

A teoria em tela propõe que o judiciário possui competência institucional especialmente voltada para decidir questões relacionadas a princípios jurídicos. Para alguns doutrinadores, o diálogo é gerado na hipótese de erro na interpretação judicial de tais questões, havendo o controle pelos poderes políticos, fazendo surgir, assim, a presença do diálogo. Nas palavras da autora (BATEUP, 2006, p. 41.):

Em contraste com a teoria da construção coordenada, que não oferece papel especial ao Poder Judiciário no diálogo constitucional, as teorias positivas de princípio judicial propõem que os juízes possuem uma função dialógica privilegiada com base em sua competência especial em relação às questões de princípio. Alguns estudiosos afirmam que o diálogo é resultado dos poderes políticos verificando as interpretações de princípios dos tribunais em caso de erro judicial.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> No original: “The most straightforward structural theories of dialogue are those based on coordinate construction of the Constitution. Coordinate construction is the oldest conception of constitutional interpretation as a shared enterprise between the courts and the political branches of government, having first been espoused by James Madison.”

<sup>12</sup> “Theories of Judicial Principle”, no original. (BATEUP, 2006, p. 41)

<sup>13</sup> No original, “In contrast to coordinate construction, which proposes no special role for the judiciary in constitutional dialogue, positive theories of judicial principle propose that judges perform a unique dialogic function based on their special institutional competence in relation to matters of principle. Some scholars claim that dialogue is generated as a result of the political branches checking the principled interpretations of the Court in the event of judicial error.”

Dentro desse grupo de teorias, encontramos duas possibilidades: a primeira refere-se aos princípios e controle político sobre a Corte, sustentando que embora o Judiciário possua posição privilegiada para lidar com questões de princípios, o erro é uma possibilidade eminente e deve ser tomado em consideração. Com isso, o papel de fiscalizar o bom desempenho desta habilidade por parte dos juízes é atribuído aos poderes políticos. (VALLE et. al., 2010, p. 96).

Já a segunda possibilidade, refere-se ao princípio e articulação legislativa da política e o foco é na contribuição do legislativo para a formação de um diálogo substantivo, devido à sua competência para lidar com a elaboração de políticas públicas. O diálogo, segundo esta perspectiva, surge quando o legislativo articula uma questão decidida pelo judiciário ampliando-a aos objetivos políticos (VALLE et. al., 2010, p. 96).

### **2.1.2.3. Teorias do equilíbrio<sup>14</sup>**

A presente teoria (BATEUP, 2006, p. 57):

Fornece uma forma alternativa de conceber o papel judicial especial no diálogo constitucional que não privilegie as contribuições judiciais. Nessas teorias, este papel é descrito como um de fomentar em toda a sociedade a discussão constitucional que acaba levando a um equilíbrio assente sobre o significado constitucional. Enquanto isso fornece uma conta muito mais promissora do diálogo constitucional que as teorias examinadas até agora, em última análise, continua incapaz de fornecer uma explicação completa do papel da revisão judicial no âmbito do sistema constitucional.<sup>15</sup>

Na teoria estão inseridas as concepções que não reconhecem ao Judiciário qualquer capacidade especial para lidar com questões de direitos. Os juízes são apenas uma das instâncias de discussão, de maneira a permitir que a sociedade, como um todo, alcance a concepção que ela entenda como a melhor possível (VALLE et. al., 2010, p. 97).

Afirma a Bateup (2006, p. 64) que embora a teoria não resolva a dificuldade contramajoritária, é a que possui o maior sucesso num diálogo substantivo entre as instituições.

---

<sup>14</sup> Equilibrium theories of dialogue, no original (BATEUP, 2006, p. 57)

<sup>15</sup> No original, “provide an alternative way of conceiving of the special judicial role in constitutional dialogue that does not privilege judicial contributions. In these theories, this role is described as one of fostering society-wide constitutional discussion that ultimately leads to a settled equilibrium about constitutional meaning. While this provides a much more promising account of constitutional dialogue than the theories examined thus far, it ultimately remains unable to provide a complete account of the role of judicial review within the constitutional system.”

#### 2.1.2.4. Teorias da parceria<sup>16</sup>

A teoria da parceria (BATEUP, 2006, p. 70)

Centra-se no reconhecimento de que diferentes ramos do governo podem fazer contribuições distintas para o diálogo constitucional de uma maneira que não privilegia o papel judicial. Em vez disso, essa teoria reconhece que cada ramo de governo pode aprender com os insumos específicos dos outros ramos de uma ordem constitucional diversificada. O Judiciário e atores não-judiciais são, assim, concebidos como participantes iguais em termos de decisão que, dialogicamente, pode tanto contribuir para a busca de melhores respostas, como resultado de suas exclusivas perspectivas institucionais<sup>17</sup>.

Trata-se, na verdade, da outra face da teoria do equilíbrio, que enxerga nos mecanismos institucionais a melhor maneira de fortalecer o diálogo institucional. Para a presente teoria, as contribuições do Judiciário e dos demais Poderes Políticos acerca do significado da Constituição são estruturalmente diferentes, de modo que o Judiciário, devido ao seu isolamento político, está num patamar de vantagem para identificar situações em que os objetivos fixados pelo legislador restrinjam indevidamente direitos individuais, sem que isso acarrete uma maior competência para resolver o desacordo sobre o significado dos direitos (VALLE et. al., 2010, p. 99).

Assim, afirma Valle (2010, p. 99)

A combinação das duas perspectivas – a legislativa, acostumada ao estabelecimento de políticas coletivas, e a judicial, destinada precipuamente à interpretação do significado individual das disposições de direitos – seria precisamente o caminho para que o diálogo possa servir como instrumento de fortalecimento dos direitos fundamentais. Esta concepção possibilita uma resposta satisfatória à objeção contramajoritária em um plano institucional, dado que a posição do judiciário não é considerada superior à dos demais poderes. De fato, elas são tidas como complementares.

Por fim, quanto ao plano normativo, afirma Bateup (2006, p. 76) que a teoria não é completa, pois ignora a dimensão social do diálogo em detrimento de aspectos institucionais. O seu melhor resultado será com a combinação das duas dimensões, na chamada fusão dialógica.

#### 2.1.3. Fusão dialógica

---

<sup>16</sup> “Partnership Theories”, no original (BATEUP, 2006, p. 70).

<sup>17</sup> No original, “Centers on the recognition that the differently situated branches of government can make distinct contributions to constitutional dialogue in a way that does not privilege the judicial role. Instead, this account recognizes that each branch of government can learn from the specific dialogic inputs of the other branches in an institutionally diverse constitutional order. Judicial and non-judicial actors are thus conceived as equal participants in constitutional decision-making who can both dialogically contribute to the search for better answers as a result of their unique institutional perspectives.”

Trata-se da combinação das teorias da parceria e do equilíbrio, permitindo resolver a legitimidade democrática, ao mesmo tempo em que compreende os aspectos sociais e institucionais do diálogo. Nas suas palavras (BATEUP, 2006 p. 76-77):

A visão mais promissora do diálogo institucional e, conseqüentemente, a maior consideração normativa do papel da revisão judicial no constitucionalismo moderno surgem quando os entendimentos equilíbrio e parceria do diálogo são combinados. Por um lado, esta síntese ajuda a resolver persistentes preocupações com a legitimidade democrática do modelo de parceria. Mais importante, esta visão combinada permite uma melhor compreensão dos diferentes aspectos institucionais e sociais do diálogo constitucional, e as várias formas originais em que diferentes atores participam na busca de significado constitucional.<sup>18</sup>

À concepção institucional oferecida pelas teorias de parceria, a fusão dialógica acrescenta um exame do papel do Judiciário de facilitador da discussão dentro da sociedade dos temas centrais da Constituição. O resultado seria a possibilidade de se alcançar um consenso mais resistente e aceito pelos próprios cidadãos, algo que já era defendido pelas teorias de equilíbrio. (VALLE et. al., 2010, p. 100)

Acrescenta-se, ainda, que a presente teoria ocorre também no campo “micro”, haja vista que os juízes podem responder dialogicamente em casos individuais, para as contribuições do entendimento do legislador em relação ao sentido constitucional. Sobre este entendimento da compreensão do diálogo constitucional, há dois aspectos para o papel da *judicial review* na sociedade moderna. Primeiro: auxilia na produção de mais duráveis e amplamente aceitas respostas em relação a questões constitucionais ampliam o diálogo com a sociedade como um todo. Em segundo lugar, o controle jurisdicional, além de auxiliar na resolução de questões constitucionais em nível individuais, também fará parte de um diálogo global. No contexto de discórdia generalizada sobre o significado do direito, esse entendimento combinado oferece a melhor chance de produzir respostas para questões constitucionais que não são apenas satisfatórias no contexto da resolução de casos individuais, mas que também os adequados para o cidadão como um todo (BATEUP, 2006, p. 78).

## 2.2. Teoria de Linares

---

<sup>18</sup> No original, “The most promising vision of constitutional dialogue and, consequently, the strongest normative account of the role of judicial review in modern constitutionalism emerge when the equilibrium and partnership understandings of dialogue are combined. On the one hand, this synthesis helps to resolve lingering democratic legitimacy concerns with the partnership model. More importantly, this combined vision enables a more comprehensive understanding of the different institutional and social aspects of constitutional dialogue, and of the various unique ways in which different actors participate in the search for constitutional meaning.”

Enquanto a sistematização de Bateup é mais teórica, Sebastián Linares (2008a, 2008b) parte de casos concretos para sistematizar as formas de diálogos. Entre as maneiras de diálogos institucionais entre o Judiciário e o Congresso, faz a divisão entre as constituições rígidas e as flexíveis.

### **2.2.1. Formas de diálogo corte-congresso**

O diálogo institucional entre Cortes Constitucionais e o Congresso é chamado pelo autor de diálogo “interorgânico”. Afirmar (LINARES, 2008b, p. 200) que as formas de diálogo interorgânico podem ser muito variadas e, em princípio, todos os sistemas de justiça constitucional deixam margem para a deliberação entre a Corte e o Congresso.

Afirmar (LINARES, 2008b, p. 200) que há pelo menos um traço em comum para a configuração do diálogo, qual seja: o argumento, a resposta e a réplica. Este esquema permite uma resposta do Congresso, que poderá coadunar na mudança de opinião por parte dos juízes constitucionais.

Para o autor, o diálogo interorgânico será diferente quando se tratar de constituição Rígida de quando se tratar de constituição flexível. Como se verá a seguir.

#### **2.2.1.1. Constituições Rígidas**

As constituições rígidas, em quase todos os países, vêm acompanhadas de um sistema de justiça constitucional. Os dois principais modelos robustos de justiça constitucional, para o autor, são os modelos europeu e americano. No modelo europeu, o diálogo é bastante reduzido, vez que a declaração de inconstitucionalidade encerra o diálogo, cabendo ao congresso somente acatar a decisão do Judiciário ou aprovar determinada norma que não seja substancialmente idêntica à declarada inconstitucional. De acordo com Linares (2008b, p. 202), o diálogo interorgânico no modelo europeu será possível, de forma mais comum, pela via interpretativa, e como exemplo cita as sentenças interpretativas, aditivas, substitutivas e exortativas.

Já no modelo americano, o autor afirma (LINARES, 2008b, p. 204) que pelo efeito das sentenças serem, em regra, entre as partes, haverá uma margem maior de manobra por parte do Legislativo, podendo insistir na sua aplicação<sup>19</sup>.

Em alguns países, o Congresso tem que consultar o Judiciário sobre a constitucionalidade de projeto de lei. Sendo ou não vinculante o parecer do Judiciário, trata-se de um caso de diálogo, quando o Judiciário fizer o controle de constitucionalidade de uma norma que fora feito de modo diverso do seu parecer inicial (2008b, p. 205).

O antigo modelo equatoriano propiciava um diálogo na medida em que o Judiciário não tinha o condão de invalidar a norma, mas de suspendê-la, até que o Congresso decidisse sobre a suspensão<sup>20</sup>.

Afirma o autor (2008b, p. 210,211) que

Em contraste, as constituições de rigidez supermajoritária limitam severamente a capacidade de resposta do Congresso a apoiar a reforma constitucional. É verdade que uma grande maioria do Congresso poderia responder a uma decisão judicial desfavorável ao passar uma emenda constitucional. No entanto, uma vez que as maiorias são difíceis de recolher (especialmente em questões que despertam polêmica), é normal que um tempo considerável decorrido entre o período de reforma inconstitucional e constitucional. E não parece sensato considerar parte de um diálogo interorgânico sobre a reforma constitucional que “responda” trinta anos mais tarde uma decisão do tribunal.<sup>21</sup>

Portanto, a reforma da sentença do Congresso ante uma decisão do judiciário com o intuito de alargar o parâmetro de constitucionalidade, tem o entrave do lapso temporal.

### 2.2.1.2. Constituições flexíveis

Nos sistemas de constituições flexíveis, geralmente de tradição da soberania parlamentar, há três formas de diálogos: o primeiro modelo se refere aos documentos constitucionais que têm a mesma hierarquia das leis e o judiciário não possui o poder de declarar inconstitucional a lei aprovada pelo parlamento. Foi o modelo existente na Grã-

---

<sup>19</sup> Ressalta-se que pelo princípio do *stare decisis*, oriundo do modelo americano de jurisdição constitucional, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma possui efeitos *erga omnes*, como forma de diminuir a insegurança jurídica.

<sup>20</sup> Nesse sentido, vem o art. 160 da Constituição equatoriana de 1945: “**Artículo 160-** Son atribuciones y deberes del Tribunal de Garantías Constitucionales: (...) 4. Suspender la vigencia de una ley o precepto legal considerados inconstitucionales, hasta que el Congreso dictamine acerca de ellos.”

<sup>21</sup> No original, “En cambio, las constituciones de rigidez supermayoritaria limitan enormemente la capacidad de respuesta del Congreso al volver costosa la reforma constitucional. Es cierto, una mayoría reforzada del Congreso podría responder a una sentencia adversa aprobando una reforma constitucional. Ahora bien, dado que las mayorías reforzadas son difíciles de reunir (sobre todo en materias que despiertan encendidas controversias), lo normal es que transcurra un tiempo considerable entre la sentencia de inconstitucionalidad y la reforma constitucional. Y no parece sensato considerar parte de un dialogo interorgánico a una reforma constitucional que “responde” treinta años más tarde a una sentencia judicial.”

Bretanha até 1998, ou modelo de *Westminster* puro. O segundo modelo, em que pese o mecanismo de reforma das normas constitucionais ser igual à das demais normas, elas possuem hierarquia e os juízes têm poder de informar ao Congresso que há incompatibilidade entre as normas e o texto constitucional. Foi o modelo que predominou na Inglaterra de 1998 a 2009. O terceiro modelo, por fim, refere-se ao modelo que as constituições flexíveis possuem hierarquia lógica da Constituição ante as demais leis e que haja revisão judicial com possibilidade de invalidar as leis inconstitucionais. É o modelo existente em Israel desde 1994. O segundo e terceiro modelos são derivados do primeiro. (LINARES, 2008b, p. 211,212).

### **2.2.2. Gradação da dificuldade contramajoritária**

Linares (2008b, p. 242-300) dedica o último capítulo de sua obra a tentar superar a visão binária da dificuldade contramajoritária. Utilizando-se de critério institucionais e contextuais propõe uma escala gradativa da dificuldade contramajoritária, enxergando-a como uma tensão que admite níveis de intensidade. De toda sorte, deve-se ressaltar que a adoção de critérios que diminua a tensão contramajoritária não a extinguirá, embora tenha por escopo a atribuição de uma melhor qualidade democrática à jurisdição constitucional (LINARES, 2008 b, p. 242).

O grau de objeção contramajoritária varia de acordo com nove componentes: i – mecanismos de reforma constitucional, ii – efeitos da sentença de inconstitucionalidade, iii – procedimentos de seleção dos magistrados, iv – restrições à declaração de inconstitucionalidade, v – faculdades interpretativas do congresso, vi – direito de voz, vii – vias de acesso à Corte ou Tribunal Constitucional, viii – quantidade de pontos de veto efetivos, ix – variáveis contextuais.

Quanto aos mecanismos de reforma constitucional, percebe-se que com as constituições flexíveis a objeção democrática tende a desaparecer, visto que o Congresso poderá modificar o texto constitucional, ante a declaração de inconstitucionalidade. As constituições de rigidez supermajoritária intensificam a objeção democrática, ao dar ênfase a uma minoria que não deseja a reforma e violam o princípio da neutralidade pela sua inclinação em favor do status quo. As constituições de rigidez majoritária atenuam a dificuldade contramajoritária, pois contornam os problemas associados à neutralidade política, ao mesmo tempo que dão lugar a uma “objeção intertemporal”. As constituições de rigidez majoritária também adotam graduações, sendo as de rigidez majoritárias fortes mais custosas

de reforma que as de rigidez majoritária fracas. Nesse sentido, o autor pontua o grau de objeção democrática. Atribui valor 0 às constituições de rigidez majoritárias moderadas; valor 1 às constituições majoritárias fortes; valor 2 às constituições supermajoritária. (LINARES, 2008 b, p. 244-247). A Constituição Federal traz em seu art. 60, §2º a necessidade de aprovação de três quintos dos parlamentares em cada casa, sendo classificada por Linares como constituição supermajoritária, de valor 2.

O segundo critério trazido pelo autor (LINARES, 2008 b, p. 248-250) é quanto aos efeitos das sentenças de inconstitucionalidade proferido pelas Cortes. As sentenças *erga omnes* possuem o maior caráter contramajoritário, uma vez que a lei será anulado a qualquer caso, censurando por completo a vontade legislativa. As sentenças *inter partes*, por sua vez, possuem menor objeção democrática, uma vez que a norma continua sendo aplicada aos casos concretos, continuando vigente. Todavia, o autor faz a distinção, nas sentenças *inter partes*, entre as sentenças *inter partes* de precedentes não obrigatórios, que ocorre quando as sentenças *inter partes* não vinculam os demais juízes; e sentenças *inter partes* de precedentes obrigatórios, que ocorrem quando os juízes estão vinculados à declaração de inconstitucionalidade da Corte. Referente ao modelo brasileiro, no que se refere ao controle abstrato, o autor atribui o valor 2, por possuir efeito *erga omnes*; já referente ao controle difuso, o autor atribui o valor 1, por reproduzir precedentes obrigatórios.

O terceiro critério (LINARES, 2008 b, p. 252-274) é quanto a seleção dos magistrados. Nesse caso, a intensidade da objeção democrática dependerá de dois fatores: de um lado a prestação de contas e, do outro, a independência do judiciário. O primeiro implica que se os juízes têm a última palavra em questões controvertidas de direito, devem ser responsáveis ante aos cidadãos, levando a sua vontade em consideração. Já o princípio da independência judicial reclama que os juízes deverão adotar decisões fundamentadas. Portanto, o modelo de seleção dos juízes deverá adotar a máxima prestação de contas à sociedade com a máxima independência judicial.

Nesse sentido, há algumas formas de seleção dos juízes constitucionais demonstradas pelo autor: poderá ser a – seleção por concurso, b – seleção por eleição popular, c – seleção política dos magistrados. Esta se subdivide em c'- mecanismos cooperativos e c'' – mecanismos representativos. Os mecanismos cooperativos se subdividem em c'.1 – mecanismos de única instância e c'.2 – mecanismos de dupla instância, em que a decisão sobre a escolha do magistrado se dá conjuntamente por mais de um órgão político.

As seleções por eleição e por concurso representam os dois extremos, que não conseguem conciliar a independência e a prestação de contas à sociedade. A primeira não

garante independência política ao Judiciário, enquanto a segunda não garante que o juiz constitucional responda à sociedade. A seleção política dos magistrados, que parece a mais adequada a Linares (2008 b, p. 257) é aquela que há intervenção dos órgãos representativos na seleção dos juízes. A seleção política poderá ser cooperativa, a qual fomenta o diálogo e cooperação entre os distintos partidos e órgãos políticos, ao mesmo tempo em que incentiva que os juízes sejam eleitos por suas virtudes e qualidades, mais que por sua lealdade política. Será de uma única instância se o mesmo órgão que dele selecionar o magistrado o referendar e de dupla instância se forem órgãos políticos distintos. Já a segunda classe da seleção política, mecanismos representativos, pretende, através do diálogo, a busca do consenso entre as forças políticas, de modo que a seleção será daquela classe que tiver o melhor poder argumentativo.

No que se refere ao valor da objeção democrática, o autor atribuirá valor 0 quando o mecanismo apresentado exige acordo entre distintos partidos políticos, não dando espaço a “cotas”. Quando, todavia, exige acordo entre os partidos políticos, mas dá margem a acordos de “cotas”, será atribuído o valor 1, pois se trata de modelo menos perfeito, deixando espaço para lealdade partidária e a consequente limitação da independência judicial. Quando, por fim, se tratar de um modelo em que somente um partido designe o magistrado, sem qualquer acordo, o valor atribuído será 2. Ao modelo brasileiro é atribuído nota 0, visto que há a conjugação de esforços do Senado Federal com o Presidente da República para a nomeação, conforme se vê pelo art. 101, parágrafo único da Constituição Federal .

Ademais (LINARES, 2008 b, 250-252), outro fator que confere a maior ou menor objeção democrática no que se refere às sentenças de inconstitucionalidade é a quantidade de juízes constitucionais necessários a conferir os efeitos. Isso, pois as normas possuem presunção de constitucionalidade, por terem sido feitas por legisladores democraticamente eleitos, de modo que quanto maior for a alargada for a diferença da votação, mais se preservará o caráter de preservação de constitucionalidade da norma, não possuindo a decisão a soma de opiniões particulares e, com isso, ganhando ar mais técnico de controle de constitucionalidade. Assim, se for por decisão unânime, menor a objeção democrática, merecendo valor 0. Se for maioria reforçada, terá valor 1. Se for maioria absoluta, valor 2, sendo a maior objeção democrática, por menos preservar a presunção de constitucionalidade . No ordenamento brasileiro, há necessidade do quórum qualificado para instalação da sessão, conforme o art. 22 da Lei 9868/99 , mas a decisão será tomada por maioria absoluta, de modo que o grau de objeção democrática no ordenamento brasileiro é 2.

O quinto critério (LINARES, 2008 b, p. 274-278) se refere à possibilidade de interpretação do Congresso. Ressalta-se que a capacidade interpretativa não se refere ao veto judicial, mas ao reconhecimento do Legislativo como intérprete constitucional, por se tratar de um Poder político. Vale dizer que “o emprego do *judicial review* é sempre precedido de uma interpretação constitucional, mas a interpretação constitucional nem sempre desemboca no *judicial review*” (LINARES, 2008 b, p. 275).

Nesse sentido, tanto para a matriz americana, quanto para a matriz europeia, o Judiciário/Tribunal Constitucional são os responsáveis pela última palavra sobre a constitucionalidade da norma, o que não quer dizer que sejam os únicos responsáveis pela interpretação constitucional, mas, ao contrário, todos deverão ser responsáveis pela interpretação constitucional. Assim, a faculdade do congresso em interpretar a norma é um significativo canal de diálogo com a justiça constitucional. Ademais, quando a justiça constitucional opta pela via interpretativa, sem invalidar a lei impugnada, tem o Congresso a possibilidade de responder à interpretação judicial.

Nesse sentido, o valor da objeção democrática será medida pela possibilidade de interpretação parlamentar juntamente com a espécie de maioria exigida. Assim, constituições que reconhecem o direito do Congresso em interpretar a norma, por maioria absoluta, será reconhecido o valor 0. As constituições que guardam silêncio sobre a questão, terão valor 1. Por fim, as constituições que impõem cláusulas supermajoritária, terão valor 2. Ao modelo brasileiro, o autor atribui a nota 1, por ser omissa e o congresso poder interpretar a Constituição por meio de maioria absoluta.

Deve-se ressaltar, que há o controle preventivo de constitucionalidade, em que é possibilitada a faculdade interpretativa do Congresso, conforme se vê pelo art. 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados

O sexto critério apontado por Linares (2008 b, p.378-281) é referente à amplitude de pessoas que podem opinar e influenciar nas decisões acerca da inconstitucionalidade da norma. É considerado muito amplo, obtendo o valor 0 de objeção democrática, quando qualquer pessoa ou instituição pode opinar, incluindo os que tenham interesses, sendo considerado como exemplo a instituição do *amicus curiae*. O direito de voz é considerado moderadamente amplo, e a isso é atribuído valor 1, nos casos em que o próprio Congresso é responsável pela defesa da constitucionalidade da lei ou por agentes designados pelo Congresso. Por fim, o direito de voz é restrito, e atribuído o valor 2, quando é o Poder Executivo ou Judiciário o responsável pela defesa da constitucionalidade da lei. O caráter contramajoritário incide ante o fato de não serem órgãos deliberativos, nem majoritários.

Ao ordenamento brasileiro é atribuído o valor 0, tanto por admitir a intervenção do *amicus curiae*, quanto pela presença do Advogado-Geral da União e Procurador da República, cujos cargos são aprovados pelo Senado.

O sétimo critério (LINARES, 2008 b, p. 282-289) demonstra a maior ou menor objeção democrática das Cortes. Às vias recursivas, próprias do modelo americano, em que a Corte não se vê obrigada a declarar a inconstitucionalidade em todos os casos julgados, ao mesmo tempo que poderá declarar a inconstitucionalidade de leis não contemporâneas, o que posterga a declaração de inconstitucionalidade, será atribuído o valor 0, por possuir a menor objeção democrática. Às decisões *sui generis*, em que o juiz suscita o incidente de inconstitucionalidade e remete o processo à Corte, será atribuído o valor 1, pois o juiz se vê obrigado a julgar, todavia, poderá julgar leis não contemporâneas. Já às ações abstratas serão atribuído o valor 2, pois os juízes se veem obrigados a julgar os casos e somente de leis contemporâneas.

Ao modelo brasileiro é atribuída a nota 0, quando se leva em consideração o controle difuso pela via recursiva; e nota 2, quando se analisa as ações genéricas de inconstitucionalidade.

O oitavo critério discutido pelo autor (LINARES, 2008 b, p. 289-295) se refere ao estímulo dialógico ocasionado pelo veto. Num sistema de freios e contrapesos, os pontos de veto são o preço que se tem que pagar por um procedimento de deliberação mais efetivo, uma vez que promove a constante consulta de todos os afetados. Vale dizer, caso se vete uma decisão, será necessário convencer o órgão que a vetou, para que a decisão almejada seja a vitoriosa, o que é a condição do debate. Assim, os pontos de veto são considerados como um “meio ideal para promover o diálogo e a argumentação, assegurando que não se poderá exercer o poder a menos que as decisões venham respaldadas por argumentos que podem ser aceitos por uma grande aliança” (LINARES, 2008 b, p. 291). Os pontos de veto, ademais, devem ser efetivos, que se traduz na possibilidade de persuasão política em relação a tais pontos controvertidos.

Nesse sentido, para avaliar a objeção democrática serão levados em consideração os incentivos ao sistema eleitoral e a graduação de fragmentação legislativa. Assim, obterá o valor 2, o sistema que tender a gerar dois ou mais pontos de veto efetivo; valor 1, quando tiver apenas um ponto de veto; e valor 0 quando governos unificados. Ao modelo brasileiro é atribuído o valor 2, por possuir como autoridades com poderes de veto a Câmara dos Deputados, o Senado e o Poder Executivo.

O último critério leva em consideração situações contextuais que podem aumentar ou diminuir a objeção democrática. Assim, situações de evolução da representatividade juntamente com a cultura política influenciarão a objeção democrática.

### **3. As teorias dialógicas no modelo brasileiro**

Como dito alhures, as teorias dialógicas estão inseridas num contexto específico de regime parlamentar, que não é o caso brasileiro. Ocorre também, pelo caput do art. 102 da Constituição Federal, que cabe ao Supremo Tribunal Federal a guarda Constituição. Estes dois fatores somados, em tese, acabariam com as possibilidades de diálogo institucional no sistema brasileiro.

Ocorre que, devido à parca sistematização, há diversas formas de diálogo institucional e nem todos eles necessitam de mecanismos formais para a sua confecção. É o caso dos diálogos institucionais quanto ao método, seja pelo aconselhamento, seja centrado no processo, ou, até mesmo, a via interpretativa. Diante disso, Valle (2010) encontra alguns precedentes na jurisprudência do STF, os quais são complementadas por nós com os diálogos existentes na inconstitucionalidade por omissão, que, pela teoria de Linares, estaria inserida no campo dos remédios estruturais.

#### **3.1. Decisões do STF**

Valle (2010) apresenta três casos de diálogo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O primeiro deles é o RE 197.917-8 referente ao município de Mira Estrela, que em cuja Lei Orgânica o número de vereadores era de onze e o Ministério Público, em Ação Civil Pública, defendia que, pelo princípio da proporcionalidade, em razão do número de habitantes do município, o número de vereadores deveria ser o mínimo, qual seja, nove. A referida ação chegou ao STF pela via difusa e a Corte por maioria deu provimento parcial ao recurso, declarando a inconstitucionalidade da lei orgânica, ressalvada a situação dos vereadores já investidos. Ocorre que os parlamentares não se conformaram com a decisão e elaboraram a PEC 336/09 aumentando o número de vereadores. Percebe-se, assim, o “esforço do Legislativo em superar a decisão judicial – providência que só se viabilizaria por intermédio da alteração do próprio texto constitucional” (VALLE, et, al., 2010, p. 121). No caso em tela, a modulação dos efeitos evidencia a aplicação da teoria do aconselhamento, ao passo que num momento posterior, findada a jurisdição, evidencia-se a teoria da parceria. Por fim, evidencia-

se a teoria estrutural, no sentido de que houve controle político sobre os atos da Corte (VALLE, et. al., 2010, p. 121).

O segundo caso apresentado se refere à regulação das medidas provisórias. Por diversas vezes a questão foi levada ao STF, visto que a sua constante reedição paralisava a pauta do Congresso. Como reação do Congresso, foi promulgada a EC 32/2001 que regula a medida provisória, restringindo temas, definindo prazos para a votação e finalizando a possibilidade de reedição. O diálogo persistiu, haja vista que a não votação de uma MP no prazo de 45 dias tranca a pauta do congresso. Assim, dando continuidade ao diálogo, a mesa do congresso entendeu que o constante no art. 62, §6º da CF diz respeito tão somente a matérias passíveis de MP, de modo que não trancaria a pauta das demais deliberações. Contra tal entendimento foi impetrado Mandado de Segurança no STF que, embora não analisado, teve parecer favorável. Assim, percebe-se que a teoria do aconselhamento foi dominante no caso em questão.

O terceiro caso refere-se à aposentadoria especial com impetração do MI 444, cuja omissão não foi conhecida pelo STF, visto que a expressão “poderá” contida no art. 40 da CF aludia a uma possível discricionariedade do legislador. Com isso, foi editada a EC 20/98 que, embora modificando de modo substantivo o sistema previdenciário, o STF ainda interpretava a aposentadoria especial como mera faculdade por parte do legislador. Agora, com a EC 47/2005, que estende o direito de aposentadoria aos servidores que trabalham em atividades de risco, o STF modifica o seu posicionamento, superando a discricionariedade do instituto previdenciário. A partir de então, o STF adotou uma atitude ativa para resolver a inconstitucionalidade por omissão, não se limitando a reconhecê-la. Portanto, percebe-se que foi usada a teoria da parceria para que se chegasse a um denominador comum.

Para além dos casos apresentados por Valle (2010), é possível coletar outras espécies de jurisdição constitucional dialógica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Caso emblemático é referente à greve dos servidores públicos. O entendimento inicial da corte é no sentido de que o direito constitucionalmente garantido se referia a norma de eficácia contida, desprovida, pois, de autoaplicabilidade, motivo pelo qual a Corte ficava adstrita à declaração da existência de mora legislativa (MENDES, COELHO, BRANCO, 2010, p. 1385). A Corte muda o seu posicionamento com os MIs 670 e 712, respectivamente de relatoria do Min. Gilmar Mendes e Min. Eros Grau, momento em que adotam sentença de perfil aditivo, com a finalidade de assegurar o direito constitucionalmente garantido, mas que o Congresso não se preocupara, ainda, de efetivá-lo com norma infraconstitucional. É perceptível a possibilidade do diálogo pela adoção de sentença aditiva, visto pressionar o Congresso a confeccionar

determinada norma, bem como por conter efeitos normativos que serão facilmente modificáveis pelo Legislativo, cuja resposta institucional completará o diálogo. Ademais, as diversas sentenças anteriores simplesmente alertando o Congresso serviram de pressão política para fomentar o diálogo, mas o Legislativo se manteve inerte.

Outro *case* onde é perceptível o debate é na ADI 2240 que tratava da criação do Município baiano de Luís Eduardo Magalhães. A lei baiana que instituía o município foi questionada pelo Partido dos Trabalhadores, cujo argumento era a ausência de lei complementar federal com que a lei baiana deveria estar de acordo, além de que a EC 15/96, que alterara o art. 18, §4º, da Constituição Federal, de modo que o plebiscito que fora realizado em 2000 deveria envolver a população dos municípios envolvidos. O Min. Gilmar Mendes proferiu voto no sentido da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e conferindo prazo ao Congresso para que confeccionasse a norma. A resposta do Parlamento se deu com a EC 57/08 que cria o art. 96 das ADCT, dando validade a todos os municípios que haviam sido criados até então, sem confeccionar a lei complementar que regulasse os demais municípios que, porventura, se desmembrassem. O diálogo se perfaz no momento em que o Supremo Tribunal Federal faz recomendação ao Congresso e este soluciona a questão de modo diverso, convalidando a situação de todos os municípios irregularmente criados até então.

Percebe-se, pelos exemplos trazidos por Valle (2010), ser ainda tímida a conjugação de esforços pelos poderes para a interpretação e a implementação da Constituição. Ocorre que, fora os casos esparsos, a inconstitucionalidade por omissão, pela sistemática constitucional brasileira, será um assunto em que se adotará o diálogo institucional.

### **3.2. A inconstitucionalidade por omissão**

Os modelos supracitados, embora estejam bem embasados na sistematização feita por Bateup (2006) e Linares (2008), acabam por refletir, em maior ou menor grau, um golpe de autoridade de um Poder sobre o outro. Isso, pois não se trata do esforço mútuo de mais de um poder para interpretar a Constituição, mas a imposição do ponto de vista de um dos Poderes. O que se tem, pelos casos apresentados, é o STF delimitando o significado constitucional e o Congresso, na resposta, alterando o parâmetro de constitucionalidade. Nota-se que a jurisprudência encontrada é quantitativamente insignificante para demonstrar a presença de diálogo institucional no Brasil o que se associa a ausência de cultura parlamentar. Nesse sentido, o até agora apresentado demonstra apenas alguns exemplos casuísticos da relação dialógica na interpretação constitucional.

Há uma situação em que também se encontra o diálogo institucional, que Linares (2008a, p. 510) chama a atenção, referente, ao poder de *agenda política*, ou seja, atores com capacidade de obrigar autoridades representativas a abordar e conferir solução a determinados problemas. No caso brasileiro, o poder de agenda política é encontrado na inconstitucionalidade por omissão.

Antes de demonstrar a caracterização da relação dialógica fruto da inconstitucionalidade por omissão, convém mostrar alguns apontamentos teóricos sobre o tema.

A inconstitucionalidade é advinda de uma relação de contrariedade com a Constituição, de modo que se tem de um lado a Constituição e, de outro, um comportamento ameaçador e violador da ordem constitucional. Nesse sentido, o binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade designa conceitos de relação, que se estabelece entre a conformidade ou não de uma determinada norma/ato e a Constituição. (PIOVESAN, 2003, p. 86). Clève (1995, p. 30), lembra, ainda, que a inconstitucionalidade poderá advir do processo de elaboração.

A inconstitucionalidade por omissão, também conhecida como inconstitucionalidade negativa, é decorrente da abstenção, inércia ou silêncio do poder público que deixa de praticar determinado ato exigido pela Constituição. Nesse sentido, só se caracterizará a inconstitucionalidade por omissão quando houver o dever constitucional de ação (PIOVESAN, 2003, p. 90).

Flávia Piovesan (2003, p. 86) aponta três características da inconstitucionalidade por omissão: *a* – falta ou insuficiência de medidas legislativas; *b* – falta de adoção de medidas políticas ou de governo; *c* – falta de implementação de medidas administrativas, incluídas as medidas de natureza regulamentar, ou de outros atos da Administração Pública<sup>22</sup>.

Quanto aos itens *b* e *c*, encontra-se o diálogo no sentido a ausência da complementação será tida como inconstitucional pelo Poder Judiciário, o que vinculará o órgão administrativo a tomar a decisão adequada, no prazo de 30 dias ou outro adequado,

---

<sup>22</sup> Essa posição também é adotada pelo Supremo Tribunal Federal (ADI-MC 1458-7, rel. Min. Celso de Mello, julgada em 23/05/96), que assegura: “O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade, portanto, pode derivar de comportamento ativo do Poder público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa um facere, gera, mediante violação positiva, a inconstitucionalidade por ação. § Pode ocorrer, no entanto, que o Poder Público deixe de adotar as medidas que sejam necessárias para tornar efetivos, operante e exequíveis os próprios preceitos da Constituição. Em tal situação, o Estado abstém-se de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs. Desse non facere ou non prestare, resulta a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.”

como se vê pela redação do art. 12-H, da lei 9868/99<sup>23</sup>. Portanto, se percebe que o diálogo será mais restrito, haja vista que a possibilidade de resposta argumentativa da administração será mais limitada.

Quando se tratar de medida legislativa, no entanto, observado no item *a*, percebe-se que é decorrente do silêncio do legislador na tarefa de editar normas necessárias para a efetividade da Constituição. Trata-se, pois, de um dever especial de legislar, manifestado constitucionalmente na ordem concreta de legislar (PIOVESAN, 2003, p. 91). Para Jorge Miranda (apud PIOVESAN, 2003, p. 92), três são os pressupostos para a caracterização da inconstitucionalidade por omissão: *a* – que o não cumprimento da Constituição derive da violação de certa e determinada norma; *b* – que se trate de norma constitucional não exequível por si mesma; *c* – que nas circunstâncias concretas da prática legislativa, falem medidas legislativas necessárias para tornar exequível a norma.

Vê-se, portanto, que a omissão do legislador não será caracterizada ante o dever geral de legislar, mas ante o dever específico de legislar, quando a Constituição assim determinar. Assinala Flávia Piovesan (2003, p. 93) que a omissão inconstitucional se encontra na fronteira da discricionariedade do legislador e do dever de legislar, a que está sujeito em determinadas hipóteses.

Deve-se ressaltar, ainda, a necessidade do transcurso do tempo razoável para caracterizar a inconstitucionalidade por omissão. Afirmar Flávia Piovesan (2003, p. 96) que a tolerância referente aos direitos fundamentais há de ser significativamente reduzida, ante o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

De acordo com Linares (2008, p. 510), o controle de constitucionalidade por omissão é um remédio estrutural, que confere às Cortes Constitucionais o verdadeiro poder de agenda política<sup>24</sup>, e, para que isso aconteça três requisitos são necessários: *a* – definir a situação como problemática e merecedora de atenção; *b* – a faculdade de obrigar as autoridades a deliberar sobre as distintas alternativas e *c* – o poder de controlar a execução das decisões tomadas. Afirmar que (LINARES, 2008 a, p. 511):

*O propósito da questão da reforma estrutural é remover as condições estruturais de uma situação factual que ameaça ou é contrário a um valor constitucional. Em*

---

<sup>23</sup> Art. 12-H. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias. § 1º Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

<sup>24</sup> A agenda política é feita por atores com capacidade de obrigar a autoridades representativas (Congresso e Executivo) a abordar e conferir uma solução a certos problemas. Cf. Linares (2008 a, p. 510)

alguns casos, o fechamento de uma instituição pode ser a solução. Em outros, como os que envolvem escolas, presídios, as agências de serviço social ou departamentos de polícia, essa opção não é viável. Então, a solução exige nada menos do que a reorganização da agência. Em ocasiões contras, o Tribunal pode declarar a inconstitucionalidade por omissão ou estado de coisas inconstitucional, e proporcionar ao Congresso (ou executiva) um tempo razoável para a emissão de uma lei ou regulamento, ou desenvolver um plano de ação ou criar uma estrutura administrativa que existia antes.<sup>25</sup>

As recomendações feitas pelo Judiciário poderão fixar parâmetros gerais aos quais a autoridade deverá se sujeitar. Soam-se a isso o fato de que as restrições fixadas pelos juízes acerca da maneira de operar, de suas dinâmicas de poder, do conhecimento técnico coadunarão em um ciclo de intervenções, não a uma única intervenção, que se transforma numa relação de supervisão de grande duração entre o juiz e a instituição. O rendimento institucional poderá ser monitorado para assegurar as atuações da organização se mantenha dentro dos limites constitucionais (LINARES, 2008a, p. 512). Nesse sentido, com uma função estrutural, há a exigência de uma nova dinâmica na relação entre os “Poderes Constituídos, o que implica uma reflexão crítica acerca do enfoque tradicional que concebe o princípio da tripartição dos poderes, no sentido de viabilizar a implementação constitucional, privilegiando o princípio da prevalência constitucional” (PIOVESAN, 2003, p. 110). Com isso, o modelo de reforma estrutural transforma a ideia tradicional de justiça e cria uma via alternativa para o diálogo institucional. Em vez de forjar uma comunicação dialética, em que as autoridades atuam separadamente em distintas fases de tempo, o poder de agenda conferido às cortes cria as condições para que o diálogo seja um processo cooperativo e continuado no tempo, que começa antes da tomada de decisões por parte da autoridade administrativa (por exemplo, através de audiências públicas), segue durante o processo de execução (como políticas de monitoramento) e pode continuar depois de levado a cabo o plano do governo. Nesse modelo, o diálogo orgânico é ativado pela Corte, que assume somente o papel de catalizador das mudanças sociais (LINARES, 2008a, p. 512).

Com isso, vê-se que a finalidade do diálogo não é dar a última palavra, mas servir como catalizador da atividade administrativa do Estado, com o escopo de modificar uma realidade social que contraria os princípios constitucionais. Nesse sentido, não deve o juiz constitucional se limitar a conferir sentenças *inter partes*, nem meramente declarar a

---

<sup>25</sup> No original, “El propósito del litigio de reforma estructural es remover las condiciones estructurales de una situación de hecho que amenaza o es contraria a algún valor constitucional. En algunos casos, la clausura de una institución puede ser la solución. En otros, como los que involucran a las escuelas, las prisiones, las agencias de prestación social o los departamentos de policía, esa opción no es viable. Entonces el remedio requiere nada menos que la reorganización de la agencia. En contras ocasiones, la Corte puede declarar la “inconstitucionalidad por omisión legislativa” o “el estado de cosas inconstitucional”, y exhortar al Congreso (o al ejecutivo) a que un plazo razonable dicte una ley o reglamento, o elabore un plan de acción o cree una estructura administrativa que antes no existía.”

inconstitucionalidade por omissão legislativa. Por atuar com *poder de agenda*, deverá a Corte chamar a atenção dos representantes políticos, convocar audiências públicas, obrigar a tomar decisões ante certos parâmetros e controlar todo o processo de decisão e execução. (LINARES, 2008a, p. 512).

Para além da teoria de Linares, que demonstra o diálogo institucional abstratamente na inconstitucionalidade por omissão, além de conter uma dose de defesa do modelo dialógico, é possível notar traços do diálogo institucional na prática judicial quando se tratar de inconstitucionalidade por omissão.

Isso, pois a omissão inconstitucional poderá ser total ou parcial. Será total quando consistir na falta absoluta de medidas legislativas ou outras que deem cumprimento a uma norma constitucional, de modo que ante o dever jurídico de agir, manifesta-se o absoluto silêncio, a postura totalmente omissa. Parcial, por sua vez, será aquela que consistir na falta de ação nos termos exigidos na Constituição, de modo que há uma atividade imperfeita, sem capacidade de responder aos exatos termos do comando constitucional. (PIOVESAN, 2003, p. 96). Para Barroso (2009 c, p. 37,38), por sua vez, a omissão parcial se subdivide, podendo ser relativa, quando a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que deveria nela constar, ou omissão parcial propriamente dita, em que o legislador atua sem afetar o princípio da isonomia, mas de modo deficiente. (BARROSO, 2009 c, p. 37-38).

Dessa forma, haverá três hipóteses de diálogo na omissão inconstitucional, seja total ou parcial, uma vez que haverá três possibilidades de atuação, de acordo com Barroso, (2009c, p. 35-38).

No grupo da omissão total, temos que a norma pode ser: i – reconhecida autoaplicável e seja determinada a sua incidência diretamente. Nesse caso, poderá o Judiciário aplicar a norma automaticamente ou deferir prazo razoável ao qual se imputa a omissão (BARROSO, 2009c. p. 35); ii – poderá ocorrer de o Judiciário declarar a norma inconstitucional, constituindo em mora o órgão competente, hipótese que ocorrerá quando a norma não for autoaplicável, “inexistindo meio de concretizá-la sem a edição de um comando integrador” (BARROSO, 2009c. p. 36). Nesse caso, o tribunal apenas declarará a inconstitucionalidade da omissão, não pronunciando a sua nulidade; iii – poderá, por fim, e mais incomum, não sendo a norma autoaplicável, criar a regra faltante ao caso concreto, suprimindo a lacuna omissiva.

No primeiro caso, o diálogo se dará, sobretudo, quando o Judiciário estabelece prazo razoável para a aplicação da norma. O Judiciário reconhece a aplicação imediata da norma, reconhece não haver a necessidade de edição de outra norma para complementá-la e

estabelece prazo razoável para que o órgão a aplique. Note-se que o Judiciário recomendará ao órgão que aplique aquela norma, considerada autoaplicável por um esforço intelectual. Portanto, trata-se da teoria do aconselhamento de Bateup. Já no segundo caso<sup>26</sup>, onde também haverá o aconselhamento, o Judiciário reconhece que a morosidade do Legislativo é inconstitucional lhe informando. Neste caso, temos o reconhecimento da inconstitucionalidade por um poder que recomenda a outro que a sane. Por fim, no terceiro caso, caso o Judiciário crie uma norma a um caso concreto, esta norma possuirá os requisitos mínimos e será uma maneira de pressionar o Congresso para que crie a legislação pertinente<sup>27</sup>. Ao fazê-la, o Congresso poderá acatar o recomendado pelo Judiciário ou poderá modificá-la, momento em que se concretizará o diálogo.

Já no grupo da omissão parcial, se a omissão for relativa, também haverá três linhas possíveis de atuação judicial: i – poderá haver a declaração parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias; ii – poderá haver a extensão do benefício às categorias excluídas (BARROSO, 2009c, p. 37); e poderá, por fim, iii – ser omissão parcial propriamente dita.

A primeira solução conforme dito ensejará o diálogo. A segunda, por sua vez, enfrentará resistências, pelo princípio da separação dos poderes. A solução que vem sendo adotada é a sentença que declara a inconstitucionalidade estabelecer um prazo para a extensão dos benefícios. Ocorre que ao estabelecer o prazo, não poderá o Judiciário determinar a atitude a ser adotada, mas deverá se limitar a exigir o fim da inconstitucionalidade omissiva. Com isso, surge o diálogo, visto que a resposta dada pelo legislativo pode ser diversa da esperada pelo Judiciário, contanto que seja solucionada a omissão. No terceiro caso, a omissão propriamente dita não satisfaz como deveria a situação. Ocorre que se o Judiciário declarar a inconstitucionalidade, o benefício, que já era insuficiente, não mais existirá. O que acontece, então, é a declaração da inconstitucionalidade e a comunicação ao Legislativo para que tome as providências necessárias, momento em que surgirá o diálogo.

Portanto, de modo geral, percebe-se a marcante presença das teorias dialógicas quando se trata de uma questão que envolve a omissão inconstitucional. Ressalta-se que a omissão proveniente de qualquer um dos poderes legitimará os demais a com ele dialogar para chegar a uma resposta que signifique a implementação da Constituição e o consequente preenchimento da lacuna constitucional.

---

<sup>26</sup> Quanto ao segundo caso, emblemático é exemplo do município de Luís Eduardo Magalhães, estudado no item 4.2.5.

<sup>27</sup> Como exemplo, têm-se os MI 670/ES, Min. Gilmar Mendes e 712/PA, Min. Eros Grau, que tratam do direito de greve dos servidores públicos, como visto no item 4.2.4.

## Conclusão

Percebe-se que as teorias dos diálogos institucionais estão bastante relacionadas ao contexto político as supremacia parlamentar. Todavia, devido à sua elasticidade conceitual decorrente da sua insuficiente sistematização, consegue-se encontrá-la em outros contextos político-jurídicos.

Mais especificamente no caso brasileiro, percebe-se que a teoria dos diálogos institucionais está assentada na inconstitucionalidade por omissão. Com isso, verifica-se que foi adotada de maneira inversa em comparação aos países em que foi originariamente desenvolvida. Enquanto nos países de supremacia legislativa, a tentativa é de assegurar maior segurança jurídica para a proteção dos direitos fundamentais; entre os países de supremacia constitucional, o sistema dialógico é usado e incentivado à atribuição de legitimidade aos juízes na tomada de suas decisões.

De toda sorte, é importante a atuação conjunta do Legislativo e do Judiciário para atribuir legitimidade às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Isso, pois cada vez mais se percebe nas suas decisões sofisticadas doutrinárias e políticas, faltando-lhe, ainda, legitimidade democrática. Com isso, as teorias dialógicas tendem a contribuir tanto para melhorar a representação democrática, quanto contribuindo para o fortalecimento do texto constitucional.

## Referências:

- BARBOZA, E. M. Q. *Jurisdição Constitucional: entre o constitucionalismo e a democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklin Law Review* v. 71, p. 1109-1180, 2006.
- BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Orgs.) *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2009.

- \_\_\_\_\_. *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- BONAVIDES, P. *A constituição Aberta: Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no Federalismo das Regiões*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, J. J. G.. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Livraria Almedina: Coimbra, 2003.
- CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.
- CLÈVE, C. M. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.
- DIXON, R. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue, and Deference. *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 47, 2009.
- FERNANDES, B. G. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- \_\_\_\_\_. (org.) *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: Jus Podivm, 2010.
- FERRO, A. L. A. *Interpretação Constitucional: A teoria procedimentalista de Hart Ely*. Belo Horizonte: Decálogo, 2008.
- FAVOREU, L. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.
- GARDBAUM, S. The new commonwealth model of constitutionalism. *American journal of comparative law*, v. 49, n.4, Fall 2001. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/paper.s.cfm?abstract\\_id=302401](http://papers.ssrn.com/sol3/paper.s.cfm?abstract_id=302401) Acesso em: 15/03/2010.
- KELSEN, H. *Jurisdição Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LINARES, S. El diálogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas. In: *Revista Mexicana de Sociología*. V. 70, n. 3, 2008.
- \_\_\_\_\_. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- MENDES, G. F. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos políticos e jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional: O controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- PIOVESAN, F. *A Proteção Judicial contra as Omissões Legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SARMENTO D. (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TAVARES, R. S; BERMAN, J. G. *Teorias Dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense*. In: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo, 2009.
- TUSHNET, M. Weak-Form Judicial Review and “Core” Civil Liberties. In: *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 41, 2006.
- VALLE, V. R. N. (et. al.). *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.
- \_\_\_\_\_. (org.) *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.
- WALDRON, J. The Core of the Case Against Judicial Review. In: *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.