



**Centro universitário de Brasília- Ceub
Faculdade de ciências jurídicas e sociais**

HUGO DE ALMEIDA FRANÇA

**DA TEORIA DA ÚLTIMA PALAVRA À TEORIA DOS DIÁLOGOS
INSTITUCIONAIS**

Deliberação sobre o sentido da Constituição

**Brasília
2022**

HUGO DE ALMEIDA FRANÇA

**DA TEORIA DA ÚLTIMA PALAVRA À TEORIA DOS DIÁLOGOS
INSTITUCIONAIS**

Deliberação sobre o sentido da Constituição

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
pela faculdade de ciências jurídicas e sociais do
Centro universitário de Brasília- Ceub.
Orientadora: Ana Carolina Figueiró Longo

**Brasília
2022**

HUGO DE ALMEIDA FRANÇA

**DA TEORIA DA ÚLTIMA PALAVRA À TEORIA DOS DIÁLOGOS
INSTITUCIONAIS**

Deliberação sobre o sentido da Constituição

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
pela faculdade de ciências jurídicas e sociais do
Centro universitário de Brasília- Ceub.
Orientadora: Ana Carolina Figueiró Longo

Brasília, — de — de 2022

Banca examinadora

Ana Carolina Figueiró Longo
Orientadora

Examinador

**Brasília
2022**

RESUMO

Os diálogos institucionais ou constitucionais se apresentam como uma forma mais eficaz de compreender e interpretar a constituição do que a atribuição da última palavra a algum órgão específico seja ele legislativo ou judiciário pelo fato de mais agentes deliberando sobre o tema tende a diminuir a incidência de erros considerando a falibilidade das instituições, ademais no caso de decisão do Supremo Tribunal Federal confere maior legitimidade superando a dificuldade contramajoritária e ainda dentro do âmbito judicial as ferramentas da audiência pública e a participação *amicus curie* propicia a democracia participativa, ademais apresentação de como os diálogos ainda são um objetivo a ser alcançado no Brasil. Quanto a metodologia, a pesquisa bibliográfica demonstra com clareza os problemas da supremacia judicial no controle de constitucionalidade e os diálogos como melhor método para a definição da constituição analisando os institutos da superação legislativa na seara institucional (STF e Congresso Nacional) e audiência pública e *amicus curie* no âmbito social (Corte Constitucional e Sociedade).

Palavras-chave: diálogos institucionais; supremacia judicial; controle de constitucionalidade

ABSTRACT

Institutional or constitutional dialogues are presented as a more effective way of understanding and interpreting the constitution than attributing the last word to a specific body, whether legislative or judicial, because more agents deliberating on the subject tend to reduce the incidence of errors. considering the fallibility of institutions, in addition, in the case of a decision by the Federal Supreme Court, it confers greater legitimacy, overcoming the countermajoritarian difficulty and even within the judicial scope, the tools of the public hearing and amicus curie participation favors participatory democracy, in addition to presenting how the dialogues still are an objective to be achieved in Brazil. As for the methodology, the bibliographic research clearly demonstrates the problems of judicial supremacy in the control of constitutionality and the dialogues as the best method for defining the constitution analyzing the institutes of legislative overcoming in the institutional field (STF and National Congress) and public hearing and amicus curie in the social sphere (Constitutional Court and Society).

Keywords: *institutional dialogues; judicial supremacy; judicial review*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO NO BRASIL	9
2.1 Supremacia judicial	12
2.1.1 Crítica institucional à supremacia judicial	13
2.1.2 Crítica democrática à supremacia judicial.	16
3 DEMOCRACIA E DESENHO INSTITUCIONAL	22
3.1 Democracia Deliberativa e Diálogos institucionais.	24
4 MECANISMOS DE DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS.....	27
4.1 Superação normativa	27
4.2 Audiência pública e <i>Amicus Curie</i>.	31
5 DIÁLOGO COMO OBJETIVO A SER ALCANÇADO.....	37
6 CONCLUSÃO.....	41

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, o controle de constitucionalidade tem sido de suma importância para a preservação da supremacia da constituição pois se trata de norma fundamental não se admitindo, portanto, que leis infraconstitucionais e atos administrativos incompatíveis com seu texto, seja em caráter formal ou material, tenham efeitos no mundo jurídico. No entanto há controvérsia no controle de constitucionalidade sobre quem deveria ter a última palavra sobre a constituição, alguns defendem o parlamento, outros a corte constitucional, no caso brasileiro pós-1988 esta tarefa tem sido executada pelo supremo com uma frequência maior do que em períodos anteriores a 1988. Este movimento é chamado de expansão do judiciário, uma vez que mesmo já existindo em constituições anteriores e sendo atribuído ao Supremo Tribunal Federal sua realização, nunca houve tamanho protagonismo da corte sobre questões políticas como na constituição cidadã. É possível determinar alguns motivos para essa mudança de comportamento institucional, dentre eles cabe aqui citar: aumento significativo do rol de direitos fundamentais, contexto pós ditadura e necessidade de limitação estatal, princípios norteadores de interpretação abertos, pluralismo de partidos políticos.

Por outro lado, a teoria dos diálogos institucionais defende que esta decisão seja com ampla deliberação com a participação de instituições diversas e da sociedade civil. Considerando que a pluralidade e dinamismo da contemporaneidade faz com que princípios abstratos e direitos fundamentais sejam apreciados à luz de novos fatos, novas relações sociais, novos contextos econômicos. Logo o tema é de relevante importância e contribui para a manutenção do Estado de direito ao permitir a participação de outros atores na interpretação da carta magna. Outrossim, mitiga as críticas da supremacia judicial como atuação contramajoritária, elitização na interpretação constitucional, judicialização da política, entre outros.

Em suma, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar como o diálogo institucional é um substituto melhor a supremacia judicial. Primeiramente apresentando a expansão do poder judiciário no tocante a hermenêutica constitucional seguido de análise de exemplos normativos do diálogo. Dentre os quais é possível destacar a superação legislativa, a audiência pública e o *amicus curie*. Ademais, será apresentado como os diálogos institucionais oferecem um arranjo melhor para a adequação da visão mais moderna da separação dos poderes e até mesmo de democracia. Por fim as razões das dificuldades para a implementação desse modelo deliberativo e participativo na prática. A conclusão do trabalho é o reconhecimento da construção dialética

sobre a constituição levando em conta as vantagens e desvantagens de cada instituição ser mais desejável em detrimento da última palavra por um só ente.

A relevância de se debater este tema é o fato da desconfiança com os órgãos representativos faz com o judiciário seja para a população uma esperança de ter seus direitos correspondidos. Então, a corte decidir sobre questões políticas é uma prática cada vez mais frequente, seja pelo novo papel atribuído ao Supremo Tribunal federal pela constituição cidadã, seja pela forma como a sociedade se relaciona com seus direitos constitucionais, uma nova postura mais ativa em busca de sua efetivação.

Ocorre que “sociedade” é um termo bem amplo e não é de fácil caracterização, bem como o conceito de “maioria”, então quando se fala e “vontade da maioria” ou “vontade da sociedade” o que de fato isto quer dizer. É possível a maioria em números absolutos ser a minoria no tocante a representação política, de igual modo grupos minoritários tem mais acesso ao meio judicial do que uma vasta parte da população brasileira.¹ Se na democracia há grupos e forças distintas, como se dá essa interação no controle de constitucionalidade onde se discute não apenas direito, como também política.

O que reforça esta afirmação é o fato do Supremo Tribunal Federal não raro utiliza-se de argumentos extrajurídicos para sustentar sua posição. Por exemplo, na ação direta de inconstitucionalidade 5728 onde se discutiu a constitucionalidade ou não da prática da vaquejada, dois elementos constitucionais foram ponderados, o primeiro a proibição da crueldade com os animais e o segundo a livre manifestação cultural. Para declarar a inconstitucionalidade, os ministros a favor da procedência da ação usaram estudos de cunho veterinário para demonstrar a crueldade com os animais².

Outros em desfavor a procedência da demanda, além de atentarem a liberdade de manifestação utilizaram argumentos como econômicos por esses eventos atraírem turistas, movimentar o comércio local, gerar empregos, entre outros. Portanto, como garantir um processo defensores de animais de um lado e do outro os diretamente interessados econômica e culturalmente na demanda, possam participar da deliberação. Logo, a interpretação constitucional baseada no juriscentrismo retira a fundamentação democrática ao restringir o

¹ AVILA, Ana Paula Oliveira, MELO, Karen Cristina Correa de. Separação dos poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de investigações constitucionais**. Curitiba, v.5, n.1 p.83-108, jan/abr 2018

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5728**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília. 19 nov. 2021. 15 fev. 2022. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901> acesso em 06 abr. 2022

debate. Por isso os diálogos institucionais são de vital importância para o modelo de sociedade contemporânea, pelo fato de corresponder melhor as expectativas da população.

Por fim, apesar da importância apresentada o diálogo efetivo ainda possui muitos desafios para a sua interpretação. Seja do ponto de vista da estrutura institucional, seja pelo comportamento dessas instituições e ainda por visão cultural. O trabalho será dividido primeiramente em apresentar como ocorreu a expansão judicial no Brasil, os motivos e como as instituições se portaram para chegar ao ponto em atualmente está. Depois será as críticas ao modelo de supremacia judicial.

2 A EXPANSÃO DO JUDICIÁRIO NO BRASIL

A teoria dos diálogos é crítica também a última palavra pelo parlamento, no entanto após a promulgação da constituição de 1988 que contém a previsão expressa para as intervenções do Supremo no controle das normas como o artigo 102 conferindo a guarda da constituição a corte Suprema³. Portanto as críticas apresentadas no presente trabalho sobre a última palavra, diz respeito a última palavra judicial já que é a configuração nacional. De fato, houve uma concentração deliberativa de temas eminentemente políticos no judiciário ocasionada, em grande parte, pelos fatores a seguir. Primeiro a positivação dos Direitos fundamentais na constituição, segundo o sistema descentralizado de poder, e por último o pluralismo de partidos políticos⁴. Sobre o primeiro ponto, importante destacar que um rol extensivo de direitos fundamentais ainda mais se eles forem abstratos e dependerem de uma postura ativa do Estado facilita a judicialização da política, uma que a ideia é que esses direitos sejam eficazes.

Ainda sobre o primeiro ponto, Kelsen atribui a última palavra a corte constitucional para a declaração de inconstitucionalidade de leis por razões procedimentais e eventualmente direitos expressos e objetivos no texto constitucional com o método de hermenêutica da subsunção⁵, em detrimento de métodos de interpretação sistêmica, teleológica, entre outras. Entretanto, as complexas relações atuais somada ao contexto de ampliação dos direitos fundamentais faz com que não raro há o confronto entre eles tendo o julgador realizar a ponderação de direitos. Logo a subsunção sozinha não abrange todos os desafios modernos necessitando o auxílio de métodos de interpretação abstratos como a proporcionalidade e razoabilidade, isso sem contar com possíveis lacunas normativas. Se a deliberação sobre direitos fundamentais pode resultar na criação de políticas públicas assumindo a corte um papel de legislador positivo, é plenamente cabível que o titular do direito possa participar do processo.

O segundo ponto, a descentralização do poder necessita de uma delimitação seja ela horizontal entre os poderes legislativo, judiciário, executivo ou vertical os entes federados como União, estados e municípios. É necessária a previsão normativa determinando a quem cabe tal tarefa na constituição federal, o que ocasiona no Supremo Tribunal Federal sendo provocado para decidir sobre competência. Mesmo nesse caso é desejável a participação dos entes e

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2022.

⁴ BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**, A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019 p. 148-176

⁵KELSEN, Hans, **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Martin Fontes, 2003 p. 253

instituições no debate, pois sua visão sobre sua condição interna para a realização das tarefas é de importância considerável, além da participação do parlamento devido à possível necessidade de mudança no orçamento.

Por último, a pluralidade de partidos políticos e o regime democrático sustenta o controle de constitucionalidade⁶, uma vez que a constituição estabelece regras a serem seguidas independente do governo que esteja no poder. Fazendo o controle um novo instrumento político para os partidos de oposição questionar atos e leis do governo e em um contexto como o brasileiro de muitos partidos políticos a consequência lógica é uma enorme quantidade de ações de inconstitucionalidade. Ocasionalmente, portanto, uma expansão do processo deliberativo das casas legislativas para o poder judiciário. Sobre a instrumentalização do meio judicial pela política:

A politização da justiça não significa que a justiça ou os juízes anteriormente não eram políticos e agora o são, uma vez que por sua própria natureza os juízes sempre foram e serão atores políticos, tanto de expressão quanto de exercício de poder. O que se pretende dizer quando se fala em politização da justiça é que o governo vigente ou certos partidos políticos ou setores políticos vêm manipulando ou instrumentalizando a justiça e que, ao menos de um ponto de vista normativo, considera-se que este processo é negativo, pois distorce gravemente as funções que são próprias dos juízes.⁷

Logo, essa utilização do meio político de medidas judiciais como uma segunda arena de embates políticos é prejudicial ao sistema. Seja pelo ponto de vista democrático, pois o melhor espaço para a deliberação são as casas legislativas e uma vez definida uma ideologia vencedora naquela questão, os derrotados devem respeitar a decisão ou apresentar novos argumentos para uma nova rodada deliberativa. Mas, não se apresenta salutar a apresentação de ações questionando a constitucionalidade de leis simplesmente por não concordar politicamente com a norma, o ideal seria que o Supremo Tribunal Federal atue em casos em que de fato haja controvérsia sobre a constitucionalidade.

Outra crítica a esse comportamento, se trata sobre a própria separação de poderes pelo o fato da atuação independente dos magistrados. É inegável que a jurisdição constitucional possui um aspecto político e jurídico, sobre o campo político é imprescindível que o magistrado possua independência judicial para decidir sem sofrer com as inúmeras forças políticas. Em suma a politização da justiça não se confunde com independência judicial já que uma se refere

⁶ BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**, A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019 p.92

⁷ GRIJALVA, Agustín. Novo constitucionalismo, ativismo e independência judicial. In AVRITZER, Leonardo; MARONA, Majorie C; DANTAS, Fernando Antônio de C; GOMES, Lillian C.B. **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**. São Paulo: Grupo autêntica, 2017 *E-book*. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788551300138/pageid/5> acesso em 6 abr. 2022, p.126

ao fato da interferência de outros atores definem quando e o que decidir, na independência judicial o juiz é um ator político com liberdade para decidir sem temer retaliações políticas.⁸

As definições do parágrafo acima está sobre o ponto de vista normativo, de uma perspectiva empírica essa relação de maneira um pouco distinta. As pesquisas empíricas demonstram que o juízo pode agir de forma dependente ou independente em maior ou menor grau de acordo com o caso concreto. Em outras palavras, a corte pode agir de forma estritamente a considerar os argumentos técnicos jurídicos ou considerar a conjuntura política inclusive partidária de sua decisão.⁹

Embora a constituição pregue pela teoria normativa, não há como desprezar a conclusão empírica do instrumento. Pelo fato de a constituição não ser apenas um marco normativo, como também um parâmetro para relações reais. Como é possível conciliar o ideal normativo de independência do judiciário com a constatação prática das influências externas na corte constitucional. A resposta está no diálogo aberto e amplo com a sociedade para que os juízes tenham liberdade de decidir como entender melhor, mas que os argumentos de atores externos possam contribuir nesse processo.

Um outro conceito que se relaciona com a expansão judicial e supremacia judicial é o conceito de ativismo judicial. Se trata de um método específico e proativo de interpretar a constituição do judiciário para concretizar os valores e fins constitucionais¹⁰. Para os críticos dessa prática o dever do judiciário é apenas aplicar o direito e não criar normas. Ocorre que nas conceituações, ainda faltam elementos para abranger todas as particularidades do sistema brasileiro:

[...] às especificidades da jurisprudência constitucional brasileira, podem ser identificadas as seguintes hipóteses de ativismo: (I) afastamento significativo do sentido literal do dispositivo interpretado; (II) criação de norma infraconstitucional na hipótese de inconstitucionalidade por omissão; (III) invalidação de norma legal ou administrativa; (IV) criação ou alteração de norma constitucional; (V) imposição de medidas concretas aos poderes Legislativo e/ou Executivo; (VI) pouca deferência a precedentes.¹¹

⁸ GRIJALVA, Agustín. Novo constitucionalismo, ativismo e independência judicial. In AVRITZER, Leonardo; MARONA, Majorie C; DANTAS, Fernando Antônio de C; GOMES, Lillian C.B. **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**. São Paulo: Grupo autêntica, 2017 *E-book*. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788551300138/pageid/5> acesso em 6 abr. 2022, p.126

⁹ GRIJALVA, Agustín. Novo constitucionalismo, ativismo e independência judicial. In AVRITZER, Leonardo; MARONA, Majorie C; DANTAS, Fernando Antônio de C; GOMES, Lillian C.B. **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**. São Paulo: Grupo autêntica, 2017 *E-book*. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788551300138/pageid/5> acesso em 6 abr. 2022 p.127

¹⁰ BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**, A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019 p. 23

¹¹ BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**, A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019 p. 24

O ativismo judicial junto com a supremacia judicial, a qual será mais abordada a frente, implicam numa concentração da última palavra no judiciário. Sendo esta postura uma das causas da expansão judicial sobre o ponto de vista do comportamento institucional e não de uma previsão normativa.

Por fim, há inúmeros outros motivos para explicar a expansão do judiciário nas decisões políticas, no entanto para o presente trabalho há a limitação por esses motivos listados. Devido ao fato de uma forma ou de outra se relacionarem com diálogos institucionais ou constitucionais. Tendo em vista que o rol ampliativo de direitos fundamentais exige uma deliberação sobre como aplicá-los, a definição de competência exige o debate do papel de cada instituição, o jogo político por meio da Corte reabre uma discussão vencida em sede do legislativo.

Mas, antes de adentrar nas vantagens dos diálogos institucionais faz se necessária a definição da supremacia judicial. Pelo fato de nem toda intervenção da Suprema Corte deva ser combatida, pelo contrário o controle de constitucionalidade judicial é de vital importância para a democracia e proteção de minorias. Ainda mais seguindo as premissas de falibilidade das instituições, por isso nos próximos blocos será trabalhado o conceito de supremacia judicial e a importância da corte constitucional em regimes democráticos.

2.1 Supremacia judicial

Para fim deste trabalho será utilizado o conceito de supremacia constitucional do professor Rodrigo Brandão:

[...] supremacia judicial: em sentido formal, significa que decisão constitucional da Suprema corte somente pode ser revertida por emenda constitucional; em sentido material, consiste na enorme dificuldade prática da reversão da interpretação judicial da Constituição, representando, no mais das vezes, a sua definitividade; em sentido amplo, significa uma hiperjudicialização, em que a maioria dos conflitos políticos se reconduz a controvérsias constitucionais, em cujo deslinde o judiciário desempenha o papel de protagonista.¹²

Sobre a supremacia judicial em sentido amplo já foram demonstrados os motivos para esse fenômeno. Neste momento, o mais importante é o sentido material, não resta dúvida que a emenda constitucional pode superar entendimento do Supremo, a não ser que se trate de cláusula pétreia. Mesmo porque o legislador não está vinculado as decisões da corte e se muda o próprio objeto de interpretação da controvérsia. Mas, e quando se trata de legislação infraconstitucional como ocorre esta dinâmica.

¹² BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**, A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019 p. 323

Para chegar a uma resposta a esta questão, necessita primeiro de uma definição sobre o papel da decisão judicial sobre a constitucionalidade das normas em um Estado democrático de Direito. Se sua função seria apenas uma abertura a um debate sobre o dispositivo em lide ou uma definição terminativa, Conrado Hubner aborda o conceito de “rodada procedimental”¹³, ou seja, as decisões institucionais devem ser deliberadas considerando o tempo. Então naquele momento determinada instituição decidiu de tal forma, mas nada impede de em um tempo futuro outra instituição questione a posição adotada iniciando uma nova rodada de deliberação. O entendimento do Supremo na ação direta de inconstitucionalidade 5105 é de que leis infraconstitucionais visando superar a decisão constitucional possui presunção relativa de inconstitucionalidade¹⁴, devendo o legislador apresentar novos argumentos para a constitucionalidade da lei.

No mesmo acordão, há previsão de uma análise mais criteriosa da lei superadora, portanto existe um custo político para reverter decisões judiciais, como é comum até mesmo em países de supremacia do parlamento como o Canadá que possui a *override clause* instrumento para retomar lei declarada inconstitucional com o limite temporal de cinco anos. Mesmo com a previsão nesse país o instituto é pouco utilizado devido ao alto custo político envolvido¹⁵, no sistema brasileiro que é *civil law* e supremacia judicial a superação normativa por lei infraconstitucional é rara e se torna alvo de diversas críticas. Conforme a decisão apresentada é imperativo o legislativo trazer novos argumentos para uma revisão da corte, se não ocorre a simples declaração de inconstitucionalidade da nova lei. Dentre as inúmeras críticas a esta situação, cabe ressaltar dois prismas de argumentação, o primeiro sobre a relação institucional e o segundo o ponto de vista democrático.

2.1.1 Crítica institucional à supremacia judicial

No presente tópico será apresentado as deficiências que o modelo de supremacia judicial traz sobre o ponto de vista institucional, uma vez que descentralização do poder estatal não se deu de forma aleatória e possui historicamente uma razão de existir. No entanto as necessidades do tempo moderno requerem uma atualização no sistema. A teoria de separação dos poderes

¹³ MENDES, C.H, **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008 p. 190

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5105**. Tribunal pleno. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília. 01 de outubro de 2015. 04 de abril de 2015 Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur342540/false> acesso em 25/02/2022

¹⁵ RAMOS Paulo Roberto; PINHEIRO, Analissa Barros. Diálogo institucional: um estudo comparado. **Revista da AGU**, Brasília, v. 17, n. 02, p. 295-320, abr. 2018

clássica foi desenvolvida em grande parte para limitar a atuação estatal por meio de freios e contrapesos em que cada poder fiscaliza e limita o outro, mas a expansão do poder judiciário descrita no capítulo anterior demanda uma cooperação maior dos poderes substituindo a rigidez do modelo clássico de separação dos poderes¹⁶. Logo a independência dos poderes no constitucionalismo moderno ganha características harmônicas entre os órgãos dos diversos ramos do poder, tendo em vista que a mera limitação de poder estatal concentrado em um só polo não é suficiente para abranger as complexas relações sociais, culturais e políticas, urge a necessidade de uma nova forma de compreender a divisão das funções estatais.

A doutrina dos diálogos institucionais tenta fornecer esta resposta ao reconhecer as virtudes e deficiência de cada intérprete da constituição levando em conta questões como tempo, informação, conhecimento¹⁷. É possível citar como exemplo o fato de a corte não se preocupar com eleições como os parlamentares e, portanto, é um poder com maior habilidade de defender minorias não representadas no congresso nacional como negros que representam 55% da população brasileira, mas não nem 25% do parlamento¹⁸. Por outro lado, o abrangente catálogo de direitos fundamentais trazidos pela constituição de 1988 faz com que a corte constitucional seja provocada não apenas para tratar de direitos da minoria como também para decidir sobre questões políticas. Neste caso o exemplo é o direito ao acesso à saúde, um direito social de segunda geração que necessita uma postura ativa do Estado para sua efetivação.

Ocorre que, o direito à saúde é bem mais complexo do apenas o direito subjetivo do cidadão a determinado remédio pois envolve diversos outros agentes como classe médica, o mercado da área de saúde, ONGs e escritórios de advocacia interessados na judiciliazação¹⁹. Portanto seria melhor neste os órgãos representativos decidirem sobre o tema, pois as casas legislativas possuem vantagens para decidir em questões como esta, seja pelo fato de poder agir sem provocação e sem limitação de tempo, seja por possui maior acesso a informações sobre o orçamento do Estado. Deste modo, já afastando a “reserva do possível” um argumento bastante utilizado pelo poder público para a não realização de políticas públicas para atender

¹⁶ BRITTO, Melina Carla de Souza, ERZINGER, Fernanda Huss, BARBOSA, Claudia. O diálogo entre os poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial.

Revista Eletrônica de Direito e política, Itajaí, v.16, n.2, mai/set, 2021

¹⁷ BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**, A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019 p.226

¹⁸ DINIZ, Marcela. Sub-representação política de mulheres e negros é criticada na CDH. **Rádio Senado**. 16 de abr de 2019. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2019/04/16/sub-representacao-na-politica-prejudica-minorias-mulheres-e-negros-denunciam-participantes-de-debate-na-cdh> acesso em 25 de mar de 2022

¹⁹ AVILA, Ana Paula Oliveira, MELO, karen Cristina Correa de. **Separação dos poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde**. Revista de investigações constitucionais. Curitiba, v.5, n.1 p.83-108, jan/abr 2018

determinado direito. Porém, há de se constatar que a deficiência política para o cumprimento dos direitos prestacionais incentiva a busca judicial pelo cidadão para sua efetivação.

É neste contexto que os diálogos institucionais podem acrescentar em comparação à supremacia judicial, pois no próprio direito à saúde a decisão de obrigar o poder público a fornecer um determinado medicamento pelo poder judiciário requer uma série de informações técnicas e não jurídicas²⁰, além de interesses diversos:

A judicialização da saúde implica, é certo, a atuação do médico, que prescreve determinado tratamento ou medicamento que vem a ser pleiteado pela via judicial. Em que pese a relevância da opção pelo tratamento indicado, a questão vai muito além da decisão do médico porque implica o custo referente aos tratamentos e medicamentos prescritos, que devem ser financiados por alguém (no caso, pelo Estado) e proporcionam elevados lucros neste mercado. Como em todo mercado lucrativo, diversos interesses atuantes e por vezes conflitantes podem ser identificados. A par do interesse do próprio paciente, uma pequena amostragem de casos ocorridos no Brasil evidencia que há outros interesses presentes. A propósito do julgamento sobre os medicamentos de alto custo pelo STF, a Revista Época divulgou matéria sobre "o caso do paciente de R\$ 800 mil", referindo-se a um paciente portador de uma rara anemia, a Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN), que promove uma série de complicações como a trombose em diversos órgãos e pode levar à morte.²¹

Em suma, a crítica da supremacia judicial pela óptica institucional se caracteriza por não levar em conta as virtudes que intérpretes fora da seara judicial pode acrescentar para a tomada de decisão mais próxima da certa. Restando claro que nem sempre a corte possui os melhores meios para ter a última palavra sobre determinado tema, já na doutrina dos diálogos é reconhecida que a melhor tomada de decisão ocorre quando as capacidades de cada instituição são respeitadas, é a denominada “capacidade institucional”²². Em outras palavras, o reconhecimento de que cada instituição possui uma vantagem ou melhor condição para decidir sobre determinado assunto. Por isso a concentração deste polo decisório unicamente em um dos poderes ignora o potencial de cada instituição e contribui para resultados de baixa qualidade. Ademais sobre o ponto de vista estrutural não reflete a moderna leitura da separação de poderes que incentiva a atuação harmônica e conjunta dos poderes.

De fato, retornando ao início deste tópico a intenção da divisão dos poderes do estado não se limita apenas a proteger o indivíduo da tirania do poder público e, portanto, evitando a

²⁰ AVILA, Ana Paula Oliveira, MELO, karen Cristina Correa de. Separação dos poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de investigações constitucionais**. Curitiba, v.5, n.1 p.83-108, jan/abr 2018

²¹ AVILA, Ana Paula Oliveira, MELO, karen Cristina Correa de. Separação dos poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de investigações constitucionais**. Curitiba, v.5, n.1 p.83-108, jan/abr 2018

²² BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**, A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019 p. 226

concentração de poder em um único polo. Mas também propor a cooperação entre eles para superar os desafios do mundo atual, o controle de constitucionalidade em uma leitura clássica da separação dos poderes se encontraria exatamente no primeiro caso de impor limite ao poder de legislar do Estado. Porém numa leitura mais atual é imperativa uma relação mais fluída entre os ramos do poder, mesmo a própria base normativa não determina a última palavra ao judiciário²³.

Logo é possível aferir que a diálogo é fruto de uma atual configuração da separação de poderes²⁴, assim como é possível constatar que Direito e política possuem relação próxima e, portanto, o diálogo não pode se resumir a questões institucionais, mas também a adição de povo. No próximo tópico será trabalhado as críticas à supremacia judicial sobre a óptica da democracia pela falta de participação popular.

2.1.2 Crítica democrática à supremacia judicial

Os diálogos institucionais além de garantirem uma atualização ao modelo da separação dos poderes é uma forma de dar legitimidade ao controle de constitucionalidade. Pois é notório o fato de juízes não eleitos anularem uma decisão tomada por representantes democraticamente escolhidos pela população. Mas não se despreza que o controle de constitucionalidade e a participação das cortes constitucionais por meio do controle de constitucionalidade é de vital importância para as democracias modernas, nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso:

A premissa subjacente a esse raciocínio tampouco é difícil de se enunciar: a política majoritária, conduzida por representantes eleitos, é um componente vital para a democracia. Mas a democracia é muito mais do que a mera expressão numérica de uma maior quantidade de votos. Para além desse aspecto puramente formal, ela possui uma dimensão substantiva, que abrange a preservação de valores e direitos fundamentais. A essas duas dimensões – formal e substantiva – soma-se, ainda, uma dimensão deliberativa, feita de debate público, argumentos e persuasão²⁵

Logo a democracia não é apenas a vontade da maioria como também a observação de valores e de direitos. Além da deliberação, do debate público e do convencimento este é o prejuízo que a supremacia judicial traz ao restringir apenas ao meio judicial o debate sobre o

²³ BRITTO, Melina Carla de Souza, ERZINGER, Fernanda Huss, BARBOSA, Claudia. O diálogo entre os poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. **Revista Eletrônica de Direito e política**. Itajaí, v.16, n.2, mai/set, 2021

²⁴ BRITTO, Melina Carla de Souza, ERZINGER, Fernanda Huss, BARBOSA, Claudia. O diálogo entre os poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. **Revista Eletrônica de Direito e política**. Itajaí, v.16, n.2, mai/set, 2021

²⁵ BARROSO, Luís R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. Disponível em: Minha biblioteca, 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019 *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553611959/pageid/4>, p 419

tema controverso. Não se defende aqui que o campo judicial não participar do debate e sim que o faça em conjunto com a participação popular.

Pelo simples fato de direito e política terem relação íntima já que um define os limites do outro²⁶ é desejável que o povo possa ao menos expressar suas opiniões e posicionamentos sobre determinado tema ainda mais pela pluralidade social. Muito embora o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado de certos mecanismos para suprir essas lacunas como será abordado mais adiante, o modelo ainda está bem longe de contar com efetiva participação social.

Ademais, Waldron diz a sociedade plural possui o que ela chama “desacordo moral”, sobre direitos fundamentais logo para as concepções de direitos e deveres serem respeitadas por todos. Para que isso ocorra o procedimento deve ser o elemento mais importante, ou seja, um processo que leve em conta todos os pontos divergentes sobre o assunto tende a ser mais respeitado²⁷ pela sociedade. Pois sempre haverá visões de mundo diferentes, este desacordo permeia não apenas as políticas como os direitos individuais, ora se os direitos do Homem forma concebidos como uma proteção individual contra eventuais abusos do Estado nada mais justo que o titular possa participar da deliberação sobre temas importantes para sua vida²⁸.

Além disso como já mencionado no presente trabalho as instituições e os procedimentos estão sujeitos a falhas como é comum em qualquer atividade humana. Devido a este fato medidas injustas podem ocorrer, por isso é tão relevante um processo amplo como diversos posicionamentos para que mesmo a solução encontrada não seja a melhor, tenha o respeito de todos. Em suma o procedimento mais democrático é a ampla participação para o povo se sujeite ao próprio erro e não ao de terceiros²⁹.

Mesmo em lugares onde a opinião pública é a favor do controle de constitucionalidade, ainda há críticas a sua legitima por conceitos teóricos abstratos:

[...] é possível questionar a sua legitimidade democrática a partir de argumentos teóricos respeitáveis, o principal deles consiste em méritos intrínsecos da deliberação levada a cabo em órgão eletivos, idealizada para privilegiar a igualdade política dos eleitores e permitir que as concepções políticas divergentes possam testar umas às outras. Ou ainda a inadequação do judiciário para a realização de escolhas que pressuponham responsabilidade política e para avaliação complexa, correndo-se o risco de captura de interesse pelos grupos com maior acesso à justiça³⁰

²⁶ MEDONÇA, Eduardo, Jurisdição como canal de processamento do autogoverno democrático. In SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense 2015 p.165

²⁷ WALDRON, jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004 p.250-251

²⁸ BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**, A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? 2º edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019 p.230

²⁹ BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**, A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019 p.232

³⁰ MEDONÇA, Eduardo, Jurisdição como canal de processamento do autogoverno democrático. In SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense 2015, p.136

Sobre a questão da captura por grupos com maior acesso ao sistema judicial, é possível retornar ao exemplo do tópico anterior sobre o direito a saúde no caso específico de fornecimento de medicamentos não previstos no sistema único de saúde. Via de regra a indicação de remédios para os pacientes é de responsabilidade do médico, porém se observa-se nos casos de judicialização deste tipo de demanda ocorre por vezes uma substituição deste papel pelos juízes que dão aval a medicamentos não baseados em evidências científicas ou que tem a mesma eficácia que um substituto mais barato. Evidenciando assim a pressão dos grandes laboratórios farmacêuticos no julgamento³¹ afastando a noção dos defensores da supremacia judicial de que as cortes são melhores para decidir a constitucionalidade das leis pois não estariam sujeitas as pressões externas que o legislador está.

Por outro lado, não há de cair em uma armadilha de uma concepção simplista de que o legislador representa a vontade fiel da vontade do povo e que o juiz não detém legitimidade alguma até porque existe limites na representação política e outras formas de transferência de legitimidade ³². Por isso reforçada a necessidade do diálogo entre os dois poderes, principalmente no cenário atual de descontentamento da política por parte da população, onde o judiciário seja a “última esperança” da população.

Entretanto a corte pela visão moderna de separação dos poderes serve como um complemento aos órgãos representativos, mas não uma substituição total. Talvez a melhor posição adotada por diversos tribunais ao redor do mundo é a de se contrapor a políticas majoritárias com certa abertura a participação popular³³. Pois a função do controle de constitucionalidade continua ser impedir a tirania da maioria, entretanto assim como o modelo de separação de poderes necessita de uma atualização o instituto do controle tem de se adequar as novas configurações de uma sociedade plural com amplo acesso à informação e descrente com a política representativa.

O outro aspecto de vital importância para se analisar no tocante a diálogos institucionais e controle de constitucionalidade é a já citada anteriormente relação entre direito e política. Como a base normativa para a realização da jurisdição constitucional foi elaborada pelo constituinte originário, ou seja, agentes políticos é impossível a incomunicabilidade entre os dois pontos. Pela via inversa, os parâmetros jurídicos previstos na constituição limitam a

³¹ AVILA, Ana Paula Oliveira, MELO, Karen Cristina Correa de. Separação dos poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de investigações constitucionais**. Curitiba, v.5, n.1 p.83-108, jan/abr 2018

³² MEDONÇA, Eduardo, *Jurisdição como canal de processamento do autogoverno democrático*. In SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense 2015, p. 136

³³ MEDONÇA, Eduardo, *Jurisdição como canal de processamento do autogoverno democrático*. In SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense 2015, p.138

atividade política se esta limitação se dá por comandos objetivos é fácil constatação. A controvérsia existe, no entanto, quando os inúmeros imperativos jurídicos possuem princípios abstratos, múltiplas interpretações necessitando uma discussão ampla sobre tema que antes de ser um debate político é na verdade jurídico:

Nos casos em que haja uma norma objetiva acerca de determinada situação, o resultado esperado é o reconhecimento de uma barreira fixada à vontade política[...] de outra sorte, nas numerosas situações em que as exigências normativas admitam formas múltiplas de interpretação, é natural e inevitável que o debate político, se converta, em primeiro lugar, em uma atividade de concretização de comando jurídicos³⁴

Logo a teoria dos diálogos institucionais auxilia no encontro do ponto de equilíbrio entre os comandos jurídicos e da deliberação política não apenas entre as instituições como já apresentado no tópico anterior como também a participação popular no processo de deliberação. Visando uma aceitação popular mais plena, mas reconhecendo ainda a parte jurídica do processo, pois a previsão normativa guarda valores faz-se necessário então o ponto de equilíbrio entre direito e política. Portanto, a participação de outros atores na elaboração do sentido da constitucionalidade das normas incentiva uma democracia mais ativa da população em geral e permite que as instituições representativas como o congresso nacional dividam o ônus da decisão junto com a corte. Tendo em vista que é imprescindível ter uma decisão final ainda que provisória, no intuito de não gerar instabilidade:

É por isso que a ideia de última palavra continua a desempenhar algum papel, apesar de termos amenizado sua importância, quer pela inevitabilidade da resposta ao longo do tempo, caso persista o desacordo, quer pela capacidade de a deliberação reduzir o dissenso, ou ao menos despertar respeito mútuo e a deferência³⁵

Logo se há necessidade de estabelecer uma última palavra mesmo de forma provisória deve ser atribuído a alguém para ser o detentor dessa atribuição. Para definir a razão deste instituto ficar com o judiciário é preciso uma análise histórica do instituto, em verdade a intenção não foi a da maioria se submeter a vontade de uma elite judicial, mesmo porque o surgimento e expansão do instituto está relacionado a movimentos de democratização ou redemocratização³⁶. o caso nacional por exemplo, mesmo que já houvesse a previsão em constituições anteriores foi no período pós-regime militar a solidificação da jurisdição constitucional.

³⁴ MEDONÇA, Eduardo, *Jurisdição como canal de processamento do autogoverno democrático*. In SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense 2015, p.142

³⁵ MENDES, C.H, **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) - faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008 p. 210

³⁶ MEDONÇA, Eduardo, *Jurisdição como canal de processamento do autogoverno democrático*. In SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense 2015 p. 147

Em outras nações, a solidificação se deu em contexto de redemocratização, descolonização ou ainda em países mais desenvolvidos a adoção do sistema é aperfeiçoar suas democracias, como evitar abusos ocupantes eventuais do poder. Possuindo ligação direta com a já abordada no tópico anterior separação de poderes, no entanto a ideia de a corte seria uma barreira insuperável contra maiorias de forte representação é questionável como no já citado neste tópico direito ao acesso à medicação.

Em conclusão, como o desacordo faz parte das sociedades modernas um procedimento mais participativo além de tornar o mais democrático e mais fácil de ser aceito por aqueles que não concordam com o resultado. Os diálogos supremam esta lacuna à medida que visa uma construção entre diversos atores com características únicas que elevam a qualidade da decisão e sua legitimidade do órgão que a tomou. No tocante a qualidade do resultado, existe uma questão especialmente quando há efeitos *erga omnes* nos entendimentos do Supremo Tribunal Federal que é as consequências para os diversos entes da sociedade, ou seja, os efeitos no sistema de sua decisão³⁷.

Uma participação ampla possui também o benefício do aumento de chance de se evitar efeitos indesejáveis, efeitos estes que quando não esperados podem fazer diferença em como a sociedade lida com a jurisdição constitucional. Por isso a opinião pública na fase pré-decisional da corte constitucional sim sua atuação:

[...] *Public opinion as political constraint, however, relates to the inverse causal direction. It does not concern the actual effect of decision already taken on public opinion thereafter, but how the trends of pre-decisional public opinion affect and shape the judicial decision.*³⁸

Portanto é imperativo uma maior participação popular no processo de deliberação bem como tornar transparente que visões e argumentos fizeram o tribunal decidir desse jeito pelo princípio do livre convencimento justificado. Logo os juízes têm o dever de fundamentar seus posicionamentos em bases sólidas e não em opiniões pessoais, após apresentar o fenômeno da expansão judicial, o conceito de supremacia judicial e suas críticas do ponto de vista institucional e democrático nos próximos capítulo será abordado quais mecanismos os diálogos institucionais ou constitucionais possuem para amenizar esses problemas.

Em primeiro lugar a superação normativa e a importância da definição pelo Supremo da razão determinante de seu posicionamento, em seguida como a utilização do *amicus curie* e

³⁷ SUSTEIN, Cass, VERMEULE, Andrian. *Interpretation and institutions. Michigan Law Review. Michigan*, v.101, n. 4, p.885/951, 2003

³⁸ MENDES, C.H, *Constitutional Courts and deliberative democracy Oxford University Press. Oxford*, 2013 p.51

da audiência pública amplia a participação popular nos julgamentos se efetivamente influenciarem a decisão dos ministros.

Mas antes de se é necessário um estudo da democracia e como a estrutura institucional se relaciona com ela, passando pelos vários modelos de democracia desde a teoria liberal a participativa, e por fim como a democracia deliberativa auxilia os diálogos institucionais.

3 DEMOCRACIA E DESENHO INSTITUCIONAL

Ao contrário do que se possa imaginar o conceito de democracia não é tão objetivo a ponto de não criar diversas interpretações, a forma mais comum de democracia e que é adotada atualmente no Brasil é a democracia representativa com representantes eleitos. Há, no entanto, críticas a este modelo como a forma indireta de representação e os poucos meios democráticos além do voto com a agravante citada no capítulo anterior crise de confiança na política³⁹, soma-se a expansão do poder judiciário apresentada no capítulo 1 e ocorre uma mudança na relação institucional necessitando de uma nova configuração baseada no debate e diálogo.

Embora os Estados modernos vão em diferentes direções para modelar sua democracia, a ideia constante neste processo é de os assuntos públicos devem ser tratados pelo povo⁴⁰. Com a devida ressalva que a vontade do povo não pode ir de encontro aos direitos individuais sendo esse elemento que confere em tese o caráter contramajoritário do poder judiciário. Isto conforme diz a teoria liberal da democracia, que distingue as questões da sociedade decididas pelo povo e a esfera individual que cabe ao próprio titular do direito⁴¹, saindo dessa teoria e chegando nas teorias participativas a preocupação principal se torna a propagação da informação e sua qualidade para que o debate público⁴². No contexto moderno de desinformação e de *fake News* a democracia tem seu funcionamento prejudicado, mas uma análise dos efeitos desse tipo de conduta no sistema democrático requer um estudo próprio e não é o objetivo do presente trabalho.

Mesmo porque, se o ponto comum dos desenhos democráticos é o povo decidindo sobre os assuntos pertinentes a coletividade, é possível afirmar que a deliberação e o debate são intrínsecos à democracia:

[...] Para começar, talvez seja necessário polir a pergunta que serve de base ao debate, posto que quando se questiona como é possível que autoridades não eleitas, como os juízes, invalidem decisões da maioria democrática, sugere-se que entre os juízes e a maioria democrática ou seus representantes há um conflito insolúvel, e que alguém deve ter a última palavra. Não obstante, estimamos que o inerente a uma concepção dinâmica e deliberativa de democracia é que nela ninguém tem a última palavra, pois democracia é debate permanente. Inclusive, o que é decidido por uma maioria

³⁹ MEDONÇA, Eduardo, Jurisdição como canal de processamento do autogoverno democrático. In SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense 2015, p. 137

⁴⁰ MORAES, Maria Valentina de, LEAL, Mônica Clarissa Henning. O diálogo institucional e as teorias da democracia: Contribuições do modelo deliberativo para a articulação entre os poderes no Brasil. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v.25, p.32-44, set/dez, 2020

⁴¹ MORAES, Maria Valentina de, LEAL, Mônica Clarissa Henning. O diálogo institucional e as teorias da democracia: Contribuições do modelo deliberativo para a articulação entre os poderes no Brasil. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v.25, p.32-44, set/dez, 2020

⁴² MORAES, Maria Valentina de, LEAL, Mônica Clarissa Henning. O diálogo institucional e as teorias da democracia: Contribuições do modelo deliberativo para a articulação entre os poderes no Brasil. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v.25, p.32-44, set/dez, 2020

conjuntural – por exemplo, a reforma de uma lei mediante um plebiscito – pode e deve ser discutido, pois desde o próprio ponto de vista democrático, o que fora votado pode ser contrário ao que anteriormente fora decidido por uma maioria constituinte ao ditar uma Constituição.⁴³

O caráter contramajoritário deve ser interpretado dentro da estrutura dinâmica da democracia. Por exemplo, todas as decisões da maioria inevitavelmente são interpretadas fato é que em um processo judicial comum o que se verifica são diversas apresentando seus argumentos e o magistrado decide quem está com a razão. Na jurisdição constitucional ocorre processo semelhante com o objeto de interpretação a vontade da maioria expressa em lei ou ato normativo⁴⁴. Portanto, sempre existirá interpretações posteriores das leis por diversos atores. Como primeiramente, a autoridade obrigada a prestar determinado direito, na esfera dos direitos fundamentais, em segundo o próprio cidadão ao reclamar seu direito deve ter uma interpretação próprio sobre seu sentido.⁴⁵

Por fim, se as autoridades competentes não cumprirem as obrigações previstas na constituição, o poder judiciário é provocado para interpretar à sua maneira a norma controvertida. Logo, a definição se o direito ao acesso à saúde envolve o fornecimento de certo medicamento no sistema único de saúde ou se o direito à educação envolve a matrícula de determinada criança a creche é resultado de inúmeras interpretações. Essas interpretações, entretanto, não possuem o mesmo peso sendo a autoridade pública limitada pelo legislador na edição de leis, a interpretação dos cidadãos depende de como forem processadas pelos os meios institucionais ou pela sua representação política, as interpretações da doutrina e academia possuem seu valor na razoabilidade.⁴⁶ Assim para um processo democrático:

Em suma, o postulado que proponho para o debate é o de que um juiz democrático é aquele que no seu trabalho interpretativo respeita e faz respeitar as condições de igualdade da discussão, aquele que escuta e dialoga com as partes envolvidas, e estende o diálogo a uma série de discussões produzidas na doutrina, à jurisprudência, à opinião pública e a outros discursos relevantes para a adoção de uma decisão.

⁴³ GRIJALVA, Agustín. Novo constitucionalismo, ativismo e independência judicial. In AVRITZER, Leonardo; MARONA, Majorie C; DANTAS, Fernando Antônio de C; GOMES, Lillian C.B. **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**. São Paulo: Grupo autêntica, 2017 *E-book*. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788551300138/pageid/5> acesso em 6 abr. 2022, p. 123

⁴⁴ GRIJALVA, Agustín. Novo constitucionalismo, ativismo e independência judicial. In AVRITZER, Leonardo; MARONA, Majorie C; DANTAS, Fernando Antônio de C; GOMES, Lillian C.B. **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**. São Paulo: Grupo autêntica, 2017 *E-book*. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788551300138/pageid/5> acesso em 6 abr. 2022, p.123

⁴⁵ GRIJALVA, Agustín. Novo constitucionalismo, ativismo e independência judicial. In AVRITZER, Leonardo; MARONA, Majorie C; DANTAS, Fernando Antônio de C; GOMES, Lillian C.B. **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**. São Paulo: Grupo autêntica, 2017 *E-book*. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788551300138/pageid/5> acesso em 6 abr. 2022 p.123

⁴⁶ GRIJALVA, Agustín. Novo constitucionalismo, ativismo e independência judicial. In AVRITZER, Leonardo; MARONA, Majorie C; DANTAS, Fernando Antônio de C; GOMES, Lillian C.B. **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**. São Paulo: Grupo autêntica, 2017 *E-book*. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788551300138/pageid/5> acesso em 6 abr. 2022 p. 124

Inclusive a própria sentença pode ser objeto de novas deliberações mediante recursos de apelação ou revisão da constitucionalidade.⁴⁷

Embora, a autor fale em juiz é possível a ampliação para corte constitucional, tendo em vista o objeto de julgamento desse tribunal. Para atingir a efetivação dos direitos amplos da constituição de 1988, é imperativo um debate sobre inúmeros assuntos, alguns extrajurídicos. Nesse sentido os diálogos institucionais oferecem um desenho mais apropriado para os desafios modernos ao permitir a revisão de posicionamentos a partir de fundamentos apresentados por inúmeros agentes, proporcionando assim um ambiente onde os melhores argumentos fundamentam o controle de constitucionalidade.

Tanto no caso da teoria liberal, quanto na teoria participativa há críticas sobre a participação efetiva da população. Seja na extensão de um direito individual de natureza negativa, quanto em direitos coletivos de natureza prestacional é requerida a apresentação das visões múltiplas da sociedade para uma democracia plena. Por isso será aprofundado no próximo tópico como se configura a democracia deliberativa e sua relação estreita com os diálogos institucionais. O intuito aqui não é apresentar um sistema perfeito de democracia até porque tal modelo sem defeitos não é realista, mas sim apresentar como o conceito de democracia deliberativa e diálogos podem mitigar as crises de representação e legitimidade atuais.

3.1 Democracia Deliberativa e Diálogos institucionais

Se o ponto em comum nos tipos de democracia é a opinião do povo para decidir sobre questões públicas, o ponto controverso é de como esse pensamento coletivo se manifesta e se ele de fato existe. Pois a principal crítica a democracia efetiva é a sua idealização tendo dificuldades na sua aplicação no mundo real devido à ausência mecanismos que garantam de fato um debate amplo com qualidade⁴⁸.

No entanto a premissa deliberativa pode qualificar o modelo democrático com os diálogos institucionais especialmente no tocante ao controle de constitucionalidade, pois nela há debate sobre direitos individuais de extrema relevância para a teoria liberal de democracia e definição de políticas públicas que interessa as teorias participativas. Ademais, para otimizar

⁴⁷ GRIJALVA, Agustín. Novo constitucionalismo, ativismo e independência judicial. In AVRITZER, Leonardo; MARONA, Majorie C; DANTAS, Fernando Antônio de C; GOMES, Lillian C.B. **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**. São Paulo: Grupo autêntica, 2017 *E-book*. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788551300138/pageid/5> acesso em 6 abr. 2022

⁴⁸ MORAES, Maria Valentina de, LEAL, Mônica Clarissa Henning. O diálogo institucional e as teorias da democracia: Contribuições do modelo deliberativo para a articulação entre os poderes no Brasil. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v.25, p.32-44, set/dez, 2020

de fato o processo deliberativo é imperativo uma mudança no comportamento das instituições no sistema brasileiro, pois normalmente o que se vê é uma relação adversária entre os ramos do poder.

O mais recomendável para a corte agir de forma minimalista, entretanto há o risco da menor atuação judicial acarretar danos ao sistema, logo para tornar mais objetiva a conduta desejada e possível a seguinte observação desses parâmetros objetivos: Natureza e gravidade do dano a ser causado, existência ou não de uma política pública concebida com o objetivo de conciliar os interesses em jogo, vulnerabilidade das pessoas ou interesse que se pretende resguardar⁴⁹. Em outras palavras quanto maior for o possível dano daquela lei ou ato normativo mais apto estará a corte a intervir para por exemplo para proteger o processo democrático, no momento há vários movimentos que atacam o sistema brasileiro. além de como já mencionado a constituição possuir uma noção diretiva, ou seja, determina a atuação estatal, mas nem sempre o poder público acompanha as necessidades dos novos tempos e não cria políticas públicas para garantir direitos. Por último a função primordial do controle de constitucionalidade de proteger minorias permite uma postura mais ativa da jurisdição constitucional.

Contudo, ainda que nesses casos exista uma possibilidade de uma maior atuação do poder judiciário é desejável um diálogo entre os diversos atores para uma decisão ao interesse social. Nesse sentido que a teoria da democracia deliberativa auxilia os diálogos institucionais para alcançar esse objetivo já que uma lógica de conversa aberta entre os poderes e com a população abre uma possibilidade de decisões judiciais melhores. Levando em conta os conhecimentos de cada instituição com já mencionado no tópico da crítica institucional além de entregar uma maior legitimidade ao controle de constitucionalidade. Os modelos de democracia priorizam elementos que consideram mais relevante para sua sociedade por isso é difícil definir um desenho institucional ou sistema mais “democrático”⁵⁰, mas independente de qual seja os objetivos do modelo a democracia sempre está intimamente ligada a constituição em que os desejos da coletividade são metas a serem alcançadas.

Mas, todos esses objetivos devem serem alcançados sem desconsiderar os direitos individuais, logo seja no caso de uma política pública em que não atenda ao direito estabelecido na constituição ou no caso de definir o limite de certo direito individual. A lógica deliberativa é de vital importância para a produção de resultados melhores e aceitação popular

⁴⁹ MEDONÇA, Eduardo, Jurisdição como canal de processamento do autogoverno democrático. *In* SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense 2015, p.140

⁵⁰ MEDONÇA, Eduardo, Jurisdição como canal de processamento do autogoverno democrático. *In* SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense 2015, p.170

No próximo capítulo será abordado como o modelo brasileiro tenta realizar esse diálogo apresentando exemplos de mecanismos de diálogo e como as dificuldades para um diálogo efetivo os tornam peças de relevância mitigada em comparação ao todo potencial dos diálogos.

4 MECANISMOS DE DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Neste capítulo será abordado como os diálogos institucionais ou constitucionais responde a questões postas a começar pela capacidade institucional pois cada instituição tem vantagens e desvantagens sobre determinado tema devido a própria natureza de cada órgão do Estado. Logo no próximo tópico será trabalhado a superação normativa do parlamento de decisão da suprema corte reconhecendo que o entendimento judicial se trata de uma última palavra em certo tempo. Mas que pode ser revista em um momento futuro por outro poder uma vez que o judiciário não possui exclusividade na guarda da constituição. Mais adiante será trabalhado a audiência pública e o *amicus curie* para mitigar a crítica democrática a supremacia judicial, tanto em um caso como no outro persiste certos comportamentos que mitigam o potencial de deliberação no sistema brasileiro o que faz os diálogos institucionais um objetivo a ser alcançado conforme será trabalhado no capítulo 5.

4.1 Superação normativa

A superação de entendimento do Supremo Tribunal Federal pode tanto normativamente quanto empiricamente, porém não abordado aqui a mudança de posição da corte por meio de ataques institucionais como o aumento no número de cadeiras de ministros, fechamento do tribunal entre outras formas de pressionar a corte. Pois embora este tipo de mecanismo mude o entendimento empiricamente não se estabelece um diálogo já que não se discute uma questão específica e sim a instituição por inteiro⁵¹ por isso será abordado aqui a superação normativa por meio de emendas e leis infraconstitucionais.

Conforme já mencionada no trabalho, o Supremo Tribunal federal na ADI 5105 reconheceu a possibilidade de lei contra o entendimento da corte. Esta possibilidade, entretanto, é somente quando o legislador apresentar novos argumentos e fato que justifiquem uma nova interpretação do dispositivo caso contrário a lei é declarada inconstitucional nas palavras do acórdão:

A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis in your face) nasce com presunção iuris tantum de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o

⁵¹ BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**, A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019 p. 284

precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas. 6. O dever de fundamentação das decisões judicial, inserto no art. 93 IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal enfrente novamente a questão de fundo anteriormente equacionada sempre que o legislador lançar mão de novos fundamentos.⁵²

O ponto importante a se observar neste acórdão é fato de que para que o legislador apresente novos argumentos para iniciar um novo debate sobre a lei é necessário que Supremo deixe bastante claro quais são as razões fundamentais para sua posição (*ratio decidendi*). Já que se trata de um órgão colegiado e motivos para um ministro declarar a inconstitucionalidade pode ser um e para o voto no mesmo sentido de outro. Para uma nova lei que simplesmente vá de encontro a posição do STF sobre uma lei anterior declarada inconstitucional sem apresentar razões aproximaria o regime a uma supremacia parlamentar. Por outro lado, esta dificuldade em se rever os posicionamentos judiciais caracteriza uma supremacia judicial em sentido material. Logo para fomentar o diálogo o ideal seria grau de deferência entre os poderes⁵³, ou seja cada poder ceda um pouco e que na edição de leis posteriores haja conversa com a *ratio decidendi*.

É extremamente importante este tipo de procedimento quando o legislador não concorde com a corte para que seja criada uma cultura efetivamente de deliberação permanente e principalmente não adversarial em os melhores argumentos prevaleçam. Nas palavras de C.H Mendes:

Ao tratar de um modelo de interação que se oriente por princípios deliberativos e que se preocupe em criar uma “cultura de justificação” para além de um puro jogo de forças, tento defender um tipo mais desejável de “reatividade política”, onde o bom argumento cumpra algum papel. Se parlamentos e cortes adotam uma atitude deliberativa e levam em conta os argumentos expostos por cada um, desafiando-se reciprocamente quando consideram que têm uma melhor alternativa, é provável que produzam respostas mais criativas do que num modelo conflitivo e adversarial⁵⁴

A edição de leis infraconstitucionais superadoras dos entendimentos do STF (*Laws in your face*) sem apresentar novos fundamentos a serem novamente deliberada pela corte deve ser evitada por não promover o debate e incitar uma relação adversária entre os agentes. De igual modo a restrição a superação normativa se limitar apenas a emendas constitucionais com votação qualificada e difícil aprovação cria na prática uma última palavra judicial. Em conclusão é imperativo um equilíbrio entre os pontos que passa por identificar quais os motivos

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5105**. Tribunal pleno. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília. 01 out. 2015. 04 abr. 2015 Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur342540/false> acessa em 25/02/2022

⁵³ PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais- em busca de um equilíbrio entre o poder legislativo e o poder judiciário. **Civil Procedure review**, São Paulo, v. 9, n.2 maio/ago, 2018 p. 42-69

⁵⁴ MENDES, C.H, **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese(Doutorado em Ciência política)- faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008 p.212

determinantes para a adoção de sua posição. Mas com a ausência de votação específica para a *ratio decidendi*⁵⁵ torna difícil para os agentes externos avaliar se concorda ou não com os argumentos ali arrolados.

Ademais, as razões determinantes são relevantes para as decisões *erga omnes* das decisões do STF já que no Brasil diferentemente do controle constitucional norte americano não há efeito vinculante em controle difuso. Enquanto nos Estados Unidos há presença do *stare decisis* que tem efeitos vinculantes, a constituição em seu artigo 52 x⁵⁶ prevê a sustação da lei declarada inconstitucional pelo senado federal para que se tire o efeito apenas entre as partes. este dispositivo, porém, perdeu bastante relevância no ordenamento jurídico após a edição da emenda constitucional 45 de 2004 que instituiu a súmula vinculante. Logo este instrumento que poderia servir como uma forma de diálogo entre instituições possui um caráter procedimental, inclusive com atores defendendo a sua extinção:

Em verdade, chega-se a conclusão que o instituto da intervenção do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso ou incidental da decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal não têm mais razão de existir, lastreado, basicamente, nos seguintes argumentos: princípios constitucionais da segurança jurídica, da unidade da constituição, da isonomia, da força normativa da constituição, da funcionalidade, além do argumento de autoridade e do método normativo estruturante.⁵⁷

Portanto, a quantidade considerável de decisões vinculantes do Supremo faz com seja necessário esclarecimento dos motivos para os agentes possam eventualmente fazer uma distinção caso a caso. Possuindo como base a ideia de que a declaração de inconstitucionalidade não é um fim em si mesma, mas sim uma forma de iniciar uma rodada de deliberação. Pela possibilidade de o tema ser retomado futuramente, existe formas das outras instituições se utilizarem de argumentos distintos daqueles já analisados pela corte.

Em suma, a jurisdição constitucional não é o fim e sim o começo da deliberação sobre o tema contravertido e superação normativa feita com os meios democráticos e com a devida fundamentação seria a continuidade desse processo para que se atinja um melhor resultado, seja pelo ponto de vista do mérito, seja pelo ponto da legitimidade:

As decisões advindas da jurisdição constitucional são observadas como provocações para o diálogo, pois, trazem para a arena pública temas controvertidos que poderiam ficar adormecidos e, além disso, forçam a realização de uma nova discussão a respeito

⁵⁵ BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**, A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019 p. 330

⁵⁶BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2022.

⁵⁷ PAIVA, Paulo Gustavo de Araújo, **Controle de constitucionalidade: O papel do senado federal nessa espécie de controle**. 2008. Trabalho de Conclusão de curso (pós- graduação em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP/UNISUL, Brasília, 2008 p. 70

da matéria. No caso de leis antigas, a nova rodada de debates serve para restaurar a legitimação em torno da lei eventualmente declarada inconstitucional.⁵⁸

Cabe aqui ressaltar também as capacidades de cada instituição que elevam o debate, pois é possível o avanço de um tema do qual tem dificuldade para debater, por exemplo temas controvertidos politicamente a corte tem maior facilidade de decidir por suas características como vitaliciedade, inamovibilidade de seus membros. Por outro lado, o parlamento além de possuir maior tempo de debate, tem acesso a uma gama maior de informações por meio das audiências públicas realizadas no espaço das comissões. Deste modo, pode-se concluir que a jurisdição constitucional e a superação normativa se complementam na construção de resolução mais próxima do ideal naquele momento.

Ademais, mesmo que o legislativo tenha melhores condições para decidir sobre políticas públicas não significa que a corte não possa dar sua contribuição. Pois não há exclusividade de determinado tópico e pelo contrário quanto mais instituições serem provocadas a responder a determinada demanda mais democrático se torna o processo⁵⁹.

Embora, as teorias dos diálogos constitucionais possam mitigar a dificuldade contramajoritária há divergência quanto a forma como se atinge esse resultado. Bateup por exemplo, divide os posicionamentos da seguinte maneira: primeiro existe aquelas teorias abordam as qualidades de ator neste processo para melhorar o resultado. Segundo aqueles que propõem que a decisão judicial não é o ponto final, e por último aquelas que afastam a dinâmicas reais e focam nas circunstâncias ideais para o diálogo entre poderes⁶⁰. Considerando o já mencionado contexto brasileiro de expansão do poder judiciário e o entendimento fixado na ADI 5105 o diálogo no Brasil se aproxima mais última linha de pensamento.

Em outras palavras, o diálogo brasileiro é um objetivo a ser alcançado e não uma prática recorrente, ou seja, para se tenha um debate efetivo que supere a questão da legitimidade na jurisdição é imperativo que os argumentos e opinião das instituições e da sociedade sejam de fato levados em conta na resolução final:

Beyond legitimacy concerns, theories of constitutional dialogue must be able to stand on their own normative worth. However, theories of dialogue tend to fall short on the normative level in two distinct ways. The most heavily prescriptive theories tend to fail because they are not sufficiently grounded in how judicial review operates in the real world. In other words, even if they provide an attractive prescriptive explanation

⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson merlin, Diálogo institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de investigações constitucionais**, Curitiba, v. 2, n.3, p. 183- 206, Set/Dez, 2015, p. 45

⁵⁹ CLÈVE, Clèmerson merlin, Diálogo institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de investigações constitucionais**, Curitiba, v. 2, n.3, p. 183- 206, Set/Dez, 2015

⁶⁰ BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*, **Brooklyn law Review**, Brooklyn, v. 71, n. 1, p. 1109- 1180, 2006

*of the role that courts should play in ideal circumstances, ultimately they cannot provide a compelling normative account of the role of judicial review because their prescriptions are too disconnected from the realities of judicial practice within the broader constitutional order.*⁶¹

Logo ao proferir um posicionamento acerca de uma lei para que não se torne uma última palavra e sim um início de uma rodada deliberativa, deve a corte realizar uma votação interna para que se aponte quais são as razões determinantes. A razão para essa votação é permitir que os outros agentes possam apresentar pontos não da lei ainda não debatidos no âmbito judicial possibilitando assim que as casas legislativas possam trazer sua perspectiva sobre o assunto.

Ademais, a teoria dos diálogos não se limita a instituições porque a sociedade também é um fator de extrema relevância para superar a dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional. Bateup defende que o modelo mais completo de diálogo ocorre quando as visões de cada instituição são respeitadas considerando as virtudes, vantagens, defeitos e desvantagens dos agentes institucionais, como também a contribuição dos agentes sociais⁶². No Brasil a audiência pública e o *amicus curie* são mecanismos para incentivar o diálogo com a sociedade na definição da constituição federal. Logo no próximo tópico será como se dá a influência da opinião pública na construção teórica constitucional abordando especificamente a audiência pública e o *amicus curie*.

4.2 Audiência pública e Amicus Curie

Mesmo que se tenha uma visão idealizada da corte que decide sem influência externa, é notório que o Tribunal possui certos limites institucionais e sociais a serem observados. Portanto embora seja uma boa instituição para proteger direitos da minoria de maiorias ocasionais, não se pode dizer que o judiciário decide sem interferência de outros atores:

*The reality that the Court acts within a larger political and institutional context that shapes and constrains the Court to some extent need not lead to the view that the Court's decisions, taken one by one, are likely or structurally pre-determined to reflect current "majoritarian" preferences. That over broad-enough swaths of time, the Court's decisions eventually reflect that larger political and cultural context does not entail the quite different claim that individual Court decisions are destined to reflect current "majoritarian" views.*⁶³

⁶¹ BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*, *Brooklyn Law Review*, Brooklyn, v. 71, n. 1, p. 1109- 1180, 2006 p. 112

⁶² CLÈVE, Clèmerson merlin, Diálogo institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de investigações constitucionais*, Curitiba, v. 2, n.3, p. 183- 206, Set/Dez, 2015

⁶³ PILDES, Richard H. *Is the Supreme Court a Majoritarian institution?* *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. New York, Paper 251, p. 20

Entretanto, essas “maiorias” normalmente são minorias com enorme força política que influenciam as cortes mesmo que de forma mais atenuada do que nos parlamentos. Então como conciliar a pressão que essas forças externas exercem sobre corte com o princípio da igualdade e transparência. Faz-se imperativo um mecanismo para abrir a participação de agentes externos, uma vez que o Tribunal não decide de maneira isolada sem levar em conta repercussões institucionais e sócias de seu posicionamento. No modelo brasileiro, resposta para essa questão são os institutos da audiência pública e *amicus curie* para fomentar a democracia e o incentivo ao diálogo.

Como já mencionado, o poder judiciário teria maior capacidade para proteção de minorias e o poder legislativo, em tese maior facilidade para a definição de políticas públicas. Porém, pelos motivos já apresentados no capítulo 1 a corte decide sobre políticas públicas com uma frequência razoável até mesmo pelo motivo de alguns direitos como os sociais dependerem de ação estatal para se realizar. Logo a participação popular no processo deliberativo é de suma importância para a democracia.

Mas, é imperativo que a participação popular seja relevante para a decisão final e não apenas uma ação meramente procedimental ⁶⁴ para que ocorra o diálogo. Pois só assim é permitida a melhor solução possível para aquele problema naquele espaço de tempo, evidentemente que erros ainda persistirão pela falibilidade das instituições. Entretanto, quanto mais argumentos de atores diversos mais produtivo se torna o debate, ademais em sociedades profundamente desiguais como a brasileira a ampla participação permite que pontos de vista historicamente marginalizados possam decidir sobre a constituição evitando o monopólio por elites dominantes sobre o tema.

A primeira vez que o supremo possibilitou a participação de terceiros por de audiência pública se deu na ADI 3510, que versava sobre a inconstitucionalidade de um dispositivo da lei de biossegurança no tocante a utilização de células troncos para pesquisas científicas. Devida a complexidade do tema foi aberto ao debate a agentes não participante da ação de inconstitucionalidade pelo relator ministro Carlos Ayres Brito. Mas, o próprio relator admitiu que o papel das entidades e dos amigos da corte seria expositiva no sentido de substanciar os

⁶⁴ GODOY, Miguel Gualano de, **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2015 p. 175

membros do tribunal para um melhor debate⁶⁵. Em outras palavras, a deliberação de fato se daria no plenário com as informações obtidas na audiência pública.

Embora não tenha os terceiros não participantes do processo influído no debate final da controvérsia, abertura da corte para ouvir as informações técnicas sobre um assunto que de fato envolvia questões extrajurídicas indica um certo grau de diálogo. Mesmo porque, neste debate havia assuntos abstratos como quando começa a vida no artigo 5º da lei 11.105/2005:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no [art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997](#).⁶⁶

Portanto, o diálogo ocorreu mesmo que de forma mitigada apenas reforçando que o diálogo constitucional na Brasil ainda é um objetivo a ser atingido em detrimento de uma prática regular no modelo brasileiro⁶⁷. Necessitando ainda de uma mudança no entendimento de função de cada instituição, logo quando há abertura por meio da audiência pública a corte se retira de uma posição de superioridade de único guardião possível da constituição para um lugar de deferência. Lugar este, onde a defesa ocorre de maneira compartilhada com a sociedade e com outras instituições. Até porque, o referido caso possui pontos controversos sobre o ponto de vista moral, científico, religioso o que reforça a pluralidade da sociedade moderna e como nem sempre há concordância sobre determinado assunto.

Este desacordo moral⁶⁸, embora sempre existirá pode ser mitigado se diversos pontos de vista estiverem participando do processo decisório. Para ter a maior possibilidade de minorias que normalmente não possuem grandes oportunidades de apresentar suas ideias e seus argumentos se valer em uma importante deliberação sobre políticas públicas. Sendo que as

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3510**, Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto, Brasília, 28 maio. 2010. 28 maio. 2010 Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396/false> acesso em 25 de jan de 2022

⁶⁶BRASIL, lei 11.105 de 24 mar. 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados [...] **Diário oficial da União** disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm acesso em 25 de jan de 2022

⁶⁷CLÈVE, Clèmerson merlin, Diálogo institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de investigações constitucionais**, Curitiba, v. 2, n.3, p. 183- 206, Set/Dez, 2015

⁶⁸WALDRON, jeremy. *The dignity of legisltion*. **Cambrig University Press**. Cambrieg, 1999 p. 149-153

decisões atingem de maneira diversa essas minorias em comparação a maioria, seja pela definição de seus direitos fundamentais, ou pelas políticas públicas. Pela razão da Constituição de 1988 possuir um amplo catálogo de direitos, no entanto, há de se apontar que embora a audiência pública e a presença do *amicus curie* no processo deliberativo mostra um diálogo mitigado e mudança de posicionamento do Supremo em renunciar seu protagonismo. Ainda remanescem pontos a serem trabalhados para uma efetiva troca de experiências e argumentos de forma a aprimorar o processo decisório.

Dentre estes pontos é possível destacar: Amplo poder do relator da ação, a metodologia de realização das audiências públicas, e a precária divisão das fases das fases deliberativas⁶⁹. Analisando ponto a ponto, o relator da ação possui o poder de escolher quem vai participar da audiência por ofício ou por requerimento de uma das partes, ademais ele decide se há notório conhecimento sobre o tema dos escolhidos tudo isso monocraticamente. Em outras palavras não apenas o Tribunal necessita adotar uma posição de promover o debate como também o ministro relator deve procurar as melhores formas de realizar uma deliberação genuína. Porém o relator está suscetível também as mesmas falhas que enfraquecem o processo⁷⁰, já que ele pode vetar algum agente que teria alguma contribuição relevante para o julgamento. Para mitigar esta possibilidade seria salutar a transformação da decisão monocrática em colegiada, num colegiado reduzido como uma turma para a economia processual e pelo elevado número de ações.

O segundo ponto diz respeito ao método da realização da audiência pois não promove de fato o debate. Pelo fato de apenas existir a apresentação de pontos de vista não significa uma troca de argumentos, referenciais teóricos, réplica e tréplica. Embora haja uma interação entre os agentes é um diálogo fraco que se limita apenas a apresentar informações aos ministros⁷¹. Um debate de verdade ocorre quando argumentos são apresentados, questionados e superados numa sequência em cada um defende sua posição e os divergentes defendem a sua. Assim como as audiências cumprem um papel meramente informativo sua relevância é diminuída em comparação ao resultado.

⁶⁹GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2015 p. 202- 214

⁷⁰GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2015 p.203

⁷¹GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. 2015. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2015 p. 204

Por último, é importante definir as fases deliberativas pré-decisional, decisional e pós-decisional ⁷². A primeira consiste na apresentação pública da demanda e a segunda diz respeito a procura dos melhores argumentos pelo colegiado e por último a fase de ratificação escrita onde se resolve a questão pelo menos naquele momento. A relevância destes conceitos está no fato de se posicionar a audiência pública e o *amicus curie* neste processo, pois se de fato os seus argumentos forem relevantes para a resolução é possível classificá-los na fase decisional.

Mas, se sua participação se resumir a apresentar os entraves, as controvérsias, as dificuldades do tema é mais o enquadramento na fase decisional, muito embora esta divisão também se dê na esfera de quem deva decidir. Já que as fases pré-decisional e pós-decisional são consideradas externas pois envolvem outras instituições e a fase decisional é interna porque ocorre entre os ministros⁷³. No entanto se os argumentos apresentados na audiência influenciarem na palavra final, os agentes externos atuaram de forma indireta.

Entretanto, este tipo de diálogo encontra a mesma barreira da superação normativa apresentada no tópico 2.1. A votação interna e individual em detrimento de uma geral e que represente o Tribunal como um todo dificulta a definição dos motivos determinantes, assim sendo não há como saber de forma clara se os argumentos levantados por terceiros ou não. É impossível determinar se os argumentos dos participantes do processo foram superados, ratificados ou não aplicados, pois não há uma distinção entre a como pensa a pessoa do ministro e a instituição do Tribunal.

Como alguns ministros podem citar as questões apresentadas na audiência e outros não, a aferição exata de quanto os agentes externos influenciou no resultado é de difícil aferição. Portanto este modelo de deliberação pelo Supremo Tribunal Federal mitiga a participação popular e por consequência a legitimidade que a traz a uma instituição onde seus membros não foram eleitos. O convencimento individual pode não significar um entendimento da corte, logo o objetivo da deliberação deve a busca pelos melhores argumentos que fundamentam o posicionamento da corte, mas o que se verifica na prática é um acúmulo de votos individuais sem ligação entre si:

Nem mesmo a participação de terceiros, por intermédio dos amici curiae e dos convocados para a audiência pública, tem retirado dos julgamentos o caráter pessoal da decisão de cada um dos Ministros. Vale dizer, a dinâmica decisória, ainda que aberta a participação de terceiros, segue sendo pessoal, opinativa, de tal forma que os Ministros se comportam como indivíduos distantes que precisam ser convencidos, e

⁷²MENDES, C.H. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford University Press, Oxord, 2013 p. 105

⁷³GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 2015. dissertação (Doutorado) Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2015 p.205

não como membros e representantes de uma instituição cuja função é destrinçar o Direito, apresentar os melhores argumentos e, assim, solucionar os casos e justificar suas decisões.⁷⁴

Em suma, o sistema de debate no Supremo Tribunal Federal incentiva uma participação mais expositiva e informativa do *amicus curie* e de outros terceiros não participantes do processo. Mas isso não retira sua importância para o diálogo no contexto brasileiro, tendo em vista que a participação popular na definição da constituição aprimora o processo democrático ao permitir a apresentação de diferentes pontos de vista em casos difíceis e de relevante importância para a sociedade atual. Ainda mais, pelas relações complexas, pluralidade de ideais, alta mutabilidade pelo avanço da tecnologia e novas formas de exercer direitos fundamentais vividas no cenário atual. Portanto as pessoas possuem interesse direto no tema e devem apresentar suas razões para defender suas ideias, logo mesmo se tratando de um diálogo mitigado a audiência pública e o amigo da corte são exemplos de abertura do judiciário a novas interpretações extrajudiciais no momento do julgamento.

Em conclusão, os mecanismos de diálogo constitucional oferecem uma maneira de evitar o monopólio judicial. No entanto observa-se que o diálogo efetivo onde são analisados diversos argumentos sob perspectivas múltiplas ainda é um objetivo a ser alcançado no Brasil. Pelo ponto de institucional a superação normativa mesmo sendo uma prática benéfica para a reanálise de lei, só é incontroversa quando feita por emenda que não verse sobre de cláusula pétrea. Já na superação normativa por lei infraconstitucional necessita que o legislador traga novos argumentos limitando o debate que deveria ter sido aberto quando da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Pelo ponto de vista democrático, as audiências públicas oferecem ainda que de modo mitigado, o diálogo constitucional usando a lógica da democracia deliberativa. Logo, este processo contribui para a amenizar a dificuldade contramajoritaria permitindo ao indivíduo participar do debate. Após explorar a expansão do poder judiciário e motivos para este fenômeno, as críticas a supremacia judicial sob o ponto de vista institucional e democrático e quais são os mecanismos que podem, ao menos, amenizar os problemas desse modelo. No próximo capítulo será abordado como os diálogos constitucionais podem de fato apresentar efeitos no mundo real e não sendo apenas um norte normativo.

⁷⁴GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2015 p. 208

5 DIÁLOGO COMO OBJETIVO A SER ALCANÇADO

Para a última parte deste trabalho, será demonstrado como os diálogos institucionais ou constitucionais superam a última palavra especificamente a supremacia judicial e a importância de sua prática nos modelos modernos. independentemente da organização institucional de cada país as interações ocorrem através do tempo e a qualidade desse diálogo tem relação direta com a cultura política⁷⁵. Pode ser o sistema de controle forte como o americano e brasileiro, ou um sistema fraco como o canadense e neozelandês, ainda persiste a dúvida de como se tornar este diálogo efetivo. Sendo este o objetivo final dos desenhos institucionais ao redor do globo.

Pois, como já abordado para ocorrência do diálogo exige uma série de fatores como postura mais auto restritiva da corte, um cuidado maior do legislador ao elaborar as leis entre outros. O fato é que cada país tenta de alguma maneira garantir que a última palavra seja a melhor decisão, aqueles em que se predomina a suprema parlamentar optam por um controle diluído de constitucionalidade e aquele em se predomina a supremacia judicial optam pelo controle forte quanto em um quanto no outro a busca pela melhor resposta para divergência posta.

Uma vez que uma posição deverá ser tomada ainda que apenas naquele momento duas análises são feitas no jogo democrático. A primeira se trata de uma visão jurídica e a segunda de uma visão política, para uma o importante é quem decide aqui e agora a outra a continuidade, o processo e o aperfeiçoamento através do tempo⁷⁶. Logo a ocorrência do diálogo não é relevante apenas para a melhor resposta naquele momento como também a construção normativa ao longo do tempo. Criando dessa forma um ambiente em que os melhores argumentos se mantêm e os mais fracos são derrubados, por isso a importância dos mecanismos de diálogo vistos no capítulo anterior.

Quanto ao comportamento das instituições com a promessa do diálogo, é importante observar que por exemplo no caso das cortes constitucionais necessitam da atuação de outros agentes para tornar suas decisões efetivas, principalmente se o objeto de deliberação for políticas públicas. Situação esta, não rara pelo apresentado no capítulo 1 do presente trabalho o catálogo ampliado de direitos juntamente com a eficácia dos direitos fundamentais faz com o

⁷⁵ MENDES, C.H, **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência política)- faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008 p. 173

⁷⁶MENDES, C.H, **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência política) - faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008 p. 179

Tribunal tenha que elaborar formas de efetivação desses direitos, portanto não se deve adotar uma postura de confronto, mas sim de parceria

The court lack power to enforce its decisions and needs the joint action of the other branches in order for those decisions to be effective. Inter-branch cooperation combines decisions and non-decisions, acts and omissions, systoles and diastoles. It functions on the basis of prudential accommodations apart from legal interpretation, of politics apart from principle. Like a door with many locks, in Friedman' words, each branch cannot have all the keys.⁷⁷

Logo, se torna evidente que em ambientes de incentivo ao diálogo as políticas públicas advindas da seara judicial tendem a ser mais efetivas. Considerando a ideia já apresentada neste trabalho sobre as capacidades institucionais, o modelo ideal a ser perseguido é de uma constante busca pelos melhores argumentos e que as decisões tomadas no tempo presente possam ser rediscutidas no futuro sobre a luz de novos fundamentos. Do outro lado da relação, o ambiente de diálogo também altera o comportamento do poder legislativo para melhor, uma postura mais ativa no que concerne a interpretação constitucional.

Uma vez que em regimes de supremacia judicial o legislador tende a ficar a margem da hermenêutica constitucional ocasionando em um vício nas relações institucionais chamado de “problema do descumprimento antecipado da constituição”. Ou seja, como o legislador sabe que a lei passará pelo crivo do Tribunal ele simplesmente abandona a preocupação com a compatibilidade do dispositivo em substituição a medidas populistas⁷⁸. Situação que observa pelo fato de se encontrar em tramitação no Congresso Nacional projetos de lei com flagrante inconstitucionalidade, mas que tem certo apelo popular como por exemplo prisão perpetua.

A relação entre os ramos do Estado exige muito mais do que uma previsão normativa para seu efetivo funcionamento. Em outras palavras, cada ramo delimita seu espaço e sua contribuição no debate sendo um processo de embate e ajuste entre instituições⁷⁹. Logo algum grau de interação existe ainda que não se tenha previsão legal para tal conduta, entretanto no caso brasileiro a construção conjunta do sentido da constituição federal é quase inexistente, ficando a atribuição unicamente da corte constitucional. Muita embora o próprio tribunal já se manifestou no sentido de permitir o diálogo⁸⁰. Ainda persiste um longo caminho a ser percorrido para uma deliberação institucional produtiva, este modelo de diálogo

⁷⁷ MENDES, C.H, *Constitutional Courts and deliberative democracy*. Oxford University Press. Oxord, 2013 p. 49

⁷⁸ BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais**, A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019 p.240-241

⁷⁹ MENDES, C.H, *Constitutional Courts and deliberative democracy*. Oxford University Press. Oxord, 2013 p. 49

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5105**. Tribunal pleno. Relator Min. Luiz Fux. Brasília. 01 out. 2015. 04 abr. 2014. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur342540/false> acesso em 25/02/2022

predominantemente normativo falha, na visão de Bateup pelo distanciamento de como o controle de constitucionalidade opera no mundo real⁸¹. Melhor dizendo, uma diferenciação de como deveria ser e de como é na realidade.

Para superar este problema, a autora sugere a fusão de dois modelos de diálogo: o modelo do equilíbrio e o da parceria. A primeira diz respeito a como a suprema corte possui um papel de facilitar o diálogo constitucional na sociedade, enquanto a segunda foca nas diferentes funções dos ramos do poder e de como eles se relacionam⁸². É possível traçar um paralelo aos pontos 2.1.1 e 2.1.2 do trabalho reforçando que os diálogos têm que envolver as instituições do Estado democrático de direito como também a sociedade. A importância de se reconhecer essa premissa é de servir como parâmetro para qualquer desenho institucional para o controle de constitucionalidade:

*Most importantly, this dual-track understanding of dialogue provides the strongest normative vision of the role of judicial review in modern constitutionalism, and also the greatest possibility for designing improved constitutional systems that can truly live up to the dialogic promise. The challenge that remains for constitutional theorists is to think of creative design mechanisms that will enable this vision of dialogue to be more fully achieved in constitutional systems throughout the world*⁸³

Embora não seja a meta do presente trabalho apresentar uma forma institucional de como se deve organizar o controle de constitucionalidade. É importante destacar que no caso brasileiro ainda há inúmeros pontos a serem trabalhados para uma efetiva deliberação ampla com participação da sociedade e com as instituições apresentando suas contribuições para atingir o melhor resultado. Mesmo reconhecendo os benefícios dos mecanismos apresentados no capítulo 3 ainda é necessária uma mudança comportamental dos poderes. Por exemplo da parte do legislador como uma maior preocupação prévia na elaboração das leis com a constitucionalidade, da parte da corte ao realizar o julgamento deve se apresentar com clareza quais foram os motivos determinantes para sua posição. Talvez mais importante que uma mudança no desenho institucional seja um novo entendimento do papel de cada poder na democracia. Sendo essa a teoria da parceria no desenho normativo ideal, uma atualização a separação dos poderes para o mundo atual. Quanto a parte da participação popular é imperativa uma nova visão sobre o ponto de vista do posicionamento da suprema corte, tendo em vista em algum momento decisões deverão ser tomadas, mas de forma de iniciar um debate com a

⁸¹ BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. **Brooklyn law Review**. Brooklyn, v. 71, n. 1, p. 1109- 1180, 2006

⁸² BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. **Brooklyn law Review**. Brooklyn, v. 71, n. 1, 1109-1180, 2006

⁸³ BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*. **Brooklyn law Review**. Brooklyn, v. 71, n. 1, p.1180,2006, p.1179

sociedade e não um ponto final sobre o tema. Levando em conta a pluralidade da sociedade e dinamicidade das relações atuais, até porque pela mutabilidade contemporânea as opiniões podem mudar ao longo do tempo em uma nova rodada argumentativa.

6 CONCLUSÃO

A expansão judicial ocorrida no Brasil pós-1988 alterou drasticamente o papel que a corte brasileira desempenhava até então. O tribunal se deparou com uma considerável descentralização do poder o que significava sua atribuição de decidir sobre competência, ademais a catálogo amplo de direitos fundamentais alguns deles necessitam a atuação ativa dos outros poderes para serem efetivados. Estes são alguns fatores relevantes para que o poder judiciário busque o protagonismo na interpretação constitucional.

Ocorre que, esse isolamento da suprema corte em decidir sobre matéria constitucional possui críticas relevantes sobre o ponto de vista institucional e democrático. Quanto à primeira a supremacia judicial exclui as características de cada instituição e suas peculiaridades frente a determinados temas, assim dependendo do lugar onde a decisão é emanada há vantagens e desvantagens para tal ramo do poder ter a última palavra. Ademais a atual configuração da separação dos poderes não se trata mais de um sistema de freios e contrapesos, assumindo assim um aspecto colaborativo entre os poderes. Logo o controle de constitucionalidade que fora pensado nesse sentido de limitar a ação do legislativo em ferir os preceitos constitucionais deve assumir mais uma função de ser uma ponte entre os ramos estatais para a formação de políticas públicas de melhor qualidade, pois as novas configurações sócias, culturais exigem bem mais do que apenas um controle mútuo entre os poderes.

Quanto à segunda ótica, a democracia possui inúmeros modelos, mas todos eles se relacionam com o constitucionalismo. Desde uma visão liberal de se garantir direitos individuais a definição de políticas públicas, no entanto na supremacia judicial há exclusão da participação popular do processo de deliberação conferindo a dificuldade contramajoritária ao controle de constitucionalidade. Tendo em vista que os ministros não são eleitos não há a representação das diversas visões de mundo presente na sociedade plural ferindo, portanto, o princípio democrático da igualdade entre os indivíduos. Pois a corte pode privilegiar uma concepção em detrimento à outra, por outro lado o controle de constitucionalidade é essencial para a manutenção da própria democracia, uma vez que a proteção dos direitos das minorias com pouca representação no legislativo constitui um elemento básico da igualdade mencionada acima. Por isso é fundamental a conjunção da democracia deliberativa com os diálogos institucionais para aperfeiçoar o processo deliberativo.

A lógica deliberativa auxilia neste processo ao permitir novos argumentos de múltiplos pontos criando um ambiente de busca pelos melhores fundamentos para tomada de decisão naquele momento. Pois o sentido dos diálogos institucionais no controle de constitucionalidade

é de um posicionamento provisório, que pode mudar em um momento futuro a depender dos argumentos novos, por exemplo a superação normativa pelo legislativo pode fazer com que o Supremo tenha que reanalisar casos sob novos argumentos. Ocorre que no Brasil é de eficácia mitigada porque as decisões da suprema corte possui pouca clareza quanto aos motivos determinantes. Um outro exemplo é a audiência pública e o *amicus curie* que dão uma certa legitimidade suprimindo a falta de caráter democrático, mas ainda possui uma efetividade limitada pelo fato de a participação dos terceiros se resume a uma apresentação técnica sem argumentos de mérito sobre a demanda e sim uma sustentação aos posicionamentos dos ministros.

Portanto, está demonstrado que a supremacia judicial não é o melhor desenho para o controle de constitucionalidade seja do ponto de vista institucional, seja pela questão da democracia. Resta claro os mecanismos de diálogo embora ajude a aperfeiçoar o processo ainda não atingiu um ponto considerável, portanto é necessário a conjugação as terias de parceria e do equilíbrio. A primeira para atualizar o modelo brasileiro de separação de poderes para os desafios modernos, e segunda como uma forma de iniciar um debate a partir do controle de constitucionalidade com a sociedade para a própria população participe da definição de regras que a diz respeito ou o limite de algum direito individual seu. Em suma os diálogos institucionais constituem uma alternativa a supremacia judicial pelo fato de permitir um processo mais democrático com a população sendo parte do instituto do controle e possibilitar um ambiente de busca pelos melhore argumentos.

REFERÊNCIAS

AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação dos poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de investigações constitucionais**, Curitiba, v.5, n.1 p.83-108, jan/abr 2018.

BARROSO, Luís R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019 *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553611959/pageid/4>. Acesso em: 31 mar. 2022.

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn law Review**, Brooklyn, v. 71, n. 1, p. 1109- 1180, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jan. 2022.

BRASIL. Lei 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados [...] **Diário oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm acesso em 25 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5105**. Tribunal pleno. Relator Min. Luiz Fux. Brasília. 01 de outubro de 2015. 04 de abril de 2014 Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur342540/false>. Acesso em: 25 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3510**, Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto, Brasília, 28 de maio de 2010. 28 de maio de 2010 Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396/false>. Acesso em: 25 jan 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 5728**. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília. 19 nov. 2021. 15 fev. 2022. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5208901> acesso em 06 abr. 2022

BRITTO, Melina Carla de Souza; ERZINGER, Fernanda Huss; BARBOSA, Claudia. O diálogo entre os poderes e o reequilíbrio institucional: a (in)eficiência do diálogo no combate ao empoderamento judicial. **Revista Eletrônica de Direito e política**, Itajaí, v.16, n.2, maio/set, 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Diálogo institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de investigações constitucionais**, Curitiba, v. 2, n.3, p. 183- 206, set/dez. 2015.

DINIZ, Marcela. Sub-representação política de mulheres e negros é criticada na CDH. **Rádio Senado**. 16 de abr de 2019. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2019/04/16/sub-representacao-na-politica-prejudica-minorias-mulheres-e-negros-denunciam-participantes-de-debate-na-cdh>. Acesso em: 25 mar. 2022.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Universidade federal do Paraná, Curitiba, 2015.

GRIJALVA, Agustín. Novo constitucionalismo, ativismo e independência judicial. *In* AVRITZER, Leonardo; MARONA, Majorie C; DANTAS, Fernando Antônio de C; GOMES, Lillian C.B. **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**. São Paulo: Grupo autêntica, 2017 *E-book*. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788551300138/pageid/5> acesso em 6 abr. 2022

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Editora Martin Fontes, 2003.

MEDONÇA, Eduardo, Jurisdição como canal de processamento do autogoverno democrático. *In*: SARMENTO, Daniel. **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense 2015.

MENDES, C. H. Constitutional Courts and deliberative democracy Oxford, **Oxford University Press**, Oxford, 2013.

MENDES, C. H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônica Clarissa Henning. O diálogo institucional e as teorias da democracia: contribuições do modelo deliberativo para a articulação entre os poderes no Brasil. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v.25, p.32-44, set/dez, 2020.

PAIVA, Paulo Gustavo de Araújo. **Controle de constitucionalidade: o papel do senado federal nessa espécie de controle**. 2008. Trabalho de Conclusão de curso (pós- graduação em Direito Constitucional) - Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP/UNISUL, Brasília, 2008.

PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais- em busca de um equilíbrio entre o poder legislativo e o poder judiciário. **Civil Procedure review**, São Paulo, v. 9, n.2, p. 42- 69, maio/ago, 2018.

PILDES, Richard H. Is the Supreme Court a Majoritarian institution?. **New York University Public Law and Legal Theory Working Papers**, New York, Paper 251.

RAMOS Paulo Roberto; PINHEIRO, Analissa Barros. Diálogo institucional: um estudo comparado. **Revista da AGU**, Brasília, v. 17, n. 02, p. 295-320, abr. 2018.

SUSTEIN, Cass; VERMEULE, Andrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, Michigan, v.101, n. 4, p.885/951, 2003.

WALDRON, Jeremy. The dignity of legislation. **Cambridge University Press**, Cambridge, 1999.