

**PODER JUDICIÁRIO E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS:
UMA PERSPECTIVA FRENTE À FLEXIBILIZAÇÃO DAS DECISÕES**

FLAVIA FERREIRA JACÓ DE MENEZES

ALEXANDRE GARRIDO DA SILVA

RESUMO

O Brasil é um país multifacetário, inserido em uma sociedade complexa caracterizada pelo pluralismo e pela profusão de conflitos anteriormente desconhecidos. Nesse contexto, cada vez mais são englobados princípios e valores na interpretação constitucional, sendo o Poder Judiciário obrigado a adotar uma posição criativa para que efetivamente possa concretizar direitos e liberdades fundamentais. Assim, objetiva-se, com o presente trabalho, analisar o contexto de tomada de decisões dos tribunais, enfaticamente abordando o histórico, as condições e os fatores principais que contribuíram para a expansão da supremacia judicial. Ademais, frente aos questionamentos sobre a legitimidade desta atuação expansiva da Suprema Corte, prenuncia-se que a atribuição da palavra final a um dos poderes institucionais é insuficiente para correta concretização dos direitos fundamentais, exigindo uma verdadeira reflexão sobre o atual modelo adotado. Deste modo, o trabalho almejou destacar diferentes dispositivos que permitem uma participação ativa dos diferentes atores políticos, institucionais ou não, garantindo ampla participação da sociedade e a incorporação de conhecimentos interdisciplinares, que poderão atribuir maior segurança às decisões do tribunal. Por fim, o presente trabalho propõe a adoção do modelo dialogal com o reconhecimento em favor do Poder Judiciário da responsabilidade para a solução de conflitos entre as distintas perspectivas dos atores institucionais, como alternativa ao modelo tradicional de jurisdição constitucional que confere às cortes supremas a palavra final em questões interpretativas em disputa na sociedade, para que se garanta efetivamente a democracia e a concretização dos direitos fundamentais, permitindo que minorias tenham seu espaço, em respeito a democracia e a pluralidade.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Política. Ativismo Judicial. Sociedade de riscos. Legislador positivo. Diálogos Institucionais.

ABSTRACT

Brazil is a multifaceted country, embedded in a complex society characterized by pluralism and the wealth of previously unknown conflicts. In this context, more and more principles and values are aggregated in constitutional interpretation, and the judiciary compelled to adopt a creative position to effectively implement fundamental rights and freedoms. Thus, the objective with the present work is analyzing the context of decisions of the courts, emphatically addressing the historical conditions and the main factors that contributed to the expansion of judicial supremacy. Moreover, because of questions about the legitimacy of this expansive role of the Supreme Court, predicts that the assignment of a final word of institutional powers is insufficient for proper realization of fundamental rights, requiring a true reflection on the current models. Thus, the work aimed to highlight the different devices that allow an active participation of different political actors, whether institutional or not, ensuring broad participation of society and the incorporation of interdisciplinary knowledge, which may give greater security to the court decisions. Finally, this paper proposes the adoption of dialogical model with the recognition of the responsibility for resolving conflicts between different perspectives of institutional actors in favor of the judiciary, as an alternative to the traditional constitutional jurisdiction which gives the supreme court the word final interpretive issues in dispute in society, in order to ensure effective implementation of democracy and fundamental rights, allowing minorities to have their space, respecting democracy and plurality.

KEYWORDS: Judicialization of politics. Judicial Activism. Risk Society. Positive Legislator. Institutional Dialogues.

1. INTRODUÇÃO

O movimento constitucionalista ganha relevo no início do século XIII, com a assinatura da *Magna Carta* no reinado de João Sem-Terra (1199-1216), rei da Inglaterra, sendo a luta pela limitação jurídica do poder político e a garantia de liberdades e direitos básicos dos indivíduos as principais contribuições do constitucionalismo. No final do século XVIII, uma profunda alteração na concepção do constitucionalismo alterou a concepção de Constituição, introduzindo um novo catálogo de direitos fundamentais, direitos que exigiam prestações positivas por parte do Estado, de modo a compatibilizar os ideais de liberdade, igualdade, solidariedade e fraternidade, na tentativa de fazer com que o mundo se conduza pensando nas futuras gerações.

As reivindicações exigindo do Estado um papel ativo na realização da justiça social corroboraram para o enaltecimento da interpretação e aplicação constitucional, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Nesse contexto, há um fortalecimento do controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, na tentativa de assegurar a supremacia constitucional e a proteção dos direitos fundamentais, assumindo o juiz o papel de grande protagonista da jurisdição constitucional.

Contudo, há de se ressaltar que a compreensão da Suprema Corte como intérprete da Constituição decorreu, principalmente, do desenvolvimento do controle de constitucionalidade das leis dos Estados Unidos da América, que na decisão do célebre caso *Marbury vs. Madison*, julgado pelo juiz John Marshall, consagrou a Suprema Corte como verdadeira guardiã da Constituição, capaz de declarar a inconstitucionalidade de uma norma frente à violação dos ditames constitucionais.

No Brasil, o exercício da jurisdição constitucional foi marcado por momentos de contenção e por outros, de uma jurisdição constitucional ativa, comprometida com os direitos fundamentais, sendo a competência de revisão constitucional pelo Supremo Tribunal Federal definitivamente ampliada após a Constituição de 1988, reflexo do ambiente democrático vivenciado sob sua vigência. A Carta de 1988 estabeleceu um amplo catálogo de direitos fundamentais e ampliou significativamente o controle de constitucionalidade das leis ao introduzir novos mecanismos de controle que permitiram o transporte de temas delicados,

tradicionalmente esquecidos pela política partidária e afastados do âmbito judicial, para as deliberações constitucionais.

Com efeito, em um ambiente de *modernidade reflexiva*¹ (GIDDENS; BECK; LASH, 1997), no qual a sociedade moderna cada vez mais estimula a crítica e a insegurança, envolvida em processo de individualização e de destradicionalização, uma vez que as tradições e crenças são constantemente contestadas pelas transformações constantes da sociedade, são introduzidos conflitos, sejam sociais, políticos, econômicos, científicos ou religiosos, que extrapolam o âmbito de decisão anteriormente vivenciado, atribuindo ao Poder Judiciário a responsabilidade pela superação dos riscos, pela estabilidade, unidade e coerência do sistema político-jurídico do país, “pois a unidade do sistema passou a ser buscada na argumentação e interpretação do direito, com a abertura de tradições de pensamento alternativas como a hermenêutica e a teoria da argumentação.” (SANTOS, L., 2011, p. 48).

Assim, no Brasil, país multifacetário, inserido em uma sociedade complexa caracterizada pelo pluralismo e pela profusão de conflitos anteriormente desconhecidos, que paulatinamente engloba novos valores na interpretação constitucional, o Supremo Tribunal se vale da criatividade e flexibilidade para efetivar direitos fundamentais outrora negados ou esquecidos, assumindo notável ascensão, abarcando em sua esfera de atuação novos problemas trazidos por esta sociedade de risco, que alcançam um nível alto de complexidade.

Nesse sentido, as transformações recentes pronunciam uma das principais questões da atualidade: a Suprema Corte está apenas assumindo o papel lhe imposto pela Constituição de garantidor dos ditames constitucionais, com a prerrogativa de atender os diálogos múltiplos surgentes deste cenário de sociedade de riscos ou está reforçando sua competência de revisão constitucional através do ativismo judicial? A questão remete ao debate sobre o papel desempenhado pelas Cortes Constitucionais entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, a respeito de quem seria o legítimo defensor da Constituição, datado de meados do século XX, no qual Kelsen atribuiu ao Tribunal Constitucional o papel de legítimo defensor da Constituição, uma vez que sua atuação é equiparada a de um legislador negativo, absolutamente determinada pela Constituição (KELSEN, 2007, p. 153), enquanto Schmitt alerta que a revisão dos atos legislativos por um tribunal desequilibraria o sistema constitucional, pois um órgão que se torna consciente de sua influência política tende a ampliar cada vez mais o âmbito de seus poderes. (SCHMITT, 2007, p. 72).

¹ Diante de uma realidade constantemente em mutação, a reflexividade se refere à necessidade de confronto entre as tradições e as novas formas sociais.

Este estudo sobre a jurisdição constitucional em meio às transformações da atualidade apresenta, *per se*, sua relevância no contexto em estudo, mas, em uma sociedade democrática e pluralista, uma apreciação voltada para o aprofundamento do fenômeno da supremacia judicial faz-se pertinente, na medida em que o deslocamento do Supremo Tribunal Federal para o centro do sistema político-jurídico brasileiro suscita diversas possibilidades de análise.

Neste ínterim, importa salientar a diferença entre os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política. Destarte, a judicialização da política representa a transferência de poder para as instituições judiciais, sendo as questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral, anteriormente decididas pelas instâncias políticas tradicionais, decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2011, p. 02), podendo ainda caracterizar o processo de propagação dos métodos judiciais além da seara de atuação específica do Judiciário. “Podendo-se dizer que é o processo de transformar algo em um procedimento judicial.” (TATE, VALLINDER, 1995, p. 13). Não obstante, o termo ativismo judicial representa, em linhas gerais, uma opção da Corte no sentido de expandir o sentido e o alcance da Constituição, se distanciando da mera aplicação do direito, interferindo no espaço de atuação dos poderes representativos, de modo a assumir uma atuação de legislador positivo.

Ademais, procura-se estabelecer as condições e os fatores que favoreceram a expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal no sistema político-jurídico no contexto brasileiro, concluindo que uma das variáveis principais responsáveis pela expansão da autoridade do Poder Judiciário é consequência da mudança no cenário constitucional, no qual surgiram reivindicações clamando pela proteção dos direitos dos cidadãos e um papel ativo do Estado na realização da justiça social, bem como, “uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas” (VIEIRA, O., 2008, p. 443), além, da tentativa dos tribunais em legitimar a revisão constitucional, inserindo no sistema político-jurídico uma concepção do Poder Judiciário como serviço essencial à democracia, responsável pela efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

Contudo, com o avanço da supremacia judicial, despertaram-se questionamentos a respeito da sua legitimidade e quais limites devem ser impostos para que o equilíbrio institucional seja mantido. No centro das críticas encontra-se uma preocupação de que o Judiciário esteja agindo fora do papel estabelecido pelo legislador, sendo o principal

argumento o fato de o Supremo Tribunal Federal não ser legitimado democraticamente para interferir nas decisões adotadas por representantes majoritários.²

Assim, pondera-se que a mera atribuição da palavra final a um dos poderes institucionais é insuficiente para correta concretização dos direitos e garantias fundamentais, exigindo uma verdadeira reflexão sobre o atual modelo adotado. Deste modo, busca-se demonstrar – através da análise de mecanismos dialogais, tanto alienígenas, quanto pátrios – a importância das contribuições das teorias dialógicas para a manutenção do equilíbrio institucional, partindo da premissa de que é possível a construção de um modelo de diálogo institucional, capaz de estimular uma remodelação da atual estrutura institucional, a fim de que se instale um modelo que proporcione uma postura mais cooperativa entre as instituições políticas e as Cortes, encorajando um amplo debate com a sociedade civil, para que se garanta efetivamente o atendimento aos ditames constitucionais e a concretização dos direitos fundamentais.

2. MATERIAL E MÉTODOS

Deste modo, a preocupação subjacente de que os juízes estariam agindo ativamente no interesse de reforçar sua competência de revisão constitucional se demonstrou legítima. Embora, seja de difícil consecução determinar o nível de ativismo judicial em um tribunal, posto que os elementos de sua definição são subjetivos e desafiam uma conceituação clara e concreta de seu termo, através da análise jurisprudencial é possível obter uma visão geral da tendência de modalidade de ativismo seguida pelo Supremo Tribunal Federal.

Porém, antes do recorte jurisprudencial para análise, fez-se adequada apreciação da categorização de William P. Marshall, que estabeleceu sete diferentes dimensões do ativismo judicial:

(1) Ativismo Contra majoritário: a relutância dos tribunais de acatar as decisões dos poderes democraticamente eleitos; (2) Ativismo Não-originalista: a recusa dos tribunais em deferir a interpretação judicial originalista nos casos decisivos, enquanto que o originalismo está baseado na estrita fidelidade ao texto ou a intenção original dos legisladores; (3) Ativismo de precedentes: a recusa dos tribunais em deferir os precedentes judiciais; (4) Ativismo Jurisdicional: a recusa dos tribunais em aderir aos limites jurisdicionais do seu próprio poder; (5) Ativismo Criativo: a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional; (6) Ativismo de correção: o uso do poder judicial para impor obrigações afirmativas aos

² O questionamento sobre a legitimidade de os tribunais interferirem nas decisões adotadas por representantes majoritários, haja vista que seus membros não são eleitos democraticamente, é chamado de dificuldade contramajoritária. Para estudo sobre as origens do termo cf. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. London: Yale University Press, 1986.

outros ramos do governo ou o exercício do controle judicial sob as instituições governamentais, como parte de uma solução judicialmente imposta e (7) Ativismo Partidário: o uso do poder judicial para realizar os objetivos claramente partidários. (MARSHALL, 2002, p. 104, tradução nossa).³

Ademais, insta analisar os modelos de interpretação constitucional com base na teoria de Cass Sunstein, que definiu quatro modelos de interpretação constitucional: (1) o perfeccionismo (perfeccionism), (2) o majoritarismo (majoritarianism), (3) o originalismo (originalismo) e (4) o minimalismo (minimalismo) (SUNSTEIN, 1999 apud SILVA, A., 2008). Os dois modelos de interpretação principais que serão utilizados para compreensão dos julgados serão o perfeccionismo e o minimalismo judicial.⁴ Assim, o perfeccionismo é adotado por juízes mais audaciosos, que reivindicam para si a competência institucional para fixar conceitos abstratos e para concretizar direitos novos, conferindo “novos (e criativos) significados a partir de princípios positivados ou não no texto constitucional.” (SILVA, A., 2008, p. 110), enquanto que, no minimalismo, os magistrados agem com certa dose de *self-restraint*, “os juízes minimalistas tentam restringir os seus pronunciamentos apenas àquelas questões consideradas indispensáveis para a justificação da decisão do caso sob exame, deixando, na maior medida do possível, questões normativas contíguas, profundas e controversas em aberto.” (SUNSTEIN, 1999 apud SILVA, A., 2008, p. 115).

Por derradeiro, a avaliação da atuação do Supremo Tribunal Federal será baseada nos dois modelos antagônicos de interpretação constitucional, denominados perfeccionismo judicial e minimalismo judicial, permitindo classificar a atuação da Corte conforme sua disposição em efetivar os princípios e direitos constitucionais determinados, por um lado, com moderação ou, por outro lado, através do enfrentamento de questões de ordem política e moral.

³ “(1) Counter-Majoritarian Activism: the reluctance of the courts to defer to the decisions of the democratically elected branches; (2) Non-Originalist Activism: the failure of the courts to defer to some notion of the originalism in deciding cases, whether the originalism is grounded in a strict fealty to text or in reference to the original intent of the framers; (3) Precedential Activism: the failure of the courts to defer to judicial precedent; (4) Jurisdictional Activism: the failure of the courts to adhere to jurisdictional limits on their own power; (5) Judicial Creativity: the creation of new theories and rights in constitutional doctrine; (6) Remedial Activism: the use of judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of government or take governmental institutions under ongoing judicial supervision as a part of a judicially imposed remedy and (7) Partisan Activism: the use of judicial power to accomplish plainly partisan objectives.” MARSHALL, William P.. *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*. University of Colorado Law Review. vol. 73, 2002. Disponível: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266> Acesso em: 08. Mar. 2012. p. 104

⁴ O originalismo e o majoritarismo não exercem grande influência no debate hermenêutico brasileiro, posto que o originalismo encontra-se restrito ao debate norte-americano e o majoritarismo pressupõe um processo de judicialização da política consolidado, não sendo este o caso do Brasil, pois os processos de ativismo judicial e judicialização da política são fenômenos recentes no cenário constitucional brasileiro.

Outrossim, importa analisar as sentenças atípicas em sede de controle de constitucionalidade, a fim de possibilitar uma melhor compreensão dos julgados e dos fenômenos de ativismo e judicialização da política nos casos concretos. Sem a pretensão de esgotar o tema e sendo impossível enumerar todas as hipóteses de sentenças que alterem o sentido e alcance da Constituição, expandindo o âmbito de atuação das cortes constitucionais, devem ser analisadas algumas modalidades de sentenças que flexibilizam as técnicas de decisões judiciais no cenário brasileiro, quais sejam: (1) mutação constitucional; (2) interpretação conforme a constituição; (3) declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto; (4) decisões manipulativas e (5) a declaração de constitucionalidade das “leis ainda constitucionais”.

Em rápidas pinceladas, a mutação constitucional é o mecanismo informal de mudança das Constituições em que há uma adaptação do texto constitucional em virtude da constante evolução da realidade social, não há alteração do texto constitucional, apenas há uma mudança da interpretação dos dispositivos constitucionais, atribuindo novos significados e conteúdos aos seus preceitos. Em suma, “as mutações constitucionais nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 152).

A interpretação conforme a Constituição é uma modalidade de decisão do controle de normas (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1304), em que, havendo duas ou mais interpretações possíveis de uma lei, deve o intérprete priorizar o entendimento que esteja em conformidade com a Constituição, em relação às outras interpretações que sejam inconstitucionais.

A interpretação conforme à Constituição é equiparável à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, embora sejam institutos distintos. A interpretação conforme à Constituição se caracteriza pela escolha do intérprete, dentre as interpretações possíveis, por aquela que seja conforme à Constituição, declarando nulas as demais interpretações incompatíveis com o texto constitucional, diversamente a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto considera inconstitucional uma hipótese de incidência da lei, sem que haja alteração texto normativo.

Com efeito, José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 208) classifica a interpretação conforme à Constituição como uma decisão manipulativa normativa. As decisões manipulativas são originárias da prática da Corte Constitucional Italiana e se caracterizam por serem sentenças em que a Corte Constitucional não se limita a declarar a

inconstitucionalidade das normas, mas, age como um legislador positivo, manipulando o ordenamento jurídico a pretexto de adequá-lo à Constituição. Compreendem duas espécies de decisão: (1) as normativas e (2) as transitivas ou transacionais, “conforme criem ou não normas gerais e contenham ou não o caráter transitório de seu pronunciamento, importando, ou não, uma relativa transação com o princípio da supremacia constitucional.” (SAMPAIO, 2002, p. 208).

As sentenças normativas são “pronunciamentos judiciais que importam a criação de norma jurídica de caráter geral e vinculante.” (SAMPAIO, 2002, p. 208) e subdividem-se em: (a) sentenças de interpretação conforme à Constituição, (b) sentenças aditivas, (c) sentenças aditivas de princípio e (d) sentenças substitutivas.

As sentenças aditivas ou construtivas “importam declarar inconstitucional certo dispositivo por ter deixado de dizer algo (“na parte em que não previu...”), desde que a disposição omitida seja imposta pela lógica do sistema legislativo e constitucional”, assim, emite-se uma decisão que reconhece a falta de um elemento necessário para que a norma seja declarada constitucional e acrescenta a essa norma o elemento necessário, adequando-a à interpretação da Constituição e alargando o âmbito de incidência da norma. As sentenças aditivas de princípio reconhecem a omissão inconstitucional e indicam os princípios básicos que o legislador deverá adotar na elaboração da norma ausente para que assegure a criação de uma norma compatível os ditames constitucionais e as sentenças substitutivas decorrem de uma decisão que substitui parte do conteúdo normativo da norma considerado inconstitucional por outro adequado aos ditames constitucionais. Desta forma, a Corte Constitucional não se limita a declarar inconstitucional a parte omissa de uma norma, mas a parte em que há uma previsão incompatível com a Constituição, assim, “numa primeira parte, portanto, [a Corte] anula o conteúdo da disposição impugnada, para depois reconstruir a mesma disposição com um conteúdo diferente.” (SAMPAIO, 2002, p. 217).

Outrossim, as sentenças transitivas são “decisões que apresentam um pronunciamento sobre a constitucionalidade ou a ilegitimidade constitucional segundo um parâmetro transitório, anunciando um processo em transformação, com relativa transigência ou transação com o princípio da supremacia constitucional” (SAMPAIO, 2002, p. 218) e subdividem-se em: (1) as sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo; (2) as sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida; (3) as sentenças apelativas e (4) as sentenças de aviso.

As sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo reconhecem a inconstitucionalidade de determinado preceito, entretanto, se a nulidade do preceito normativo

demonstrar-se mais prejudicial à consecução dos objetivos constitucionais, haverá declaração de inconstitucionalidade sem a retirada da norma do ordenamento jurídico. As sentenças de inconstitucionalidade com ablação diferida ou datada caracterizam-se pela postergação da produção de efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo, procurando atender às situações excepcionais que exijam uma limitação temporal dos efeitos da decisão. É a possibilidade do tribunal constitucional de aplicar a modulação dos efeitos das decisões em sede de controle de constitucionalidade. As sentenças apelativas declaram a constitucionalidade provisória de uma norma, ressaltando a iminência da ocorrência do vício da inconstitucionalidade. Assim, “pode-se declarar a constitucionalidade de uma norma no momento da prolação da sentença, antevendo-se, no entanto, sua inconstitucionalidade futura e, por isso, motivando-se um apelo ao legislador para que adote as providências cabíveis destinadas a impedir que essa situação venha a se constituir” (SAMPAIO, 2002, p. 222). Neste contexto, se enquadra a declaração de constitucionalidade das “leis ainda constitucionais”, no qual há uma declaração de “inconstitucionalidade superveniente”, em que uma lei constitucional, em razão de modificações da situação fática, torna-se inconstitucional. Por fim, as sentenças de aviso “prenunciam uma mudança de orientação jurisprudencial, deixando de ser aplicadas ao caso ou ação no curso do qual são proferidas”. (SAMPAIO, 2002, p. 222). Desta forma, a Corte Constitucional anuncia uma mudança em um futuro próximo na jurisprudência do tribunal, mecanismo chamado de *progressive overruling*.

Por fim, o recorte para análise foi escolhido em função da relevância dos julgados no âmbito de interpretação e/ou manipulação das decisões, a fim de proporcionar a efetivação de direitos e garantias fundamentais. Embora no Brasil não haja uma identificação de sentenças interpretativas manipulativas, falando se apenas em interpretação conforme ou inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (SAMPAIO, 2002, p. 222), foi possível identificar a utilização dessas técnicas decisórias, aplicadas no direito italiano, pelo Supremo Tribunal Federal, exceto as sentenças substitutivas, as sentenças aditivas de princípio e as sentenças de aviso, que ainda não encontraram respaldo na jurisprudência pátria.

Ademais, os casos selecionados para análise se destacam em virtude da utilização das audiências públicas e da oitiva dos diversos *amici curiae* – precedente este aberto na ADI n. 3510, tendo em vista sua importância na discussão perpetrada pelos ministros da Corte a respeito de questões alheias à atividade judicial e na elucidação das questões que geraram controvérsias morais e científicas dentro da sociedade, posto que proporcionaram a audição de opiniões religiosas, técnicas e científicas das mais distintas entidades, de forma a legitimar a

decisão do Supremo Tribunal através do embasamento na opinião pública, uma vez que lhe falta legitimidade democrática para a análise de questões com alto nível de complexidade.

Primeiramente, destacou-se a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 3510 (ADI 3510), requerendo a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que permitia a utilização de células-tronco de embrionárias para fins de pesquisa e terapêuticos. A ADI n. 3510 foi um marco histórico no Supremo Tribunal Federal, pois, além de inaugurar a utilização de audiências públicas pelo Egrégio Tribunal, refletiu o contexto de sociedade de risco vivenciado na sociedade brasileira, demonstrando a impossibilidade de controle do desenvolvimento social e científico que introduz questões complexas no âmbito de decisão do Poder Judiciário.

No caso sob exame, o posicionamento dos ministros, em geral, foi claramente perfeccionista, pois abordaram o caso a partir do enfrentamento da questão do início da vida, manifestando-se sobre questões científicas, religiosas, éticas, filosóficas que transcendem o caso e a expertise dos juízes. O voto do Ministro Carlos Ayres Britto, relator da ADI n. 3510, bem ilustra estas pretensões. Embora tenha afirmado que a questão em julgamento não residia na determinação do início da vida, mas na determinação dos aspectos e momentos dessa vida que estão validamente protegidos pelo ordenamento jurídico (ADI 3510/DF, 2010, p. 32-33), fundamentou seu voto em dispositivos da Constituição Federal que garantem o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à liberdade de pesquisa científica e defendeu a utilização de células-tronco embrionárias, sustentando a tese de que, para existir vida humana, é preciso a fecundação do óvulo feminino por um espermatozoide masculino. (ADI 3510/DF, 2010, p. 40), indo além da questão sobre a constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança).

Diferentemente, a Ministra Ellen Gracie, adotando um posicionamento minimalista, julgou a ADI n. 3510, sem tecer profundas considerações a respeito do conceito de vida e sua origem, afirmando que o Supremo Tribunal Federal não foi provocado para decidir sobre a correção ou superioridade de uma corrente científica ou tecnológica, mas apenas e tão somente para contrastar o art. 5º da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) com os preceitos constitucionais. Neste sentido, salientou que “não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceito que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências.” (ADI 3510/DF, 2010, p. 81).

Por seu turno, ganhou relevo a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (ADPF 54), que julgou admissível, por maioria de votos e nos termos do voto do Ministro Relator, à interrupção da gravidez de fetos anencéfalos no Brasil, declarando, através de uma

interpretação conforme à Constituição, a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II do Código Penal, restando vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski e Ministro Cezar Peluso.

A decisão do Supremo Tribunal na ADPF n. 54 acrescentou conteúdo à lei, alterando o sentido normativo original determinado pelo legislador, proferindo verdadeira decisão manipulativa de efeitos aditivos, um vez que o Código Penal previu apenas duas hipóteses excludentes de punibilidade no crime de aborto: (1) o aborto necessário ou terapêutico (art. 128, I, Código Penal) e (2) o aborto sentimental ou moral (art. 128, II, Código Penal). Destarte, na ADPF n. 54, O Supremo Tribunal Federal afastou o dogma do legislador negativo e conseqüentemente, assumiu uma postura ativista, na medida em que supriu uma omissão dos demais poderes com sua decisão. (SUNSTEIN, 2005, apud SILVA *et al* 2009, p. 13), acrescentando uma nova modalidade de exclusão da punibilidade do crime de aborto, qual seja, nos casos de gestação de feto portador de anencefalia.

Por outro lado, o Ministro Ricardo Lewandowski destacou que o Supremo Tribunal Federal não possui legitimidade para deliberar sobre o caso, posto que apenas o Congresso Nacional, por meio de lei, poderia criar esta possibilidade de se excluir a punibilidade. O citado ministro defendeu que “não é lícito ao mais alto órgão julgante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana.” (LEWANDOWSKI, 2012, p. 13). No mesmo sentido, o Ministro Cezar Peluso também ressaltou a incompetência do Supremo Tribunal Federal em atuar como legislador positivo, uma vez que o próprio Poder Legislativo não incluiu o caso do aborto de fetos anencéfalos nas hipóteses que autorizariam o aborto. Assim, afirmou: “Não temos legitimidade para criar, judicialmente, esta hipótese legal. A ADPF não pode ser transformada em panaceia que franqueie ao STF a prerrogativa de resolver todas as questões cruciais da vida nacional”. (PELUSO, 2012).

Por fim, merece atenção a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 (ADPF 132) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 (ADI 4277), que, interpretando conforme a Constituição o art. 1.773 do Código Civil, reconhecerem as uniões homoafetivas como entidade familiar equiparada às uniões estáveis entre homem e mulher, rotulando como inconstitucionais as interpretações que permitissem qualquer tipo de discriminação e produzissem resultados hermenêuticos incompatíveis com os preceitos constitucionais.

A Suprema Corte, de modo geral, sustentou a impossibilidade de continuar sonhando direitos subjetivos essenciais às uniões homoafetiva, afirmando, nas palavras do Ministro Luiz Fux, que a Corte estava firmando posição histórica, tornando público e cogente que o Estado não mais seria indiferente à discriminação em virtude da orientação sexual de cada indivíduo, ao contrário seria “o primeiro e maior opositor do preconceito aos homossexuais em qualquer de suas formas.” (ADPF 132/RJ, 2011, p. 62). Ainda, quando à questão da legitimação da atuação do Poder Judiciário, afirmou o Ministro Luiz Fux:

Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos. (ADPF 132/RJ/, 2011, p. 61)

Entretanto, cabível é a ressalva o Ministro Ricardo Lewandowski de que a interpretação jurídica não pode ultrapassar os limites objetivamente delineados nos parâmetros normativos, destacando que, no caso em tela, a norma constitucional foi clara ao expressar que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher. Neste sentido,

Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco, diante dos limites formais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos, a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a “separação dos Poderes” à dignidade de “cláusula pétrea”, que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional. (ADPF 132/RJ, 2011, p. 105).

Neste passo, a Suprema Corte agiu, de fato, como legislador positivo, criando uma nova norma no ordenamento jurídico brasileiro, um vez que, em seu sentido literal, o texto constitucional reconheceu somente proteção à união estável entre homem e mulher (art. 226, §3º). Outrossim, a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n. 132 e da ADI n. 4277, regulamentando “as uniões homoafetivas via jurisprudência do STF, como se fosse possível fazer um ‘terceiro turno’ no processo constituinte” (STRECK, BARRETO, OLIVEIRA, 2009, p. 77), demonstrou uma tentativa de instauração de uma verdadeira jurisprudência da valoração, abrindo espaço ao Poder Judiciário para a inovação em temas que dependem da regulamentação do Poder Legislativo.

3. RESULTADOS

A flexibilização das decisões proporcionada pela adoção das sentenças atípicas está sujeita a sérias críticas, principalmente quanto à legitimidade dos juízes inovarem no ordenamento jurídico. Pelas mesmas razões, que a Corte Constitucional Italiana “tende a ser vista como um ‘co-legislador’ ou mesmo como um legislador, principalmente em razão de suas sentenças ‘aditivas’ ou ‘substitutivas’” (FAVOREU, 2004, p. 91), o Supremo Tribunal Federal, ao se utilizar destas modalidades de interpretação constitucional, se aproxima da figura do legislador positivo, surgindo receios quanto à possibilidade de excessos pelo juiz constitucional.

Contudo, a prática do ativismo judicial tornou-se uma necessidade institucional, na medida em que as omissões do Poder Legislativo incorrem em grave desrespeito e sonegação aos direitos fundamentais e em ostensiva violação aos preceitos constitucionais. Por derradeiro, a conduta assumida por parte do Supremo Tribunal Federal, alargando sua competência institucional, não se atendo aos limites legalmente impostos à sua atuação, embora seja reprovável, constituiu-se em único meio de efetivar direitos e liberdades esquecidos pelos poderes representativos.

Por seu turno, diante das considerações traçadas, a resultante da análise do crescente protagonismo do Supremo Tribunal Federal, através da análise jurisprudencial de seus julgados, remete à tipificação de Willian P. Marshall (2002, p. 104) de um ativismo jurisdicional, haja vista a conduta assumida por parte dos integrantes da Corte, que através das mais relevantes decisões, têm alargado sua competência institucional, não se limitando aos parâmetros legalmente impostos à sua atuação. Em fim, “o ativismo brasileiro, portanto, foca-se no ativismo jurisdicional como mecanismo a assegurar a ampliação de competências (formal e normativa), caminhando para uma linha de fronteira com o governo dos juízes. (VALLE *et al*, 2008, p. 136). Ademais, é crescente a tendência a um ativismo criativo, com a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional, embora, no caso brasileiro, fale-se apenas em interpretação conforme ou inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (SAMPAIO, 2002, p. 222).

Todavia, convém ponderar que a supremacia judicial nem sempre se revelará como o melhor mecanismo garantidor dos preceitos constitucionais e dos direitos fundamentais de cada cidadão, uma vez não ser impossível a adoção pelo Tribunal de posicionamentos conservadores e a prolação de decisões contrárias à proteção dos ditames constitucionais, ocasionando um efeito devastador na sociedade.⁵

⁵ Veja-se o histórico de ativismo judicial nos Estados, no qual a Suprema Corte assumiu posturas conservadoras que perpetuaram a segregação racial (1857) e impediram as transformações econômicas do New Deal (1936-

4. DISCUSSÃO

Tendo em vista as transformações introduzidas pela sociedade complexa contemporânea e em virtude dos riscos que podem resultar de uma expansão do âmbito de atuação do Judiciário, insta “explorar outras combinações de diversas interseções institucionais – e não só a antes cogitada supremacia judicial – tudo voltado à investigação de uma melhor solução para pacificar-se o dissenso em favor da efetividade de direitos.” (VALLE, SILVA, 2009, p. 2259). Deste modo, a análise de uma alternativa institucional ao modelo de supremacia judicial envolve necessariamente a formulação de Peter Häberle de que é necessária uma abertura da interpretação da Constituição, devendo esta ser compreendida como um produto de contribuições de diferentes atores e perspectivas teóricas, o que conduz à ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição. Assim, “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.” (HÄBERLE, 1997, p. 13).

Nesta senda, ganham importância as teorias dialógicas para a manutenção do equilíbrio institucional. A teoria de diálogos institucionais parte da premissa de que é possível a construção de um modelo dialogal, capaz de estimular uma remodelação da atual estrutura institucional, a fim de que se instale um modelo que proporcione uma postura mais cooperativa entre as instituições políticas e as Cortes, encorajando um amplo debate com a sociedade civil, para que se garanta efetivamente o atendimento aos ditames constitucionais e a concretização dos direitos fundamentais.

A principal característica das teorias dialógicas aposta na existência de uma verdadeira intenção de colaboração e intercâmbio entre as instituições políticas e as Cortes, de modo que o Judiciário e o Legislativo se mostrem igualmente dispostos a incorporar no desenvolvimento de suas deliberações essa dinâmica cooperativa, devendo haver uma recepção adequada da sociedade civil, que se mostre aberta e interessada no debate público, pois “é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas.” (HÄBERLE, 1997, p. 14). Assim, o principal objetivo do modelo de diálogos institucionais é o fortalecimento da proteção dos preceitos constitucionais e dos

1953). Para melhor conhecer os avanços e retrocessos da Suprema Corte norte-americana, ver LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.

direitos e garantias fundamentais e a construção de um ambiente que proporcione uma visão democrática e pluralista dos distintos atores envolvidos na sociedade.

A par disso, com base na doutrina de Christine Bateup (2006, p. 16-76), busca-se sistematizar as diferentes teorias dialógicas dividindo-as em dois grandes grupos: (1) teorias dialógicas quanto ao método judicial (Theories of Judicial Method) e (2) teorias estruturais de diálogo (Structural Theories of Dialogue), as quais apontam subdivisões dentro dessas categorias. Assim, quanto ao método judicial, tem-se: a) teorias de “aconselhamento” judicial (Judicial Advice-giving), b) teorias centradas no processo (Process-Centered Rules) e c) minimalismo judicial (Judicial Minimalism) e, quanto as teorias estruturais: a) a teoria de construção coordenada (Coordinate Construction Theories), b) a teoria de princípios jurídicos (Theories of Judicial Principle), c) a teorias de equilíbrio (Equilibrium Theories), d) a teoria de parceria (Partnership Theories) e e) a fusão dialógica (Dialogic Fusion).

Em apertada síntese, a teoria de “aconselhamento” judicial propugna a utilização pelo Judiciário de “técnicas de interpretação e de construção da decisão que se revelem proativas, e que recomendem específicos cursos de ação aos poderes políticos, por meio dos quais se terá afastado o risco de violação constitucional.” (TAVARES, BERMAN, 2009, p. 2165). Já a teoria centrada no processo propõe a análise pelo Judiciário da adequação da deliberação de decisões políticas pelo Legislativo que podem afetar valores constitucionais substantivos. Essa teoria busca “investigar se o legislativo teve a devida consideração com temas como direitos fundamentais, oferecendo a cada matéria a atenção, aprofundamento e maturação que sua complexidade reclame.” (TAVARES, BERMAN, 2009, p. 2165). O minimalismo judicial, cujo maior defensor é Cass Sunstein, aposta em uma atitude de self-restraint do Judiciário, defendendo uma postura minimalista da Corte, que limite sua manifestação ao necessário á decisão do caso em concreto, de forma a proporcionar mais espaço ao Legislativo para o desenvolvimento de suas próprias atribuições.

A teoria de construção coordenada sustenta a atribuição da interpretação constitucional a diversos atores políticos de forma compartilhada. “Nesta perspectiva, o papel de interpretar a constituição é repartido entre os poderes, que terão supremacia na atribuição de sentido ao texto constitucional dentro de seu respectivo âmbito de competências.” (TAVARES, BERMAN, 2009, p. 2168). De outro lado, a teorias de princípios jurídicos advoga pelo reconhecimento de que o Poder Judiciário possui uma competência institucional especializada na decisão de questões relacionadas a princípios jurídicos. E, em havendo erro na interpretação judicial, haveria o controle pelos poderes políticos, fazendo surgir, assim, a presença do diálogo. (TAVARES, BERMAN, 2009, p. 2168). Diferentemente, a teoria de

equilíbrio não reconhece ao Judiciário qualquer competência especial para lidar com questões de princípios. Na verdade, atribui aos juízes a capacidade de atuar apenas como uma instância de discussão, de maneira a permitir que a sociedade, como um todo, alcance a concepção que ela entenda como a melhor possível. A teoria de parceria defende, no entanto, a criação de um diálogo amplo na sociedade, baseado na junção das contribuições do judiciário e dos poderes políticos acerca do significado dos dispositivos constitucionais como via para o fortalecimento do diálogo institucional. Por fim, a fusão dialógica consiste na combinação de elementos próprios da teoria de equilíbrio e da teoria de parceria. Desta forma, além do Judiciário e do Legislativo, por suas características distintas, se complementarem na defesa dos direitos fundamentais, a teoria da fusão dialógica atribui ao Judiciário o papel de facilitador da discussão dentro da sociedade dos temas controversos e de grande repercussão na sociedade, tendo como resultado a possibilidade de se alcançar um consenso mais sólido e aceito pelos próprios cidadãos, como defendido pela teoria de equilíbrio. (TAVARES, BERMAN, 2009, p. 2171).

Por fim, diante da importância da teoria dialogal como alternativa institucional ao vigente modelo de supremacia judicial, voltada para a proteção dos objetivos constitucionais, faz-se interessante a análise de mecanismos já existentes, tanto alienígenas, quanto pátrios, que permitem a contribuição de outras esferas de poder, bem como ampliam a participação da sociedade civil, contribuindo para um exercício verdadeiramente democrático de interpretação constitucional. Neste sentido, importa analisar distintos mecanismos no Brasil, no Canadá e na Itália que acrescentam relevantes inovações ao debate cooperativo entre os atores institucionais.

Em linhas gerais, o diálogo institucional no Brasil desenhou um caminho político de viabilização da proteção efetiva dos direitos fundamentais e dos ditames constitucionais. Embora não possa se falar em um diálogo institucional propriamente dito no Brasil, o sistema brasileiro apresentou mecanismos alternativos que esboçam uma preocupação inicial com os riscos à democracia, resultantes da supremacia judicial, e delineiam um tímido incentivo à incorporação da sociedade civil no diálogo constitucional.

Sem embargo, tais mecanismos se coadunam com o, denominado, constitucionalismo popular, que traz a ideia de que o governo pertence ao povo, e não aos juízes, vislumbrando possíveis formas de convivência entre o ideal da soberania popular e o respeito pela supremacia judicial.⁶ Neste sentido, “cumprasseverar que o modelo do constitucionalismo

⁶ É possível observar diferentes posicionamentos dentre os constitucionalistas populares, sendo importante destacar que todas se caracterizam pelo interesse em proporcionar uma maior participação popular no processo

popular dentro de um processo dialético traria essa interação entre os atores políticos no tocante às decisões judiciais em relação à prevalência da maioria.” (VIEIRA; VALLE, 2009, p. 2050). Com efeito, o constitucionalismo popular sustenta suas bases na ideia de que a jurisdição constitucional deve encontrar sua legitimidade na medida em que proporciona uma maior participação popular no processo de atribuição do sentido constitucional, sem, contudo, abrir mão da ideia de supremacia judicial. Assim, Barry Friedman constata:

el proceso es mediado por la manera en que el público recibe la información acerca de lo que los tribunales hacen, la manera en que el público puede y efectivamente responde a las decisiones judiciales, y la medida en que los tribunales están al corriente de la opinión popular y toman cuenta de ella. (FRIEDMAN, 2005b, p. 126).

Neste ínterim, o sistema jurídico brasileiro, ainda que de maneira incipiente, buscou introduzir mecanismos comprometidos com um debate público, que incentivem uma atuação mais democrática e dialógica pelo Poder Judiciário, de modo a possibilitar e ampliar a participação popular nos processos tomada de decisão. Assim, foram desenhados mecanismos que asseguram a congruência entre as decisões judiciais e a opinião popular e garantem a visibilidade do trabalho dos tribunais, quais sejam: (1) as audiências públicas; (2) os *amici curiae* e (3) abertura midiática.

As audiências públicas e a instituição do *amicus curiae* provocaram uma aproximação entre o Supremo Tribunal Federal e os cidadãos e uma ampliação significativa do acesso ao Judiciário, ao permitir que nos casos dos julgadores se verem perante temas cujo âmbito ultrapassa a área jurídica ou perante questões não tratadas anteriormente no âmbito judicial, possam, tendo em vista a necessidade de esclarecimento da questão, ouvir depoimentos de órgãos ou entidades com *expertise* na matéria, a fim de que apresentem posicionamentos técnico-científicos sobre a questão constitucional sob exame. Deste modo, proporciona-se à Suprema Corte uma visão interdisciplinar sobre a matéria objeto de discussão e propicia-se uma maior gama de elementos para o correto julgamento da questão em pauta, acrescentando, assim, legitimidade às decisões do Supremo Tribunal Federal, haja vista sua característica essencialmente contramajoritária.

Ademais, somado a abertura midiática, que representa o processo de ampliação da relação de confiança pela atuação jurisdicional por meio de instrumentos que garantam maior

de tomada de decisões, em detrimento ao monopólio judicial sobre o significado da Constituição. Neste sentido ver GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The People Themselves, de Larry Kramer. JURA GENTIUM: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, 2007b. Disponível em: < <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2012. Semestral. ISSN 1826-826.

publicidade e transparência⁷, tais mecanismos se revelaram como importantes instrumentos propulsores da participação da sociedade civil, afastando a ideia “de que o processo de interpretação constitucional estava reduzido aos órgãos estatais ou aos participantes diretos do processo.” (HÄBERLE, 1997, p. 24). Desta perspectiva, esta abertura institucional “não se trata de um ‘aprendizado’ dos participantes, mas de um ‘aprendizado’ por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes.” (HÄBERLE, 1997, p. 31-32).

Por sua vez, no Canadá, o diálogo institucional é sustentado na possibilidade de consultas abstratas e prévias à Corte, proporcionando uma efetiva comunicação dialética entre as cortes e as instituições representativas, um novo modelo que permite a análise de diferentes perspectivas teóricas dos atores institucionais. Com base no art. 53 do Supreme Court Act, de 1985, o Poder Executivo canadense pode submeter questões constitucionais para que a Suprema Corte emita um parecer, que não possui caráter decisório e vinculativo, prevendo a possibilidade de submissão de questões referentes à interpretação de normas constitucionais, constitucionalidade ou interpretação de normas provinciais ou federais, jurisdição recursal sobre matéria educacional ou sobre os poderes do Parlamento federal ou provincial ou de seus respectivos governos. (PINTO, 2007, p. 70/71).

Por fim, na Itália destacam-se as decisões manipulativas aditivas de princípio como importante técnica que permite ao julgador, não somente estimular um debate entre os poderes políticos, como também, estimular uma atuação cooperativa entre esses distintos atores institucionais, proporcionando um diálogo consciente que se apresenta como atenuante aos riscos de ingerência por parte do Poder Judiciário. Assim sendo, ressalta-se que:

Mais recentemente, a Corte [Italiana] elaborou novas técnicas de julgamento que lhe permitem renovar suas relações com o legislador e os juízes ordinários. Pela técnica das sentenças ditas "aditivas de princípio", a Corte declara a inconstitucionalidade de uma omissão do legislador, mas, ao contrário das sentenças aditivas "clássicas", ela mesma não introduz a regra destinada a preencher a lacuna da lei controlada. Ela se limita a "administrar", de acordo com sua própria expressão, um "princípio" segundo o qual o legislador deverá adotar a nova regra para satisfazer às exigências constitucionais. Enquanto o legislador não intervém, os juízes ordinários podem reportar-se também ao "princípio" colocado pela Corte, para extrair do ordenamento jurídico em vigor a regra adaptada aos casos concretos que eles deverão julgar. (FAVOREU, 2004, p. 87)

⁷ Dentre os diversos mecanismos que garantem a mais ampla publicidade e transparência, destacam-se: o processo de digitalização e disponibilização virtual dos acórdãos e julgamentos dos tribunais ao público, o acompanhamento das sessões plenárias e das audiências públicas em tempo real por um amplo sistema de comunicação, incluindo o sítio eletrônico (<http://www.stf.jus.br>), o Twitter e o YouTube do Supremo Tribunal Federal, a TV Justiça e a Rádio Justiça, bem como, a Central do Cidadão, canal de comunicação direta entre o cidadão e o Tribunal, no qual é possível obter acesso à informações públicas.

Deste modo, a adoção das decisões manipulativas aditivas de princípio sustenta a aplicação do texto constitucional por meio de um princípio para a supressão da omissão legislativa, evitando uma interferência judicial ao âmbito de tomada de decisão dos demais poderes políticos.

Assim, propõe-se na análise da matéria, considerando o risco de reconhecer diversas fontes para realizar a tarefa de interpretação constitucional, o que pode levar a uma situação de insegurança quanto à interpretação predominante, o reconhecimento em favor do Poder Judiciário da responsabilidade para a solução de conflitos entre as distintas perspectivas dos atores institucionais, fornecendo, em geral, a “última palavra” sobre a interpretação da Constituição.

Por certo, esta autoridade maior reconhecida à instituição judicial do sentido constitucional, destacando o papel de atuação da Corte, não de primazia judicial em relação às competências dos demais poderes políticos, mas de desenvolvimento de um importante diálogo institucional, possibilitando contribuições igualmente importantes por cada um dos ramos do poder, se aproxima da teoria da fusão dialógica, elaborada por Christine Bateup, que combina a perspectiva legislativa e a judicial, aliada a mecanismos facilitadores da discussão dentro da sociedade civil de temas centrais do constitucionalismo, para a construção do caminho para que o diálogo possa servir como instrumento de fortalecimento dos direitos fundamentais. (BERMAN, TAVARES, 2009, p. 2170).

No entanto, para o funcionamento da teoria do diálogo institucional é necessário, além de uma postura de autocontenção por parte da Corte constitucional, um compromisso dos demais atores políticos de se engajar na forma prescrita de diálogo, em vez de simplesmente submeterem-se às decisões judiciais, afastando-se os prejuízos resultantes da inércia legislativa e o interesse em transferir para o Judiciário o ônus de decidir sobre determinadas questões socialmente relevantes. Em conclusão, afirmam Rodrigo de Souza Tavares e José Guilherme Berman, que:

Em linhas gerais, a crítica apontada – com as devidas adaptações a cada qual das modalidades – às teorias relacionadas ao método judicial, diz respeito à sua aposta na existência de uma verdadeira intenção de colaboração e intercâmbio entre as estruturas formais de poder, de modo que o judiciário efetivamente se veja sensibilizado ao desenvolvimento de uma pedagogia constitucional, e o legislativo se mostre igualmente aberto a receber essas mesmas lições, incorporando-as no desenvolvimento de suas deliberações. (BERMAN, TAVARES, 2009, p. 2167).

5. CONCLUSÃO

Ao ensejo de conclusão, a arquitetura institucional brasileira, na quadra atual, reforça o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da inefetividade das instituições majoritárias e pelo interesse institucional dos tribunais em legitimar a revisão constitucional. Deste modo, propôs-se uma verdadeira reflexão sobre o atual modelo adotado, apresentando o modelo dialogal como alternativa ao modelo tradicional de jurisdição constitucional que confere às cortes supremas a palavra final em questões interpretativas em disputa na sociedade.

Por fim, concluiu-se pela importância dos estudos da trajetória da expansão judicial e da análise dos modelos constitucionais alienígenas para o destaque de alternativas que possam enraizar na sociedade uma consciência da existência de direitos e deveres fundamentais que devem ser debatidos de uma forma democrática e pluralista. Embora os modelos comparativos não possam ser incorporados sem a devida adaptação à realidade brasileira, podem externalizar possibilidades que poderiam ser negligenciadas ou consideradas demasiadamente utópicas para serem consideradas nas circunstâncias do sistema jurídico pátrio.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Justiç@ - Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal**, n. 19, ano III, ago. 2011. Disponível em: <http://www.jfdf.jus.br/revista_eletronica_justica/Agosto11/artigo_Barroso1.html> Acesso em: 08 set. 2011. Bimestral. ISSN 1984-6878.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue**. NYU Law School, Public Law Research Paper n. 05-24. Brooklyn Law Review, vol. 71, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=852884>>. Acesso em: 07 ago. 2012.

BERMAN, J. G., TAVARES, R. de S. Teorias Dialógicas e os Sistemas De Constituições Não Escritas: O Caso Israelense. In: **XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI**, 2009. São Paulo. Anais... Disponível em: <www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2259.pdf>. Acesso em: 04. Maio 2012. ISBN: 978-85-7840-029-3.

BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. London: Yale University Press, 1986.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. D.O.U n. 191-A, 05 out. 1988. In: VADE Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos, Windt e Livia Céspedes. 7 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 07-74.

_____. **Lei 9.868/1999, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. D.O.U, 11 nov. 1999. In: VADE Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos, Windt e Livia Céspedes. 7 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1673-1675.

_____. **Lei 11.105/2005, 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 – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. D.O.U, 28 mar. 2005. In: VADE Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos, Windt e Livia Céspedes. 7 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1716-1721.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3510/DF.** Procurador-Geral da República e Presidente da República Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJ, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=583645#87%20-%20AC%D3RD%C3O87%20-%20improcedente>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54/DF.** Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ, 31 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132/RJ.** Procurador-Geral da República e Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJ, 05 maio 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 17 abr. 2011.

FAVOREAU, Louis. **As cortes constitucionais.** Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FRIEDMAN, Barry. Las posibilidades normativas del control judicial de constitucionalidad: una respuesta a Roberto Gargarella. **Revista Jurídica la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo**, Universidade de Palermo, ano 6, n. 1., 2005b. Semestral. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-octubre2005/061Juridica08.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2012.

GARGARELLA, Roberto. El nacimiento del constitucionalismo popular. Sobre The People Themselves, de Larry Kramer. **JURA GENTIUM: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale**, 2007b. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/gargarel.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2012. Semestral. ISSN 1826-826.

GIDDENS, A.; BECK, U.; LASH, S. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Oeiras: Celta Editora, 2000.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2008.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Brasília, 11 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.abortoemdebate.com.br/arquivos/votoRL.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

MARSHALL, William P.. **Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism**. University of Colorado Law Review, vol. 73, 2002. Disponível: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266> Acesso em: 08. Mar. 2012.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 224-230.

PELUSO, Cezar. **Voto ADPF 54 na íntegra - Aborto dos anencéfalos**. (70:24 min.) Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=n2rhSMc0cwc>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. O controle concreto de constitucionalidade na Europa e na América do Norte: um estudo comparado. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 30, p 62-87, jan/jun 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS, Letícia Camilo. **Análise da decisão judicial no quadro da jurisprudência: o diálogo das fontes do direito**. Belo Horizonte: UFMG, 2011. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/1843/BUOS-8MQGVU/1/disserta__o_let_cia_camilo_dos_santos.pdf> Acesso em: 12 dez. 2011.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Tradução Geraldo de Carvalho. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Apresentação de Gilmar Ferreira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 12, p. 107-142, out./dez. 2008. Trimestral. ISSN 1809-550X.

SILVA, A.; MEDEIROS, B. A. de; PESSANHA, D. dos S. et al. Os vinte anos de vigência da Constituição Federal de 1988 no marco do ativismo Judicial: Os casos da manipulação das

células-tronco embrionárias e do amianto. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**, Rio de Janeiro, n. 97, dez. 2009. Anual.

STRECK, L.; BARRETO, V.; OLIVEIRA, R. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Rio Grande do Sul: Unisinos, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2012. Semestral. ISSN 1982-0496.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: University Press, 1995.

VALLE, V. R. L. do; SILVA, C. de A. Constitucionalismo Cooperativo ou Supremacia do Judiciário? In: **XVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI**, 2009. São Paulo. *Anais...* Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2209.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2012. ISBN: 978-85-7840-029-3.

VALLE, V. R. L., SILVA, A. G. da, BRASIL, D. R. *et al.* **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Rio de Janeiro, Setembro de 2008.

VIEIRA, José Ribas; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Saídas institucionais ou a força do processo democrático na prevalência da Constituição** In: **XVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI**, 2009. Manaus. *Anais...* Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/11_1102.pdf> Acesso em: 30 maio 2012. ISBN: 978-85-7840-023-1.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, vol. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2012. ISSN 1808-2432.