

## **Modelos jurídicos de interpretação da Constituição: última palavra e diálogo entre as Cortes e as Legislaturas** *Legal models of Constitutional interpretation: last word and dialogue between Courts and Legislatures*

**Gustavo Fernandes Sales<sup>1</sup>**

*Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento (IDP) – Brasil*

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Os intérpretes da constituição. 3 Modelos de interpretação constitucional. 3.1 Os modelos de última palavra. 3.1.1 O modelo schmittiano. 3.1.2 O modelo da jurisdição constitucional. 3.1.3 O modelo da supremacia do Parlamento. 3.2. Os modelos de diálogos interinstitucionais. 4 Reflexões sobre os modelos adotados no Brasil e no Direito Comparado. 5 Considerações finais. 6. Referências.

**Resumo:** O artigo se propõe a analisar os sistemas de interpretação constitucional existentes, classificando-os em dois grupos: os modelos de última palavra e os modelos de diálogos interinstitucionais. Analisa-se, inicialmente, quem são os intérpretes da constituição e quais são as preocupações e debates que marcam esse cenário. Em seguida, passa-se à descrição dos grandes modelos de interpretação constitucional, especificando-se o modelo schmittiano, o de jurisdição constitucional e o de supremacia parlamentar, bem como os modelos de diálogo interrogativo, interruptivo e construtivo. Ao final, são apresentadas reflexões sobre os referidos modelos, concluindo-se que os diálogos interinstitucionais minimizam tanto o risco de interferência legislativa injusta que ameace a liberdade quanto de interferência judicial injusta em desfavor da legislação, e que tais modelos parecem corresponder de maneira mais adequada aos anseios de neutralização de abusos pelos atores estatais e de maior harmonia entre os Poderes, levando a uma interpretação da constituição mais afinada com a realidade constitucional e o sistema democrático.

**Palavras-chave:** Hermenêutica constitucional. Revisão Judicial. Reações legislativas. Última palavra. Diálogos interinstitucionais.

**Abstract:** The article aims at analyzing the existing systems of constitutional interpretation, classifying them into two groups: the “last word” models and the models of “institutional dialogues”. Firstly, this article presents who are the interpreters of the constitution and what are the concerns and debates that mark this scenario. Next, the main models of constitutional interpretation are described, specifying the Schmittian model, the model of constitutional jurisdiction and the model of parliamentary supremacy, as well as the models of interrogative, interruptive and constructive dialogue. In the end, reflections on these models are presented, concluding that institutional dialogues models minimize both the risk of unfair legislative interference that threatens freedom and the risk of unfair judicial interference against legislation, and that such models seem to suit the desire to neutralize abuses by state actors and to achieve greater harmony between the three branches of government, leading to an interpretation of the constitution more adequate to constitutional reality and the democratic system.

---

<sup>1</sup>Mestrando em Direito Constitucional pelo IDP. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - FESMPDFT. Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDFT.

**Keywords:** Constitutional hermeneutics. Judicial Review. Legislative reactions. Last word. Institutional dialogues.

## 1. Introdução

Em uma análise histórico-evolutiva das grandes acepções da palavra, *hermenêutica* é expressão que evolui da arte de interpretar corretamente os textos para a caracterização de uma “filosofia universal da interpretação e das ciências humanas, que acentua a natureza histórica e linguística de nossa experiência de mundo”<sup>2</sup>. Apesar de não estar conectada exclusivamente ao Direito, e, de forma ainda mais restrita, ao Direito Constitucional, é nesse âmbito que se situa o estudo dos principais *modelos jurídicos de interpretação da constituição*, nosso objeto temático.

Sabe-se, desde os clássicos, que todos os textos, jurídicos ou não, e todos os atos normativos, primários ou não, devem se submeter à interpretação. A *interpretação constitucional*, contudo, é cercada de características próprias que lhe desenham um universo particular<sup>3</sup>, em face, sobretudo: (a) da circunstância de as normas constitucionais ocuparem posição superior no sistema jurídico – supremacia constitucional; (b) da abundância de normas do tipo princípio, caracterizadas por uma linguagem aberta vazada em termos gerais; (c) do conteúdo axiológico de tais normas, evidenciado pela atual fase do constitucionalismo; e (d) da ausência de regras e princípios no texto constitucional que aclarem a sua própria interpretação ou do Direito como um todo<sup>4</sup>.

Todos esses fatores – a maior parte deles correlatos – acarretam intensa discussão sobre as técnicas adequadas e os limites a que se deve ater o intérprete da constituição, a fim de se concretizar a racionalização dessa atividade hermenêutica. A reflexão abrange temas como os *problemas recorrentes* na interpretação constitucional, os *sujeitos* dessa interpretação jurídica, os *métodos* e *princípios* instrumentais e o estudo dos *modelos jurídicos de interpretação da constituição*. Aliás, mesmo antes de se falar em *constituição em sentido moderno*, modelos de interpretação que buscassem neutralizar ou suavizar os abusos cometidos pelos atores estatais já constituíam preocupação dos filósofos e juristas, como se vê em Aristóteles e seu pensamento embrionário sobre a separação de poderes<sup>5</sup>, em John Locke e a sua recomendação sobre uma separação entre a função legislativa, de um lado, e as funções executiva (de aplicação da força pública no plano interno) e federativa (consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças), de outro<sup>6</sup>, e em Montesquieu e sua divisão clássica (tripartida), que sustenta a ideia de que o poder só pode ser limitado pelo próprio poder, e que essas funções por ele sugeridas não poderiam estar reunidas em um só órgão, mas em órgãos distintos, para que cada um pudesse impedir que o outro abusasse de suas funções (*fórmula checks and balances*)<sup>7</sup>. Mais recentemente, o debate por todos conhecido travado entre Kelsen e Schmitt traz ainda mais luz à questão.

O presente artigo encontra justificção, portanto, na complexidade da discussão que envolve a interpretação das normas constitucionais e o inter-relacionamento entre os Poderes na concretização dessa tarefa, consoante observado das divergências que se operam tanto no Direito Comparado (âmbito espacial) quanto no Direito pátrio (âmbito temporal).

Pretende-se trazer breves considerações, inicialmente, sobre os intérpretes da constituição e, em seguida, apresentar os principais modelos de interpretação constitucional que cuidam de quem teria o poder sobre a interpretação última da

<sup>2</sup> GRODIN, J. *Hermenêutica*, Parábola Editorial, São Paulo, 2012, p. 11.

<sup>3</sup> MENDES, G.F. & BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2019, p. 79.

<sup>4</sup> Essa omissão é comum no Direito Comparado. No Brasil, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro traz apenas uma regra sobre integração (art. 4º) e uma sobre interpretação e aplicação das leis (art. 5º).

<sup>5</sup> ARISTÓTELES. *A Política*, Martin Claret, São Paulo, 2004, p. 199.

<sup>6</sup> LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo*, Martins Fontes, São Paulo, 2005.

<sup>7</sup> MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*, Martin Claret, São Paulo, 2006.

constituição e do Direito. Ao final, busca-se trazer à lume reflexões a respeito de tais modelos, apontando qual deles se mostra mais afinado com a realidade constitucional e o sistema democrático.

## 2. Os intérpretes da Constituição

O objeto da *interpretação constitucional* é a atribuição de significado às normas que integram a constituição em sentido material e formal<sup>8</sup>, com enorme destaque, em países que adotam constituições rígidas, para os símbolos linguísticos escritos no documento constitucional. Essa tarefa, em regra, é realizada no âmbito da jurisdição constitucional – com grande destaque para o controle de constitucionalidade das leis – ou mesmo a partir da própria aplicação direta da norma constitucional<sup>9</sup>.

Bem compreendidas essas discussões, pode-se constatar que todos os órgãos ou poderes estatais devem interpretar a lei fundamental<sup>10</sup>, não obstante ainda se discuta de quem é a “palavra final” – tema que será analisado a tempo e modo. A constituição, como parte integrante do ordenamento jurídico estatal, precisa ser aplicada pelo legislador, pelo administrador e pelo juiz, e estes se deparam com problemas interpretativos ao longo de todo o cumprimento de suas funções precípua<sup>11</sup>.

Nesse cenário, é intuitivo constatar que são três as principais espécies de interpretação.

Em primeiro lugar, tem-se a *interpretação legislativa*<sup>12</sup>, que se opera não só por meio de leis interpretativas – como a regra extraída do art. 13 do Código Penal, que esclarece o conceito de *causa* no âmbito da teoria do crime –, mas, também, por meio da edição de leis que realizam os fins constitucionais, dentro da moldura arquitetada pelo legislador constituinte<sup>13</sup>. Nesse sentido, luminosa a lição de José Alfredo de Oliveira Baracho:

Ao expedir disposições ordinárias, o legislador deve interpretar o alcance das normas constitucionais, pois toda norma secundária deve estar em conformidade com o texto e os princípios fundamentais da lei suprema. De acordo com este entendimento, as leis constituem aplicação das disposições constitucionais de criação jurídica, pelo que os órgãos

<sup>8</sup> BARROSO, L.R. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 110.

<sup>9</sup> BARROSO, L.R. *Idem*.

<sup>10</sup> Indo um pouco além, há bastante prestígio na tese de que *todos aqueles que vivem sob a normatividade constitucional* são seus autênticos intérpretes ou cointérpretes, a exemplo da “sociedade aberta dos intérpretes” de Peter Häberle.

<sup>11</sup> BARACHO, J.A.O. “Hermenêutica constitucional”, *Revista de informação legislativa*, v. 14, n. 53, 1977, p. 116.

<sup>12</sup> Luís Roberto Barroso aponta, no âmbito da interpretação legislativa, a própria estruturação do Poder Legislativo e de seus órgãos, a observância do processo legislativo e a apreciação de vetos do chefe do Executivo fundados em motivo de inconstitucionalidade. *In*: BARROSO, L. R. *Ob. Cit.*, p. 120.

<sup>13</sup> Importa mencionar que, para o Supremo Tribunal Federal, a Constituição brasileira é uma “constituição-moldura”, não totalmente vinculante, mas, sim, concebida como um limite para a atividade legislativa, que poderá atuar dentro desses contornos, sob fiscalização da jurisdição constitucional. Nesse sentido, segue trecho ementado da ADI 4.650, j. 17.9.15: “(...) CONSTITUIÇÃO-MOLDURA. NORMAS FUNDAMENTAIS LIMITADORAS DA DISCRICIONARIEDADE LEGISLATIVA. (...) A Constituição da República, a despeito de não ter estabelecido um modelo normativo pré-pronto e cerrado de financiamento de campanhas, forneceu uma moldura que traça limites à discricionariedade legislativa, com a positivação de normas fundamentais (e.g., princípio democrático, o pluralismo político ou a isonomia política), que norteiam o processo político, e que, desse modo, reduzem, em alguma extensão, o espaço de liberdade do legislador ordinário na elaboração de critérios para as doações e contribuições a candidatos e partidos políticos. (...)”. *In*: STF. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.650*, disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>, acesso em: 01 mar. 2022.

legislativos devem interpretar estas últimas, para determinar seu alcance, ajustando-se a seu texto e ao seu espírito<sup>14</sup>.

A *interpretação administrativa*, por sua vez, é extraída, especialmente, da postura do chefe do Poder Executivo ao pautar sua própria conduta e a de seus subordinados na interpretação da constituição, o que é feito ao dar cumprimento aos atos normativos, ao elaborar e executar políticas públicas e ao se negar, excepcionalmente, a dar aplicabilidade a leis que considera flagrantemente inconstitucionais<sup>15</sup>. Apesar de não ser tão rica quanto a dos órgãos judiciais, por tratar-se, em regra, de interpretação constitucional indireta, no sistema brasileiro

a interpretação administrativa é muito importante, desde que, cuidando-se de seu desenvolvimento, poderá a Administração evitar litígios, que decorrem da aplicação das normas constitucionais e dos demais ramos do Direito, quando relacionados com o Direito Administrativo<sup>16</sup>.

Por fim, tem-se a *interpretação judicial*, que é a mais evidente, realizada quando do próprio exercício da função jurisdicional ordinária e constitucional. Essa espécie de interpretação adquiriu grande importância na evolução do sistema político americano, e tem maior relevância em países que admitem a revisão judicial das leis e dos atos de autoridade.

### **3. Modelos de interpretação constitucional**

Apesar de se admitir que todos os Poderes são intérpretes constitucionais, o sistema jurídico ainda precisa apontar qual deles terá a competência para solucionar, de forma definitiva, os problemas interpretativos com colorido constitucional. Em caso de divergência entre os Poderes, qual deles poderia impor, com primazia, a sua interpretação constitucional? Essa reflexão será desenvolvida no presente tópico.

Adiante-se que existem diferentes modelos jurídicos que cuidam de quem teria o poder sobre a interpretação última da constituição e do Direito. Como forma de facilitar a compreensão, é possível, didaticamente, enquadrar esses modelos em dois grandes grupos: os modelos de "última palavra" e os de "diálogos interinstitucionais".

#### *3.1. Os modelos de última palavra*

Tradicionalmente – como visto –, são três os Poderes constituídos de um Estado, com espelho no pensamento de Charles-Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu (*De l'esprit des lois*, 1748), embora os sistemas jurídicos possam trazer deformidades ou refinamentos a essa configuração. Ilustrativos nesse sentido são os casos da Constituição Política do Império do Brasil, que adotou, de forma desvirtuada, a concepção de Benjamin Constant, que dividia os poderes em quatro – incluindo o Moderador –, e da Constituição do Equador de 2008, que firma suas bases em cinco funções estatais: *la Función Ejecutiva, la Función Legislativa, la Función Judicial, la Función Electoral y la Función de Transparencia y Control Social*. Esta última integra, fomenta e incentiva a participação popular, garantindo à sociedade, por exemplo, a possibilidade de ratificação, via referendo, dos atos praticados pela classe política.

Não obstante, sendo três os Poderes estatais clássicos, é natural que se queira atribuir a um deles a "última palavra" sobre a interpretação constitucional.

---

<sup>14</sup> BARACHO, J.A.O. *Ob. Cit.*, p. 123.

<sup>15</sup> BARROSO, L.R. *Ob. Cit.*, p. 121.

<sup>16</sup> BARACHO, J.A.O. *Ob. Cit.*, p. 128.

## 3.1.1. O modelo schmittiano

Uma das grandes questões debatidas nos anos da República de Weimar (1918-1933) dizia respeito a *quem seria o guardião da constituição*, já que a Constituição de Weimar de 1919 não trazia disposição a respeito.

De um lado, Hans Kelsen pregava que esse papel deveria ser desempenhado por um Tribunal Constitucional, como ocorrera na Áustria, evitando que a constituição fosse superada por uma lei inferior, nos moldes de um "legislador negativo".

Por outro lado, Schmitt – refratário ao partidarismo da república de Weimar e ao modelo federal de Estado – era adepto da figura de um líder carismático que expressasse a unidade do povo alemão. Se o parlamento, fragmentado, não é capaz de constituir a representação do país, e se a jurisdição constitucional desvirtua a função do juiz ao acarretar a subsunção de uma norma a outra (a função do juiz consistiria em subsumir fatos a normas), então resta ao Presidente do Reich, com base nos poderes extraordinários conferidos pelo art. 48 da Constituição de Weimar, defender a Lei Maior nos momentos de crise.

Na obra *Der Hüter der Verfassung*, de 1931, Carl Schmitt busca desqualificar o Poder Judiciário como guardião da Constituição, refutando a "solução austríaca" e a experiência norte-americana. Os tribunais seriam limitados em diversos aspectos: o controle judicial se dá *a posteriori*, e, em muitos casos, é acessório e incidental. O problema, sendo do conteúdo da norma jurídica, situa-se no campo da legislação, não do judiciário<sup>17</sup>. Recorde-se que, para Schmitt, a constituição é *decisão política fundamental*, e vale porque deriva de uma *vontade política* preexistente, da unidade política que é a Nação:

A distinção entre constituição e lei constitucional só é possível porque a essência da constituição não está contida em uma lei ou em uma norma. Por detrás de toda normação reside uma decisão política do titular do poder constituinte, do Povo em um Democracia ou do Monarca na Monarquia (tradução livre)<sup>18</sup>.

Se a essência da Constituição não está contida em uma norma jurídica, mas em uma decisão política do poder constituinte, descarta-se a possibilidade de o Poder Judiciário ser o protetor da Constituição<sup>19</sup>.

Schmitt também refuta a possibilidade de o Parlamento realizar esse papel, em especial diante de seu caráter multifacetário, em que diversas forças políticas se antagonizam. Conforme aponta Gilberto Bercovici, em análise ao pensamento de Schmitt, "[a] 'ocupação pluralista' do Estado faz com que não haja qualquer direção, integridade ou unidade na política econômica, ou seja, o Parlamento é incapaz de lidar com as crises econômicas, quanto mais ser o guardião da Constituição"<sup>20</sup>.

A saída, portanto, estaria em atribuir ao Poder Executivo, na figura do Presidente do Reich, o poder para proteger a constituição em casos extremos, com fulcro nos poderes extraordinários conferidos pelo art. 48 da Constituição de Weimar. As principais características que recomendariam esse modelo de interpretação constitucional seriam a sua autoridade política estável, sua posição de poder neutro e de integração política e a representação de toda a nação que o elegeu, com homogeneidade. "O Presidente seria o protetor e o guardião da unidade da Constituição e da integridade da nação" – resume Gilberto Bercovici<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> BERCOVICI, G. "Carl Schmitt, o estado total e o guardião da constituição", *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, 2003, p. 195.

<sup>18</sup> SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*, Alianza editorial, Madrid, 1982, p. 47.

<sup>19</sup> BERCOVICI, G. *Ob. Cit.*, p. 196.

<sup>20</sup> BERCOVICI, G. *Ob. Cit.*, p. 197.

<sup>21</sup> BERCOVICI, G. *Ob. Cit.*, p. 198.

## 3.1.2. O modelo da jurisdição constitucional

A denominada "justiça constitucional" (*jurisdição constitucional*) costuma ser definida como "o complexo de actividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes"<sup>22</sup>. Inclui, em regra, o julgamento de ilícitos praticados por integrantes de órgãos constitucionais, o contencioso eleitoral, a tutela de direitos fundamentais, os conflitos federativos e, com maior destaque, a *fiscalização da constitucionalidade das leis*<sup>23</sup>.

Mauro Cappelletti ensina que "a necessidade de impor um limite ao próprio legislador, e de torná-lo *efetivo* por meio de um controle judicial, é uma necessidade profundamente radicada na história, mesmo antiga, da civilização humana"<sup>24</sup>. Mas é nos Estados Unidos da América do século XVIII que nasce a grande contribuição à Ciência Jurídica no que se refere ao controle de constitucionalidade das leis.

Com amparo em precedentes próximos como a fiscalização das leis das colônias inglesas realizada pelo *Privy Council* de Sua Majestade (um corpo de conselheiros do monarca inglês) e as ideias de Sir Edward Coke, defensor da supremacia da *common law* em relação à *statutory law* e ao Parlamento<sup>25</sup>, os convencionais fizeram inserir na Constituição de 1787 um dispositivo de certo modo vago, não tão categórico ao ponto de ser rejeitado pela corrente oposta, que dizia:

A Constituição [Federal] e as leis dos Estados Unidos, que serão elaboradas em conformidade com ela (...) serão a lei suprema do país; e os juízes de todos os Estados estarão vinculados a ela, não obstante qualquer disposição em contrário inserta nas Constituições e nas leis dos Estados<sup>26</sup>.

Enfim, adveio a histórica interpretação do texto da Constituição norte-americana de 1787, realizada pelo *Chief Justice* John Marshall no caso *Marbury v. Madison*, que eliminou as incertezas e fixou o dever/poder dos *juízes* de proteger a *supremacia da constituição*. Essa construção jurídica tem por motivações o reconhecimento precoce (já no início do século XIX) do valor normativo da constituição como documento máximo da ordem jurídica nos Estados Unidos e da ausência de temor e preocupação, naquele país, quanto ao Poder Executivo. É que, diferentemente dos monarcas absolutistas europeus, nos Estados Unidos da América o Executivo era chefiado por um Presidente da República, eleito pelo voto popular. A desconfiança se direcionava ao Legislativo, muito em razão da atuação abusiva do Parlamento britânico em desfavor dos antigos colonos<sup>27</sup>. O controle judicial de constitucionalidade foi o instrumento adotado para a proteção da supremacia da constituição contra abusos eventualmente praticados, em especial, pelo legislador<sup>28</sup>.

Mais de um século após a decisão proferida em *Marbury v. Madison*, surgiu na Europa, mais especificamente na Áustria, um novo sistema de controle de constitucionalidade. Com a Constituição de 1920, a Áustria assume a forma federativa de Estado, o que passou a exigir a atuação de um órgão competente para resolver os intensificados conflitos entre o Poder Central e os *Länder*. Kelsen, como um dos idealizadores da Constituição, teve papel decisivo na criação de uma Corte Constitucional (o *Verfassungsgerichtshof*) competente para fiscalizar abstratamente a conformação das leis à Carta Política e eliminá-las do ordenamento jurídico. A razão de ser desse órgão especial (um "legislador negativo") é que vigorava, no continente europeu, a ideia de que

<sup>22</sup> CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 892.

<sup>23</sup> SAMPAIO, J.A.L. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2002, p. 22.

<sup>24</sup> CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Fabris, Porto Alegre, 1984, p. 45.

<sup>25</sup> SALES, G.F. *Curso de direito constitucional*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2021, p. 318.

<sup>26</sup> SAMPAIO, J.A.L. *Ob. Cit.*, pp. 29-30.

<sup>27</sup> MENDES, G.F. & BRANCO, P.G.G. *Ob. Cit.*, p. 48.

<sup>28</sup> MENDES, G.F. & BRANCO, P.G.G. *Ob. Cit.*, p. 49.

o "juiz comum" não poderia desconsiderar a lei em razão da vigente supremacia do Parlamento<sup>29</sup>.

Embora não esgotasse a concepção de guardião da Constituição na figura da Corte Constitucional, Kelsen conferia a esse órgão a vocação para a proteção das minorias, coibindo, em contrapartida, as incursões das maiorias momentâneas. Além disso, rebatia a visão de Schmitt de que o Presidente do Reich seria o guardião ideal da constituição, já que este, ao executar os comandos constitucionais, agiria como mero executor, a exemplo de tribunais e autoridades administrativos, algo diferente do controle de constitucionalidade, este sim meio apto a garantir a constituição<sup>30</sup>.

Da expansão dos modelos estadunidense e europeu-continental, consolida-se em muitos países a visão convencional de que o Poder Judiciário, em geral por meio de sua instância máxima (Tribunal Constitucional), ou um órgão específico que desempenhe a função jurisdicional, embora não integrante da estrutura judiciária (Corte Constitucional), deve efetivar a interpretação final da constituição, dando-lhe a "última palavra"<sup>31</sup>.

Esse modelo ganhou aderência tradicional da Suprema Corte brasileira – embora há algum tempo em processo de superação –, conforme se observa, ilustrativamente, da seguinte ementa (trecho):

E M E N T A: MANDADO DE SEGURANÇA (...) O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO - O MONOPÓLIO DA "ÚLTIMA PALAVRA", PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL (...) O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. - *A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.* (MS 26603, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007) (sem grifos no original)

<sup>29</sup> SARLET, I.W.; MARINONI, L.G. & MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*, Saraiva Educação, São Paulo, 2019, p. 981.

<sup>30</sup> FURLAN, F.F. "O guardião da constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen", *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, ano 10, n. 39, 2010, p. 138.

<sup>31</sup> Uma exceção a esse modelo é arquétipo francês, no qual o *Conseil Constitutionnel*, como órgão político e não judicial, fiscaliza a constitucionalidade de determinadas leis previamente à sua promulgação, como regra. Ocorre que, nos últimos tempos, muitos têm defendido que a natureza do Conselho Constitucional francês se transformou em *jurisdicional*. A esse respeito, Soraya Gasparetto Lunardi aponta três características que demonstrariam o *caráter jurisdicional* do referido órgão: (a) as garantias de neutralidade e independência dos membros do Conselho não se diferenciam daquelas vigentes para os magistrados; (b) o exame da conformidade da norma à Constituição se dá com base em critérios jurídicos, e não a partir de fundamentos de conveniência e oportunidade; (3) as decisões do Conselho apresentam efeitos típicos de decisões do Judiciário com força de coisa julgada e efeitos vinculantes. *In*: LUNARDI, S.G. "Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 103, 2011, pp. 296-8.

### 3.1.3. O modelo da supremacia do Parlamento

As revoluções liberais burguesas do final do século XVIII, na Europa, abriram espaço para um período caracterizado pela “supremacia do Parlamento”. A repulsa à ideia de controle de constitucionalidade, em especial o empreendido pelo Poder Judiciário, resultava, no fundo, de “recordações das lutas seculares entre o Parlamento e a Monarquia absoluta”, cujo resultado é o instinto parlamentar de defesa extremada de suas prerrogativas<sup>32</sup>.

Em um primeiro momento, o “parlamentarismo absolutista” refutava todo e qualquer reexame do ato legislativo, ainda que ocorresse violação do texto constitucional. Conforme aponta Raul Machado Horta, “[o] legislativo é o espelho do Estado, e as outras autoridades diante dele não passam de órgãos secundários”<sup>33</sup>. Essa ideia encontrou terreno fértil especialmente em dois países: França e Inglaterra.

Em França, a conquista histórica da supremacia parlamentar contou, entre outros fatores, com elaboração doutrinária. Os revolucionários de 1789 consagraram o culto pela lei, erigida em “expressão da vontade geral”<sup>34</sup>. A superioridade incontestável da lei foi proclamada pela Constituição de 1791, e a soberania parlamentar acabou por se confundir com a soberania da lei<sup>35</sup>. Mais de um século depois, o sistema francês de 1946 ainda fortalecia a concepção tradicional de soberania da lei e do Poder Legislativo<sup>36</sup>. Por fim, a Constituição de 1958, embora tenha deixado de adotar a solução europeia do *Tribunal Constitucional*, consagrou o modelo intermediário do *Conselho Constitucional*, com poderes para realizar *controle preventivo de constitucionalidade* de determinadas leis, que seria depois modificado para aproximá-lo um pouco mais do arquétipo europeu, embora conservando muitas de suas peculiaridades (uma solução de “meio termo”, como prefere Horta<sup>37</sup>).

Na Inglaterra, a Revolução de 1688 desloca a força do Estado da Coroa para a Câmara dos Comuns: “[a] supremacia do Parlamento, que acabou prevalecendo com a anuência dos Juizes da *common law*, a partir do *Bill of Rights*, de 1689, é o aspecto característico das instituições políticas inglesas<sup>38</sup>.” A *Parliamentary Sovereignty* tem seus traços dominantes resumidos por Dicey, reproduzidos em Horta:

- I – poder do legislativo de modificar livremente qualquer lei, fundamental ou não;
- II – ausência de distinção legal entre leis constitucionais e ordinárias;
- III – inexistência de autoridade judiciária ou qualquer outra com o poder de anular um ato do Parlamento ou considerá-lo nulo e inconstitucional<sup>39</sup>.

Ocorre que o Reino Unido atual, apesar de conservar a ideia de supremacia do Parlamento, está cada vez mais incorporando alguns preceitos do modelo do *civil law* e permitindo uma participação mais importante do Judiciário na interpretação das leis. Fala-se em uma espécie de *controle brando (ou fraco) de constitucionalidade*: a interpretação do Judiciário (a novíssima Suprema Corte do Reino Unido) não chega a vincular o legislador, mas ostenta força suficiente para provocar uma reanálise da discussão, quando entende que os *statutes* não estão em consonância com os direitos previstos na *European Convention on Human Rights*, incorporada ao ordenamento interno. Há uma declaração de *incompatibilidade* da lei, sem retirar-lhe a validade e a eficácia e sem vincular os demais Poderes, mas que incentiva o Governo a propor a mudança legislativa, cabendo a decisão ao Parlamento.

<sup>32</sup> HORTA, R.M. *Direito constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2010, p. 113.

<sup>33</sup> HORTA, R.M. *Idem*.

<sup>34</sup> HORTA, R.M. *Ob. Cit.*, p. 144.

<sup>35</sup> HORTA, R.M. *Ob. Cit.*, p. 144.

<sup>36</sup> HORTA, R.M. *Ob. Cit.*, p. 156.

<sup>37</sup> HORTA, R.M. *Ob. Cit.*, p. 160.

<sup>38</sup> HORTA, R.M. *Ob. Cit.*, p. 116.

<sup>39</sup> HORTA, R.M. *Idem*.



### 3.2. Os modelos de diálogos interinstitucionais

A mudança pela qual vem passando o sistema jurídico do Reino Unido já evidencia a tendência de superar a supremacia de quem quer que seja na interpretação constitucional e atribuir aos órgãos estatais capacidade para que atuem em conjunto, com postura dialógica e cooperativa a fim de alcançar a melhor interpretação da lei fundamental.

Em países como Brasil e Estados Unidos da América, entende-se que as decisões do Judiciário podem provocar reações contrárias na sociedade e nos outros poderes (efeito *backlash*), levando-o a rever sua posição inicial sobre determinado tema. A mudança dos fatos ou uma nova percepção do Direito podem ocasionar, ainda, uma *mudança constitucional*, que pode ser desencadeada pela edição de uma nova lei pelo Poder Legislativo, com conteúdo idêntico ou semelhante a outra anteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Disso resulta a ideia de que o circuito decisório não possui um ponto final, colocado por um órgão que profere decisão definitiva; este apenas encerra uma rodada do diálogo entre os Poderes, marcada por cooperação em relação à interpretação da constituição, em interação deliberativa.

No Brasil, o dogma tradicional de que o Judiciário “fala por último” não parece se harmonizar com o posicionamento mais recente do Supremo Tribunal Federal. Na sempre lembrada ação direta de inconstitucionalidade - ADI 5.105/DF, julgada em 1º.10.15, o Supremo acatou a possibilidade de o legislador proceder a correções jurisprudenciais (*reações legislativas*), e não só por emendas constitucionais – como se admite mesmo nos Estados Unidos da América<sup>40</sup>, exemplo de país que adota um *controle forte de constitucionalidade*<sup>41</sup> –, mas, também, por meio de *leis infraconstitucionais*. A decisão do Tribunal promove tão somente o encerramento da rodada de diálogos (uma “última palavra provisória”), que pode ser reiniciada pela função legislativa (em geral, mas não exclusivamente, atribuída ao Poder Legislativo). É o que se extrai do próprio texto constitucional, que não direciona os efeitos vinculantes das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade ao Poder Legislativo, a teor do art. 102, § 2º, e do art. 103-A<sup>42</sup>.

Exemplo se deu com o *voto impresso*. A Lei n. 12.034, de 2009, autorizou o voto impresso nas eleições. Na ADI 4.543, julgada em 6.11.03, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da lei, nesse ponto, encerrando a primeira rodada de interpretação constitucional. Posteriormente, a Lei n. 13.165, de 2015, reabre o diálogo interinstitucional, prevendo novamente o voto impresso. Na ADI 5.889, julgada em

---

<sup>40</sup> Na história norte-americana, apenas quatro decisões da Suprema Corte foram revertidas por emendas constitucionais: a Décima Primeira Emenda anulou *Chisholm vs. Georgia*, 2 Dall. 419 (1793); a Décima Quarta, *Dred Scott vs. Stanford*, 19 How. 393 (1857); a Décima Sexta, *Pollak vs. Farmer's Loan & Trust Co*, 157 U.S. 429 (1895); e a Vigésima Sexta, *Oregon vs. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970). In: ELY, J. H. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, Editora WMF Martins Fontes, São Paulo, 2010, p. 61-2.

<sup>41</sup> Conforme apontamos em obra doutrinária, “[a] versão forte do controle de constitucionalidade está atrelada ao poder atribuído a uma Suprema Corte de declarar ou decretar a inconstitucionalidade de atos contrários à lei fundamental, *sem que haja a possibilidade de superação dessa decisão pelos demais poderes*, salvo na hipótese de emenda à própria constituição, o que costuma ser algo excepcional. Essa versão forte é integrada pelos modelos norte-americano e de boa parte dos países europeus”. In: SALES, G. F. *Curso de direito constitucional*, D’Plácido, Belo Horizonte, 2021, p. 312.

<sup>42</sup> O STF decidiu que, quando a reação legislativa ocorre por *legislação ordinária*, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nascerá com *presunção de inconstitucionalidade* (“*leis in your face*”), cabendo ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem (*mudança constitucional pela via legislativa*). Já na hipótese de reversão jurisprudencial via *emenda constitucional*, a invalidação do novo parâmetro somente ocorrerá nas hipóteses estritas de ultraje aos limites preconizados pelo art. 60, *caput* e parágrafos, da Constituição Federal (*cláusulas superconstitucionais*).

16.9.20, o Supremo novamente atesta a inconstitucionalidade da norma em questão. Nada impede que, no futuro, o Legislativo deflagre uma nova rodada, talvez até mesmo trazendo razões novas que possam motivar a superação do entendimento do Judiciário.

Exemplos como esse indicam que soluções interinstitucionais podem minimizar o risco de uma “supremacia” de um dos Poderes em face de outro e fortalecer a interpretação da constituição, alçando ao mundo jurídico normas cada vez mais afinadas com o sistema constitucional.

Em interessante estudo, Geoffrey Sigalet indica três razões para favorecer o diálogo entre cortes e legislaturas. A primeira envolve a perquirição judicial das razões legislativas para infringir direitos, vale dizer, o diálogo “oferece uma chance para o judiciário distinguir interrogativamente razões justificáveis para os legisladores infringirem direitos da busca legislativa injustificável de objetivos” que materializam apenas articulações simbólicas de diversos matizes (*interrogative dialogue*)<sup>43</sup>. A segunda razão evidencia o compromisso entre democracia e direitos constitucionais, justificando a interrupção judicial dos processos legislativos que impliquem direitos desde que essas interrupções sejam provisórias (“não finais”) e possam ser revertidas (*interruptive dialogue*). O autor trabalha com duas teorias de diálogo interruptivo, porém ambas consideram que a interrupção judicial e a provocação de respostas legislativas a essa decisão judicial ajudam a promover a responsabilidade democrática e materializam medida de controle sobre direitos<sup>44</sup>. A terceira razão que favorece o diálogo interinstitucional é que ele permite a construção coordenada do significado dos direitos “de uma forma que proteja tanto os direitos quanto a legitimidade democrática das decisões políticas que implicam direitos” (*constructive dialogue*)<sup>45</sup>. Tribunais e legislaturas podem aprender uns com os outros nessa atividade coordenada e promovem a legitimidade democrática das decisões e dos direitos em si.

Não cabe neste artigo definir categoricamente qual dessas formas é mais adequada, buscar aperfeiçoá-las ou sugerir novas modalidades de diálogo interinstitucional<sup>46</sup>. O ponto nodal extraído do trabalho de Geoffrey Sigalet está em constatar, na linha de sua pesquisa, que, se a revisão judicial não é estritamente necessária em qualquer sistema jurídico, tem por mérito permitir que a função adjudicativa moderna dos tribunais reforce as funções políticas modernas das legislaturas republicanas, potencializando a proteção dos cidadãos de dominação<sup>47</sup>. Por outro lado, esse “ideal de não dominação” não se compatibiliza, em uma interação entre cortes e legislaturas, com restrições à capacidade do Legislativo para responder a invalidações judiciais injustas de atos parlamentares (leis)<sup>48</sup>.

#### **4. Reflexões sobre os modelos adotados no Brasil e no Direito Comparado**

Buscou-se demonstrar no presente artigo que desde a Antiguidade já havia a preocupação em encontrar um mecanismo que pudesse neutralizar eventuais abusos cometidos pelos atores estatais. Com o advento das *constituições em sentido moderno*, essa pretensão passa a incluir a busca por respostas satisfatórias à interpretação e proteção do sistema constitucional.

Os debates jurídico-filosóficos travados entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, embora iniciados no século passado, continuam atuais: as cortes e tribunais cada vez mais buscam legitimidade popular. Se na Alemanha o *Bundesverfassungsgericht* tem grande prestígio, especialmente por sua atuação na defesa de direitos fundamentais no

<sup>43</sup> SIGALET, G. “On Dialogue and Domination”, *Stanford Public Law Working Paper*, Cambridge University Press, 2018, p. 2.

<sup>44</sup> SIGALET, G. *Ob. Cit.*, p. 3.

<sup>45</sup> SIGALET, G. *Ob. Cit.*, p. 3.

<sup>46</sup> O autor defende que o *constructive dialogue* é a melhor alternativa, por ser capaz de reduzir o risco de injustiça política, proporcionando padrões para orientar tanto os tribunais quanto as legislaturas na correção de formas injustas de adjudicação e de legislação.

<sup>47</sup> Sigalet defende a concepção de liberdade republicana como *não dominação*, e não como *não interferência*.

<sup>48</sup> SIGALET, G. *Ob. Cit.*, p. 17-8.

após-2ª Guerra, nos Estados Unidos da América discute-se vigorosamente sobre o efeito *backlash* em face das decisões da Suprema Corte e sobre a própria legitimidade da *judicial review*, que deriva de construção pretoriana, e não de comando constitucional expresse. Autores como Larry Kramer<sup>49</sup> e Mark Tushnet<sup>50</sup> apresentam abordagens que pretendem afastar ou “tirar” a interpretação constitucional dos tribunais, em defesa do que denominam *constitucionalismo popular*.

Tushnet, por exemplo, afirma que os desacordos acerca da constituição são mais bem conduzidos pelo povo, nos foros comuns de discussão política, com importante participação dos líderes políticos (interpretação política e popular da constituição), do que pelos tribunais, e afirma que há boas razões para rejeitar a teoria geral de supremacia judicial<sup>51</sup>.

Por sua vez, Kramer aduz que historicamente, desde a geração dos “Pais fundadores”, o *povo mesmo* era responsável por fazer com que a constituição fosse interpretada e implementada adequadamente, mostrando-se impensável que essa responsabilidade fosse entregue a juízes, e que essa prática se perdeu na atualidade<sup>52</sup>. Apesar de não ser refratário à *revisão judicial*, o autor se opõe à *supremacia judicial*, sob o argumento de que a autoridade interpretativa final pertence ao povo, não devendo recair em algum órgão (poder) estatal<sup>53</sup>.

Em alguns países, visualizam-se tentativas de impor limites aos órgãos judiciários quando desempenham a *jurisdição constitucional*, como se vê no Canadá (com a famosa *notwithstanding clause* prevista na Seção 33 do *Canadian Charter of Rights and Freedoms*)<sup>54</sup>, em Israel (as reações do *Knesset* – Parlamento – às decisões da Suprema Corte) e na Nova Zelândia (o *New Zealand's Human Rights Review Tribunal* tem poderes apenas para proferir decisões formais de declaração de inconsistência, de cunho não vinculante e somente quando afetar determinada seção do *New Zealand Bill of Rights Act* – a declaração de direitos).

No Reino Unido, o dogma da *supremacia do Parlamento*, embora permaneça forte, vem cedendo espaço a diálogos interinstitucionais entre os Poderes, permitindo que o Judiciário possa reacender o debate caso interprete que uma lei viola a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

No Brasil, em face da norma expressa (CF, art. 102, *caput*<sup>55</sup>), não há discussão sobre a legitimidade da fiscalização empreendida pelo Supremo Tribunal Federal, mas há gigantescos desacordos quanto aos limites das decisões por ele proferidas, por vezes reputadas invasivas à esfera de deliberação própria dos poderes políticos (a tormentosa questão do *ativismo judicial*).

---

<sup>49</sup> KRAMER, L.D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidade*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

<sup>50</sup> TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999.

<sup>51</sup> TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999, p. 14.

<sup>52</sup> KRAMER, L.D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidade*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 141.

<sup>53</sup> Para Kramer, a autoridade da interpretação constitucional empreendida pelo Judiciário dependeria formalmente das reações dos outros poderes e, sobretudo, devem se subordinar ao entendimento do povo. É o que se deveria extrair da própria decisão de Marshall em *Marbury v. Madison*, pois referido *Justice* em nenhum momento de seu voto disse que interpretar a Constituição era dever apenas das Cortes, mas que “os tribunais, *assim como os outros departamentos*, estão vinculados a este instrumento [à Constituição]”. In: KRAMER, L. D. *Ob. Cit.*, p. 163.

<sup>54</sup> A famosa “cláusula não obstante” autoriza o Parlamento ignorar ou mesmo superar decisões judiciais, promulgando novamente a lei declarada inconstitucional e tornando-a imune a futuras decisões judiciais de controle pelo prazo de cinco anos, com possibilidade de renovação por períodos iguais.

<sup>55</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...). In: BRASIL. *Constituição*, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>, acesso em: 01 mar. 2022.

Em verdade, forma-se certo consenso quanto à validade parcial tanto das críticas verbalizadas por Kelsen quanto das de Schmitt: o Legislativo, historicamente, não foi capaz de atuar da forma que se esperava, em face do jogo de interesses resultante do carácter fragmentário do Parlamento. Acrescente-se que, mais do que nunca, o Poder Legislativo apresenta distorções em relação à representação democrática, que agoniza no cenário contemporâneo e promove debates em todo o mundo. Conforme bem explana Zagrebelsky, o Estado Constitucional de Direito originário da segunda metade do século XX não é mais marcado pela "lei", mas por "leis" numerosas, contraditórias, que perseguem, por vezes, interesses particulares e constituem a própria causa da instabilidade<sup>56</sup>. A complexidade crescente do Direito, aliada à perda de generalidade das leis, entenebrece a legitimação popular na criação da norma, que pode não buscar o interesse geral, causando impacto direto no mais forte fundamento para a supremacia parlamentar. Lado outro, veja-se que mesmo na Inglaterra, país em que historicamente a supremacia do Parlamento se desenvolveu com extremo vigor, uma espécie de *controle judicial de constitucionalidade brando ou fraco* vem se desenvolvendo.

O Poder Executivo, por sua vez, historicamente abusou do poder político, dando azo à ascensão de tiranos e déspotas. Como guardião da constituição, o exemplo da Constituição do Império do Brasil de 1824 talvez seja emblemático. Embora o Legislativo ficasse responsável por revelar o sentido autêntico da Carta Política por meio da legislação (art 15, VIII e IX)<sup>57</sup>, sem que se autorizasse controle por parte dos juízes, meros aplicadores da lei (art. 152<sup>58</sup>), era o Imperador, "Chefe Supremo da Nação", titular do Poder Moderador (art. 98<sup>59</sup>), quem concentrava o verdadeiro poder político, ficando investido de "supervisionar" os demais Poderes, fato a revelar um controle desmesurado e arbitrário de natureza eminentemente política, por meio da sanção das deliberações da Assembleia Geral<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúcti*, Trotta, Madrid, 1995.

<sup>57</sup>Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral: (...) VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as. IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação. In: BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>, acesso em: 01 mar. 2022.

<sup>58</sup> Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei. In: BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>, acesso em: 01 mar. 2022.

<sup>59</sup> Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos. In: BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>, acesso em: 01 mar. 2022.

<sup>60</sup> Art. 62. Se qualquer das duas Camaras, concluida a discussão, adoptar inteiramente o Projecto, que a outra Camara lhe enviou, o reduzirá a Decreto, e depois de lido em Sessão, o dirigirá ao Imperador em dous autographos, assignados pelo Presidente, e os dous primeiros Secretarios, Pedindo-lhe a sua Sancção pela formula seguinte - A Assembléa Geral dirige ao Imperador o Decreto incluso, que julga vantajoso, e util ao Imperio, e pede a Sua Magestade Imperial, Se Digne dar a Sua Sancção. In: BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>, acesso em: 01 mar. 2022.

Art. 64. Recusando o Imperador prestar seu consentimento, responderá nos termos seguintes. - O Imperador quer meditar sobre o Projecto de Lei, para a seu tempo se resolver - Ao que a Camara responderá, que - Louva a Sua Magestade Imperial o interesse, que toma pela Nação. In: BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>, acesso em: 01 mar. 2022.

Art. 66. O Imperador dará, ou negará a Sancção em cada Decreto dentro do um mez, depois que lhe for apresentado. In: BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>, acesso em: 01 mar. 2022.

Art. 67. Se o não fizer dentro do mencionado prazo, terá o mesmo effeito, como se expressamente negasse a Sancção, para serem contadas as Legislaturas, em que poderá ainda recusar o seu consentimento, ou reputar-se o Decreto obrigatorio, por haver já negado a Sancção nas duas antecedentes Legislaturas. In: BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil*, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>, acesso em: 01 mar. 2022.

Ademais, as críticas formuladas por Kelsen são pertinentes, em especial quando aponta que o Presidente do Reich (ou, em tempos modernos, o chefe do Executivo), festejado por Schmitt, não é garantidamente uma figura neutra e imparcial, o que se observa em especial no cenário contemporâneo, sobretudo no Brasil e países vizinhos. À época, as ideias de Schmitt, inclusive, serviram como lastro intelectual ao governo para a ascensão do nazismo ao final da crise política do regime democrático alemão.

Quanto ao Poder Judiciário, as críticas de Schmitt continuam atuais e não podem ser sumariamente desprezadas. Os Tribunais Constitucionais de hoje atuam, em grande medida, em busca de legitimidade, prevenindo uma postura que poderia ser considerada suicida. Relembre-se que a Corte Constitucional austríaca, da qual Kelsen fez parte, gerou grande insatisfação popular a partir de decisões contra a indissolubilidade do casamento ("caso das licenças matrimoniais") e foi alvo de duras medidas parlamentares que levaram à extinção da Corte, em 1934. Também é emblemático o exemplo da Suprema Corte norte-americana, que sepultou a *Jurisprudência Lochner* no caso *West Coast Hotel v. Parrish*, quando o juiz Owen Roberts percebeu os perigos advindos da crise institucional que se fortalecia e mudou a sua orientação, abandonando a doutrina de *laissez faire*<sup>61</sup>. O caso *Dred Scott v. Sandford* também é lembrado como o estopim da guerra civil norte-americana e como uma das decisões judiciais mais desastrosas da história dos Estados Unidos.

Esses fatos históricos demonstram que os tribunais têm que levar em conta que, em muitos casos, soluções interinstitucionais podem fortalecer a interpretação constitucional e evitar, inclusive, o declínio do controle de constitucionalidade e o risco à própria sobrevivência institucional das cortes.

## 5. Conclusões Finais

No presente artigo, foram analisados os sistemas de interpretação constitucional existentes, distribuídos em dois grandes grupos: os modelos de última palavra, em que se confere a um dos tradicionais três poderes a competência para decidir, definitivamente, sobre os problemas interpretativos constitucionais; e os modelos de diálogos interinstitucionais, por meio dos quais se busca superar a supremacia de qualquer dos poderes e atribuir aos órgãos estatais, em conjunto, legitimidade para dialogar e cooperar em vista da melhor interpretação da lei maior.

A pesquisa sobre a evolução dos sistemas brasileiro e inglês, aliada à constatação de que diversos outros países apresentam mecanismos que impõem limites aos órgãos judiciários quando desempenham a justiça constitucional, parecem apontar a tendência de superação de modelos definitivos em favor de diálogos entre as legislaturas e as cortes, por vezes com participação do Executivo, permitindo que os debates possam ser revisitados e as soluções, por conseguinte, confirmadas, superadas e aperfeiçoadas.

Ainda que se possa aprofundar as discussões a respeito dos seus submodelos, a exemplo da pesquisa de Geoffrey Sigalet, certo é que o diálogo interinstitucional minimiza tanto o risco de interferência legislativa injusta que ameace a liberdade quanto de interferência judicial injusta em desfavor da legislação. Essa interação pode ocorrer de distintas maneiras, tendo por base critérios variados, a exemplo do critério quanto ao órgão catalisador dos debates. Como visto, no Brasil quem *deflagra* uma nova rodada deliberativa é o Parlamento, ao editar nova lei com conteúdo idêntico ou semelhante à anterior que fora declarada inconstitucional pelo Judiciário, trazendo novas razões e argumentos (apesar do fornecimento de um *input* pelo Tribunal, em sua própria decisão, para que sejam reiniciadas as rodadas de debates); já no Reino Unido, é o Judiciário

---

<sup>61</sup>O episódio ficou conhecido como "the switch in time that saved nine", em razão de a mudança de orientação jurisprudencial ter ocorrido após o Presidente Franklin D. Roosevelt ter anunciado a pretensão de reforma legislativa para aumentar o número de membros da Suprema Corte, como forma de superar o ativismo conservador da "Era Lochner".

quem efetivamente reinicia a discussão a partir da *declaração de inconsistência* que incentiva o Governo a propor uma mudança legislativa, a ser votada no Parlamento.

Enfim, conclui-se que os modelo de diálogos interinstitucionais parecem corresponder de maneira mais adequada aos anseios de neutralização de abusos pelos atores estatais e de maior harmonia entre os Poderes, tendo potencial para alcançar, após a(s) rodada(s) de debates, uma interpretação da constituição que esteja mais afinada com a realidade constitucional e o sistema democrático.

## 6. Referências

- ARISTÓTELES. *A Política*, Martin Claret, São Paulo, 2004.
- BARACHO, J.A.O. "Hermenêutica constitucional", *Revista de informação legislativa*, v. 14, n. 53, 1977.
- BARROSO, L.R. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, Saraiva, São Paulo, 2009.
- BERCOVICI, G. "Carl Schmitt, o estado total e o guardião da constituição", *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, 2003.
- BRASIL. *Constituição*, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>, acesso em: 01 mar. 2022.
- BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>, acesso em: 01 mar. 2022.
- CANOTILHO, J.J.G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Almedina, Coimbra, 2003.
- CAPPELLETTI, M. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Fabris, Porto Alegre, 1984.
- ELY, J.H. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*, WMF Martins Fontes, São Paulo, 2010.
- FURLAN, F.F. "O guardião da constituição: debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen", *A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, ano 10, n. 39, 2010.
- GRODIN, J. *Hermenêutica*, Parábola Editorial, São Paulo, 2012.
- HORTA, R.M. *Direito constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2010.
- KRAMER, L.D. *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidade*, Marcial Pons, Madrid, 2011
- LOCKE, J. *Dois tratados sobre o governo*, Martins Fontes, São Paulo, 2005.
- LUNARDI, S.G. "Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 103, 2011.
- MENDES, G.F. & BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional*, Saraiva Educação, São Paulo, 2019.
- MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*, Martin Claret, São Paulo, 2006.
- TAVARES, A.R. *Curso de direito constitucional*, Saraiva educação, São Paulo, 2018.
- SAMPAIO, J.A.L. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2002.
- SALES, G.F. *Curso de direito constitucional*, D'Plácido, Belo Horizonte, 2021.
- SARLET, I.W.; MARINONI, L.G. & MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*, Saraiva Educação, São Paulo, 2019.
- SCHMITT, C. *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982.
- SIGALET, G. "On Dialogue and Domination", *Stanford Public Law Working Paper*, Cambridge University Press, 2018.
- STF. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.650*, disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>, acesso em: 01 mar. 2022.
- TUSHNET, M. *Weak courts, strong rights: judicial and social welfare rights in comparative law*, Princeton University Press, 2007.
- TUSHNET, M. *Taking the constitution away from the courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999.
- ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995.