

Diálogos Institucionais, Capacidades Institucionais e Técnicas Decisórias

Pedro Filipe Araújo de Albuquerque*

Introdução. 1 Diálogos institucionais, capacidades institucionais e técnicas decisórias. 1.1 A experiência canadense. 1.2 Considerações da doutrina jurídica sobre diálogos institucionais e capacidades institucionais. 2 Técnicas decisórias direcionadas ao diálogo. 2.1 Suspensão de julgamento com anúncio de retomada. 2.2 Decisão de constitucionalidade com reserva. 2.3 Decisão de constitucionalidade deferente. 2.4 Decisão de constitucionalidade deferente cumulada com recomendação. 2.5 Decisão de inconstitucionalidade provisória. 2.6 Decisão de inconstitucionalidade com solicitação. 2.7 Decisão de inconstitucionalidade com adiamento de seus efeitos. 2.8 Decisão de (in)constitucionalidade sem eficácia vinculante. Considerações finais. Referências.

Resumo

Considerando o contexto mundial, em que se tem observado, nas últimas décadas, a expansão da jurisdição constitucional, por meio da ascensão de tribunais constitucionais ou de supremas cortes em várias democracias, o presente trabalho propõe-se a examinar temas relevantes para a democracia, como diálogos institucionais, capacidades institucionais e técnicas decisórias endereçadas ao diálogo. Nesse contexto, cabe refletir e indagar se as teorias dos diálogos institucionais e das capacidades institucionais trazem ideias e ferramentas úteis para o regime democrático. Na primeira parte, analisa-se a experiência canadense quanto à teoria dos diálogos institucionais, por meio do exame de textos da doutrina jurídica do Canadá. Em seguida, são trazidas considerações da doutrina jurídica nacional e estrangeira sobre diálogos institucionais e capacidades institucionais. Por fim, são elencadas e explicadas técnicas decisórias direcionadas aos diálogos institucionais. Por meio da pesquisa e reflexão, chega-se à conclusão de que a corte constitucional deve decidir com a consciência de que não detém a última palavra definitiva sobre a interpretação constitucional. Na realidade, trata-se da última palavra provisória, tendo em vista que a interpretação da Constituição pode e deve amadurecer por meio dos debates populares e parlamentares. A presente pesquisa é empírica, realizada por meio de revisão bibliográfica, e tendo como escolha metodológica o raciocínio indutivo, partindo-se do particular para o geral.

Palavras-chave: Diálogos institucionais. Capacidades institucionais. Técnicas decisórias.

* Procurador do Município de João Pessoa/PB, advogado e professor. Procurador-Chefe da Procuradoria Setorial da Secretaria de Administração da Procuradoria Geral do Município em João Pessoa. Mestre em Direito Constitucional.

Abstract

Considering the global context, in which the expansion of constitutional jurisdiction has been observed in recent decades, through the rise of constitutional courts or supreme courts in several democracies, this paper aims to examine topics relevant to democracy, such as institutional dialogues, institutional capacities and decision-making techniques addressed to dialogue. In this context, it is worth reflecting and asking whether the theories of institutional dialogues and institutional capacities bring useful ideas and tools for the democratic regime. The first part analyzes the Canadian experience regarding the theory of institutional dialogues, through the examination of texts of the legal doctrine of Canada. Then, considerations of the national and foreign legal doctrine on institutional dialogues and institutional capacities are brought. Finally, decision-making techniques directed to institutional dialogues are listed and explained. Through research and reflection, the conclusion is reached that the constitutional court must decide with the awareness that it does not have the final word on constitutional interpretation. In reality, this is the last provisional word, given that the interpretation of the Constitution can and should mature through popular and parliamentary debates. This research is empirical, carried out through a bibliographic review, and has chosen inductive reasoning as its methodological choice, starting from the particular to the general.

Keywords: *Institutional dialogues. Institutional capabilities and decision-making techniques.*

Introdução

Em todo o mundo, tem-se observado, nas últimas décadas, a expansão da jurisdição constitucional, por meio da ascensão de tribunais constitucionais ou de supremas cortes em várias democracias. Percebe-se uma nova interpretação constitucional em vigor, menos formalista, que confere normatividade aos princípios, e que, diante das colisões de normas constitucionais, dá destaque especial à técnica da ponderação (Barroso, 2023).

Com o aumento considerável do poder das Cortes Constitucionais, é comum ver decisões sendo objeto de reações do Poder Legislativo. Nesse contexto, cabe refletir e indagar se as teorias dos diálogos institucionais e das capacidades institucionais trazem ideias e ferramentas úteis para o regime democrático.

Em sua primeira entrevista como Presidente do Supremo Tribunal Federal, realizada em 29 de setembro de 2023, o Ministro Luís Roberto Barroso foi questionado sobre os recentes embates entre a corte e o Congresso Nacional, relativos a temas polêmicos, como a legalização do uso da maconha, a descriminalização do aborto e o marco temporal da demarcação das terras indígenas. Ele respondeu afirmando que “Sinceramente, diria que não vejo crise”, entre o STF e o Congresso, e que o que “existe, como em qualquer democracia, é a necessidade de relações institucionais fundadas no diálogo, na boa vontade e na boa-fé”.¹

Sensível a isso, o presente trabalho aborda temas relevantes para a democracia, como diálogos institucionais, capacidades institucionais e técnicas decisórias. Na primeira parte, analisa-se a experiência canadense quanto à teoria dos diálogos institucionais, por meio do exame de textos da doutrina jurídica do Canadá. Escolheu-se esse país, tendo em vista que foi nele que ocorreu um dos

¹ Notícia disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/09/29/questionado-sobre-embates-barroso-diz-nao-ver-crise-entre-congresso-e-stf-e-prega-dialogo.ghtml>.

principais marcos teóricos e históricos da teoria dos diálogos institucionais, com o artigo publicado Hogg e Bushell intitulado de “*The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All)*”, no Osgoode Hall Law Journal, em 1997.

Em seguida, são trazidas considerações da doutrina jurídica nacional e estrangeira sobre diálogos institucionais e capacidades institucionais. Por fim, são elencadas e explicadas técnicas decisórias direcionadas aos diálogos institucionais, como suspensão de julgamento com anúncio de retomada, decisão de constitucionalidade com reserva, decisão de constitucionalidade deferente, decisão de constitucionalidade deferente cumulada com recomendação, decisão de inconstitucionalidade provisória, decisão de inconstitucionalidade com solicitação, decisão de inconstitucionalidade com adiamento de seus efeitos e decisão de (in)constitucionalidade sem eficácia vinculante.

Por meio da pesquisa e reflexão, chega-se à conclusão de que a corte constitucional deve decidir com a consciência de que não detém a última palavra definitiva sobre a interpretação constitucional. Na realidade, trata-se da última palavra provisória, tendo em vista que a interpretação da Constituição pode e deve amadurecer por meio dos debates populares e parlamentares.

Importa anotar que a presente pesquisa é empírica, realizada por meio de revisão bibliográfica, e tendo como escolha metodológica o raciocínio indutivo,² partindo-se do particular para o geral.

1 Diálogos institucionais, capacidades institucionais e técnicas decisórias

1.1 A experiência canadense

O controle de constitucionalidade exercido pelas cortes constitucionais é uma técnica da mais alta relevância para o Estado democrático de Direito. Para ser exercido de forma adequada, sobretudo quando se está diante de temas socialmente polêmicos, é relevante que seja fruto de decisões maduras, ou seja, decisões que são dadas de modo ponderado, oportunizando-se amplo debate popular e parlamentar.

Nesse contexto, a teoria dos diálogos institucionais apresenta uma proposta alternativa ao sistema de freios e contrapesos consagrado na teoria da Separação de Poderes, a fim de responder o questionamento quanto à legitimidade democrática do controle de constitucionalidade (Barreto; Ribeiro, 2023). Em vez de estarem em polos estanques e isolados, de acordo com essa teoria, o Tribunal Constitucional e o Poder Legislativo participam de um diálogo institucional, em busca do equilíbrio adequado entre as normas constitucionais e as políticas públicas (Tremblay, 2005).

A teoria dos diálogos institucionais tem, como marco histórico,³ artigo publicado por Hogg e Bushell, intitulado de “*The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter*

2 “Raciocínio indutivo é aquele que vai da premissa particular para a geral. Acontece quando se utilizam dados particulares e se tenta, a partir deles, construir constatações ou premissas gerais. É baseado na ideia de que é possível descrever hipoteticamente o todo conhecendo suas partes. Muitas pesquisas de opinião e pesquisa nas Ciências Sociais e Humanas são feitas segundo esse raciocínio” (Siqueira, 2021).

3 A ideia de diálogos institucionais não é nova. De acordo com Godoy e Machado Filho: “Assim, os diálogos têm ressurgido como categoria invocada para qualificar a interação entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo na interpretação e aplicação da Constituição como se fosse o resultado de uma conversa, e não de uma disputa sobre quem tem a melhor interpretação ou a última palavra sobre ela. Todavia, a ideia de diálogo como interação entre os Poderes, sobretudo entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, não é nova. Ela surgiu com destaque pela obra de Bickel (1970, 1986), que apontou como as decisões e divergências entre os Poderes faziam parte do que ele chamou de colóquio contínuo ou conversa permanente (Mendes, 2011, p. 106; Godoy, 2017, p. 150). Tempos depois de Bickel, Fisher (1988) voltou ao tema e intitulou seu livro com a expressão *Constitutional Dialogues: interpretation as political process*. Nos últimos anos a categoria dos diálogos voltou à tona e tem recebido novos estudos e aprofundamentos. O estudo seminal de Bateup (2006) mostra como os diálogos em geral são categorizados, por um lado, de forma empírica ou quanto ao método (Friedman, 2005, 2009; Pickerill, 2004; Whittington, 2003, 2007; Godoy, 2017, p. 150) e, por outro, de forma normativa ou quanto à sua estrutura (Hogg; Thornton, 1997, 1999; Hogg; Thornton; Wright, 2007; Alexander; Schauer, 1997, 2000; Gardbaum, 2001; Tushnet, 2008).” (Godoy, Miguel Gualano de; Machado Filho, Roberto Dalledone. Diálogos institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 117-133, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p117. Acesso em: 1º dez. 2023)

of Rights Isn't Such A Bad Thing After All”, no Osgoode Hall Law Journal, em 1997. No contexto da Carta Canadense dos Direitos e das Liberdades de 1982, que faz parte da Constituição do Canadá, perante o problema da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, Hogg e Bushell (1997) chegaram à seguinte conclusão:

Our conclusion is that the critique of the Charter based on democratic legitimacy cannot be sustained. To be sure, the Supreme Court of Canada is a non-elected, unaccountable body of middle-aged lawyers. To be sure, it does from time to time strike down statutes enacted by the elected, accountable, representative legislative bodies. But, the decisions of the Court almost always leave room for a legislative response, and they usually get a legislative response. In the end, if the democratic will is there, the legislative objective will still be able to be accomplished, albeit with some new safeguards to protect individual rights and liberty. Judicial review is not “a veto over the politics of the nation,” but rather the beginning of a dialogue as to how best to reconcile the individualistic values of the Charter with the accomplishment of social and economic policies for the benefit of the community as a whole.

Anotou-se que a crítica quanto à legitimidade democrática do controle de constitucionalidade não deve prosperar, tendo em vista que as decisões da corte constitucional quase sempre deixam espaço para uma resposta legislativa, e geralmente obtêm uma resposta legislativa, que revela a existência de um diálogo institucional entre o Judiciário e Legislativo.

Na realidade, o controle de constitucionalidade, em vez de ser um veto à atuação do legislador democraticamente eleito, é o início de um diálogo sobre a melhor forma de conciliar os valores individuais da Constituição com as políticas sociais e econômicas, para o benefício da comunidade, como um todo.

Em 2007, dez anos depois após o primeiro artigo, em outro texto marcante, intitulado de “*Charter Dialogue Revisited: Or ‘Much Ado About Metaphors’*”, Hogg, Bushell e Wright anotaram cinco formas que a Suprema Corte do Canadá utilizou a ideia de diálogos institucionais:

First, some judges have invoked the idea of dialogue in seeking to justify judicial review. Second, some judges have invoked the idea of dialogue in opposing the reading down of legislation in a Charter case. Third, some judges have invoked the idea of dialogue as a reason for suspending declarations of invalidity in Charter cases. Fourth, some judges have invoked the idea of dialogue in the context of a case considering the exercise of remedial discretion under section 24 of the Charter. And finally, some judges have invoked the idea of dialogue in second look cases, at times as a reason for deferring to the legislative judgment, and at other times to remind legislatures that the courts will not automatically defer to the legislature simply because it has revised and re-enacted an invalid law.

De forma sistematizada, invocaram a ideia de diálogos:

- a) para justificar a legitimidade do controle de constitucionalidade;
- b) para justificar a evitação de usar interpretações restritivas de normas, para reduzir parcialmente seu campo de atuação;
- c) para suspender julgamentos que requerem declaração de inconstitucionalidade de leis;
- d) em casos de exercício do poder discricionário corretivo relativo à seção 24 da Constituição canadense;
- e) em casos de *second look*, algumas vezes como razão para deferência ao crivo do Legislativo, outras vezes para lembrar aos legisladores que a corte constitucional não irá automaticamente submeter-se ao legislador simplesmente porque este revisou e promulgou novamente uma lei inconstitucional.

Destacam também, quanto à crítica de que não pode existir diálogo institucional onde a palavra final para interpretar a Constituição pertence ao tribunal constitucional, que a maioria das decisões de controle de constitucionalidade, embora constituam uma palavra final (ainda que provisória) sobre o significado da Constituição, deixam espaço para respostas vindas do Poder Legislativo e geralmente recebem sim respostas legislativas.⁴

Além disso, ressaltam que, mesmo em formas fracas de controle de constitucionalidade (*weak form of judicial review*), o Judiciário influencia consideravelmente o Legislativo, mas raramente derrota os objetivos do Legislativo. Rejeitam a posição extrema de que qualquer influência da corte constitucional sobre a elaboração de políticas públicas vindas do Poder Legislativo é ilegítima.⁵

Quanto à crítica de que a ideia de diálogo é falha porque pode e tem sido usada tanto para a manutenção, como para derrubada das leis impugnadas em controle de constitucionalidade, os autores concordam que, de fato, a teoria dos diálogos institucionais tem sido utilizada pela Suprema Corte do Canadá com resultados mistos, porém acreditam que isso não ocorre porque a ideia dos diálogos é falha, mas sim porque a corte constitucional tem dificuldades de lidar com casos de *second look*.⁶

Do debate sobre a teoria dos diálogos institucionais, iniciado no Canadá e espalhado para o restante do mundo, pode-se concluir que o poder de decidir deve ser usado de forma virtuosa, tanto ativamente, por meio da declaração de (in)constitucionalidade, como passivamente, mediante o exercício da “não decisão”.

Com efeito, conforme os paradigmas adotados pela teoria dos diálogos institucionais, as cortes constitucionais não possuem o monopólio da interpretação constitucional, tampouco têm a última palavra acerca da interpretação da Constituição (Dantas; Mazarello, 2025).

Os ministros de uma corte constitucional devem ser prudentes e estar sensíveis à necessidade de deixar fluir os debates populares e parlamentares, especialmente quando se está diante de desacordos morais razoáveis que dividem a população. Decisões precipitadas são nocivas, na medida em que obstam o desenvolvimento natural do debate democrático e prejudicam a imagem que a corte tem perante a população.

4 “The second line of criticism is that dialogue does not, and cannot, exist where final authority to interpret the Charter is vested in the courts. We counter that most Charter decisions, even though they are the final word on the meaning of the Charter, leave room for a range of legislative responses and generally receive a legislative response.” HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A. Bushell; WRIGHT, Wade K. Charter Dialogue Revisited: or “Much Ado About Metaphors”. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45.1, 2007, p. 1-65. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol45/iss1/2>.

5 “The third line of criticism is that dialogue improperly discounts the extent to which judicial decision making under the Charter distorts policy, creates a new, judicially created status quo, and gives the courts the significant power to place issues on the legislative agenda. We agree that even a weak form of judicial review involves considerable judicial influence on the legislative process, but we point out that it rarely defeats a legislative objective, and we reject the extreme position that any influence by the courts on legislative policy-making is illegitimate.” HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A. Bushell; WRIGHT, Wade K. Charter Dialogue Revisited: or “Much Ado About Metaphors”. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45.1, 2007, p. 1-65. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol45/iss1/2>.

6 “The fourth line of criticism is that the idea of dialogue is flawed because it can, and has, been used to support both the upholding of laws and the striking down of laws. We agree that ideas of dialogue have been used by the Supreme Court with mixed results, but we question whether this is because our idea of dialogue is flawed or because the Supreme Court is struggling with how it should decide second look cases. We believe it is the latter, and for this reason, we have set out some of our preliminary thoughts on how the Court should decide such cases.” HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A. Bushell; WRIGHT, Wade K. Charter Dialogue Revisited: or “Much Ado About Metaphors”. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45.1, 2007, p. 1-65. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol45/iss1/2>.

1.2 Considerações da doutrina jurídica sobre diálogos institucionais e capacidades institucionais

Marinoni (2022, p. 127) afirma que “é possível atuar com prudência, deixando-se de decidir e permitindo-se a fluência do diálogo, e também afirmar a (in)constitucionalidade sem supor que se está encerrando a disputa sobre a interpretação constitucional”.

Com efeito, a corte constitucional deve decidir com a consciência de que não detém a última palavra definitiva sobre a Constituição, mas sim a última palavra provisória, pois a interpretação constitucional pode amadurecer por meio da discussão popular e parlamentar.

Clève e Lorenzetto (2015) ressaltam que os diálogos institucionais evidenciam pelo menos dois aspectos quanto à formulação de decisões de casos controversos:

Primeiro, as decisões, tomadas em qualquer um dos poderes, passam a ter um caráter parcialmente definitivo, pois podem ser contestadas em outras instâncias públicas. Segundo, cada espaço de poder possui características que o potencializam ou o inibem para a realização de tomada de decisões. Isso reafirma a necessidade de canais de diálogo entre as instituições, pois uma pode ter melhores condições que outra para lidar com o caso concreto em apreço. Destarte, do mesmo modo que o Legislativo costuma adotar um discurso político para a formação de consenso, o Judiciário precisa traduzir demandas políticas em termos jurídicos. Tais diferenças irão complementar o conjunto de discursos produzidos sobre o tema até o momento e conferir novas rodadas deliberativas sobre a matéria.

Quanto ao primeiro aspecto colocado acima, pode-se enfatizar que a teoria dos diálogos institucionais fortalece a ideia de que o Judiciário não tem a última palavra definitiva sobre a interpretação da constituição. Na realidade, essa última palavra é provisória, tendo em vista que após a decisão da corte constitucional, o Legislativo pode apresentar respostas às interpretações dadas pelo Judiciário, por meio da aprovação de novas leis e até de emendas constitucionais em sentido diverso aos julgamentos dados pela corte constitucional.

O segundo aspecto destacado por Clève e Lorenzetto (2015) ressalta a necessidade da existência de canais efetivos de diálogos entre as instituições, pois uma das instituições envolvidas no diálogo pode ter melhores condições de propor soluções para os casos concretos colocados para julgamento da corte constitucional.

Esse comentário guarda relação com a “teoria das capacidades institucionais” apresentada por Sunstein e Vermeule no famoso artigo “Interpretation and Institutions”, publicado em 2002, no John M. Olin *Program in Law and Economics Working Paper* 156, da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago.

Sunstein e Vermeule (2002) argumentam no sentido de que questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem a devida atenção às questões institucionais, tendo em vista que, por mais arrojadas que sejam as estratégias de interpretação jurídica, as pessoas são falhas por natureza e existem inúmeros fatores no mundo real que podem influenciar.

Nesse contexto, Sunstein e Vermeule (2002) sustentam que existe uma cegueira institucional que faz com que não se dê a devida atenção às questões institucionais. Isso deve ao fato de que os teóricos da interpretação preferem tecer suas reflexões com base na pergunta “como juízes perfeitos decidiriam os casos?”, em vez de questionar “como devem juízes falíveis procederem à luz de sua falibilidade e de seu lugar em um sistema complexo de ordem privada e pública?”.

Além disso, Sunstein e Vermeule (2002) anotam que as agências administrativas especializadas de regulação devem ter maior grau de flexibilidade, quando comparadas ao Judiciários, para aplicar suas próprias interpretações diante dos casos concretos. Para eles, essas agências estão em melhor posição para estabelecer o modelo interpretativo que deve ser adotado, se mais ou menos formalista.

Os autores chegaram à conclusão de que uma interpretação constitucional e legal apropriada não pode deixar de considerar fatores de administrabilidade, capacidades judiciais e institucionais e efeitos sistêmicos, além daquelas questões tradicionais de legitimidade e autoridade constitucional.

Sunstein e Vermeule (2002) arrematam com as seguintes palavras:

Our major goal here has not, however, been to argue on behalf of any particular approach to interpretation. Our ambition has been at once narrower and more critical-- to show that interpretive theory, as elaborated by its most able practitioners, has been remarkably indifferent to institutional issues, proceeding as if judges are reliable and as if their choice of approach lacks systemic consequences. We think that this indifference is a kind of pathology, produced, in large part, by the legal culture's continuing insistence on framing the question of interpretation as, "What would you do, when faced with a problem of this sort?" We hope to have shown that this is a misleading question to ask, and one that has quite damaging consequences not only for the academic study of law, but for legal institutions as well. Once the question is properly reframed, it should be possible to see interpretive questions in a new and better light, and perhaps to adopt new and better answers as well.

Nesse contexto, Clève e Lorenzetto (2015), ao analisar a teoria das capacidades institucionais, apontam que a perspectiva institucionalista busca avaliar qual instituição pública tem os instrumentos adequados para trazer respostas às questões controversas postas para solução. Então, em vez de indagar “como deve ser a interpretação?”, o foco passa para as condições institucionais para que o Judiciário produza a interpretação das leis.

É importante que os tribunais reconheçam a relevância dos demais poderes e que incentivem a deliberação dos temas pelo Legislativo e Executivo, por meio de “projetos de lei, de emendas constitucionais e por meio de outros atos normativos capazes de reverter ou delinear os entendimentos firmados em precedentes do Judiciário” (Pugliese, 2022, p. 114).

Além disso, cabe adicionar que Clève e Lorenzetto (2015) são favoráveis à autoridade constitucional compartilhada, como forma de incentivar a prática dos diálogos institucionais, concluindo que a Corte Constitucional “não se furta ao dever de decidir, porém deixa em aberto espaços para outras construções políticas em ambientes institucionais distintos”.

Por seu turno, Pugliese (2022, p. 114) enfatiza que um efeito esperado da autoridade compartilhada é “o incentivo à participação popular, ao permitir que cidadãos e movimentos políticos também possam se manifestar sobre os temas de política constitucional e acompanhar a construção das soluções”.

Nessa linha, o diálogo a respeito dos precedentes é incentivado, abrindo-se portas para deliberação dialógica sobre os temas propostos para solução por parte das instituições públicas.

Por sua vez, Rodrigo Brandão (2017, p. 354) assinala que não se deve confundir controle de constitucionalidade com supremacia judicial em sentido material. Para ele, inferir da competência do Judiciário para “decidir sobre a constitucionalidade de normas a conclusão de que o entendimento judicial sobre o sentido de princípio constitucional aberto é imutável – ou extremamente difícil de ser alterado – pelo Legislativo e pelo povo, não parece razoável”.

Brandão (2017, p. 354) anota também que noção de supremacia judicial é incompatível com uma análise realista das “capacidades institucionais, com a exigência da *accountability* das decisões

tomadas pelos agentes públicos em um regime democrático, e com a circunstância de o sistema de freios e contrapesos negar a qualquer instituição política a condição de soberana”.

Assim, Brandão (2017, p. 354) conclui que, para a efetivação do Estado Democrático de Direito, deve haver um “desenho institucional em que o sentido futuro da Constituição se dê através de um diálogo aberto entre as instituições políticas e a sociedade civil, em que nenhum deles seja ‘supremo’”. Ao contrário, cada um dos poderes deve contribuir com a sua específica capacidade institucional.

As teorias dialógicas estão afinadas com a noção de que nenhum dos poderes da república deve ter a “última palavra definitiva” quanto ao sentido da Constituição, sobretudo quando o país se depara com situações politicamente controversas.

A lógica do princípio da separação dos poderes atribui papéis principais a cada poder, mas que não são exclusivos, assim, embora seja atribuição primordial do Supremo Tribunal Federal fazer o controle de constitucionalidade, disso não se deve concluir a total exclusão do Poder Legislativo do papel de interpretar a Constituição, principalmente por que o Legislativo tem forte legitimidade popular dada pelo voto, que reflete a vontade do povo, fonte primordial de todo poder.

Por outro lado, reconhece-se o papel contramajoritário da Corte Constitucional, essencial ao Estado Democrático de Direito. Ao comentar esse papel, Roberto Barroso (2020, p. 491) escreve que:

Supremas cortes e tribunais constitucionais, na maior parte dos países democráticos, detêm o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo (e do Executivo também), podendo invalidar normas aprovadas pelo Congresso ou Parlamento. Esta possibilidade, que já havia sido aventada nos *Federalist Papers* por Alexander Hamilton, teve como primeiro marco jurisprudencial a decisão da Suprema Corte americana em *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. Isso significa que os juízes das cortes superiores, que jamais receberam um voto popular, podem sobrepor a sua interpretação da Constituição à que foi feita por agentes políticos investidos de mandato representativo e legitimidade democrática. A essa circunstância, que gera uma aparente incongruência no âmbito de um Estado democrático, a teoria constitucional deu o apelido de “dificuldade contramajoritária”. A despeito de resistências teóricas pontuais, esse papel contramajoritário do controle judicial de constitucionalidade tornou-se quase universalmente aceito.

Em seguida, Barroso (2020, p. 491) destaca que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem dois fundamentos. O primeiro é a proteção dos direitos fundamentais, que não devem ser atropelados por eventual deliberação política majoritária, aspecto que guarda relação com a chamada “tirania das maiorias”.

O segundo é a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. Barroso (2020, p. 491) sublinha que a “maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o status de sentinela contra o risco da tirania das maiorias”.

Em contrapartida, o modelo das capacidades institucionais é cético. Nele, busca-se “conter a tirania da minoria com eleições regulares, e a tirania da maioria com vários instrumentos de freios e contrapesos: veto presidencial, legislativo bicameral, federalismo e controle de constitucionalidade” (Brandão, 2017, p. 355).

Diante disso, Brandão (2017, p. 355) arremata asseverando que a grande vantagem da teoria dos diálogos constitucionais é “reconhecer as falhas e virtudes de cada ator institucional”. Diferentemente das doutrinas da supremacia judicial, a teoria dos diálogos institucionais rejeita a “absolutização

de um critério de *pedigree*, segundo o qual um ator, por ter determinada capacidade institucional, produzirá necessariamente decisões melhores, como se tais ‘poderes’ fossem infalíveis”.

Por fim, vale trazer algumas considerações sobre as formas de diálogo entre o poder judiciário e o legislativo. Existem duas formas principais de realização desse diálogo: emendas constitucionais e leis infraconstitucionais (Peixoto, 2018).

Quanto às emendas constitucionais, Ravi Peixoto (2018) anota que “não parecem existir dúvidas de que o posicionamento do STF sobre matéria constitucional pode ser alterado por meio de emenda constitucional”. Isso porque uma reação legislativa por meio de emenda à Constituição modifica o parâmetro constitucional usado pela corte, reabrindo o debate e até superando a decisão proferida pelo tribunal.

Outra forma de o Poder Legislativo dialogar com a Corte Constitucional são as leis infraconstitucionais. O Legislativo pode tentar superar as decisões da Corte, por meio de leis. Isso é possível se forem apresentadas boas razões, e a Corte estiver aberta ao diálogo.

Porém, é uma forma bem mais complicada de reverter decisões judiciais de controle concentrado, tendo em vista que o parâmetro constitucional permanece o mesmo.

2 Técnicas decisórias direcionadas ao diálogo

É fato que a corte constitucional pode lançar mão do “uso virtuoso do poder de não decidir”, ideia lançada por Alexander Bickel (1962), que consiste basicamente no silêncio sobre determinadas questões constitucionais, a fim de permitir o desenvolvimento do debate e da reflexão por parte da sociedade civil e a tomada de decisão por parte do Parlamento, legítimo representante do povo (Dantas; Mazarello, 2025).

Por outro lado, a corte constitucional também pode optar por decidir a questão sob sua análise, por meio de uma apreciação que utilize a teoria dos diálogos institucionais. Nesse âmbito, importa elencar as técnicas decisórias endereçadas ao diálogo que a corte constitucional pode utilizar. Como marco teórico, este trabalho analisou as ideias de Marinoni (2022) anotadas no livro “Controle de Constitucionalidade e Diálogo Institucional”.

2.1 Suspensão de julgamento com anúncio de retomada

A suspensão de julgamento com anúncio de retomada é a técnica decisória por meio da qual a corte constitucional, ao se deparar com determinado assunto que ainda não foi amadurecido pelo parlamento e sociedade, suspende o julgamento, fixando um prazo para retomada.

No caso de não haver lei para o assunto, a corte pode assinar um prazo para o congresso criar a legislação. Por outro lado, caso já haja uma norma, a corte estabelece um prazo para o parlamento dar uma “segunda olhada” na lei, a fim de apreciar a situação colocada diante da corte.

2.2 Decisão de constitucionalidade com reserva

Quando a situação ainda não foi analisada adequadamente pelo parlamento e nem houve debates suficientes na sociedade, a corte constitucional pode optar por preservar a constitucionalidade da norma impugnada, sem estabelecer prazo determinado para o congresso deliberar.

De acordo com Marinoni (2022, p. 284):

A diferença dessa técnica para a da suspensão do julgamento está na ausência de prazo para o Parlamento se manifestar. Conferir prazo é adequado quando se sabe, de antemão, que não será necessário algo que venha de fora do Parlamento. Quando o motivo da não decisão está na necessidade de esclarecimento dos fatos pela comunidade – muitas vezes pelos cientistas –, uma boa solução está em declarar a constitucionalidade com a reserva da cognição das razões das pessoas e do Parlamento.

2.3 Decisão de constitucionalidade deferente

A decisão de constitucionalidade deferente acontece quando a corte constitucional, embora não seja necessário esclarecimento dos fatos pela comunidade, entende pela constitucionalidade da norma, prestando deferência à população e ao parlamento e considerando que não cabe ao Judiciário afastar a aplicabilidade da norma sob crivo.

Marinoni (2022, p. 289) esclarece:

Falar em decisão de constitucionalidade deferente, ao lado de decisão de constitucionalidade com reserva, tem o propósito de evidenciar que a Corte não deve decidir “provisoriamente” apenas quando os fatos ainda devem ser esclarecidos – especialmente pelo desenvolvimento da ciência –, mas também e fundamentalmente quando as pessoas e o Parlamento ainda têm que deliberar sobre os fatos. O problema não é simplesmente de esclarecimento dos fatos, mas diz respeito à afirmação da democracia deliberativa.

A presente técnica não se confunde com a deferência pura ao parlamento, que acontece quando o Judiciário simplesmente se submete ao Poder Legislativo. Na realidade, a técnica pressupõe que o Judiciário de fato entendeu a norma como constitucional.⁷

2.4 Decisão de constitucionalidade deferente cumulada com recomendação

Nesse tipo de decisão, a corte constitucional, ao examinar o dispositivo legal impugnado, declara-o constitucional, porém recomenda a sua alteração pelo parlamento, ainda que o parlamento possa posteriormente não atender a recomendação.

Essa técnica deve ser utilizada quando o tema debatido ainda deve ser amadurecido pelo debate popular e pelo parlamento. Nesse contexto, a corte constitucional, sensível a essa realidade, provoca o debate por meio de decisão deferente.

⁷ “Finally, an institutional dialogue theorist might reply that the courts could recognize a second-order rule of constitutional interpretation, one which provided that judges ought to accept formally all legislative reversals and avoidances of former judicial nullification. Moreover, such second-order rule could be consistent with the doctrine of judicial responsibility. I agree. But this rule would entail a radical form of judicial deference or submission to the judgments of the legislatures, something similar in principle to the conception of the role of the judiciary within the orthodox doctrine of parliamentary sovereignty. Although this strategy could be acceptable from a normative point of view, it cannot be thought of as constituting a form of deliberative dialogue. Judicial deference or submission to the views of another is inconsistent with the idea of dialogue among equals. As Kent Roach rightly maintained, dialogic theories ‘should not be confused with...judicial deference.’” (Tremblay, 2005).

Nessa linha, Marinoni (2022, p. 291) anota que:

Nessa situação a decisão de inconstitucionalidade não é apenas de recomendação, porém é, antes de tudo, uma decisão de constitucionalidade provisória em favor da discussão popular e da deliberação parlamentar. Daí porque se falar de decisão de constitucionalidade deferente cumulada com recomendação.

2.5 Decisão de inconstitucionalidade provisória

Diante de uma suspeita forte de inconstitucionalidade de determinada norma, a corte constitucional pode declarar essa norma inconstitucional de forma provisória. Ao adotar essa técnica decisória, a corte reconhece que não tem a última palavra e admite expressamente uma revisão parlamentar posterior sobre a temática.

Marinoni (2022, p. 295) destaca que “a decisão é provisória porque admite não ser a ‘última palavra’, ou seja, porque aceita a possibilidade de o Parlamento de reafirmar a lei que foi declarada inconstitucional” e que “é um verdadeiro convite para a população e o Parlamento apresentarem suas razões”.

2.6 Decisão de inconstitucionalidade com solicitação

Neste âmbito, a corte constitucional, ao se deparar com determinada norma, entende pela sua inconstitucionalidade, sem oportunizar diálogo institucional quanto a isso. Porém, para evitar um “vácuo” legislativo, que deixe o ordenamento jurídico sem qualquer norma para regular o tema, solicita a cooperação do parlamento para que regule a matéria por meio de solução legislativa adequada.

Marinoni (2022, p. 296) esclarece essa técnica, ao afirmar que “não se deseja abrir espaço para diálogo sobre a questão decidida” e que se quer evitar que “a ordem jurídica fique destituída de regras imprescindíveis à tutela de direitos que ficam desamparados em face da declaração de inconstitucionalidade”.

2.7 Decisão de inconstitucionalidade com adiamento de seus efeitos

Outra técnica que a corte constitucional pode usar é decidir pela inconstitucionalidade de uma norma com adiamento dos efeitos da decisão. Essa é uma boa forma de evitar o vazio legislativo que acontece quando uma norma é declarada inconstitucional.

Estabelece-se um prazo em que a norma declarada inconstitucional continuará produzindo os seus efeitos, para que o parlamento possa regular a matéria de forma constitucional.

2.8 Decisão de (in)constitucionalidade sem eficácia vinculante

A decisão de inconstitucionalidade com efeito somente *inter partes* é uma importante ferramenta que a corte constitucional pode usar para oportunizar mais tempo para que a deliberação popular e parlamentar amadureça e possa ser efetivada. Nesse caso, em vez de decidir de forma vinculante,

formando um precedente de observância obrigatória de forma precipitada, a corte constitucional opta por deixar fluir o debate democrático.

Marinoni (2022, p. 299) ressalta que a “decisão com eficácia *inter partes* é uma ‘não decisão para todos’, de modo que também pode ser vista como genuína forma de não decidir em proveito dos valores democráticos e do diálogo constitucional”.

Considerações finais

Foram examinados temas importantes para a democracia brasileira, como diálogos institucionais, capacidades institucionais e técnicas decisórias endereçadas ao diálogo.

Na primeira parte, mediante análise da experiência canadense quanto à teoria dos diálogos institucionais, evidenciou-se que o controle de constitucionalidade, em vez de ser um veto à atuação do legislador democraticamente eleito, é o início de um diálogo sobre a melhor forma de conciliar os valores individuais da Constituição com as políticas sociais e econômica.

Em seguida, foram elencadas ponderações da doutrina jurídica nacional e estrangeira sobre diálogos institucionais e capacidades institucionais. Além disso, foram apontadas técnicas decisórias afinadas com a teoria dos diálogos institucionais

Diante do exposto, entende-se que a corte constitucional deve decidir com a consciência de que não detém a última palavra definitiva sobre a interpretação constitucional. Na realidade, trata-se da última palavra provisória, tendo em vista que a interpretação da Constituição pode e deve amadurecer por meio dos debates populares e parlamentares.

Referências

BARRETO, Susana Cadore Nunes; RIBEIRO, Michelle Bruno. Diálogos Institucionais e a Sociedade em Rede na Solução de Litígios Estruturais. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, vol. 9, n. 1, Florianópolis, 2023. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/9806>.

BARROSO, Luís Roberto. TRINTA E CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: AS VOLTAS QUE O MUNDO DÁ. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 28, n. 2, p. 07-49, 2023. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v28i22697. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/2697>.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Corte Suprema, agir estratégico e autoridade constitucional compartilhada**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.4453>.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias Interpretativas, Capacidades Institucionais e Crítica. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, vol. 19, n. 19, 131–168. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691>.

DANTAS, Bruno; Mazarello, Guilherme. Diálogos institucionais e controle de constitucionalidade: caminhos para interpretação do inciso X do art. 52 da Constituição Federal. **Plenário – Revista Jurídica da Câmara dos Deputados**, Brasília, vol. 1, n. 1. 2025. Disponível em: <https://revistaplenario.camara.leg.br/index.php/plenario/article/view/9>.

GODOY, Miguel Gualano de; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Diálogos institucionais: possibilidades, limites e o importante alerta de Roberto Gargarella. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 59, n. 233, p. 117–133, jan./mar. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/59/233/ril_v59_n233_p117.

HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). **Osgoode Hall Law Journal**, v. 35, 1997, p. 75–124. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol35/iss1/2>.

HOGG, Peter; THORNTON, Alisson A. Bushell; WRIGHT, Wade K. Charter Dialogue Revisited: or “Much Ado About Metaphors”. **Osgoode Hall Law Journal**, v. 45.1, 2007, p. 1–65. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol45/iss1/2>.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de Constitucionalidade e Diálogo Institucional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

PEIXOTO, Ravi. A teoria dos precedentes e a doutrina dos diálogos institucionais: em busca de um equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. **Civil Procedure Review**, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 41–74, 2018. Disponível em: <https://civilprocedurereview.com/revista/article/view/171>.

PUGLIESE, William S.. **Instituições de direito processual civil e precedentes como fonte do direito**. Londrina: Thoth, 2022.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. **Pequeno Manual de Metodologia da Pesquisa Jurídica: ou roteiro de pesquisa para estudantes de direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Instituto Pazes, 2021.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 156, 2002. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/280/.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, vol. 3, issue 4, 2005, pp. 617–648. Disponível em <https://doi.org/10.1093/icon/moio42>.