

## As formas de expressão da supremacia judicial: uma proposta metodológica

### Forms of expression of judicial supremacy: A methodological proposal

**Henrique Rangel<sup>1</sup>**

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil  
henriquangelc@gmail.com

**Carlos Bolonha<sup>1</sup>**

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil  
bolonhacarlos@gmail.com

#### Resumo

O presente artigo busca contribuir com uma proposta metodológica para o estudo da supremacia judicial em uma perspectiva concreta. A partir de um pressuposto metodológico em que a supremacia judicial pode ser observada, duas perspectivas podem ser adotadas: a *supremacia judicial abstrata* e a *supremacia judicial específica*. A primeira representa os estudos com recorte filosófico-ontogenosiológico sobre este fenômeno, enquanto a segunda, que se especifica como o objeto central do presente trabalho, representa as contribuições que analisam situações concretas e eventos contextualizados deste desenho institucional. Esta proposta é formada por 4 (quatro) critérios de verificação da supremacia judicial específica: (i) critério político; (ii) critério dialógico; (iii) critério de constrangimento; e (iv) critério de efeitos. Conclui-se que, com base nestes critérios, a supremacia judicial pode se *expressar* por formas distintas nas realidades político-jurídicas.

**Palavras-chave:** *judicial review*, desenhos institucionais, supremacia judicial, teoria institucional, diálogos institucionais.

#### Abstract

This article contributes to a methodological proposal designed to understand judicial supremacy in a concrete perspective. It adopts a methodological conception in which judicial supremacy can be observed according to two perspectives: *abstract judicial supremacy* and *specific judicial supremacy*. The former represents studies with a philosophical-ontogenosiological profile on this phenomenon. However, the latter – our main object of study – represents concrete and contextualized contributions of this

---

<sup>1</sup> Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rua Marconato Filho, 8, Praça da República, Centro, 20211-340, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

institutional design. This proposal is made up of four criteria of verification of specific judicial supremacy: (i) political criterion; (ii) dialogic criterion; (iii) enforcement criterion; and (iv) effects criterion. Based on such criteria, it is possible to conclude that judicial supremacy can express itself through different forms in political-legal realities.

**Key words:** judicial review, institutional design, judicial supremacy, institutional theory, institutional dialogues.

## Introdução

A supremacia judicial tem sido um tema de fundamental relevância no debate sobre o *judicial review* a partir da segunda metade do século XX. Este debate se encontrava concentrado nos Estados Unidos da América (EUA) e no Canadá, mas, nos últimos anos, tem inspirado uma quantidade significativa de trabalhos no Brasil. Apesar disto, a compreensão da supremacia judicial ainda oferece certas dificuldades. Para compreender melhor este fenômeno, pode-se recorrer a estudos sensíveis à relação entre os poderes de Estado e à legitimidade do exercício do *judicial review*. Nesta temática, o *judicial review* costuma receber um destacado teor político e isto se estende à supremacia judicial<sup>2</sup>.

Desde a Constituição de 1787, os EUA buscaram desenvolver um desenho institucional baseado na simetria entre poderes concebida pelos *Fathers*. A Corte de Marshall (1801-1835) reforçou esta simetria ao instituir a doutrina do *judicial review* em 1803, mas, durante a segunda metade do século XX, aquela doutrina obteve especial destaque nas Cortes de Warren e de Burger (1953-1969/1969-1986), resultando em um período a que se costuma atribuir a supremacia judicial<sup>3</sup>. Em um primeiro momento, o *judicial review* permitiu maior equilíbrio na ordem política, mas, em seguida, foi responsável por um

suposto quadro de supremacia. Somente então assuntos relativos a uma *political discretion* passaram a receber a intervenção da Suprema Corte, e o *judicial review* passou a ser um relevante instrumento de deliberação política e de atendimento a demandas da sociedade<sup>4</sup>. O *judicial review* se desenvolveu como instituto, ao longo da história constitucional norte-americana, de modo que tanto pode servir para reforçar parâmetros organizacionais como, até mesmo, ser protagonista de um redesenho no sentido do que se costuma chamar supremacia judicial.

A presente análise sobre supremacia judicial considera, pelo menos, duas perspectivas distintas de compreensão do fenômeno: (i) a supremacia judicial como uma concepção no plano abstrato de desenho institucional (*supremacia judicial abstrata*); e (ii) a supremacia judicial como uma concepção de modelo concreto de desenho institucional (*supremacia judicial específica*). Ambas se desenvolvem em torno da atividade judiciária perante os demais poderes, distanciando-se no plano de sua concepção. A abstrata se encontra em uma concepção filosófico-ontogenológica sobre um ideal realizável. A específica se encontra em uma concepção concreta da própria atividade institucional sobre um modelo historicamente contextualizado e real, como o resultado de suas dinâmicas política e jurídica<sup>5</sup>. Com isto, acredita-se ser possível compreender o que representa a supre-

<sup>2</sup> Para uma referência marcante do século XX, Ely (1980). Para uma referência atualizada dos aspectos políticos de uma supremacia judicial, Whittington (2007).

<sup>3</sup> Exemplo disto é a denominação cunhada por Stephen Griffin para este período. Apesar de a decisão do caso *Marbury* ter criado a doutrina do *judicial review*, foi na metade do século XX que ganhou maior expressão (Griffin, 2005).

<sup>4</sup> É possível elencar alguns dos grandes casos de repercussão e marcante atuação política da Suprema Corte durante este período. Pode-se mencionar para a Corte de Warren: *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969). Para a Corte de Burger: *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

<sup>5</sup> Na defesa desta categoria, qual seja, a *supremacia judicial específica*, é necessário observar outro aspecto terminológico. Em recente trabalho, Rodrigo Brandão, ao se dedicar à mesma temática do presente artigo, estabeleceu uma categoria metodológica para sua análise chamada de "supremacia judicial em sentido estrito" (ou *stricto sensu*). Ressalta-se, aqui, não se tratar da mesma categoria estabelecida acima (*supremacia judicial específica*). A categoria de Brandão representa um ponto que lhe parece de essencial importância para abordar o debate "supremacia judicial vs. diálogos institucionais". Neste âmbito, costuma-se dar fundamental importância para quem tem o poder de conferir a última palavra sobre uma determinada controvérsia na ordem constitucional democrática. Os autores deste debate, geralmente – e assim como Brandão –, costumam afirmar que a supremacia judicial existe quando o judiciário detém esta prerrogativa, deixando todos os demais entendimentos e exemplos como sensíveis à ala dialógica. "A supremacia judicial é, portanto, um *minus* em relação ao monopólio judicial, pois, enquanto a última afirma que a atividade de interpretar a Constituição deve ser desempenhada, exclusivamente, pelo Judiciário, a primeira admite que os outros Poderes interpretem a Constituição, ressaltando, porém, que a exegese judicial é a final. Em outras palavras: o monopólio judicial confere ao Judiciário a única palavra em matéria de interpretação constitucional (uma espécie de 'reserva judicial'), enquanto a 'supremacia judicial' admite que o legislador tenha a primeira palavra, conferindo, porém, ao Judiciário a última. [...] A bem da verdade, a tese segundo a qual a exegese do Judiciário constitui um 'precedente vinculante' para a subsequente interpretação constitucional perpetrada pelos 'poderes' (especialmente pelo Parlamento) e pela sociedade civil é, precisamente, a supremacia judicial (em sentido estrito). Segundo tal concepção, em todas as questões constitucionais que possam ser submetidas aos Tribunais, o sentido que os juízos atribuíram à Constituição deve ser compreendido como definitivo para o futuro, seja no âmbito do próprio Judiciário, seja no âmbito dos demais 'poderes' e da sociedade" (Brandão, 2012, p. 15). Enfim, o poder da última palavra será considerado neste trabalho mais a frente – especificamente em "V", momento em que se busca sustentar critérios de verificação da *supremacia judicial específica*, em primeiro lugar, no segundo critério, e, em segundo lugar e mais propriamente, no terceiro. Descarta-se, na presente análise a possibilidade de este fator ser o único ou central parâmetro para analisar um fenômeno tão complexo como a supremacia judicial.

macia judicial, de um lado, em sua *essência* e, de outro, quais seriam suas formas de *expressão*.

Metodologicamente, o fenômeno da supremacia judicial parece não possuir critérios de verificação devidamente estruturados e coordenados entre si. Ainda um objeto de recentes estudos, é difícil identificar, com precisão, quais situações podem ser consideradas para se constatar este fenômeno. Ciente da necessidade de se distinguir os momentos em que este fenômeno é estudado no plano teórico e abstrato dos momentos em que seu estudo é mais exemplificativo e contextualizado, o objetivo deste artigo é tentar contribuir para a consolidação de uma metodologia aplicável a um estudo concreto da supremacia judicial. Em outras palavras, trata-se de um estudo sensível às formas de *expressão* da supremacia judicial, afastando-se do que esta seria em sua *essência*<sup>6</sup>.

## Uma compreensão para a supremacia judicial específica

A partir deste pressuposto metodológico, admitindo duas perspectivas de estudo, é nesta segunda que a supremacia judicial pode ser submetida aos critérios metodológicos a seguir, sendo possível identificar algumas formas de *expressão* deste fenômeno. A partir de tais critérios, sua aplicação pode ocorrer através de uma perspectiva comparativa. Escolhidos dois ou mais exemplos de atividade judiciária, os critérios podem ser aplicados para identificar como a supremacia judicial se expressa especificamente em cada um deles. Ao final, será possível constatar se a supremacia judicial se apresenta nestes exemplos pelas mesmas ou por distintas formas de *expressão* e, sendo as mesmas, qual parece apresentá-la em um grau mais acentuado.

Considerem-se os seguintes critérios de verificação da expressão da supremacia judicial específica: (i) a existência de um caráter político na decisão; (ii) a existência de um caráter dialógico na decisão; (iii) o grau de constrangimento da opinião; e (iv) os efeitos da decisão sobre a ordem constitucional democrática. Es-

tes critérios de apuração se aplicam a partir de variáveis próprias. Com isto, admite-se que a supremacia judicial específica de um Estado se expresse através de uma corte que desempenha suas funções com um caráter destacadamente político. Igualmente, admite-se que ela se expresse em uma corte que dificilmente se abre ao diálogo no exercício de suas funções. Da mesma maneira, na medida em que haja significativo constrangimento dos demais poderes. E, por fim, pode se expressar de acordo com a maneira em que suas decisões produzem efeitos. Este último, em especial, é digno de uma observação mais cuidadosa, pois os efeitos da decisão, assim como no caso do estudo abstrato, podem incidir sobre a própria atividade judiciária de maneira negativa, afastando as possibilidades do estabelecimento de uma supremacia judicial específica.

## O critério político

O caráter político da decisão, primeiro critério de apuração da supremacia judicial específica, é baseado nas seguintes variáveis: (a) a predominância de fundamentos políticos na decisão; (b) a criação de um parâmetro político de decisão; (c) a existência de postura ativista; (d) a existência de um compromisso com decisões dos poderes eleitos; (e) a existência de um compromisso com seus próprios precedentes. Neste critério de apuração, parte-se do seguinte princípio: a discussão do conteúdo dos direitos representa uma característica típica da atividade política de Estado. Uma instituição que precipuamente exerce uma atividade submetida aos termos normativo-legais terá um caráter eminentemente jurídico. Aquela que, ao contrário, busca participar do desacordo moral existente sobre o conteúdo dos direitos e atua em controvérsia concreta para, neste âmbito, estabelecer uma orientação de caráter normativo apresenta um forte indício de atividade política. Talvez não seja adequado afirmar que o *strong judicial review*, ao discutir o conteúdo dos direitos, seja, necessariamente, uma atividade de caráter político, mas somente representa um indício que, por sua vez, pode ser apreciado a partir das variáveis acima<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Desta maneira, as referências seguintes à supremacia judicial, feita a delimitação acima do objeto, ocorrerá por meio do termo *supremacia judicial abstrata*, compreendida como uma forma de estudo sobre sua *essência*. As formas de *expressão* da supremacia judicial ficam a cargo da *supremacia judicial específica*.

<sup>7</sup> Alguns autores costumam admitir uma especificação do objeto *judicial review* a partir de um critério de ordem material, o que será aproveitado na presente análise. Da mesma maneira, Jeremy Waldron e Mark Tushnet, ao discutir sobre o *judicial review*, em momento de crítica à legitimidade de seu exercício (Waldron, 2010; Tushnet, 1999). Somente aquele *judicial review* exercido em matéria de direitos será admitido, ou seja, o que se costuma chamar de *strong judicial review*. Este critério não será considerado, aqui, por um viés de grande exclusão, e sim de caráter negativo. Não se pretendem abordar controvérsias relativas a temas como federalismo, conflito de competências, prerrogativas de função pública e regras de procedimento previstas na constituição. Somente se admitem controvérsias relevantes à discussão sobre o conteúdo dos direitos. Em outras palavras, há um "dissenso substancial em relação a quais direitos existem e em relação àquilo a que equivalem" (Waldron, 2010, p. 113). O caráter do escrutínio não é de afastar hipóteses em que haja margens de dúvida. Ao contrário, havendo dúvida, possivelmente haverá dissenso sobre sua existência ou sobre o que equivalem, e isso já representa exemplos de debate sobre o conteúdo dos direitos. Ou seja, inclusive nos casos de dúvida sobre a existência de matéria de conteúdo dos direitos, trata-se de *strong judicial review*. Por exemplo, um caso de separação de poderes que enseje a discussão sobre um direito individual pode ser tratado como um caso de *strong judicial review*.

A primeira variável (predominância de fundamentos políticos) se resume ao seguinte fato: a decisão que preserva uma fundamentação técnica tende a se afastar de uma motivação política. Esta tendência pode ser adotada como uma maneira objetiva de se indicar um caráter político na decisão. O que esta variável busca destacar é se a decisão se pautou, predominantemente, em fontes jurídicas expressas e indiscutivelmente reconhecidas de direito. Isto é, se, por um lado, o entendimento dominante acerca de um dispositivo legal prevaleceu, ou se, por outro lado, o julgador sustentou um perfil decisional (como conservador ou progressista, por exemplo), na defesa de algum valor, princípio, interesse, máxima ou qualquer outra perspectiva baseada em um preceito deontológico de textura marcadamente aberta<sup>8</sup>.

A segunda variável (a criação de um parâmetro político de decisão) representa um aprofundamento da atividade política do Estado. A discussão sobre o conteúdo dos direitos é uma característica típica da atividade política. Outra característica é o estabelecimento de um parâmetro político de decisão que represente a superação do desacordo sobre uma particular questão no conteúdo dos direitos. Quando os enfrentamentos de ordem moral alcançam instâncias institucionalizadas de decisão, possivelmente se depararam com uma orientação capaz de definir a questão. Esta orientação, a rigor, pode ser um parâmetro jurídico ou político de decisão. Aquela instância institucionalizada pode, entretanto, não possuir uma orientação por diversas razões – como jamais ter se deparado com aquela controvérsia. Neste momento, será necessário lhe atribuir de modo fundamentado um parâmetro de decisão. O exemplo de uma analogia talvez esclareça como um parâmetro estritamente jurídico pode ser criado desta maneira, mas é possível que um parâmetro estritamente político seja elaborado para orientar a decisão. A tendência das tradicionais teorias interpretativas do direito, dos clássicos, passando pelos modernos e até os contemporâneos, de acordo com classificação utilizada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule, é elaborar métodos para a obtenção de um parâmetro normativo de decisão (Sunstein e Vermeule, 2002). O fato de se buscar o *reasonable social aims* do estatuto ou da Constituição em determinado disposi-

tivo legal ou constitucional, a *ratio legis* ou *mens legislatoris* indicam tentativas de se obter um parâmetro normativo de decisão<sup>9</sup>. Tais parâmetros, no entanto, não correspondem a uma ordem eminentemente jurídico-normativa. Ainda que, supostamente, “interna à norma”, não há um entendimento expresso e indiscutível dentro do conteúdo normativo da respectiva fonte de direito. Tais parâmetros serão considerados, para o presente trabalho, como exemplos de parâmetros políticos de decisão.

A terceira variável (postura ativista) pode ser observada nos momentos de atuação criativa do judiciário. Esta variável é de mais fácil aplicação, uma vez que pretende, meramente, observar aspectos formais desta atuação. Compreende-se como postura ativista, aqui, um comportamento judicial em que não há a fria obediência à repartição de competências normativo-constitucional ou legal. Exclui-se desta análise a investigação sobre uma atividade *avant garde* como é comum se observar, em especial, nas obras autointituladas neoconstitucionalistas<sup>10</sup>. No que tange a esta maneira formal de avaliação, há um ponto, em especial, de fácil constatação: a atividade criativa do judiciário na instituição de normas genéricas e abstratas. Tradicionalmente, defende-se que as decisões judiciais devem ser particulares e concretas. Recentemente, tem-se alegado, especialmente no Brasil, que as decisões judiciais criam dispositivos normativos que inovam na ordem jurídica ou apresentam questões com natureza aditiva à ordem constitucional<sup>11</sup>. A presente análise considera tais situações como uma postura ativista.

A quarta variável (compromisso com decisões dos poderes eleitos) leva em conta o respeito mantido pela ordem normativa em sua atividade. Há situações em que a legislação possui um vício sanável de constitucionalidade. Quando, a partir de então, o judiciário toma uma providência que preserve a manutenção daquele diploma normativo no ordenamento jurídico, está aproveitando uma oportunidade de amenizar o caráter político de sua atividade. O Brasil possui alguns mecanismos de recorrente uso na jurisdição constitucional que servem de exemplo, pelo menos a princípio, para este compromisso com as decisões dos poderes eleitos: a interpretação conforme a Constituição, a modulação de efeitos, a declaração de inconstitucionalidade parcial

<sup>8</sup> Repare-se que, neste ponto, o termo “político” não é compreendido no interior da teoria de justiça anteriormente adotada. Rawls articula a ideia de política tendo como base a defesa de princípios de justiça na atividade das instituições básicas da sociedade. Neste ponto específico do trabalho, preferiu-se utilizar um entendimento mais genérico sobre o termo “política”, podendo se aproveitar os conceitos rawlsianos de doutrinas morais, religiosas e filosóficas (Rawls, 1993).

<sup>9</sup> A ideia de *reasonable social aims* é atribuída à obra de Hart (1961) e é criticada pelo artigo de Sunstein e Vermeule (2002). As demais referências a *ratio legis* e *mens legislatoris* são tratadas na teoria clássica da interpretação como vertentes teleológicas objetiva e subjetiva, respectivamente.

<sup>10</sup> Uma compreensão sobre ativismo judicial e supremacia judicial pode considerar, naquele, um comportamento que extravasa seus limites normativo-competenciais (aspecto formal de atividade) e, neste, um fenômeno concebido com base nos efeitos sistêmicos promovidos a partir da atividade do judiciário (aspecto substancial de atividade).

<sup>11</sup> Tradicionalmente, o termo inovar é tecnicamente aplicado para a decisão que cria, modifica ou extingue direitos e obrigações na ordem jurídica como um todo, não em uma concreta e específica relação ou vínculo jurídico, sendo, normalmente, atributo tipicamente da lei em sentido estrito e formal.

sem redução de texto, a sentença de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, a declaração de norma ainda constitucional, entre outros<sup>12</sup>. Nada impede que um estudo mais minucioso sobre o uso de tais instrumentos, porém, indique uma atuação altamente interventiva, em que seja difícil alegar algum compromisso com os poderes eleitos.

A quinta e última variável (compromisso com seus próprios precedentes) possui uma relação muito próxima da ideia de previsibilidade sobre o judiciário. A primeira variável estabelece que a não utilização de fundamentos técnicos, ou seja, de fontes expressas e indiscutivelmente reconhecidas de direito, de modo predominante pode indicar a existência de certo caráter político na atividade do judiciário. Esta quinta variável pode representar uma especificação da primeira, tendo como principal objeto o precedente. Uma corte que não se preocupa em manter certa coerência em sua atividade parece flutuar sobre a dinâmica político-governamental – ou, até mesmo, lançada ao casuismo. De um lado, o zelo por seus próprios precedentes sugere a preservação de uma tradição de pensamento estável. De outro lado, um judiciário que rotineiramente promove *outrules* oferece pouca previsibilidade aos seus jurisdicionados. Em suma, o primeiro lado sugere a existência de maior técnica do que o segundo ao respeitar seus próprios precedentes. A falta de compromisso com suas próprias decisões, portanto, manifesta indícios de uma característica inconstância na atividade judiciária, fornecendo-se indícios de se tratar de uma motivação mais política do que propriamente técnica.

### O critério dialógico

O caráter dialógico na decisão, segundo critério de apuração da supremacia judicial específica, funda-se sobre as seguintes variáveis: (a) participação de poderes eleitos na decisão (existência e impacto); e (b) participa-

ção de especialistas, da sociedade civil ou do meio acadêmico na decisão (existência e impacto). Neste critério de apuração, parte-se do seguinte princípio: o judiciário, ao decidir, tanto pode buscar, voluntariamente, um diálogo, quanto pode resistir às ambições de participação. Diversos motivos podem ensejar uma aparente necessidade de diálogo. Casos que exijam profundo conhecimento técnico em matérias extrajurídicas, por exemplo, podem indicar certa necessidade de diálogo com especialistas. Estes, por sua vez, podem ser desde agentes públicos a profissionais liberais. Em outros casos, é possível que o judiciário se sinta pressionado por uma responsabilidade democrática distinta, e isto ocasione uma busca voluntária pela participação dos poderes eleitos na construção da decisão. Tais casos representam alguma espécie de diálogo. Acredita-se que, à medida que este diálogo é promovido, a proeminência do judiciário seja reduzida<sup>13</sup>. Ao contrário, quando o judiciário deixa de promover este diálogo voluntariamente ou resiste à abertura para a participação de terceiros ou outras instituições, sustenta-se a hipótese de isto representar uma expressão da supremacia judicial específica.

A primeira variável (participação de poderes eleitos na decisão – existência e impacto) aprecia uma das principais situações em termos de diálogos institucionais. Ainda não se alcançou uma conceituação satisfatória de diálogos institucionais. Originalmente, correspondia a uma ideia de resposta legislativa a partir de uma declaração de inconstitucionalidade (Hogg e Bushell, 1997). Após as críticas formuladas sobre esta ideia, algumas propostas, sobretudo agregando outras situações a este fenômeno, sugeriram novas perspectivas no sentido de ampliar seu espectro (Leclair, 2003). O envolvimento dos poderes eleitos com as decisões do judiciário, entretanto, sempre representou um ponto central no assunto. Será considerado, para o presente trabalho, diálogo institucional como uma situação estabelecida no momento de uma decisão em instâncias

<sup>12</sup> A interpretação conforme a Constituição é uma técnica que, nos últimos anos, passou a ser muito utilizada pelo STF, podendo ser aplicada sempre que, na constância de uma pluralidade hermenêutica na norma infraconstitucional, um dos sentidos for constitucional. Declara-se que, entre as possíveis compreensões, uma delas, mais compatível com a Constituição, prevalecerá como a orientação mais adequada da norma, sem que o dispositivo perca sua validade. A modulação de efeitos é uma técnica que, apesar de prevista somente para o controle de constitucionalidade abstrato, o STF compreende que esta seja uma técnica de todo o controle de constitucionalidade, de acordo com entendimento liderado pelo Min. Gilmar Mendes (Mendes *et al.*, 2009). Previsto no art. 27 da Lei nº 9868 de 1999, a Lei do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, permite a modulação de efeitos que, na vigência de inconstitucionalidade de norma infraconstitucional, mas, sendo sua declaração de nulidade fator ensejador de grande insegurança jurídica ou relevante desinteresse social, a eficácia desta declaração pode ser controlada no tempo pela decisão. A declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto é uma técnica defendida desde 1949 por Lúcio Bittencourt, em que a decisão determina quais as categorias da sociedade serão destinatárias da aplicação da norma e quais não serão. A declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (ou de eficácia restrita) é uma técnica vinculada para casos de omissão legislativa, aplicando-se quando um avanço normativo considerável é inconstitucional, mas a supressão de sua validade é fator prejudicial ao plano social, devendo a autoridade de quem emanou a norma ser convocada a se pronunciar em prazo razoável no sentido de superar a inconstitucionalidade. A declaração de norma ainda constitucional é uma técnica elaborada pela prática do STF no sentido de permitir a ocorrência de uma inconstitucionalidade enquanto alguma outra situação relevante conexa se encontre em desenvolvimento e dependa desta inconstitucionalidade (HC nº 70.514, Min. Rel. Sydney Sanches, 1994).

<sup>13</sup> É comum se encontrar na doutrina a afirmativa de que a existência de diálogos institucionais afasta a possibilidade de configuração de supremacia judicial. A presente análise, ao contrário, compartilha entendimento diverso. Defende-se, aqui, que, mesmo com o diálogo existindo, o judiciário pode assumir papel de protagonista perante as demais instituições, o que preserva sua predominância no momento da decisão.

institucionalizadas caracterizada pela participação de outra instituição que, a princípio, não possuiria a respectiva competência para aquele ato. Diálogo institucional também será considerado como uma das maneiras de exercício do gênero *diálogo*. Outras formas consideradas como diálogo que não se inserem nesta compreensão de diálogo institucional são os mecanismos de inclusão-participativa. A perspectiva aqui adotada não se restringe a atos consecutivos praticados entre os poderes na solução de uma mesma controvérsia, mas ao desempenho em si da atividade institucional em respeito às demais instituições em busca de coesão entre si e de estabilizar a ordem constitucional democrática<sup>14</sup>. Esta primeira variável do critério dialógico visa observar de modo objetivo se o judiciário recorre aos poderes eleitos, por exemplo, para exercer suas atividades. Da mesma maneira, é necessário observar se houve impacto significativo deste fato sobre a decisão. Portanto, tanto a falta de impacto deste diálogo quanto sua não promoção podem ser reconhecidas como indícios de certo destaque do judiciário em sua atividade.

A segunda variável do critério dialógico (participação de especialistas, da sociedade civil ou do meio acadêmico na decisão – existência e impacto) busca verificar se o judiciário permite que contribuições por parte de terceiros lhe sejam destinadas. Trata-se de uma segunda espécie de diálogo que tende a enfraquecer o destaque do judiciário. Nesta variável, serão observados casos como os *amici curiae* e, no particular exemplo brasileiro, as audiências públicas. Tais mecanismos permitem que o judiciário receba contribuições de profissionais especialistas ou de indivíduos envolvidos em uma realidade muito mais aproximada do objeto da decisão, bem como de acadêmicos que se dediquem ao estudo

do daquela matéria. Em ambos os casos, destaca-se a importância da obtenção de informações privilegiadas para nortear a decisão. Quando isto ocorre, o judiciário reconhece não deter tais conhecimentos e este fato o move a uma aproximação de caráter participativo no âmbito de sua decisão. Comportamentos desta ordem, no entanto, sugerem certo afastamento do fenômeno de supremacia judicial. Repare-se que um dos potenciais de aproximação da preponderância do judiciário, discutido no plano abstrato, foi seu bom funcionamento. Se considerarmos esta carência informacional um fator depondo contrariamente ao bom funcionamento do judiciário, é possível indicar, por decorrência, certo distanciamento do fenômeno. Portanto, seguindo-se a lógica apresentada, o recurso ao diálogo com especialistas, com a sociedade civil ou com o meio acadêmico será considerado como uma forma de diálogo e, desde que haja real impacto, representa um momento de baixa expressão da supremacia judicial específica.

### O critério de constrangimento

O terceiro critério usado para identificar a expressão da supremacia judicial (grau de constrangimento da opinião) visa observar se houve significativo constrangimento dos poderes eleitos em reconhecer sua opinião como superior. Para efetuar esta análise, é possível recorrer à metodologia utilizada por Stephen Griffin, quando sustenta a existência de 4 (quatro) variações do *judicial review*, tendo em vista dois critérios: *scope* e *enforcement*<sup>15</sup>. *Scope* é o critério, no estudo do *judicial review*, que identifica sobre quais objetos este instituto pode ser aplicado. *Enforcement* é o critério que busca identificar com que grau de constrangimento o *judicial review* é exercido perante os poderes eleitos. Note-se que este

<sup>14</sup> Com uma perspectiva próxima a este tipo de atuação, em particular, relativo à Suprema Corte dos EUA (McCann, 1999).

<sup>15</sup> “With regard to the power to hold acts of the executive and legislative branches unconstitutional, the doctrine of separation of powers and the separation of institutions mandated by the Constitution create further variations. These variations arise along two dimensions: the *scope* of the power, that is, to which acts it applies and the *enforcement* of the power, that is, to what extend the elected branches are bound by the rulings of judiciary. [...] The first variation is that the Supreme Court may hold acts unconstitutional only when it is necessary to defend itself from encroachments by the other branches. [...] such actions by the Court are fully enforceable on the other branches of government. [...] The second variation is that the Court has the power to hold unconstitutional any action of the elected branches, but its holdings are considered advisory and unenforceable unless the other branches concur. A sub-variation is also possible where the other branches agree to obey the ruling of the Court with respect to the specific parties in the case, but not treat the ruling as having general application. [...] The third variation is that the Court has the power to hold unconstitutional any act of elected branches, but only in a clear case where everyone concedes that a violation of the Constitution has occurred. The decision of the Court would be fully enforceable on the other branches. [...] The fourth variation is that the Court has the power to rule act of the elected branches unconstitutional and have them comply, both with respect to the parties and as a general matter. [...] It is the doctrine of judicial supremacy with which we are familiar” (Griffin, 1999, p. 92-94). Griffin afirma, porém, não ser este rol exaustivo na nota 14 da página 92. É possível traçar algumas observações sobre as variações de Griffin. Na primeira, não há uma exemplificação qualquer. Aplicam-se os critérios de *scope* e *enforcement* sobre o parâmetro da independência judicial. Verifica-se que, em uma conjuntura centrada neste valor em particular, é comum que haja um espectro de atuação reduzido, mas com forte constrangimento. Na segunda, cogita a possibilidade de um amplo espectro com reduzido poder de influência, atentando que esta influência pode ser meramente jurídica. Na terceira variação, porém, parece ser possível apontar uma imprecisão de ordem metodológica. A questão da admissão da inconstitucionalidade pelos poderes eleitos leva a certa confusão nos critérios de *scope* e *enforcement*. Parece problemático afirmar que o espectro de atuação é limitado pela própria admissão da inconstitucionalidade, quando isto é um fator sensível ao próprio critério de constrangimento. Assim, o espectro não deveria ser limitado, mas sim o poder de constrangimento, tendo em vista este fator, qual seja, todos admitirem a inconstitucionalidade. Tal questão aproxima a terceira variação consideravelmente da segunda. Como este já admite uma subvariação, talvez a terceira variação também possa ser analisada em seu bojo. Na quarta variação, quando se afirma ser a própria doutrina da supremacia judicial, é fundamental ressaltar que esta parece ser uma das supremacias judiciais compreendidas em seu plano específico. A questão do constrangimento, considerando que o espectro de atividade não é reconhecido no presente estudo, é uma das formas por que se expressa a supremacia judicial, não a única ou sua compreensão em essência.

estudo, embora declaradamente sobre o *judicial review*, é sensível à temática da supremacia judicial. O segundo critério, em particular, será a contribuição considerada nesta variável. O primeiro, *scope*, relaciona-se com uma questão no plano formal essencialmente ligada ao contexto político-jurídico de cada modelo submetido à análise da supremacia judicial específica, escapando de uma compreensão metodológica mais genérica como a que se pretende aqui<sup>16</sup>. Seguindo-se a contribuição de Griffin, no que tange estritamente ao segundo critério, a supremacia judicial específica poderá observar o grau de constrangimento exercido sobre os poderes eleitos ao definir sua opinião como vinculante. Desta maneira, suas variáveis destacam a possibilidade de: (a) a decisão ter caráter meramente consultivo aos poderes eleitos; (b) a decisão somente ser considerada no plano subjetivo; (c) a decisão ser voluntariamente admitida pelos poderes eleitos; ou (d) se houve resistência dos demais poderes em aceitar a opinião definida pela Corte.

A primeira variável do critério de constrangimento (caráter consultivo) deve avaliar se, encontrados vícios na decisão dos poderes eleitos, mera sugestão de mudança lhes é formulada. Caso se tenha pretendido alguma forma de vinculação dos poderes eleitos na decisão, não é possível mencionar que esta variável se apresentou. É preciso, no entanto, tomar certo cuidado com esta variável. Ao que parece, embora seja possível afirmar que o não acatamento pelos poderes eleitos da decisão de caráter consultivo da Corte indique não haver expressão da supremacia judicial específica, a mesma lógica disjuntiva não seja aplicável aos casos opostos. Se os poderes eleitos acatarem a decisão de cunho consultivo da Corte, é possível que isto seja uma expressão ou não da supremacia judicial específica, a depender do contexto histórico e da prática recorrente naquela atividade judiciária em apreço. A concordância pode ter tido influência do constrangimento da decisão, mas pode ter sido mera eventualidade em relação às pretensões do governo<sup>17</sup>. Desta maneira, se a decisão consultiva da Corte não receber guarida do governo, esta variável contabiliza em detrimento da supremacia judicial específica. Se receber, porém, somente contabilizará a favor se comprovada a existência de nexo

entre a decisão do poder eleito e a influência da decisão consultiva da Corte.

A segunda variável (a decisão somente ser considerada no plano subjetivo) verifica se a influência da decisão da Corte se deu somente no que tange à aplicação sobre as partes do processo, mas não considerando os termos abstratos e genéricos da opinião – o que, segundo Griffin, aproxima-se da teoria do departamentalismo. A Corte pode argumentar, tanto no sentido de fundamentar suas decisões, como no sentido de tomar as decisões práticas propriamente ditas, em um espectro típico de atividade dos poderes eleitos. Caso a fundamentação de uma decisão da Corte pretenda exercer alguma espécie de influência sobre o governo e seja desprezada, cumprindo-se somente a parte dispositiva normal de sua competência, há a incidência desta variável em desfavor da expressão da supremacia judicial específica. O mesmo cuidado exigido na variável acima se aplica a este caso – a necessidade de comprovação de nexo entre a decisão e seu suposto cumprimento voluntário.

A terceira variável (admissão voluntária da decisão) compreende os casos em que a Corte tem a pretensão de constranger os poderes eleitos e não encontra resistência. Neste momento, consideram-se os casos em que a Corte formula fundamentação, aparentemente, avançada sobre o espectro de atividade do governo sem que este se insurja contra a decisão. Esta variável indicará a presença de expressão de supremacia judicial. Por se tratar de pretensão de constrangimento, não é preciso observar o cuidado necessário nas duas variáveis acima acerca de contextualização – presume-se, portanto, o nexo entre a influência da decisão e a obediência voluntária. A ausência de resistência, em si, corresponderá a um indício de constrangimento, mas desde que a atividade da Corte tenha pretendido de forma nítida influenciar genérica e abstratamente o plano político, seja em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou em questões prejudiciais de mérito das controvérsias de controle incidental.

A quarta variável (resistência contra a opinião da Corte) busca avaliar a possibilidade de reversão do quadro obtido após uma decisão judicial em matéria de *strong judicial review*. Neste momento, é avaliado se a

<sup>16</sup> Talvez o critério *scope* possa agregar à reflexão do critério político acima, no que tange ao comportamento ativista, uma vez que, dependendo de um *scope* maior ou menor do *judicial review*, o mesmo tipo de comportamento pode ser observado como normal ou ativista.

<sup>17</sup> Ressalte-se que esta questão não está sendo considerada como uma matéria atinente a diálogos institucionais. Este conceito está sendo admitido no presente estudo a partir do momento em que uma decisão é tomada em instância institucionalizada, não em casos de decisões sucessivas diferindo-se no tempo, exceto que marcadas pela ideia de cooperação – caso em que poderá ser impropriamente um exemplo de diálogo institucional. Não estão sendo considerados neste trabalho – admitindo-se o caráter minoritário no debate –, como necessários exemplos de diálogo institucional, os casos de sucessivas decisões. Isto porque o parâmetro sustentado na compreensão deste fenômeno será a cooperação. Quando estes exemplos de decisões que diferem no tempo em mesma matéria, somente se consideram como diálogos institucionais quando as decisões aparentam seguir mesmo sentido ou perspectiva. Com rigor, caso uma decisão do legislativo acate a decisão da Corte de caráter consultivo, é a decisão do legislativo o objeto exemplo de diálogo institucional, pois esta será a instância institucionalizada em que se construiu decisão com respaldo da orientação de outra instituição. Neste sentido, caso uma decisão do governo contrarie a decisão da Corte sobre a mesma questão, é possível presumir que não houve diálogo institucional no momento em que aquela foi tomada – a menos que se trate de um exemplo de casuismo no exercício do poder político.

decisão tomada sofreu alguma espécie de repressão por parte de outras instituições, como tentativas de resistência que sugeriram certa perda da autoridade do judiciário. Como esta variável deve ser aplicada sobre uma decisão concreta, uma vez que é objeto uma possível expressão da supremacia judicial específica, não se consideram suficientes previsões normativas de tais resistências. Mesmo que a Constituição do país selecionado para o estudo da supremacia judicial específica preveja certa possibilidade de o legislativo suspender a eficácia de decisão judicial em última instância, é o exercício de tal prerrogativa que se persegue na presente variável. Para que esta possa contar a favor do afastamento da expressão da supremacia judicial específica, a previsão existente deve ser efetivamente exercida, mesmo que represente uma tentativa frustrada de reforma, reconsideração ou supressão. A experiência canadense sobre o controle de constitucionalidade reconhece, em sua Cláusula 33, a *notwithstanding clause*, mas há quem defenda ser um poder constitucional com diagnóstico de atrofia pelo prolongado desuso<sup>18</sup>. A mera tentativa já anuncia que o caso concreto verificado teve sua autoridade questionada, o que precisa ser levado em conta. O que impede afirmar o constrangimento, em definitivo, é o efetivo impacto da resistência<sup>19</sup>.

### O critério de efeitos

O quarto critério de verificação da expressão da supremacia judicial (efeitos da decisão) tem o objetivo de verificar quais as decorrências que podem surgir a partir da decisão e de que maneira tais decorrências podem repercutir na ordem constitucional democrática. São variáveis deste critério de verificação: (a) o envolvimento de terceiros externos à decisão, se em controle incidental; (b) o grau do impacto político e socioeconômico da decisão, se em controle abstrato; e (c) o grau do impacto

jurídico e administrativo da decisão. Neste critério de verificação da expressão da supremacia judicial, há especial influência da perspectiva institucional de Sunstein e Vermeule quando esclarecem a possibilidade de as interpretações ensejarem efeitos sistêmicos (Sunstein e Vermeule, 2002). Portanto, pretende-se analisar como, de um lado, a incidência de efeitos sistêmicos e, de outro lado, sua predição e controle podem repercutir sobre a ordem constitucional democrática. Efeitos sistêmicos é uma ideia que abrange tanto repercussões positivas, quanto negativas. O principal motivo para considerar a ordem dos efeitos como um critério apto à verificação da supremacia judicial específica é a possibilidade de os efeitos sistêmicos negativos encontrarem-se minimizados, ao passo que os positivos tenham regular fluência. Por um lado, tal fato poderia fomentar o destaque da atividade judiciária. Por outro lado, decisões desastrosas poderiam dificultar cada vez mais a consolidação deste desenho institucional.

A primeira e a segunda variáveis deste critério de verificação (o envolvimento de terceiros externos à decisão, se em controle incidental; e o grau do impacto político e socioeconômico da decisão, se em controle abstrato) precisam ser analisadas conjuntamente, em razão da proximidade da forma de aplicação. Em primeiro lugar, este critério de análise considera a relevância de distinguir decisões obtidas em controle incidental das de caráter abstrato, uma vez que, tradicionalmente, são classificadas como exemplos opostos em matéria de eficácia da decisão. É comum que se afirme, no Brasil, que o controle incidental, por um lado, tem eficácia *inter partes*, enquanto o controle abstrato, por outro lado, tenha eficácia *erga omnes*. O que a prática tem apresentado, segundo significativas contribuições na academia brasileira, é uma tendência de aproximação entre estes dois modelos de controle, tendente ao abstrato<sup>20</sup>. Considera-se, no presente trabalho, que, apesar da observação de tal tendência,

<sup>18</sup> Contrariando grande parte do debate canadense sobre o diálogo institucional a partir da *notwithstanding clause*, a tese da atrofia dos poderes constitucionais é sustentada em (Vermeule, 2011). A Carta de Direitos e Liberdades Canadense institui o seguinte em sua Cláusula 33: "(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)" (Grifos nossos).

<sup>19</sup> Este tipo de relação entre os poderes, embora aparente um exemplo de diálogo institucional, não é marcado pela ideia de cooperação que este conceito parece exigir.

<sup>20</sup> Cunhou-se o termo, tendo esta tendência como referência, *abstrativização do controle difuso*. Em primeiro lugar, cabe um esclarecimento terminológico, aludindo a comum identificação entre os termos difuso e incidental. No Brasil, existe uma tradicional taxonomia do controle de constitucionalidade, havendo uma classificação entre *controle abstrato ou incidental*, sendo o parâmetro se a alegação da inconstitucionalidade ocorreu com ou sem pertinência a alguma controvérsia concreta; e havendo uma classificação entre *controle concentrado ou difuso*, sendo o parâmetro se o julgamento da inconstitucionalidade é atribuído a somente um ou a todos os órgãos judiciários. Estas duas classificações usualmente se confundem, de modo que onde há controle abstrato, haja controle concentrado; e onde há controle incidental, haja controle difuso, mas nem sempre esta identidade demonstra precisão técnica. Tornando-se a discutir a tendência da *abstrativização do controle difuso*, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade incidental que vem sendo realizado pelo STF, nos últimos anos, tem admitido situações típicas do controle abstrato. A tradicional distinção entre ambos tendo como objeto a eficácia – *inter partes* e *erga omnes* – é um exemplo disto. Tem-se buscado atribuir efeitos abstratos e genéricos, comum ao controle abstrato, às ações de controle incidental, alternadamente referidas de "difusas". São exemplos: (i) a criação do requisito de admissibilidade da Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários pela Emenda Constitucional nº 45/2004, encontrado no art. 102, §3º, da Constituição Federal e regulamentado pelos arts. 543-A a 543-C do Código de Processo Civil; (ii) a suposta mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, alegada na Reclamação Constitucional nº 4335/AC. Min. Rel. Gilmar Mendes. STF, Decisão Monocrática Liminar. Julgamento em 21/08/2006; e (iii) a jurisprudência do STF tem aplicado as técnicas de modulação de efeitos das declarações de inconstitucionalidade, embora previstas na Lei nº 9868/1999, art. 27, a Lei do Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade – ambas do controle abstrato –, ao controle incidental de constitucionalidade. Sobre este fenômeno (Streck et al., 2007).

o rigor metodológico exige um tratamento distinto para peculiaridades que eventualmente se apresentem. Portanto, estabeleceram-se duas variáveis com a mesma finalidade (*o envolvimento de terceiros externos à decisão e o grau do impacto político e socioeconômico da decisão*), mas admitindo o advento de aproximações. Para os casos de controle incidental em que haja forte tendência à abstrativização, a variável poderá ser alterada.

A terceira e última variável admitida para este critério de verificação da supremacia judicial específica é o grau do impacto jurídico e administrativo da decisão. No âmbito desta variável, busca-se observar o quanto uma ordem jurídica ou um bom funcionamento administrativo do Estado poderia ser comprometido por uma decisão da Corte Constitucional. Caso o impacto seja suficiente para dissuadi-la de aplicar uma opinião no sentido da declaração de inconstitucionalidade, por exemplo, há uma aparente preocupação com os efeitos sistêmicos da decisão, de modo que o exercício da atividade jurisdicional esteja sendo balizado por parâmetros de ordem institucional. Esta variável visa, precisamente, apurar se esta aparente preocupação é real e, em seguida, como este posicionamento pode repercutir na ordem institucional como um todo, inclusive, sobre a própria imagem da Corte.

### **Aspectos sensíveis da proposta metodológica**

Feita a apresentação de uma metodologia para a verificação da expressão da supremacia judicial, cabe, ainda, um adendo sobre aplicação de suas variáveis. No critério político, as variáveis têm natureza cumulativa, ou seja, quanto mais variáveis observadas, mais há indícios de um destacado caráter político na decisão. O mesmo pode ser dito sobre o critério dialógico, uma vez que a mesma decisão pode ilustrar o recurso a diálogos institucionais e a mecanismos de inclusão-participativa simultaneamente. O critério de constrangimento, porém, possui variáveis alternativas. Entre estas, é possível observar que há maior intensidade, no constrangimento, naqueles casos em que a Corte pretende causar este efeito e o consegue. No critério de efeitos, as duas primeiras variáveis são alternativas, pois cada uma representa um modelo de jurisdição constitucional, a princípio, distintos. Ambas as variáveis são cumulativas com a terceira.

Em suma, a supremacia judicial específica admite, pelo menos, 4 (quatro) formas de sua expressão a partir de determinada decisão: pelo seu caráter político, pelo seu caráter dialógico, pelo seu grau de constrangimento ou, por fim, pelos seus efeitos sistêmicos.

## **Conclusão**

O presente estudo teve por objetivo fornecer uma proposta metodológica para uma perspectiva concreta de análise da supremacia judicial. Foi estabelecido um pressuposto metodológico que identifica a supremacia judicial por duas perspectivas: (i) a supremacia judicial abstrata, em um plano filosófico-ontogenológico de análise; e (ii) a supremacia judicial específica, em um plano jurídico-político de análise concreta e contextualizada. De acordo com este pressuposto, a metodologia elaborada se relaciona com a segunda perspectiva. Tal estudo é capaz de identificar as formas de expressão deste fenômeno no campo dos desenhos institucionais. Na verdade, há, pelo menos, 4 (quatro) formas de expressão deste fenômeno que permitem sua identificação.

A proposta metodológica aqui sugerida pode ser resumida em seus 4 (quatro) critérios de verificação: (i) a existência de um caráter político na decisão; (ii) a existência de um caráter dialógico na decisão; (iii) o grau de constrangimento da opinião; e (iv) os efeitos da decisão sobre a ordem constitucional democrática. Portanto, uma supremacia judicial se *expressa* por meio de uma Corte Constitucional que atua com um destacado caráter político; ou que resiste ao recurso a mecanismos dialógicos; ou que obtém sucesso no constrangimento dos poderes eleitos em suas decisões; ou, por fim, que provoca efeitos sistêmicos positivos com maior frequência e impacto do que negativos.

O caráter político das decisões da Corte se observa em razão da discussão do conteúdo dos direitos. São consideradas variáveis para esta forma de *expressão*: (a) a predominância de fundamentos políticos na decisão; (b) a criação de um parâmetro político de decisão; (c) a existência de postura ativista; (d) a existência de um compromisso com decisões dos poderes eleitos; (e) a existência de um compromisso com seus próprios precedentes. O caráter dialógico de suas decisões se observa no recurso a mecanismos dialógicos, ou seja, (a) de diálogos institucionais; ou (b) de inclusão-participativa. O poder de constrangimento sobre os poderes eleitos pode ser observado em situações de distinta intensidade: (a) a decisão ter caráter meramente consultivo aos poderes eleitos; (b) a decisão somente ser considerada no plano subjetivo; (c) a decisão ser voluntariamente admitida pelos poderes eleitos; ou (d) se houve resistência dos demais poderes em aceitar a opinião definida pela Corte. A repercussão dos efeitos sistêmicos, por sua vez, observa-se de acordo com as seguintes variáveis: (a) o envolvimento de terceiros externos à decisão, se em controle incidental; (b) o grau

do impacto político e socioeconômico da decisão, se em controle abstrato; e (c) o grau do impacto jurídico e administrativo da decisão.

Em síntese, esta proposta metodológica para a perspectiva específica da supremacia judicial ressalta que este fenômeno pode se apresentar de maneiras distintas. Dependendo das conjunturas político-jurídicas de cada país, um estudo comparativo pode concluir que em cada organização do poder político se estabeleceu um desenho institucional de prevalência da atividade judiciária, ainda que sua manifestação ocorra por formas distintas.

## Referências

- BRANDÃO, R. 2012. *Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais: A quem Cabe Última Palavra sobre o Sentido da Constituição?* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 372 p.
- ELY, J.H. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Harvard University Press, 268 p.
- GRIFFIN, S. 1999. *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. Princeton, Princeton University Press, 225 p.
- GRIFFIN, S. 2005. The Age of Marbury: Judicial Review in a Democracy of Rights. In: M. TUSHNET (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*. Sanford, Sanford University Press, p. 104-146.
- HART, H. 1961. *The Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press, 257 p.
- HOGG, P.; BUSHELL, A. 1997. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures: Or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all. *Osgoode Law Review*, **35**(1): 75-124.
- LECLAIR, J. 2003. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. *Revue du Barreau du Québec*, N° spécial:377-420.
- MCCANN, M. 1999. How the Supreme Court Matter for the American Politics: New Institutional Perspectives. In: H. GILLMAN, C. CLAYTON (eds.), *The Supreme Court in American Politics: New Institutional Interpretation*. Lawrence, University of Kansas Press, p. 63-97.
- MENDES, G.; COELHO, I.; BRANCO, P.G. 2009. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1486 p.
- RAWLS, J. 1993. *Political Liberalism*. New York, Columbia University Press, 401 p.
- STRECK, L.; CATTONI, M.; MONT'ALVERNE, M. 2007. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: [http://leniostreck.com.br/index.php?option=com\\_docman&Itemid=40](http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40). Acesso em: 19/06/2012.
- SUNSTEIN, C.; VERMEULE, A. 2002. Interpretation and Institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, **28**, 55 p.
- TUSHNET, M. 1999. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton, Princeton University Press, 254 p.
- VERMEULE, A. 2011. The Atrophy of Constitutional Powers. *Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, 11-07, 19 p.
- WALDRON, J. 2010. A Essência da Oposição ao Judicial Review. In: A. BIGONHA; L. MOREIRA (orgs.), *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, p. 93-157.
- WHITTINGTON, K. 2007. *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*. Princeton, Princeton University Press, 320 p.

Submetido: 30/06/2012  
Aceito: 07/03/2013