

## A quem cabe a palavra final sobre a Constituição?

Vitor Saulo Jorge Souza Vescio\*

### Introdução. Primórdios do controle de constitucionalidade.

Para os brasileiros, especialmente aqueles que viveram sob a égide da Constituição de 1988 na maior parte de suas vidas, a noção de que cabe a um órgão do Poder Judiciário a palavra final sobre o alcance e significado da Constituição pode soar um tanto quanto óbvio, digno de lugar comum. Entretanto, isso não condiz com a realidade em diversos países, nem ocorreu em vários momentos históricos.

Em verdade, a própria ideia de que o Poder Judiciário é efetivamente um poder do Estado é algo relativamente novo, mesmo após a edição de “O Espírito das Leis”, de Montesquieu. Tal autor sequer preconizou, de forma explícita, o Poder Judiciário, ao menos não como o conhecemos. Ele inclusive defendia que, de todos eles, o de julgar seria de alguma forma “nulo” e “invisível”<sup>1</sup> Não à toa, a escola exegetica argumentava que ao juiz cabia ser, simplesmente, a “boca da lei”.

Luís Roberto Barroso relembra que, na França, desde a revolução, levou-se às últimas consequências a ideia de separação dos poderes em relação ao Judiciário, objeto de desconfianças históricas. A ele, diz o autor, sempre foi vedado apreciar atos do Parlamento ou do governo. Inclusive, a lei n. 16-24, de 1790, de contexto revolucionário, já preconizava que os tribunais não poderiam, direta ou indiretamente, tomar parte no exercício do Poder Legislativo, nem prevenir ou suspender a execução dos decretos do corpo legislativo, sob pena de abuso de autoridade<sup>2</sup>.

Nesse contexto, apenas do outro lado do Atlântico, no recém-criado Estados Unidos da América, é que o Judiciário adquire maior relevância. Não, porém, sem uma dose de subestimação a seu respeito. Atribui-se a Alexander Hamilton, em seu artigo federalista n. 78, a frase de que o Judiciário seria o “menos perigoso” dos Poderes, por não ter nem a “espada” (atribuída ao Executivo), nem a “bolsa” (atribuída ao Legislativo). Logo, não teria nem força nem vontade, mas apenas juízos<sup>3</sup>.

Não por acaso, é justamente nos Estados Unidos que surge, de forma pioneira, a noção do que se conhece por controle de constitucionalidade dos atos normativos (aqui, de forma difusa), a partir do caso *Marbury x Madison*, decidido pela Suprema Corte americana em 1803<sup>4</sup>. Na Áustria, por seu turno, por influência de Hans Kelsen, cria-se o chamado controle concentrado, em que pela primeira vez se atribui o julgamento em abstrato da constitucionalidade das leis a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte Constitucional<sup>5</sup>.

---

\* Juiz do Trabalho do TRT da 2ª Região. Pós-graduando em Direito Constitucional (IDP). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho (USP).

1 MONTESQUIEU. O espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 172. Para ele, o Estado era subdividido em três poderes: o legislativo, o executivo propriamente dito e o executivo dependente do direito civil, que seria o de julgar.

2 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024, p. 23 e nota de rodapé 105.

3 HAMILTON, Alexander. O Federalista 78 – O Departamento Judicial. In: *O Federalista*. Hamilton, Madison e Jay. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 683.

4 Não se nega que, antes desse caso, já tinha havido declaração de inconstitucionalidade de leis estaduais, mas foi o primeiro caso em que isso ocorreu com uma lei federal.

5 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2025, p. 1111/1112. Especialmente a partir da emenda constitucional de 7-12-1929, que trouxe mudanças substanciais nesse modelo de controle, inicialmente formulado na Constituição de 1920.

## O debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt.

Ciente da tradição europeia de grande desconfiança em relação ao Judiciário (a exemplo de juízes decapitados na revolução francesa, pois ligados à nobreza), Kelsen foi meticuloso em sua elaboração, concebendo o Judiciário, nessa particular atividade, apenas como um “legislador negativo”. Mas isso, todavia, não o impediu de receber severas críticas, justamente por ter conferido um papel importante demais ao Judiciário.

Bem conhecido é o debate, travado entre Kelsen e Carl Schmitt na primeira metade do século XX, sobre a quem caberia o papel de guarda da Constituição, ou seja, sobre quem teria a última palavra no tocante à Carta Magna<sup>6</sup>.

Schmitt dizia que Judiciário não teria legitimidade pra declarar a constitucionalidade ou não de uma lei, pois a Constituição é uma decisão política. Todavia, ele tampouco disse que caberia ao Legislativo tal decisão. Na verdade, quem deveria realizar tal juízo seria o chefe do Executivo, vale dizer, o presidente do Reich. Não obstante, o presidente do Reich nos anos posteriores foi Adolf Hitler, razão pela qual, até hoje, Schmitt é visto como “o jurista do Reich”, perdendo muito de seu prestígio.

Rodrigo Brandão bem detalha tal embate. Lembra ele que, na Europa entre guerras, verificou-se avanço de movimentos antiliberais, influenciada pela grande depressão de 1929, a decadência do liberalismo econômico e a crescente direção da economia pelo Estado (sobretudo pelo magistério de John Keynes nos Estados Unidos)<sup>7</sup>.

Isso ocorreu de forma particularmente significativa na República de Weimar, retrata Brandão, diante da crise de desvalorização do marco alemão, reduzido a praticamente zero, crise esta que foi gerida pelo Presidente da República, por meio de decretos emergenciais. A propósito, em 1925, o Tribunal do Estado alemão, apesar de reconhecer a validade da norma que estabeleceria distinção de índice de correção monetária em razão do tipo de débito, afirmara, em tese, a sua competência para controlar a constitucionalidade das leis federais. Nessa toada, tal decisão suscitou intenso debate sobre a pertinência da introdução da jurisdição constitucional na Europa<sup>8</sup>.

Curiosamente, a crise de 1929 e a implementação do New Deal para sua superação, a fim de executar as ideias de Keynes, por pouco não maculou também o sistema judicial americano. Nesse sentido, lembra Barroso que, em 1936, em meio à disputa entre o Judiciário e o presidente Franklin Roosevelt, o Executivo enviou ao Congresso o chamado “court packing plan”, pelo qual seria aumentado o número de juízes da Suprema Corte, com o intuito de atenuar a oposição desta às políticas do New Deal. A inovação não foi aprovada, mas serviu para fazer o tribunal recuar sua jurisprudência restritiva às leis de proteção do trabalho<sup>9</sup>.

Voltando a Schmitt, este foi um dos maiores teóricos do antiliberalismo europeu e defendeu que seria necessário resgatar a unidade originária do Estado, cumprindo ao líder defendê-la em face de ameaças de dissolução que seriam apresentadas pelas instituições liberais, como a separação de poderes e direitos fundamentais. Dessa forma, considera que tais instituições permitiriam que os grupos que aparelham os partidos políticos e os órgãos públicos se mobilizassem para “capturar” a von-

---

6 Especialmente por esses dois textos: SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; e KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

7 BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais – a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, pp. 64/71.

8 Ibidem, pp. 64/66.

9 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit, p. 17, nota de rodapé 76.

tade estatal, em espécie de “decomposição pluralista do Estado”. Por conseguinte, a função de guarda da Constituição, responsável por solucionar, em caráter final, as divergências acerca de sua interpretação, deveria ser confiada ao Presidente da República. De certa forma, ressuscitou o conceito de “Poder Moderador” (ou neutro) de Benjamin Constant e protegeria a unidade do povo alemão da “ameaça pluralista” presente no Parlamento<sup>10</sup>.

Kelsen, por sua vez, buscando excluir raciocínios de política jurídica, enfatizando critérios objetivos e exatos para compreensão do sistema jurídico. Bem por isso, sua maior crítica a Schmitt refira-se a seu caráter ideológico, misturando direito e política. Ademais, ver o presidente como o órgão produtor de uma vontade nacional homogênea é um mito que mascara o inarredável conflito de interesses entre grupos sociais diversos que atuam por meio de partidos no Parlamento, além de ser uma ficção que confunde vontade da maioria com vontade geral<sup>11</sup>.

### **Questionamentos sobre o controle de constitucionalidade. Outras visões sobre a guarda da Constituição em outros países.**

A objeção ao “judicial review”, contudo, está longe de ser exclusividade de Schmitt. Jeremy Waldron é um grande crítico desse poder conferido ao Judiciário. Defende ele que a revisão judicial das leis é vulnerável em duas frentes: não fornece uma maneira pela qual uma sociedade possa claramente focar as questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos; e também é politicamente ilegítimo do ponto de vista democrático, ao privilegiar a maioria dos votos de um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis<sup>12</sup>.

Critica Waldron o que chama de controle de constitucionalidade forte, em que os tribunais têm autoridade para deixar de aplicar uma lei em um processo ou para modificar o efeito de uma lei para deixar sua aplicação em conformidade com direitos individuais. Ainda mais forte, diz, seria aquela em que tribunais têm poder para excluir totalmente uma lei de uma vez por todas<sup>13</sup>. É o que ocorre, por exemplo, no controle concentrado europeu e brasileiro.

Outro autor que se situa radicalmente contra a própria jurisdição constitucional, de forma ainda mais intensa, é Mark Tushnet, que inclusive sustenta que deveria haver uma emenda à Constituição americana para preceituar que seus dispositivos não seriam cognoscíveis pelos tribunais<sup>14</sup>. O autor, segundo Barroso, questiona duramente a tradição americana de jurisdição constitucional e de supremacia judicial na interpretação e aplicação da Constituição. Sustenta, assim, que a defesa dos direitos fundamentais tem melhores guardiões “nos cidadãos”, na política e no Legislativo do que na Suprema Corte. Em sua obra, Tushnet defende um chamado “constitucionalismo popular”, que retire a Constituição dos tribunais e de sua visão elitista do direito constitucional, e a devolva para o povo e seus representantes<sup>15</sup>.

Larry Kramer, por sua vez, sustenta que os Estados Unidos vivenciaram essa experiência na época das treze colônias e na fundação do constitucionalismo, até meados do século XIX. Nesse período, o próprio povo teria interpretado o texto constitucional através de suas mobilizações, eleições e participação nos júris, ao passo que a interpretação judicial exercia papel coadjuvante. E argumenta: se por um lado, existe uma sensibilidade antipopular no pensamento constitucional contemporâneo, por

10 BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 66/67.

11 Ibidem, p. 68.

12 WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review, trad. Adauto Villela. In BIGONHA, Antonio Alpino; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 98.

13 Ibid., p. 100.

14 TUSHNET, Mark. Taking the Constitution away from the Courts. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.

15 BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. Revista Estudos Institucionais, Vol. 2, 2, 2016, p. 520.

Disponível em: <[www.estudosinstitucionais.com/REI/article/download/79/98/345](http://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/download/79/98/345)> Acesso em 12/01/2026.

outro, haveria uma experiência perdida na história, onde o povo já foi titular da última palavra, nas palavras de Gabriela Lima<sup>16</sup>.

Sob essa ótica, o constitucionalismo popular não implica propriamente uma teoria, mas um fenômeno histórico, desconhecido da contemporaneidade, diz Lima. Não por acaso, Kramer não apresenta propriamente uma solução, nem formula uma teoria<sup>17</sup>. Também Brandão observa que esse autor exerceu importante papel na crítica à supremacia judicial, mas não trouxe, de forma clara e consistente, uma proposta alternativa.<sup>18</sup>

O constitucionalismo popular, portanto, reivindica uma democracia mais participativa e direta pelo povo<sup>19</sup>, e propõe, essencialmente, a retirada substancial da interpretação e da aplicação da Constituição das Cortes e a sua “devolução” ao povo, seja na sua atuação nas ruas, nas urnas eleitorais, ou no Parlamento através dos seus representantes<sup>20</sup>.

Uma hipótese considerada por muitos como “intermediária”, como Waldron<sup>21</sup>, é o sistema canadense. Segundo Ana Cristina Botelho, essa sistemática pode ser chamada de “weak judicial review”, ou controle judicial fraco, que é compartilhado entre dois poderes: Legislativo e Judiciário. Esse mecanismo permite que o Parlamento tenha o poder de fazer valer leis que foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte. Logo, é o Legislativo quem dá a “última palavra” sobre a constitucionalidade das leis, por meio da “cláusula do não obstante” (*notwithstanding*)<sup>22</sup>.

É que a Carta de Direitos de 1982 canadense traz dois mecanismos de reação legislativa. A primeira (seção 1) admite a restrição de direitos fundamentais, de forma razoável, por meio de leis ordinárias. A segunda (seção 33) é a “override clause” (ou cláusula do “não obstante”), que é a possibilidade de o Parlamento efetivamente reverter a decisão judicial<sup>23</sup>

A sistemática do Canadá tem sido nomeada como doutrina dos “diálogos institucionais”, a exemplo da tese de Peter Hogg e Allison Bushell. A premissa deles é que a possibilidade de reversão legislativa de decisão da Suprema Corte permite que se vislumbre o controle de constitucionalidade não como barreira intransponível às instituições democráticas, mas como instrumento catalisador de diálogo entre as instituições políticas sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades individuais e os interesses da coletividade<sup>24</sup>.

Observa Paulo Gonet Branco que, por meio dessa cláusula, o Parlamento Federal e também o legislador local, conforme seja a fonte da lei, podem declarar que o ato normativo será eficaz, apesar da colisão com um preceito da Constituição. Dessa forma, mesmo que os Tribunais proclamem a in-

---

16 LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. A tensão entre o Povo e as Cortes: a escolha do constitucionalismo popular. Dissertação de mestrado perante a Universidade de São Paulo, 2014, p. 15/16. Disponível em: < <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-27012015-160043/fr.php> > Acesso em 13/01/26.

17 Ibid., p. 15/16.

18 BRANDÃO, Rodrigo. O que é constitucionalismo popular? Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-e-o-constitucionalismo-popular> > Acesso em 13/01/2026.

19 ASSIS, Fábio José Silva de; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Do protagonismo judicial aos diálogos institucionais: uma introdução ao constitucionalismo popular de Kramer, ao minimalismo de Sunstein e às teorias dialógicas de bateup e lineares. Revista do Direito Público, Londrina, v. 13, n. 2, p.267-296, ago. 2018. Disponível em < <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/34145> >. Acesso em 13/01/2026.

20 BRANDÃO, Rodrigo. O que é constitucionalismo... Op. cit. Acesso em 13/01/2026.

21 WALDRON, Jeremy. Op. cit., p. 102.

22 BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. Weak judicial review canadense: paradigma apto a reforçar o constitucionalismo democrático e a reduzir a tensão entre parlamento e suprema corte? Disponível na página “Amigas da Corte”, em: < <https://www.amigasdacorte.com/post/weak-judicial-review-canadense-paradigma-apto-a-refor%C3%A7ar-o-constitucionalismo-democr%C3%A1tico-e-a-reduz> > Acesso em 12/01/2026.

23 BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit., p. 337 e 338.

24 Ibid., p. 336.

constitucionalidade da lei, a Casa Legislativa que a promulgou pode-se valer da “cláusula do não obstante” e tornar superada a decisão judicial. Todavia, a cláusula tem validade de apenas cinco anos. Ao término do prazo, a cláusula deixa de valer e o ato legislativo judicialmente censurado deixa de operar, salvo se o Parlamento a reiterar expressamente por outro quinquênio<sup>25</sup>.

Outra autora importante na discussão acerca dos diálogos institucionais é Christine Bateup, para quem o Judiciário não detém (empiricamente) nem deveria deter (normativamente) o monopólio da interpretação constitucional. Ao contrário, ao exercer o poder de revisão judicial, os juízes participam de um diálogo interativo, interconectado e dialético sobre o significado constitucional. Dessa forma, os julgamentos constitucionais são, ou idealmente deveriam ser, produzidos por meio de um processo de elaboração compartilhada entre o Judiciário e outros atores constitucionais<sup>26</sup>.

Dessa forma, temos traçado um pequeno panorama sobre a questão sobre a quem caberia a custódia da Constituição, que amplia a noção hoje vigente no Brasil, mas que, na verdade, está bem longe de ter uma resposta definitiva.

### **O papel do Poder Judiciário na sociedade brasileira.**

Naturalmente, como explicita o parágrafo único do art. 1º da nossa Constituição, todo poder emana do povo. Por conseguinte, em um primeiro momento, são tentadoras as teses segundo as quais, supostamente, o próprio povo decidiria por si se uma lei é ou não constitucional ou se determinado ato, administrativo ou normativo, está ou não de acordo com a Carta Magna. Tampouco se nega que o Judiciário não é composto por membros eleitos, possuindo legitimidade “sui generis”.

Entretanto, a legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos, segundo Barroso<sup>27</sup>: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. São fundamentos essenciais a qualquer democracia, sobretudo a brasileira, marcada por forte impulso autoritário e antidemocrático, muitas vezes travestida sob a roupagem de “vontade popular”.

Inclusive, Gonet Branco traz à memória que a fórmula canadense assemelha-se muito à experiência vivenciada no Brasil sob a vigência da Carta de 1937. Esse diploma permitia que o Parlamento, por maioria qualificada, suspendesse decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade de lei, confirmando a validade do ato normativo. Curiosamente, a justificativa para esse novo método foi justamente preservar o “poder popular” (conforme exposição de motivos desenvolvida por Francisco de Campos). Contudo, conclui Branco com perspicácia, apesar da invocação de razões democráticas, o sistema da Constituição de 1937 serviu aos interesses da ditadura que se instaurara juntamente com o Estado Novo, produzindo tolhimento sobre o ânimo do Supremo Tribunal Federal para contrastar outros atos federais com a Constituição<sup>28</sup>.

---

25 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no Controle de Constitucionalidade – O Diálogo Institucional Canadense e a Constituição Brasileira de 1937. In DPU Nº 31 – Jan-Fev/2010, p. 59. Disponível em: < <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/386> > Acesso em 13/01/2026.

26 BATEUP, Christine, The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. Brooklyn Law Review, Vol. 71, 2006, NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-24, p. 1. Disponível SSRN: < <https://ssrn.com/abstract=852884> > Acesso em 13/01/2026. Em sua crítica, Bateup apresenta dois grupos: teorias de método judicial e teorias estruturais do diálogo. As primeiras consistiriam em aconselhamento judicial, regras centradas no processo e minimalismo judicial. Já o segundo grupo englobaria teorias da construção coordenada e teorias dos princípios judiciais (pp. 17/70).

27 BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto... Op. cit., p. 524.

28 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências... Op. cit., p. 63/64.

Com efeito, pensamos, permitir pura e simplesmente que o Executivo ou o Parlamento detenham a palavra final sobre o alcance e sentido da Constituição (inclusive reduzindo ou eliminando o “judicial review”) seria alijar o Judiciário de substancial parcela de sua função típica, além de, na prática, relegar direitos fundamentais aos fugazes ventos da política partidária e das maiorias de ocasião. Inclusive, foi o que sustentou Tushnet ao afirmar que nem conservadores nem progressistas deveriam temer esse movimento, pois isso torna a discussão sobre a Constituição algo próximo do que é a política<sup>29</sup>. Nas palavras de Streck, o otimismo de Tushnet nasce de um pessimismo quase “niilista”, que parte do pressuposto de que o Direito “não vale de nada, não pode produzir significados autênticos, e que é tudo uma questão de maioria eventual, de vencedores e vencidos na arena da política.<sup>30</sup>” Caminho arriscado, com potencial de provocar um retrocesso de séculos para voltar o juiz a ser mera “boca da lei”, o que não tem sustentáculo em nossa Constituição.

Como relembram Gilmar Mendes e Paulo Branco, a revelação dos horrores do totalitarismo reacendeu o ímpeto pela busca de soluções de preservação da dignidade humana, contra os abusos dos poderes estatais. Sendo que o Parlamento, que se revelara débil diante da escalada de abusos contra os direitos humanos, perdeu a primazia que o marcou até então. E a justiça constitucional passou a ser o instrumento de proteção da Constituição<sup>31</sup>.

Nesse sentido, ensina Barroso, a democracia não se resume ao princípio majoritário. Valendo-se de exemplo dado pelo autor, se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderão os primeiros jogar os outros dois pela janela, apenas por estarem em maior número. Nisso, reside importante papel da Constituição, qual seja, proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos<sup>32</sup>.

Não se nega a propalada dificuldade contramajoritária (na acepção de Alexander Bickel), especialmente nos chamados casos difíceis, onde há maiores resistências à jurisdição constitucional. Contudo, essa é uma função que não pode o Judiciário simplesmente abrir mão, sob pena de perpetuação de ofensas sistemáticas a direitos fundamentais. Como exemplos mais notórios, citem-se: a) *Brown vs. Board of Education*, em que a Suprema Corte entendeu que o estabelecimento de escolas para brancos e negros separadamente representava violação à 14ª emenda; b) *Loving v. Virginia*<sup>33</sup>, em que foi anulada lei que proibia e considerava crime o casamento entre brancos e negros. Também dignas de nota foram as atuações da Suprema Corte em julgar inconstitucional lei estadual de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos mesmo entre pessoas casadas e invalidar lei do Texas que criminalizava relações íntimas homossexuais<sup>34</sup>.

A propósito, mesmo Waldron sustenta que seu argumento contra o “judicial review” apenas é válido se houver: a) instituições democráticas em boas condições, incluindo Judiciário capaz de resolver controvérsias e um Legislativo representativo; b) comprometimento da maioria dos membros da sociedade e de suas autoridades com direitos individuais e de minorias; e c) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos<sup>35</sup>. No entanto, no Brasil, não nos parece que todas essas condições estejam satisfeitas, especialmente quanto ao comprometimento da maioria da sociedade e de autoridades com direitos de indivíduos e de minorias. Basta ver, no passado recente, o quão imprescindível foi a

---

29 Conforme anota STRECK, Lenio. A demonização do judiciário! Lá vem Tushnet atirando na Constituição! Conjur. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-ago-13/senso-incomum-demonizacao-judiciario-la-vem-tushnet-atirando-constituicao/> >. Acesso em 13/01/2026.

30 Ibidem.

31 MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 9.

32 BARROSO, Roberto. Curso... Op. cit., p. 226.

33 LENZA, Pedro. Direito constitucional, 29ª ed.. São Paulo: Saraivajur, 2025, p. 27. Respectivamente, casos 347 U.S. 483 (1954) e 388 U.S. 1 (1967).

34 Casos *Griswold v. Connecticut* – 381 U.S. 479 (1965) e *Lawrence v. Texas* – 539 U.S. 558 (2003). Ibid., p. 25.

35 WALDRON, Jeremy. Op. cit., p. 105/106.

atuação do STF na pandemia do Covid-19, ao tomar uma série de medidas preventivas e assecuratórias de direitos, desde a vacinação obrigatória (mas não compulsória), até o reconhecimento da competência legislativa concorrente e competência administrativa comum de todos os entes da federação para a adoção de tais medidas, diante da recalcitrância da União na adoção de medidas efetivas<sup>36</sup>.

Isso significa, portanto, que o Judiciário pode atuar de maneira ilimitada, a despeito do que pensam a população e os demais poderes? Naturalmente que não. Como diz Mendes, caberia ao legislador ampla margem de apreciação e prioridade sobre o juiz constitucional, quando se trata de concretizar essas normas incorporadoras de valores morais e políticos. Ao juiz constitucional incumbiria atalhar abusos, cometidos por ação ou omissão do legislador<sup>37</sup>.

Além disso, como reconhece Barroso, mesmo que a última palavra caiba ao Supremo Tribunal Federal, a supremacia judicial apenas seria “a cada rodada” de debates sobre determinada questão. Isso porque o Legislativo e o Executivo podem reeditar normas com conteúdo idêntico àquelas declaradas inconstitucionais, bem como buscar superar decisões judiciais por meio de emendas constitucionais (desde que obedecido ao núcleo essencial das cláusulas pétreas). Dessa forma, o significado final da Constituição acaba por ser o produto da interação entre todos os Poderes, por vezes em “mais de uma rodada”, o que já privilegia a tese de diálogos institucionais<sup>38</sup>.

Lenza obtempera que é contrário às propostas que negam de forma absoluta o “judicial review”, embora considere correto o entendimento de Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmento no sentido de que seria preferível um modelo que não atribuisse a nenhuma instituição (nem Judiciário, nem Legislativo) o “direito de errar por último”, abrindo-se a possibilidade de correções recíprocas no campo hermenêutico. Apesar da observação, Lenza adota linha semelhante à de Barroso ao sustentar que parece interessante a proposta de noção de “última palavra provisória” a ser estabelecida pelo Judiciário, não se mostrando razoável a imposição de uma perspectiva de “soberania” judicial, no sentido de “única” palavra, valendo-se de lições de Larry Kramer, que distingue supremacia judicial (ter a última palavra) de soberania judicial (ter a única palavra)<sup>39</sup>.

Concordamos com tal noção, inclusive a partir do famoso caso da vaquejada, prática inicialmente julgada inconstitucional pelo STF na ADI 4983, em 2016<sup>40</sup>. No entanto, em nítida reação social à decisão da Corte (“backlash”), o Congresso editou a Lei n. 13.364/2016, que “elevou” o rodeio e a vaquejada à condição de manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial, e aprovou a EC nº 96/2017, que acrescentou o §7º ao art. 225 da CF a fim de explicitar que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro.

Levada a EC 96/17 ao Supremo, na ADI 5728, este a julgou constitucional, por não ferir cláusula pétrea. Inclusive, a ementa fez menção explícita a esse fenômeno, ao destacar que “as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal devem ser compreendidas como última palavra provisória, a qual encerra, muitas vezes, apenas uma rodada deliberativa, podendo a questão ser amadurecida

---

36 BARROSO, Roberto. Curso... Op. cit., p. 351 e nota de rodapé 21. Como exemplos, ARE 1.267.879, rel. Min. Barroso, 08.04.21, e ADIs 6.586 e 6.587, rel. Min. Lewandowski, 07.04.21 (vacinação); ADI 6.341, red. Min. Fachin, 13.11.20).

37 MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 15.

38 BARROSO, Roberto. Curso... Op. cit., p. 225/226 e nota de rodapé 49.

39 LENZA, Pedro. Op. cit., p. 20. A referência a Souza Neto e Sarmento está presente em SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO. Direito constitucional, p. 402. A menção a Kramer está em KRAMER, Larry, The supreme court 2000 term forward: we the court, Harvard Law Review, vol. 115, p. 13, 2001.

40 Na ação mencionada, por 6x5, o STF julgou inconstitucional a Lei Estadual nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada no Estado. Entendeu o Supremo que tal prática causava maus-tratos aos animais, afrontando assim o art. 225, §1º, VII, da Constituição.

dialeticamente entre os Poderes. Após o julgamento da ADI nº 4.983, teve início uma nova rodada deliberativa quanto à vaquejada, a qual resultou na aprovação da Emenda Constitucional nº 96/17, espécie legislativa cuja declaração de inconstitucionalidade depende da demonstração de violação de cláusula pétreia, a qual deve ser interpretada restritivamente em tais hipóteses.<sup>41</sup>”

Lenza, inclusive, lembra-nos que o ministro Luiz Fux, na ADI 5105, identificou diversas situações de reversão legislativa de decisões do STF, por emenda constitucional ou por lei, desautorizando o modelo de supremacia judicial em sentido forte ou material, não se aceitando a concepção de última palavra definitiva. Destacou, a propósito, que essa práxis dialógica não só é comum, como desejável e legítima<sup>42</sup>, promovendo saudável diálogo institucional e constitucional.

### **Conclusão.**

Portanto, pensamos que o entendimento prevalecente no Supremo Tribunal Federal parece correto, no sentido de que a última palavra acerca da Constituição, inclusive em matéria de controle de constitucionalidade, cabe ao Judiciário, notadamente ao STF. No entanto, trata-se apenas de última palavra provisória, uma vez que o efeito vinculante das decisões judiciais não alcança o Legislativo, de modo que nada impede que “novas rodadas” sejam realizadas.

Tal conclusão, longe de enfraquecer nossa democracia e a Constituição, apenas a elevam, por permitir tanto que o STF cumpra sua função institucional de guardião da Carta Magna, quanto que haja o legítimo e saudável diálogo entre as instituições e a sociedade.

### **Bibliografia.**

ASSIS, Fábio José Silva de; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Do protagonismo judicial aos diálogos institucionais: uma introdução ao constitucionalismo popular de Kramer, ao minimalismo de Sunstein e às teorias dialógicas de bateup e lineares. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 13, n. 2, p.267-296, ago. 2018.

Disponível em < <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/34145> >

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. *Revista Estudos Institucionais*, Vol. 2, 2, 2016.

\_\_\_\_\_. Curso de direito constitucional contemporâneo, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

BATEUP, Christine, The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, Vol. 71, 2006, NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-24.

Disponível SSRN: < <https://ssrn.com/abstract=852884> > Acesso em 13/01/2026.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. Weak judicial review canadense: paradigma apto a reforçar o constitucionalismo democrático e a reduzir a tensão entre parlamento e suprema corte?

Disponível na página “Amigas da Corte”, em: < <https://www.amigasdacorte.com/post/weak-judicial-review-canadense-paradigma-apto-a-refor%C3%A7ar-o-constitucionalismo-democr%C3%A1tico-e-a-reduz> > Acesso em 12/01/2026.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no Controle de Constitucionalidade – O Diálogo Institucional Canadense e a Constituição Brasileira de 1937. In DPU Nº 31 – Jan-Fev/2010.

41 ADI 5728, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 17-03-2025, PROCESSO ELETRÔNICO DJEs/n DIVULG 08-04-2025 PUBLIC 09-04-2025.

42 LENZA, Pedro. Op. cit., p. 21.

Disponível em: < <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/386> > Acesso em 13/01/2026.

BRANDÃO, Rodrigo. O que é constitucionalismo popular?

Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-e-o-constitucionalismo-popular> > Acesso em 13/01/2026.

\_\_\_\_\_. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais – a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

HAMILTON, Alexander. O Federalista 78 – O Departamento Judicial. In: *O Federalista*. Hamilton, Madison e Jay. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LENZA, Pedro. Direiro constitucional, 29ª ed.. São Paulo: Saraivajur, 2025.

LIMA, Gabriela Carneiro de Albuquerque Basto. A tensão entre o Povo e as Cortes: a escolha do constitucionalismo popular. Dissertação de mestrado perante a Universidade de São Paulo, 2014.

Disponível em: < <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-27012015-160043/fr.php> > Acesso em 13/01/26.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, 20ª ed. São Paulo: Saraivajur, 2025.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

STRECK, Lenio. A demonização do judiciário! Lá vem Tushnet atirando na Constituição! Conjur.

Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-ago-13/senso-incomum-demonizacao-judiciario-la-vem-tushnet-atirando-constituicao/> > Acesso em 13/01/2026.

TUSHNET, Mark. Taking the Constitution away from the Courts. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review, trad. Adauto Villela. In BIGONHA, Antonio Alpino; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.