

Instituto Brasiliense de Direito Público
IDP Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional

NATÁLLIA CAMPOS MOTA

**A TEORIA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO BRASIL: DE UM INSTRUMENTO
RETÓRICO À OXIGENAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

BRASÍLIA

2016

NATÁLLIA CAMPOS MOTA

**A TEORIA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO BRASIL: DE UM INSTRUMENTO
RETÓRICO À OXIGENAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Brasília – DF

2016

MOTA, Natália Campos.

A teoria do diálogo institucional no Brasil: de um instrumento retórico à oxigenação da jurisdição constitucional/ Natália Mota – Brasília, 2016.

48 folhas.

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

1. Jurisdição Constitucional. 2. Supremacia Judicial. 3. Diálogos Institucionais. 4. Ativismo. 5. Democracia.

CDU- XXX.XX

Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, sem permissão expressa do autor. (Artigo 184 do Código Penal Brasileiro, com a nova redação dada pela Lei n.º 8.635, de 16-03-1993).

NATÁLLIA CAMPOS MOTA

**A TEORIA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO BRASIL: DE UM INSTRUMENTO
RETÓRICO À OXIGENAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Aprovada pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção____ (_____).

Banca Examinadora:

Examinador:

Examinador:

Examinador:

RESUMO

O presente estudo monográfico aborda o alargamento da jurisdição constitucional nos últimos anos e sua hipertrofia frente a questões essencialmente políticas. Ademais, o uso conveniente do ativismo judicial e o abuso da teoria dos diálogos institucionais serão analisados como possíveis mecanismos de manipulação do discurso embarador de decisões ou omissões estratégicas. O objetivo é lançar uma crítica às instituições componentes do processo de deliberação democrática, alertando-as a um discurso responsável e comprometido em seus posicionamentos. Do mesmo modo, reconhecem-se as virtudes da proposta dialógica e da construção colaborada de decisões difíceis. Para tanto, o trabalho versa sobre as peculiaridades da teoria, bem como os desafios decorrentes do processo político decisório, adentrando na revisão do Legislativo e do Judiciário. O desafio é compreender as influências recíprocas que esses dois poderes constitucionais exercem um sobre o outro, bem como examinar como a interação entre eles pode modelar e condicionar o sistema de governo e seu funcionamento efetivo.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Supremacia Judicial. Diálogos Institucionais. Ativismo. Democracia.

ABSTRACT

This monographic study addresses the enlargement of judicial review thru the last years and its hypertrophy front essentially political issues. Moreover, the convenient use of judicial activism and the abuse of institutional dialogues theory will be analised as possible manipulation tools to support decisions speech or strategic omissions. Ther purpose is to criticize democratic deliberation process institutions, adverting them to a responsible and committed speech. In the same way, the virtues of diological proposal and colaborated constructions in tough decisions are recognized. For that, this work deals about the theory details, as well as the barriers arising from the political decision making process, in Legislative and Juciciary branches. The challenge is to comprehend the influences from these two powers on each other, and also examine how interaction between them can model and condition the government system and its effective operation.

Key words: Judicial review. Judicial supremacy. Institutional dialogues. Activism. Democracy.

SUMÁRIO

Introdução.....	7
Capítulo 1: O CONTEXTO PARA O SURGIMENTO DA TEORIA DOS DIÁLOGOS	
1.1. Ultrapassando o conceito de separação dos poderes em prol da eficiência da máquina pública.....	11
1.2. O problema contramajoritário.....	13
1.3. A teoria dos diálogos como terceira via.....	16
Capítulo 2: O ABUSO NO DIÁLOGO ENTRE PODERES	
2.1. O contexto envolvendo o MS 32.033.....	25
2.2. Manipulação legislativa do diálogo institucional.....	26
2.3. Outras vicissitudes da relação entre Legislativo e Judiciário.....	29
Capítulo 3: O DIÁLOGO DE INTERESSES	
3.1. A teoria dos diálogos como instrumento retórico.....	34
3.2. O ideal a perseguir.....	36
3.3. A necessidade de equilíbrio entre as instituições envolvidas no processo de tomada de decisão.....	40
Conclusão.....	43
Bibliografia.....	47

INTRODUÇÃO

Nas academias e tribunais pátrios discutem-se amplamente os limites do Supremo Tribunal Federal na interpretação constitucional, bem como sua atuação perante as outras instituições democráticas. O poder Judiciário foi idealizado em primeira mão como mero pronunciador da norma preestabelecida. Porém, especialmente após a segunda metade do século XX, este poder tornou-se responsável pela garantia dos direitos individuais fundamentais, controlando os atos e normais dos demais poderes tendentes a feri-los. Ademais, ficou a cargo dos juízes impor os limites judiciais ao poder estatal, que também estaria submetido à Constituição, passando, pois, a serem importantes interventores no processo democrático.

A internalização de novas competências aliou-se ao desprestígio dos demais poderes que, não obstante sejam democraticamente eleitos, protagonizam uma crise de representatividade. O resultado foi o agigantamento do poder Judiciário e sua apresentação como instância de resgate dos ideais de Justiça, como esperança às expectativas frustradas dos cidadãos.¹ Ainda, o advento da Constituição de 1988 contribuiu para esse quadro com a maior facilidade de acesso à justiça, a abertura procedimental e de técnicas de decisão.

Muitos acreditam que nos últimos anos se deu o esgotamento desse enfoque do Judiciário como superpoder, pois os perigos de delegar a um só tribunal constitucional foram revelados através de decisões invasivas, as quais evidenciaram a extrapolação dos limites de sua competência. Vale refletir que a maioria das decisões de peso da última década foram judicializadas no Estado brasileiro. Os tribunais superiores tem funcionado também como instâncias políticas superiores, para onde os derrotados em deliberações legislativas recorrem com o intuito de anularem a decisão que os preteriu.

¹ Ensina Antoine Garapon: “O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos.” GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Renavan, 1999, p. 48.

Por conseguinte, uma análise desconstrutora de seu papel como único guardião dos ditames constitucionais congregada a um entendimento de respeito e equilíbrio ao sistema de freios e contrapesos ganha força para propor uma contenção prudente aos liames subjetivos dos julgadores da corte.

Observe-se que essa autocontenção é desejável quanto ao objeto do controle de constitucionalidade, evitando a intervenção do juiz em matérias politicamente controvertidas; bem como quanto a ameaça de que o Judiciário sobreponha ao legislador para incluir conteúdo ou dar interpretação diversa à lei. Mas o limite imposto ao Judiciário é interno e depende da cooperação pessoal dos juízes para que alcance operacionalidade², apesar de não existirem parâmetros claros do equilíbrio desejável.

Ultrapassar o entendimento tradicional que se satisfaz com a tripartição dos poderes para a organização institucional é premissa para um novo pensamento decisório na esfera pública. Nesse sentido, a teoria dos diálogos institucionais visa exatamente reestabelecer o reequilíbrio entre os poderes na busca de uma legitimidade democrática, com ênfase à abertura a deliberação pública entre os atores públicos, os quais devem gozar de mesma consideração e respeito no debate.

O isolamento decisionista protagonizado pelo Poder Judiciário nas últimas décadas, como principal ditador de direitos fundamentais no país, merece ser analisado criticamente e, mais que isso, transposto, por intermédio de uma alternativa intermediária e estável. A reflexão acerca de alternativas válidas compõe o espaço acadêmico, a fim de conferir maior legitimidade ao controle de constitucionalidade judicial e aos processos democráticos de edição de leis.

Impor à autoridade legislativa o peso de funcionar sob o eminente risco de ter sua palavra cassada por parte de juízes não eleitos é problemático e deve ser encarado com menos naturalidade que nos dias de hoje. Para tanto, uma arma de orientação do Judiciário é a sua autocontenção em questões políticas típicas e a observância das molduras hermenêuticas a que está submetido. Frise-se que a

² CARVALHO FILHO. José S.. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. Instituto Brasiliense de Direito Público, Escola de Direito de Brasília, p. 30.

revisão constitucional produz sim decisões amplamente consideradas justas, mas, à priori, elas são fruto, na verdade, de lutas sociais muito maiores e anteriores. Os perigos de abuso em alguns casos enfraquecem a legitimidade das decisões de sucesso.

A teoria dos diálogos aparece, pois, como um sistema de solução de controvérsias conciliador entre a democracia e a proteção de direitos fundamentais. Acima de tudo, é um sistema que privilegia a responsabilização conjunta, apesar de o modelo brasileiro não ser eminentemente comunicacional.

Para alcançar tais alterações estruturais no processo deliberativo, exige-se antes uma releitura do que o brasileiro vê como democracia, que deve superar o enfoque predominantemente político para uma visão de construção colaborada. Alias, é necessário que pare de se priorizar a busca pela palavra final, que só alimenta a vaidade dos membros dos poderes. O constitucionalismo atual caminha para uma convergência de forças para a efetivação de direitos, onde os direitos tenham força normativa neles mesmos.

Logo, nas democracias ocidentais contemporâneas, o sistema de separação de poderes não se assemelha mais ao tradicional de Montesquieu, ou ao de Madison, mas deve ser considerado em torno de instituições através das quais a competição política é de fato organizada: os partidos políticos. A disputa entre Legislativo e Executivo cedeu espaço para uma arena política de disputa de eleitorado e de ideologias em que os cidadãos deveriam ver-se representados na estrutura de tomada de decisões. E é nesse pano de fundo que a teoria dos diálogos tem de se mostrar eficaz, sob pena de ser mais uma ferramenta retórica no jogo de interesses políticos.

Desse modo, o presente estudo visa questionar a prudência do Supremo Tribunal Federal, enquanto corte constitucional, de valer-se de momentos de maior e menor ativismo judicial para, discricionariamente, justificar sua intervenção (ou não) em medidas essencialmente políticas. Para tanto, no primeiro capítulo será abordada a teoria dos diálogos no contexto da separação dos poderes; no segundo, serão ilustrados casos de abusos de prerrogativas jurisdicionais e legislativas sob a justificativa do diálogo, expondo incongruências e interferências excessivas nas

searas alhures; e, no último capítulo, uma análise crítica da postura de algumas instituições brasileiras será traçada.

Capítulo 1: O CONTEXTO PARA O SURGIMENTO DA TEORIA DOS DIÁLOGOS

1.1. Ultrapassando o conceito de separação dos poderes em prol da eficiência da máquina pública

No Capítulo IV do Livro XI, do “Espírito das Leis”, Montesquieu afirma: *“trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; (o homem) vai até onde encontra limites”*. Em sequência, preceitua um mecanismo de neutralização de tal abuso, enunciando que *“para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.”*³

José Levi Mello do Amaral Júnior se adiantou à indagação acerca do que ocorrerá se não houver acordo entre os poderes sobre determinada pauta. A resposta trazida foi simples: nada ocorre; não há decisão. Haveria, isso sim, uma pausa ou uma inação. Seja qual for o problema submetido aos três Poderes, por mais grave que seja, somente encontrará solução caso haja acordo entre eles ou, pelo menos, uma cessão tácita⁴.

Por sua vez, no modelo liberal clássico encampado pelos norte-americanos, o poder judiciário deve exercer um poder de veto absoluto: a declaração de inconstitucionalidade. Esta mecânica não está em Montesquieu, mas o resultado encontra resguardo na essência do “espírito das leis”. Isso porque, ao criar mais um elemento de trancamento do poder, a dinâmica política e governamental encontra limites na Constituição vigente, submetendo-se a um poder finito, cujo controle foi incumbido ao judiciário, o protetor desta moldura constitucional.

Ademais, no esquema de Madison sobre o sistema de poderes, as diversas partes constituintes de um governo seriam, através de suas relações mútuas, o próprio meio de manter o outro poder em seu devido lugar. O sistema de

³ MONTESQUIEU. Do Espírito das leis. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

⁴ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008, p. 63.

separação de poderes seria responsável por gerar uma competição política em um sistema de governo que efetivamente organizaria, equilibraria e difundiria o poder. Assim, surge uma organização auto-impositiva, contando com a concorrência entre aqueles para policiar as fronteiras institucionais e impedir o conluio tirânico. Nesta visão, a separação de poderes deveria ser uma máquina que se moveria por si mesmo.

No contexto do *civil law* ainda mais que no *common law* norte-americano, a jurisdição constitucional deveria ser, tradicionalmente, uma empreitada dedutiva com estreitos limites, as leis. Já no sistema consuetudinário, o processo seria indutivo e empiricamente fundamentado, portanto, mais aberto. Sob essa ótica, os juízes, na Revolução Francesa, eram vistos com descrédito, como servos complacentes da vontade arbitrária do monarca absoluto, e, posteriormente, foram confinados à aplicação da norma, tal como criada pelo legislador, ao caso concreto em questão por silogismos.⁵ Contudo, aos julgadores constitucionais, a missão se amoldou cada vez à política, pois, por vezes, deve funcionar como um legislador negativo ou mesmo positivo, no próprio ato de resolução do litígio e criação de um precedente. É política a escolha dentre os muitos princípios constitucionais ou políticas plausíveis para a resolução da questão.

Assim, também o poder Judiciário brasileiro não apresenta a neutralidade prevista em Montesquieu e o modo de decisão não é mais apenas com base nas leis, sendo as sentenças não somente uma reprodução daquilo que fora previamente estipulado, mas são embasadas em princípios e outras fontes abertas de direito. O Brasil utiliza-se do mesmo modo da declaração de inconstitucionalidade das leis, fenômeno imprevisto para o pensador, para quem a atribuição de corrigir as leis deveria restringir-se àqueles que a elaboram.

No evoluir desse contexto, ao longo do século XX, tomou força a ideia do poder judiciário como principal guardião da Constituição e dos preceitos nela elencados, pois seria (ou deveria ser) o mais isento de ideologias políticas no jogo de interesses instalado nas repúblicas nacionais. Todavia, o Estado de Direito se choca com qualquer poder arbitrário e irrestrito, cuja ação seja meramente política,

⁵ ROSENFELD, Michel. *Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: Paradoxos e Contrastes. Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 180.

ainda que esse poder seja o dos magistrados. Em outras palavras, por mais que o Direito se insira no âmbito político, deveriam manter-se independentes deste, a previsibilidade, a aplicabilidade, a interpretação e a imposição da lei. Elas não podem ser fruto de escolha, de modo que enquanto a lei for vigente ela deve aplicar-se às situações previstas.

1.2. O problema contramajoritário

Nas relações entre os poderes, por vezes, o Judiciário aparece como aquele com mais prestígio ou o proferidor da palavra final, criando-se um imaginário no qual o Direito brasileiro depende das decisões e definições judiciais para resguardar direitos. Isto porque, a premissa do controle de constitucionalidade de leis e atos emanados pelos outros poderes teria conferido a ele a autoridade para ditar o sentido último da Constituição.

Há, contudo, um contraponto. Privar a sociedade da interpretação definitiva das normas, entregando-a tribunais isentos de responsabilidade política e de composição não eleita pela população significa o enfraquecimento da democracia. Diz-se isentos de responsabilidade política pois não sofrerão rechaça nas ruas ou nas próximas eleições, como os legisladores, tampouco terão de prestar contas aos seus partidos ou eleitores.

Na realidade, a revisão judicial de atos e leis em face da Constituição nacional surgiu como forte arma contramajoritária, em reação ao modelo de soberania parlamentar que permitira alguns retrocessos calçados em uma ditadura democrática, como os motivos ensejadores da Segunda grande guerra. Ao Poder Judiciário foi dada a missão de garantir o reequilíbrio das relações jurídicas e sociais ao proteger as minorias eventualmente lesadas pelo processo democrático.

Assim, os tribunais são instituições atípicas dentro do contexto democrático, pois, na maioria das situações, estará contra a maioria prevalente, uma vez que tem a função de resistir contra as pressões políticas e econômicas próprias do processo legislativo. O argumento dworkiniano de refutar ao legislativo a decisão de questões constitucionais é de que ele estaria julgando em causa própria, sendo, portanto, sempre parcial. Na sua concepção, uma ligação entre o desenvolvimento da prestação jurisdicional e os mandamentos constitucionais constitui sua

legitimidade de atuação.

Ocorre que, dentro do sistema de freios e contrapesos, especificamente em uma República Federativa, a missão contramajoritária deveria, em tese, adequar-se melhor. Isto porque a maioria federal encontra obstáculos nas várias maiorias estaduais e, maiorias representadas no Congresso, também não coincidem com a maioria representada pelo presidente. O Judiciário funcionaria, então, como mais um freio desses poderes majoritários. O problema é quem deve frear ele próprio, ou qual a gama estreita de casos em que ele pode reagir contra a maioria. Constitucionalmente, ser contramajoritário deve ser exceção. Mas observe-se que o único remédio disponível contra decisões constitucionais aberrantes ou abusivas é emendar a Constituição, processo extremamente mais difícil.⁶

Assim, o sistema constitucional brasileiro, extremamente aberto à interpretações diversas e flexíveis é um problema sob uma visão restrita da função do juiz. O caráter analítico e principiológico da Constituição de 1988 tem na jurisdição constitucional uma viragem hermenêutica da posição legalista e preestabelecida à interpretação pautada em princípios, na qual decisão judicial deve ser racionalmente construída e os magistrados gozam de um campo de atuação elástico, diante da plurissignificância das normas constitucionais.⁷

No país, o foco na jurisdição constitucional acabou se confundindo com uma autorização a adoção de posturas tidas como discricionárias por parte dos juízes na defesa das minorias, quais sejam técnicas de ponderação principiológica e aplicação de valores de outros subsistemas sociais a fim de embasar as decisões judiciais. Argumentos humanitários e políticos – estes últimos, podem estar mais ou menos explícitos a depender do caso – passaram a fundamentar argumentos jurídicos. Molduras normativas ou referenciais interpretativos abertos acabam por dar margem à insegurança dos parâmetros da corte para alcançar as respostas adequadas. Na realidade, a coexistência entre princípios e regras deve ser complementar, favorecendo a busca por processos de argumentação jurídica e

⁶ ROSENFELD. Op. Cit., p. 200.

⁷ CARVALHO FILHO. Op. Cit., p. 31.

aplicação do direito que não se revelem soltos ou “amarrados” demais.⁸

A Constituição de 1988 e o chamado “neoconstitucionalismo” vieram fincar essa metodologia mais flexível de aplicação das normas jurídicas, com a utilização direta dos comandamentos constitucionais e da normatização de princípios. O juiz assume então o lugar de importante interveniente do processo de construção do Direito, posto que a ele é conferido o poder criativo da atividade hermenêutica, balizada e legitimada pelo texto normativo.

Junto a isso, o histórico desprestígio do processo majoritário do país, ocasionou a idealização da figura dos juízes como salvadores dos conflitos sociais e das injustiças, direcionando-os a interpretações criativas, em dissonância, muitas vezes, com a letra da lei.

Deste modo, os juízes começaram a exercer um papel predatório do espaço político, na medida em que tomaram pra si responsabilidades também políticas⁹, desrespeitando, algumas vezes, os limites materiais estabelecidos pela Constituição positiva à sua atuação. Forjou-se, portanto, um ambiente em que a atuação ativista dos tribunais é pressuposta, uma solução indispensável para o cumprimento do texto constitucional, pois os representantes populares dos demais poderes não seriam capazes de fazê-lo. Contudo, especialmente no que tange a concretização e implementação de direitos sociais, que preponderantemente exigem atuação material por parte do poder público, as decisões do Judiciário merecem análise cautelosa.

De fato, a questão não é se o tribunal proferiu interpretação certa ou errada da Constituição, mas se atuou de forma invasiva ao agir como intérprete oficial daquela.¹⁰ Pois, se é verdade que a atuação judicial não pode ser passivista a ponto de permanecer sem reação diante de manifestas afrontas ao texto constitucional pelos legisladores, não é igualmente verdade que o Judiciário deve

⁸ DIAS JÚNIOR, Etéocles Brito Mendonça. Soberania Parlamentar, Judicial Review e Diálogos Institucionais: do isolamento decisionista à atividade colaborativa entre os poderes na aplicação constitucional. Dissertação de Mestrado. PUC-Rio. Rio de Janeiro, abril de 2012. p. 71. Disponível em: http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/20968/20968_5.PDF Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

⁹ TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Pág.: 13

¹⁰ ROSENFELD. Op. Cit., p. 183.

intervir demasiadamente em problemas políticos próprios do legislador.¹¹

Observe-se que essa tendência brasileira é uma hipérbole do *judicial review* nascido em solo norte-americano, no século XIX, e difere do positivismo formalista preponderante ao longo do século XX, no continente Europeu. Esse último afastava qualquer viabilidade de controle judicial dos atos do Poder Legislativo, uma vez que todo o Direito estaria compreendido no sistema composto pelas normas ditadas por aquele e o papel do intérprete judicial se resumiria a efetivá-la¹².

Foi no final do século XX que a Europa passou a dar nova roupagem a jurisdição constitucional, imunizando os direitos fundamentais contra a ação danosa do processo político majoritário e aproximando a interpretação jurídica da argumentação moral, na tentativa de promover uma ordem justa e democrática. Ocorre que, sobre o corolário da expansão e do fortalecimento do Judiciário, deu-se o crescente processo de judicialização da política, na disseminação dos métodos judiciais para as arenas políticas.

De toda sorte, a desconfiança e o questionamento da legitimidade dos poderes democraticamente constituídos acarretaram o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário, o que também enseja perigos. Um Estado de Direito não pode se pautar pela preponderância de uma função sobre as demais, de modo que é almejado um equilíbrio institucional cujo objetivo seja sempre a salvaguarda dos direitos fundamentais.

Outrossim, em sociedades complexas e em condições de pluralismo, o potencial de capacidade deliberativa está mais relacionado a procedimentos democráticos de decisão coletiva, compatíveis entre as instituições componentes dos poderes constituídos, a partir de uma visão de previsibilidade e equidade¹³.

1.3. A teoria dos diálogos como terceira via

A teoria dos diálogos institucionais representa uma reação ao ativismo

¹¹ CARVALHO FILHO. Op. Cit., p. 29.

¹² ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. Pág: 07. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791312 Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

¹³ ARAÚJO. Op. Cit., p: 14.

judicial desmedido, trazendo à tona que ao Legislativo sempre é possível responder ativamente a uma decisão judicial. Se ele não a impugna, portanto, é mais uma escolha política que faz. De toda forma, o discurso em torno dos direitos fundamentais não se restringe a uma linguagem binária: atuação legislativa *versus* atividade judiciária em proteção das minorias frente à tirania majoritária. A dinâmica politico-constitucional se releva muito mais complexa, com uma terceira via de prevalência de interações institucionais, que permitem procedimentos de cooperação, com a partilha das responsabilidades na construção da semântica constitucional adequada. Neste caminho convergem a soberania do parlamento com o mecanismo de revisão judicial das leis.

Essa teoria alerta que a visão convencional de atribuir ao Poder Judiciário a última palavra sobre o que é a Constituição não é saudável, pois a hermenêutica constitucional se processa através de uma sinergia entre os órgãos dos diferentes Poderes. O modelo clássico de jurisdição constitucional contribui para obscurecer a amplitude do debate democrático em cenários plurais e de desacordo social. Waldron ampara uma oposição à revisão das leis por juízes, justificando-a em algumas bases que, se existentes, deveriam afastar o controle de constitucionalidade:

Deixe-me expor resumidamente as quatro pressuposições que farei. Devemos imaginar uma sociedade que possua: (1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a idéia de direitos individuais e de minorias e (4) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos.¹⁴

Promove-se a diversidade de interpretações constitucionais, visando um redimensionamento do papel do Poder Judiciário. Objetiva-se propostas cooperativas, nas quais todas as entidades envolvidas compartilhem de

¹⁴ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 106.

fundamentos conceituais e empíricos buscando operacionalizar o sistema constitucional. De nada adianta uma ordem judicial de internação de um doente, se encaminhá-lo ao hospital em cuja Secretaria de Saúde não tenha condições para recebê-lo. Também merecem uma análise crítica os entendimentos jurídicos proferidos diametralmente opostos ao texto constitucional, como a relativização ao princípio da presunção de inocência, em que o Supremo permitiu, em 17/02/2016, no bojo do HC 126.292, a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.

Aliás, no Brasil, nos últimos anos, a Suprema Corte tem protagonizado episódios polêmicos envolvendo temas de vultuoso interesse público. A grande quantidade de demandas judiciais transparece a intensa judicialização das questões da vida em sociedade. Além disso, comumente o Supremo foi palco de discussões características do Congresso Nacional, local onde deveriam tramitar assuntos como constitucionalidade das uniões homoafetivas ou de aborto de fetos anencefálicos, mas que jamais foram verdadeiramente debatidas nas Casas parlamentares. As capacidades institucionais muitas vezes são preteridas, isto é, não se prioriza qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria.

Nesse diapasão, faz-se necessário que tribunais e parlamentares estejam cada vez mais comprometidos com suas determinações. Exige-se uma *accountability* hermenêutica, isto é, também os juízes têm responsabilidade política em seus julgados. Nas palavras de Lênio Streck, o Direito compõe-se de uma estrutura discursiva, composta de doutrina e jurisprudências, a partir da qual é possível sempre fazer uma reconstrução da história institucional e de onde dever-se-ia ter uma previsibilidade do resultado do litígio.

Não há mais espaço para a figura do juiz concretizador de políticas públicas irresponsável com orçamentos, prazos e ignorando a reserva do possível. Diminuir ao máximo a discricionariedade das decisões é dever dos magistrados, consoante infere-se do artigo 93, IX, da Constituição Federal. A interpretação não é meramente um ato de vontade, não há (ou não deveria haver) espaço para

narcisismo judicial em uma era de transparência das decisões¹⁵. O egocentrismo judicial gerou uma fragmentação na qual quase tudo é levado a este poder, que cada vez menos consegue refletir coerentemente sobre as demandas, mas o faz buscando efetividades quantitativas – súmulas vinculantes, repercussão geral, recursos repetitivos, etc.

De todo modo, não obstante as imperfeições práticas do sistema, exige-se hoje a fundamentação da fundamentação, tanto para que haja compreensão da interpretação dada à questão, quanto para que haja controle pelas instituições competentes do uso do poder naquele caso. Afinal, a legitimidade das decisões judiciais deve operar a partir da construção de um processo deliberativo para a viabilidade do diálogo entre instituições.

Põe-se sob problematização o comportamento isolacionista das instituições brasileiras, objetivando maior coesão e estabilidade. O monólogo judicial não é mais compatível com a rede de reciprocidade que deve envolver os atores constituintes, uma vez que todos são responsáveis pela guarda dos direitos fundamentais. Nesse caminho, preleciona Luis Cláudio Martins de Araújo:

Logo, ao se romper com a concepção tradicional que enxerga a tripartição dos poderes como suficiente para a organização institucional, passa-se a um novo modelo de pensamento decisório na esfera pública, e, neste sentido, pode-se entender que a partir desta visão, pautada nos meios juridicamente legítimos de coadjuvação das instituições, orientados a partir do diálogo institucional que coloque em xeque a supremacia de algum dos Poderes, em particular do Poder Judiciário, com base em mecanismos de cooperação institucional em um diálogo dinâmico e deliberativo, a ideia de que a interpretação constitucional passa a ser legitimamente exercida tendo em conta o reconhecimento de uma nova e justa parceria entre os Poderes Constituídos.¹⁶

O comprometimento de nenhum dos poderes acaba com a sentença transitada em julgado, com a sanção e publicação da lei ou com o cumprimento de uma meta do programa de governo. Uma melhor estruturação das relações institucionais deve fundamentar a ação pública para que esta não careça de real legitimidade e efetividade. Isso não é tão estranho se ampliada a lupa às atuações

¹⁵ STRECK. Lenio Luiz. Quanto vale o narcisismo judicial? Um centavo? Consultor Jurídico. Senso Incomum. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-17/senso-incomum-quanto-vale-narcisismo-judicial-centavo?pagina=3>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2016.

¹⁶ ARAÚJO. Op. Cit., p. 19.

de hoje. Para que uma decisão judicial se concretize desde já é necessário um reconhecimento geral de sua autoridade. Do mesmo modo ocorre para que uma lei tenha eficácia e força normativa. Um consenso, mesmo que precário, se faz necessário em ambos os casos. Portanto, vê-se que a legitimidade das decisões depende do grau de consenso entre as partes envolvidas, o que pode vir a viabilizar um real projeto democrático de cooperativismo.

Entretanto, em se deparando com os liames e especificidades da sociedade brasileira, fica nítido que ainda há muito que se caminhar em termos de cooperação institucional. A intenção da Teoria dos diálogos é reduzir o enfraquecimento dos Poderes e o desprestígio de que são alvo, alcançando a estabilidade institucional e a segurança jurídica por intermédio do assentamento de uma relação dialética e interdependente entre os órgãos diretivos da máquina estatal.

Para tanto, busca-se implementar o que cada um dos principais sistemas tem de mais valioso. Quanto ao *judicial review*, a proteção judicial dos direitos fundamentais. Quanto à soberania parlamentar, o direito do Poder Legislativo ter, sob certas condições, a última palavra, zelando por sua característica representativa.

A Carta de Direitos Canadenses de 1982 trouxe o que se chamou de “*weak-form review*”, listou os direitos fundamentais e submetendo-os a quantas limitações forem justificadas em uma sociedade democrática¹⁷. De fato, a abertura ao exercício do diálogo enseja um modelo de controle de constitucionalidade mais brando, no qual os tribunais não possam fulminar a validade da legislação, mas tenham considerável margem de liberdade de trabalho, suficiente para que imponham, em prol dos direitos fundamentais consagrados, ditames interpretativos aos operadores da lei.¹⁸

O enfraquecimento da jurisdição constitucional, nesse âmbito, evita atuações jurisdicionais hipertrofiadas, com vistas a combater a ditadura da toga. Assim lecionam Alon Harel e Adam Shinar:

¹⁷ TUSHNET. Mark. Weak courts, Strong rights: Judicial review and social welfare rights in Comparative Constitutional Law. Disponível em: https://books.google.com.br/books/p/princeton?id=OJ04DlfeTjUC&printsec=frontcover&hl=ptBR&source=gbs_ViewAPI&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 24 de fevereiro de 2016.

¹⁸ JÚNIOR. Op. Cit., p. 81.

*Constrained judicial review differs both from legislative supremacy and from judicial supremacy. On the one hand, theories of constrained judicial review reject legislative supremacy, as these theories affirm that courts have a privileged status in interpreting the Constitution. However, these theories also reject judicial supremacy, as they maintain that judicial constitutional privileges should be constrained and greater constitutional responsibilities ought to be given to non- adjudicative institutions, e.g., the legislature or even the executive. (...)*¹⁹

A questão em torno dessa proposta se faz pela reivindicação do Judiciário de competências em seu favor em busca da efetividade dos direitos fundamentais. Muitas vezes, esta sede por ampliar sua área de atuação se justifica sob a omissão das demais esferas, outras por interesses políticos estratégicos do Poder.

Ocorre que, em um mundo em processo de integração, a reordenação das estruturas de poder acontece a todo momento, as relações interregionais se destacam no papel de universalização dos direitos humanos. As tendências globais de desregulação, de quase onipresença da economia de mercado, de necessidade de proteção inadiável aos direitos humanos e expansão do regime democrático refletem o reconhecimento da liberdade individual e de confiança do Estado de Direito como promotores da autodeterminação dos povos e bem estar social. Mas surge, então, o questionamento sobre como atingir uma ordem constitucional estável e atenta às peculiaridades dos atores componentes das relações em potencial. Governos municipais são, a depender do caso, órgãos cheios de importância, mas com estrutura de poder inversamente proporcional para fazerem-se ouvir. Do mesmo modo, conselhos comunitários ou corporações profissionais marginalizadas sofrem da fragilidade de posicionamento em uma relação comercial em que tenham que apresentar seus pontos de vista. O discurso de autoridade de determinados órgãos sobrepõe a visão realista daqueles que estariam mais perto das celeumas para

¹⁹ Tradução livre: “A revisão judicial comedida difere da supremacia legislativa e da supremacia judicial. Por um lado, teorias da moderação de revisão judicial rejeitam a supremacia legislativa pois elas afirmam que as cortes tem o status privilegiado de interpretar a Constituição. Todavia, essas teorias também rejeitam a supremacia judicial, pois elas sustentam que os privilégios da jurisdição constitucional devem ser moderados e maiores responsabilidades constitucionais devem ser entregues às instituições não adjudicantes, por exemplo, ao Legislativo ou mesmo ao Executivo”. HAREL, Alon; SHINAR, Adam. Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review. 2011, p. 2. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1760963>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2016.

atuar.²⁰

Nesse sentido, vislumbra-se o perigo de abuso da teoria dos diálogos como instrumento para a manipulação daqueles que, desde já, podem mais. A abertura ao diálogo não pode transformar-se em uma ferramenta de conveniência, mas deve sim ser instrumentalizada substancialmente. Falar em diálogo institucional é falar em valores comuns no âmbito da administração pública *lato sensu*.

Na prática, as vertentes teóricas de aconselhamento judicial e de construção coordenada de decisões são as mais destacadas. Na primeira, o Judiciário constrói decisões de cunho proativo, em que são proferidas recomendações de curso de ação aos outros poderes, estimulando a ação corretiva de falhas constitucionais detectadas. Na segunda, há um realinhamento da concepção de divisão tripartite das funções estatais, onde a corte pode ser provocada para apresentação de motivos de discordância ou mesmo para a reedição do ato censurado.²¹

A carta canadense traz o mecanismo do *overriding*, prevendo um primeiro momento de validade da lei de cinco anos, após os quais, ao Legislativo é dada a chance de fazer aquela prevalecer ou reeditá-la, uma espécie de réplica, se julgar conveniente e se aquela tiver sido objeto de reprovação pela corte constitucional no quinquênio. O Legislativo tem o poder de convalidar o conteúdo impugnado e tornar superada a decisão judicial que proclamou a inconstitucionalidade da norma. Nesse caso, o *judicial review* é limitado pela cláusula do “não obstante”, a qual prevê imunidade a certas matérias em relação ao controle de constitucionalidade. Apesar de soar estranho aos ouvidos de brasileiros acostumados com a ingerência do Judiciário em quaisquer matérias legislativas, há o impedimento temporário da atuação judicial em face de determinadas leis por parte do mesmo poder que as criou.

²⁰ “Não por acaso, alguns países que vêm realizando experiências dialógicas estão inseridos na realidade cooperativa consolidada da União Européia, onde existe uma necessária convivência entre constituições nacionais e direito comunitário de ordem supraconstitucional. O constitucionalismo cooperativo favorece os diálogos institucionais justamente por privilegiar uma lógica de necessária colaboração entre os países e, conseqüentemente, também de suas instituições dentro das respectivas realidades internas. Não faz sentido prezar tanto pelo equilíbrio sem garantir um mínimo de paridade e ausência de subjugação entre os órgãos estatais”. JÚNIOR. Op. Cit., p. 79.

²¹ JÚNIOR. Op. Cit., p. 84.

Israel conta com instituto semelhante que confere ao parlamento, através de adesão de sua maioria absoluta, o poder de aprovar norma contrária ao conteúdo da sua declaração de direitos – *Basic Law* – se deparado com decisão controversa da suprema corte do país sobre a liberdade de profissão. A abrangência do *override* israelense ainda é bem limitada, portanto, mas é válida enquanto sistema que cria incentivos para que os legisladores se envolvam com a discussão constitucional sobre direitos.

Detentor de uma tradicional e forte tradição parlamentar, também o Reino Unido adotou reformas constitucionais de relevo, não obstante a ausência de constituição escrita. Sua Lei de Direitos Humanos, a qual deve ser interpretada conforme a Convenção Europeia de Direitos Humanos é o objeto de principal de controle. Caso alguma legislação seja incompatível com os termos da Convenção, ela continua vigorando no direito interno, devendo ser emitida pela Suprema Corte Inglesa uma declaração de incompatibilidade. Abre-se, nesse caso, ao poder Executivo, a oportunidade de uma ordem de reparação, isto é, um comando de iniciativa a um procedimento legislativo destinado à solução do impasse legal.

No Brasil, o professor Sérgio Victor identifica diálogos institucionais quando o Congresso Nacional reedita uma norma declarada inconstitucional pelo Judiciário, ou quando este último aponta ao legislador omissões inconstitucionais, reconhecendo a mora e a necessidade de normatização²². Um caso de sucesso foi o Mandado de Injunção 943, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu que a simples declaração de mora não seria eficaz à situação em concreto e manteria vazia a força normativa da Constituição no que tange ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Então, a Corte esboçou uma decisão concretista, mas bem optou por adiar a apreciação, a fim de dar tempo de ação ao Legislativo. Alertado, o Congresso Nacional editou a Lei 12.506/2011, regulamentando a matéria antes da continuação do julgamento e orientando, assim, a ação do Supremo com base legítima²³. Desta forma, fica nítido o incremento do coeficiente democrático da decisão do Supremo nesse caso, porque passou a ser guiado pela lei editada sobre o assunto no decorrer do processo.

²² VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: O debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, p. 176.

²³ FILHO. Op. Cit., 35.

No próximo capítulo, mais casos servirão de base ilustrativa para uma análise dos diálogos institucionais no cenário brasileiro.

CAPÍTULO 2: O ABUSO NO DIÁLOGO ENTRE PODERES

2.1. O contexto envolvendo o MS 32.033

Um caso polêmico que bem ilustra a tensão entre os limites positivos e negativos da jurisdição constitucional é o Mandado de Segurança 32.033/DF, cujo impetrante foi o então Senador Rodrigo Sobral Rollemberg, o qual se insurgiu contra a aprovação, na Câmara dos Deputados, em regime de urgência, do projeto de lei, o qual propositalmente prejudicaria a criação de partidos determináveis, ferindo o pluripartidarismo, a livre criação de partidos políticos, a isonomia entre os partidos e a igualdade de oportunidades. A ação foi preventiva, tendo o parlamentar pedido liminarmente a suspensão da tramitação do PL nº 4.470/2012, o qual estabelecia que a migração partidária que ocorresse durante a legislatura não importaria a transferência dos recursos do fundo partidário e do horário de propaganda eleitoral no rádio e na televisão.

O impetrante argumentou que o referido PL era uma manobra arbitrária, casuística e inconstitucional da maioria parlamentar para obstaculizar a criação de novas agremiações partidárias antes das eleições gerais de 2014. Seria, nesse condão, nítido o objetivo de prejudicar a formação de novo partidos de oposição em fase avançada de criação, a saber: o partido “Rede” e o partido “Solidariedade”, bem como a fusão de agremiações partidárias de oposição - PPS e PMN.

O medo que o sistema partidário fragmentado brasileiro ameace a governabilidade e a estabilidade do regime democrático sempre foi uma das características pulsantes do presidencialismo de coalizão²⁴. Afinal, o sistema eleitoral sofre influências da multiplicidade de atores políticos exigidos para garantir a representatividade dos variados setores da heterogênea população brasileira. A combinação do sistema presidencialista com a representação proporcional que rege o Legislativo dá margem às dificuldades de construção e manutenção de maiorias estáveis no Parlamento e à ocorrência de barganhas sucessivas envolvendo membros destes Poderes, pondo em risco o regime democrático.

²⁴ ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. Revista de Ciências Sociais, vol. 31, n. 1. Rio de Janeiro: 1998, p. 5.

O artigo 60, § 4º, da Constituição Federal não admite deliberação de Emenda Constitucional que tenda a ferir cláusula pétreia. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no MS 32.033/DF, traz entendimento de que se Emenda Constitucional que vise a enfraquecer cláusula pétreia é inconstitucional já em sua votação, mero projeto de lei o é mais ainda. Observa, pois, que o objetivo teleológico do constituinte originário era sim barrar a tramitação de quaisquer textos legislativos – independentemente de sua natureza - que visassem ferir o os direitos políticos e pluripartidarismo, como no caso em comento. Deste modo, seria possível o controle preventivo de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal quando debate legislativo viole por si cláusula pétreia. A mera deliberação já têm o condão de ameaçar os direitos constitucionalmente resguardados.

No caso, a simples discussão acerca do PL 4.470/12 constrangeria parlamentares no exercício seu direito de criação de novos partidos. Temerosos de perder as importantíssimas armas que são a parcela de recursos do Fundo Partidário e o tempo de rádio e TV, um Deputado ou Senador dificilmente levaria a cabo a decisão de saída do seu partido de origem para a criação de outro. Sem ingenuidades, certamente este desestímulo é, senão determinante, muito persuasivo para limitar esta troca de legenda. Logo, a prematura intervenção do Judiciário em domínio ainda de formação dos atos normativos em curso se justificaria.

A utilização inadequada do processo legislativo como forma de sufocamento da legítima mobilização das minorias parlamentares que intentariam formar novos partidos políticos, já em estado avançado e com notoriedade nacional, deu permissão ao Judiciário para levar à sua esfera atípica de avaliação a matéria em cena.

2.2. Manipulação legislativa do diálogo institucional

Inegável a excepcionalidade do presente caso quando atestada pela extrema velocidade de tramitação do mencionado projeto de lei, aprovado na Câmara dos Deputados em 23.04.2013, em detrimento da adequada reflexão e ponderação que devem nortear tamanha modificação na organização política nacional; o Relator deferiu o pedido de liminar para suspender a tramitação do PLC 14/2013 em 24.04.2013, até o julgamento de mérito.

Por mais que se acuse o Supremo aqui de ingerência no processo legislativo, também o legislador não deveria, em tese, editar leis cujo objetivo imediato seja conferir a texto constitucional interpretação diferente da atribuída ao mesmo texto pelo STF, senão a título de oxigenação de sistema por mudanças na realidade fática da sociedade.

Acerca do tema, o professor Walber de Moura Agra frisa que em um cenário de pluripartidarismo, o mandato pertence ao político e não ao partido, podendo o cidadão mudar de partido e levar consigo o seu mandato, mesmo que antes da eleição tenha assinado um contrato em sentido oposto, porque as normas contratuais de direito privado não podem ser invocadas para revogar mandamentos constitucionais.²⁵

No caso, cerca de um mês após a decisão do STF em ADI 4.430, conferindo interpretação conforme no sentido de que o tempo de televisão e rádio e a cota de recursos do Fundo Partidário acompanhariam o parlamentar que migrasse à nova legenda, PL em sentido diametralmente oposto foi elaborado com fim de desencorajar certos parlamentares a fazê-lo. Um verdadeiro jogo de autoridade foi travado pelo Legislativo a fim de desautorizar decisão da Corte Constitucional brasileira. Novamente levado a plenário do STF, o caso explicitou clara tensão entre os dois poderes.

O Legislativo utilizou-se da decisão do Supremo na ADI 4.430 quando os candidatos do governo trocaram de legendas, podendo de acordo com aquela transferir sua cota do Fundo Partidário, bem como seu tempo de rádio e TV. Mas, quando o governo notou que poderia se prejudicar se também seus opositores se utilizassem da prerrogativa legal, rapidamente deu encaminhamento a projeto de lei em sentido contrário. Em termos práticos, por causa desta jurisprudência, o então recém-criado Partido Social Democrático (PSD) e Partido Ecológico Nacional (PEN) puderam disputar as eleições de 2012 com recursos financeiros e de comunicação compatíveis com sua representatividade.

Contudo, o mesmo Poder da República teve a iniciativa de elaboração de PL impugnando aquela mesma decisão da ADI 4.430 quando, agora, os partidos de

²⁵ AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

oposição seriam criados. O sistema legitimamente vigente, portanto, deu margem a um casuísmo abusivo que pode tolir o direito da oposição.

Outro ponto iluminado pelo Relator é que, com a aprovação do Projeto de Lei, criar-se-ia uma flagrante discriminação entre parlamentares eleitos na mesma legislatura, já que aqueles que estavam se mobilizando no sentido da criação, fusão ou incorporação de partidos para as eleições de 2014, não estariam encobertos pela ADI 4.430, como os outros estavam até então.

Em uma concepção majoritária de democracia, as regras que regem o processo democrático-eleitoral devem ser previsíveis e justas, de modo a viabilizar que a minoria de hoje possa eventualmente vir a se transformar em maioria no dia seguinte²⁶

O Ministro Relator, neste diapasão, propôs que a constitucionalidade do Projeto de Lei estava condicionada a aplicar-se somente após o pleito eleitoral de 2014. Acompanharam-no os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello. Não obstante a liminar monocrática, o resultado de mérito foi contrário, sendo o Mandado de Segurança indeferido no sentido de que a ação positiva do Judiciário subtrairia dos outros poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos de suas iniciativas.

Em conclusão, nos termos do caso, infere-se para o presente trabalho que o abuso de poder legislativo se verificou a partir dos seguintes aspectos: (1) tramitação de projeto de lei casuisticamente forjado para prejudicar destinatários certos e definidos na legislatura; (2) ofensa a cláusula pétrea, em virtude do esvaziamento do direito fundamental à livre criação de novos partidos e do pluralismo político, da igualdade de chances e no direito das minorias, nos termos definidos pelo STF na decisão proferida na ADI 4430; (3) esmagamento e sufocamento de novos movimentos políticos; (4) quebra do princípio da igualdade entre partidos, ainda que permitida certa gradação de tratamento diferenciado; (5) discriminação indevida pela criação de parlamentares de primeira e de segunda categorias.

²⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 32033/DF. Impetrante: Rodrigo Rollemberg. Impetrado: Presidentes da Câmara dos Deputados e Senado Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes, Relator para acórdão: Min. Teori Zavaski. Acórdão: 20/06/2013, publicação: 18/02/2014.

Assim, resta claro que se deve exigir do poder judiciário uma postura de autocontenção nos assuntos que pareçam fugir de suas competências constitucionais, porém, é muito mais fácil a implementação dessa vigilância na teoria. Na prática, o país tem demonstrações suficientes de que ainda não conta com um Legislativo maduro e comprometido com a razão pública, de modo que, muitas vezes, a contenção do Judiciário em sua seara de incumbências significa contribuir para o dano a minorias manipuláveis pela deliberação parlamentar.

No cotidiano, as pautas das casas legislativas (e mesmo dos tribunais) são organizadas de maneira estratégicas, adiando discussões difíceis e evitando, assim, um envolvimento que possa ser prejudicial perante os partidos e eleitores. Afinal, tomar um lado em determinados assuntos é verdadeiramente delicado.

A recuperação da dignidade do Congresso Nacional é uma questão urgente no país e pressuposto para que se possa sair do papel com a teoria dos diálogos, a fim de que os debates entre os três poderes possam ser travados sobre bases de mútua consideração e respeito. Reconstruir o decoro da regra da maioria e do papel da legislação elevaria a participação política à posição de “direito dos direitos”²⁷.

Cumprе salientar a função legítima que a regra da maioria detém na tomada de decisões. Essa regra, aplicada ao Parlamento, é muitas vezes repelida pelos ferrenhos defensores dos grupos marginalizados da sociedade, mas ela é um mecanismo justo de organização procedimental enquanto nas decisões colegiadas de um tribunal.

2.3. Outras vicissitudes da relação entre Legislativo e Judiciário

Já no julgamento do artigo 5º e seus parágrafos, da Lei de Biossegurança, o Supremo perdeu a oportunidade de adotar a postura mais comedida, em respeito à atividade do legislador, agora sim em uma situação que aparentemente poderia aguardar o debate parlamentar. A corte rechaçou, sem maiores reflexões, a discussão trazida por alguns *amicus curiae*, em uma audiência pública, julgando a constitucionalidade dos enunciados que permitiam, para a

²⁷ VICTOR. Op. Cit., p. 125.

pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização em vitro.

Buscou-se, com a oitiva de entidades de representatividade social, dar legitimidade à decisão proferida na ADI 3510. Contudo, a ação envolvia uma questão moral muito maior que jurídica, qual seja: se a vida humana se inicia com a fecundação, com a formação de um zigoto, ou tão somente com a nidificação desse no útero materno. Logo, a tarefa do Supremo era de dizer qual ditame constitucional se aplicaria à norma atacada, a partir de quando a vida humana seria tutelada pela Constituição e se o princípio da dignidade humana seria aplicado a um ser com apenas expectativa de vida. Ou seja, nesse caso, talvez por vaidade, talvez por impaciência, ou mesmo por estratégia política, o Supremo achou por bem decidir entre Ministros não eleitos um assunto fundamentalmente extra-jurídico.

Ainda como ferramenta exemplificativa, interessante pontuar que nos litígios envolvendo a Fazenda Nacional, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça decidiu pelos interesses dos contribuintes em 82% dos casos, o Supremo, por sua vez, apoiou os pleitos do governo em 62% deles, preterindo os interesses dos cidadãos.²⁸ Por conseguinte, infere-se que nem sempre a Jurisdição Constitucional persegue os objetivos que a justificam, nem sempre é sinônimo de concatenação com os anseios sociais e de categorias hipossuficientes.

Outro exemplo que merece ser lembrado é o da ADI 2860, quando Supremo declarou inconstitucional o entendimento anteriormente sumulado no enunciado 394, que estendia o foro por prerrogativa de função para o julgamento de processos criminais contra ex-detentores de cargos públicos no que se refere aos atos praticados no exercício da função. Contudo, foi aprovada a Lei 10.628, em 2002, que novamente beneficiava os ex-funcionários com a prerrogativa de foro. Essa nova lei foi impugnada na ADI 2797, que resultou com a sua declaração de inconstitucionalidade.²⁹

Nesse julgamento, registrou-se que uma lei (falava-se da Lei 10.628) não poderia dirigir-se a superar uma interpretação constitucional da corte, sob pena de inconstitucionalidade formal. Segundo a maioria dos Ministros julgadores da ADI

²⁸ JÚNIOR. Op.Cit., p. 74.

²⁹ VICTOR. Op. Cit., p. 169.

2797, não era dada a lei a faculdade de rever uma interpretação constitucional proferida pelo Supremo, pois iria ferir a força normativa de sua decisão e afrontar a autoridade da casa enquanto guardiã primeira da Carta Magna.

Vencido, o Ministro Gilmar Mendes à época já se deu conta da tirania que a decisão pressupunha, alegando ser função precípua do Legislativo editar leis e, por conseguinte, também interpretar a Constituição.

Foi uma decisão corporativa, que representou uma reação do Judiciário a revisão legislativa, como se em uma disputa pela última palavra, a corte tivesse se sentido afrontada por ter tido um posicionamento seu passado para trás. Contudo, importante ficar alerta ao perigo dessa atitude do STF, pois, ao mesmo tempo que a ele compete a guarda da Constituição, ao Congresso compete a sua reforma e a edição de novas leis. De modo algum o Judiciário está autorizado a, para cumprir sua competência, anular a autoridade legislativa em sua alçada legiferante.

Por último, vale trazer para análise as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.999/DF e 4.086/DF, as quais trataram da fidelidade partidária. Em seus julgamentos, o Supremo rompeu com a tradição jurídica do país, ao ampliar, por conta própria, as formas de perda do mandato eletivo, enumerando os requisitos para tanto.

De modo ainda mais ultrajante, na Reclamação 4.335-5/AC, a corte achou por bem utilizar-se do mecanismo de mutação constitucional no controle difuso de constitucionalidade para declarar o desuso do artigo 52, inciso X, da Constituição, cujo conteúdo preconiza a incumbência exclusiva do Senado Federal de, por Resolução, suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF. Em outras palavras, o STF resolveu abandonar o dispositivo que submetia ao Senado a apreciação sobre a extensão *erga omnes* de suas próprias decisões, desprezando a possibilidade de diálogos construtivos entre os poderes.

Nessa Reclamação, a Defensoria Pública da União questionou a decisão da Vara de Execuções Penais de Rio Branco, que negou o direito à progressão de regime a condenados por crimes hediondos. A Defensoria argumenta que o STF reconheceu essa possibilidade no julgamento do Habeas Corpus 82.959, em 2006. Do outro lado, o juiz da Vara de Execuções do Acre alegou que a decisão no

proferida em sede de Habeas Corpus não tinha recebido efeito *erga omnes*, uma vez que o Senado Federal não havia suspenso a execução do dispositivo da Lei 8.072/1990, consoante exige o artigo 52, inciso X, da Constituição.

Os Ministros Teori Zavaski, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Celso de Mello, Gilmar Mendes e Eros Grau salientaram que, muito embora a Constituição tenha tal previsão, as decisões da Corte têm se revestido de eficácia expansiva, mesmo quando tomadas em controvérsias incidentais. Para eles, o ato de remeter ao Senado a suspensão da execução de dispositivo legal declarada inconstitucional tem efeito de publicidade, pois suas decisões têm eficácia normativa, mesmo em controle difuso³⁰.

De toda sorte, o que se conclui dos casos elencados acima é que não se pode idealizar os intérpretes da Constituição como seres isentos de posicionamentos políticos. Em cada caso, deve se atentar para a capacidade institucional dos atores, ponderando-se as vantagens da deliberação judicial sobre a legislativa ou o contrário. Também é um tema a ser observado a amplitude da decisão tomada e seus possíveis efeitos no sistema jurídico-político como um todo, bem como sobre os atores privados e públicos.³¹ Leciona em sua tese de doutorado Sérgio Victor:

Quando o juiz profere uma decisão mais ampla do que o caso sob julgamento requer, ele também amplia o horizonte de teorização de sua decisão judicial. Isso pode acarretar várias dificuldades. Por um lado, uma decisão desse tipo pode gerar consequências não antecipadas pelo seu autor e prejudiciais com relação a atores não envolvidos diretamente no caso, de modo que ao ampliar desnecessariamente o escopo da decisão pode-se, em verdade, torná-la menos apta a atrair consensos.

Esse tipo de prática judicial tende a demonstrar que há juízes mais empenhados em teorizar em suas decisões, comprovando erudição e capacidade intelectual, do que em resolver os casos que lhes são trazidos a exame. No Brasil, nos casos em que as decisões possuem efeitos *erga omnes*, a amplitude desnecessária da teorização pode mostrar-se ainda mais nefasta.³²

O professor sugere o minimalismo judicial especialmente diante de questões complexas do ponto de vista moral, científico, religioso, onde o Supremo

³⁰ FONSECA, Edson Pires da. STF conclui julgamento sobre Reclamação 4335-5/AC – mutação constitucional? Disponível em: <http://www.jurisprudencia.com/noticias/stf-conclui-julgamento-sobre-reclamacao-4335-5ac-mutacao-constitucional/2348/>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

³¹ VICTOR. Op. Cit., p. 117.

³² VICTOR. Op. Cit., p. 117.

deveria apegar-se ao máximo a função de solucionar o caso, evitando teorizar além, sobre as quais não possui expertise, nem é a casa mais representativa de interesses.

Capítulo 3: O DIÁLOGO DE INTERESSES

3.1. A teoria dos diálogos como instrumento retórico

A Constituição não tem que necessariamente significar o que o Supremo diz que ela é. A Supremacia do Judiciário não é saudável em Estado Democrático de Direito e deve ser questionada pelos atores representativos também responsáveis por regulamentar aquela, os constituintes derivados. Contudo, em casos excepcionais como o do MS 32.033/DF, o superego do Judiciário, já amplamente diagnosticado e criticado na academia brasileira na última década, deve ser problematizado e não simplesmente rechaçado, imputando-lhe o dever de contenção.

É fato que o Judiciário deve se pautar pela busca do comedimento e pela atuação judicial moderada. Todavia, a teoria da autocontenção não pode sufocar o Judiciário a ponto que este Poder tema cumprir seu papel³³ de sopesar o equilíbrio e harmonia dos ditames constitucionais, omitindo-se em flagrante violação a direitos fundamentais. É preciso que haja responsabilização conjunta e diálogo entre juízes e legisladores para a proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido:

In fact, Legislating with Integrity even lends some support to the claim that courts may also have a role to play in ensuring the integrity of the legislative process. Waldron argues that “[l]egislative integrity is not just a principle for legislators” and that “[t]he integrity of the legislative process can also be a concern for other actors in the legal system. I have in mind particularly the role of judges. Judges have a duty to keep faith with the integrity of the legislative process too.”³⁴

O sistema dialógico como formalmente instituído pelo Canadá, ao mesmo tempo que instrumentaliza a legitimação da jurisdição constitucional, previu a

³³ Integridade aqui entendida como um conjunto coerente de princípios que compõe um ideal político, capaz de levar a uma concepção correto do direito.

³⁴ BAR-SIMAN-TOV, Ittai. The puzzling resistance to judicial review of the legislative process. Boston University Law review, vol. 91, 2911. Columbia Public Law Research Paper n. 11-272. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1843564>. Acesso em 17 de fevereiro de 2016. “Na verdade, legislar com integridade empresta apoio à alegação de que os tribunais também podem ter um papel a desempenhar para garantir a integridade do processo legislativo. Waldron argumenta que “a integridade legislativo não é apenas um princípio para os legisladores” e que “a integridade do processo legislativo também pode ser uma preocupação para outros atores do sistema legal. Tenho em mente particularmente o papel dos juízes. Os juízes têm o dever de manter a fé na integridade do processo legislativo também”. Tradução livre. Integridade, aqui entendida como um conjunto coerente de princípios que compõe um ideal político, capaz de levar a uma concepção correta do Direito.

possibilidade de reapreciação da causa pelo Parlamento, não obstante declaração de inconstitucionalidade. Como elucidou o Professor Paulo Gonet nos seguintes termos:

(...) mesmo que os Tribunais proclamem a inconstitucionalidade da lei, a Casa Legislativa que a promulgou pode-se valer da “cláusula do não obstante” e tornar superada a decisão judicial.³⁵

Há sim casos de atuação positiva conjunta bem sucedidos entre os Poderes. Mas é mais fácil compreender o diálogo cooperativo quando a ação positiva do Judiciário acontece defronte a omissão legislativa, através da técnica de apelo ao legislador, o qual pode ou não atender ao chamado do tribunal que apontou sua mora e indicou a necessidade de normatização de determinado tema³⁶. Entretanto, o caso em tela ilustrou a atuação superpositiva de ambos os poderes e demonstrou que para que se possa falar em cooperativismo entre o Judiciário e o Legislativo é necessário também contar com ações guiadas pelos pressupostos de razoabilidade e boa-fé que ditam a ordem constitucional.

Surgem maiores problemas quando a interpretação da corte é suplantada por legislação ordinária, talvez pela maior facilidade procedimental. Já a superação das decisões de cunho constitucional do STF por emenda constitucional é mais bem aceita, como no caso da Emenda Constitucional 29/2000, que alterou o parágrafo primeiro do artigo 156 da Constituição, autorizando a instituição de alíquota progressiva do Imposto Predial Territorial Urbano, até então vista como inconstitucional pelo STF, conforme julgamento do Recurso Extraordinário 153.771, de 1997. Da mesma maneira aconteceu com a aprovação da EC 39/2002 que instituiu a possibilidade de criação de contribuição para o custeio da iluminação pública, respeitando decisão anterior do Supremo que julgou inconstitucional a aplicação de taxas daquele fato gerador.

Restam pacíficas as vantagens de que a Corte deve abrir-se ao diálogo institucional, respeitando novas leis fruto da liberdade de conformação do

³⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no controle de constitucionalidade: o diálogo institucional canadense e a Constituição brasileira de 1937. *Direito Público*. V. 7, n. 31, Porto Alegre: 2010. Páginas 58-66.

³⁶ FILHO. Op. Cit., p. 34.

legislador³⁷. A correção legislativa da jurisprudência é instrumento democrático importante e representa a possibilidade de uma troca de experiências entre os poderes do Estado, permitindo que interesses derrotados na esfera judicial possam apresentar novos argumentos através de representantes eleitos. Busca-se com isso a uniformidade na capacidade de interpretação do texto constitucional entre os poderes e a uniformidade nos procedimentos decisórios, a fim de evitar contradições.

Todavia, no caso em questão, a nova lei golpearia os direitos políticos, no que tange aos valores de livre criação de novos partidos, pluralismo político, igualdade de chances e proteção da minoria parlamentar. Não havia novos interesses, ou novos argumentos para embasar novo posicionamento, senão interesse casuístico dos grupos que então estavam na posição de governo. Não houve sequer lapso temporal minimamente razoável para que a guinada de entendimento acontecesse legitimamente, tratando-se tão somente de desrespeito à decisão do Supremo Tribunal Federal. O Congresso Nacional vilipendiou sua função de instância de reflexão democrática, a qual é condição para a correção legislativa das decisões judiciais.

Deste modo, a teoria dos diálogos institucionais deve ser pensada com cautela, a fim de produzir resultados legítimos, e não para servir de instrumento causuístico de um poder em desrespeito do outro.

3.2. O ideal a perseguir

Em realidade, ela ambiciona um equilíbrio entre os princípios constitucionais e as políticas públicas, através de decisões da jurisdição constitucional e dos debates parlamentares. Foi pensada como uma forma de reconciliar a revisão judicial com a democracia, por isso deve, em última análise, se ater e lutar pelos ideais que compõem as suas bases.

³⁷ “(...)Judicial review not only leaves room for, but in fact encourages and facilitates, an extra-judicial debate about the Constitution’s meaning. For example, Barry Friedman argues that the “Court acts as a catalyst for debate, fostering a national dialogue about constitutional meaning. Prompting, maintaining, and focusing this debate about constitutional meaning is the primary function of judicial review.” BAR-SIMAN-TOV. Op. Cit., p: 1957. “A revisão judicial não somente deixa a sala, mas encoraja e facilita um debate extra judicial sobre o significado da Constituição. Por exemplo, Barry Friedman afirma que a “Corte age como um catalizador do debate, fomentando o diálogo nacional sobre o significado constitucional. Instigar, manter e focar esse debate sobre o sentido constitucional é a função primeira da jurisdição constitucional.” Tradução livre.

Houve essa comunicação em prol do bem coletivo na questão envolvendo a EC 15.1996, que trouxe critérios mais rigorosos para a criação de municípios, incluindo a aprovação de Lei Complementar Federal que estabelecesse regulamentação geral à matéria. Contudo, como tal Lei não foi elaborada, municípios continuaram a surgir sem a observância do pressuposto constitucional. No julgamento da ADI 2.240, o STF reconheceu as situações já consolidadas, mas declarou a inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro*, estipulando 24 meses para que o Congresso editasse a Lei Complementar.

A despeito da postura inovadora do tribunal, que corria risco de frustrar sua credibilidade se não atendido, a imposição de lapso temporal logrou sucesso parcial e o Congresso aprovou a EC 57/2008, convalidando os municípios já criados até 31.12.2006, mas não editou a referida LC.

Alguns exemplos dessa troca entre instituições podem ser vistos ainda no instituto do *amicus curiae*, onde especialistas são recebidos pelo tribunal para exporem seus conhecimentos acerca do tema, enriquecendo os fundamentos que embasarão a futura decisão. Mas vale ressaltar que cabe a corte fazer o bom uso dessa ferramenta, pois, por terem função meramente opinativa e não vinculante, as organizações consultadas podem ser ignoradas pelos juízes. Nesse diapasão, também as agências reguladoras poderiam ser melhor exploradas em um diálogo entre órgãos, pois, hoje, no país, são as principais responsáveis por pesquisas e detêm um *know how* técnico em suas áreas de atuação.

Em relação à disputa pela última palavra entre o Legislativo e o Judiciário, a forma mais comum e mais ordeira de suplantar eventuais embates é a aprovação de Emenda Constitucional como resposta à decisão judicial. Ela é, na realidade, um monólogo, pois o Congresso muda o próprio parâmetro de controle, base da apreciação superada do tribunal. Isso não é necessariamente um problema, já que o processo de alteração da Constituição é mais dificultoso exatamente para que os legitimados democráticos possam fazê-lo com essa ponderação de opiniões.

De todo modo, sob o risco de o diálogo ser retórico, jurisdição constitucional e democracia caminham em sintonia se houver, nesta relação, os componentes da justificação e da segurança jurídica para apaziguar os ânimos dos

múltiplos interesses conviventes nesta ordem.

Observe-se que atender a variados interesses é também a função da jurisdição constitucional e dos trabalhos parlamentares, contudo, não interesses comezinhos e oportunistas, como os retratados³⁸. Não se postula a aceitação acrítica das posições jurisprudenciais pelos parlamentares, vez que se admite que o debate democrático muito pode enriquecer o leque de soluções para as complexas questões próprias do Estado Democrático de Direito.

To be sure, American dialogue theorists argue that notwithstanding the Court's claim to finality, the Court does not really have the final word on constitutional matters. This argument, in brief, is that controversial constitutional decisions by the Court create a backlash from the public and the political branches, which eventually – through “the gradual attrition of the Justices, and through presidential appointment of successors” – pushes the Court to reverse its earlier decision and to “come into line with popular opinion.” Even the proponents of this claim, however, admit that it takes significant effort over a long time frame to reverse judicial decisions under this scheme. They further concede that in the meantime “majority will still is frustrated.” Moreover, empirical data suggest that even when Congress responds to judicial invalidations of legislation, the Court tends to get the final word on constitutional interpretation, thereby limiting the legislature's role to salvaging its policy objectives within the constitutional confines imposed by the Court.³⁹

A tentativa de uma maioria parlamentar eventual de subverter o sentido de determinado direito fundamental já delineado pelo Judiciário é mais que válida, é desejável. Contudo, como o Ministro Gilmar corretamente já vislumbrou, fere a democracia não a revisão legislativa de decisões do Supremo, esta é instrumento de fortalecimento do debate, aumenta a legitimidade da medida densificadora de direito

³⁸ “The important point, however, is that both the advocates and critics of dialogue theories agree that the dialogue argument is based on the legislature's (or the political process's) ability to respond to judicial invalidations”. BAR-SIMAN-TOV. Op. Cit., p: 1955. “O ponto importante, porém, é que tanto os defensores e críticos das teorias do diálogo concordam que o argumento do diálogo baseia-se na capacidade da legislatura (do processo político) para responder às invalidações judiciais”. Tradução livre.

³⁹ BAR-SIMAN-TOV. Op. Cit., p: 1956. “Para se asseguraram, os teóricos Americanos sustentam que não obstante as cortes persigam a finalidade, ela não tem, de fato, a palavra final nas questões constitucionais. O argumento é, em síntese, que decisões constitucionais controversas criam uma reação entre os poderes público e político, que, eventualmente – pelo “gradual atrito da Justiça e pela sucessão presidencial” - leva a corte a reverter sua decisão anterior e se “alinhar com a opinião popular.” Até os defensores desta afirmação, todavia, admitem que leva um considerável esforço, ao longo de um lapso de tempo, para reverter decisões judiciais sob esse método. Eles ainda admitem que, enquanto isso, “a maioria ainda vai ser frustrada.” Além disso, dados empíricos sugerem que mesmo quando o Congresso responde às invalidações judiciais da legislação, a Corte tende a ficar com a palavra final na interpretação constitucional, limitando o papel do legislador a salvaguarda dos objetivos políticos dentro dos limites constitucionais impostos pela Corte.” Tradução livre.

fundamentais. O que de fato atenta contra a seriedade do sistema de separação de poderes são medidas tomadas sem justificativas pensadas, sem as construções prudentes e ponderadas, necessárias para que um poder ultrapasse entendimento de outro. A solução sagaz apresentada pelo Relator do MS 32.033 de o Projeto de Lei em vias de ser aprovado valer materialmente apenas para a legislatura seguinte resolveria o atingimento pontual de atores políticos que saíram prejudicados, e respeitaria a manifestação última do Poder Legislativo sobre o assunto.

Portanto, impende analisar o ativismo do Supremo como ferramenta casuística, fugindo ao entendimento de ativismo tão somente como modo específico e proativo de interpretar a Constituição, que permite uma participação mais ampla e intensa na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes.

É mais seguro que os intérpretes se exponham na tomada de decisões, isto é, tanto assumindo a responsabilidade destas, como estando abertos à totalidade das diversas opiniões sobre a questão da retidão de uma ou outra interpretação, produzida de forma livre e desinibida por variados membros da sociedade que escutam o que outros têm a dizer a partir de suas diferentes histórias de vida, situações atuais e percepções de interesse e necessidade. O Supremo deve se despir de atitudes autoritárias em relação a seu próprio papel. Um tribunal autoritário pode ser exposto a inúmeras opiniões, mas não será afetada por elas.

Além disso, é recomendável que os juízes adotem discursos modestos e humildes quando deparados com casos complexos. O excesso de teorização nos tribunais pode contribuir para polarizar ainda mais a sociedade. Os princípios gerais de direito, quando amplamente considerados, permitem a reunião de crenças e concepções distintas, mas a densificação daqueles em situações concretas tende a produzir divisões sociais.

Diz-se que a jurisdição constitucional no país sofre um processo de democratização, com os adventos do *amicus curiae*, das audiências públicas, com o alargamento do rol de legitimados nas ações de controle abstrato e mesmo com o aumento do número de ações no Supremo. Essa abertura, que deveria ser uma oxigenação das decisões dos magistrados, tem se confundido, todavia, com a

lotação da agenda do Tribunal, ocasionando uma verdadeira asfixia frente à quantidade inédita de processos levados a corte constitucional do país.

Aqueles comprometidos com a democracia constitucional deveriam se preocupar com o que aqueles que implementam direitos positivados acreditam. Isto é, fica latente que também devem ser criados meios de fiscalização aos magistrados. Questionamentos diretos podem ser às vezes úteis, especialmente se há um processo público para a escolha dos membros de um tribunal,⁴⁰ o que não ocorre no Brasil. Mas, de uma maneira geral, a academia, a opinião pública e o povo devem cobrar também dos tribunais a responsabilidade e a coerência de seus atos.

A forma enfraquecida de jurisdição constitucional é o controle judicial com ampla possibilidade de reversão por decisão legislativa, conforme o que aconteceu no caso do PL 4.470/12, em reação imediata a ADI 4.430. Mesmo que nesse caso interesses políticos da base governista tenham fragilizado a mudança de entendimento, ensejando ativismo do Judiciário em conceder a liminar em um primeiro momento, resta indubitável a oxigenação do debate entre os dois poderes da República.

3.3. A necessidade de equilíbrio entre as instituições envolvidas no processo de tomada de decisão

São circunstâncias da política o desacordo e a necessidade de ação conjunta.⁴¹ Nas sociedades democráticas modernas, os desacordos morais razoáveis abarcam as questões de princípios sobre as quais pessoas comuns divergem a depender de seu contexto de vida. Hoje, não há consenso sobre o que é uma vida feliz, se o uso de contraceptivos é algo bom ou ruim, se a eutanásia deveria ser permitida pelo Estado ou criminalizada, entre outras questões. Desta feita, o desacordo é uma realidade latente da sociedade brasileira. A dificuldade está no agir coletivo, sobre onde e como resolver tais celeumas sociais, ainda por cima quando se objetiva a tomada de decisão acerca de temas tão delicados.

Ocorre que as instituições não estão em pé de igualdade para sequer

⁴⁰ TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o Judicial Review: Uma perspectiva dos Estados Unidos. Limites do Controle de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 241.

⁴¹ VICTOR. Op. Cit., p. 122.

disputarem o local apropriado para tais deliberações. Enquanto a crise de representatividade assolar o Legislativo brasileiro, não se pode pensar em abandonar tão somente a ele as decisões político-democráticas, sob pena de alargar ainda mais a revolta e reação da população cujos interesses forem preteridos. Deve-se destacar que nos últimos anos a fragilidade da legitimação dos eleitos por voto popular alcançou até mesmo o Executivo Federal, com baixíssimos índices de popularidade da presidenta, o que dificulta ainda mais qualquer retirada de cena abrupta do Judiciário.

Em defesa ao papel do Parlamento e dos mecanismos democráticos tradicionais, Waldron prevê alguns requisitos:

Devemos imaginar uma sociedade que possua (1) instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio universal adulto; (2) um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, erigidas sobre uma base não representativa para conhecer de ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de direito; (3) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias e (4) discordância persistente, substancial e de boa fé quanto a direitos (isto é, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações) entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos.⁴²

Ao que tudo indica, a sociedade brasileira preenche os pressupostos enumerados. Contudo, trabalhar na qualificação das instituições é sempre interessante para alcançar resultados satisfatórios no agir coletivo, dando fundamento a um sistema legítimo de tomada de decisões. Para Waldron, a forma digna e igualitária de tratar os indivíduos é considerando isonomicamente suas respectivas participações no processo político-democrático⁴³.

De qualquer maneira, a despeito dos abusos possíveis de ambos os lados, a lição que a teoria dos diálogos busca enraizar é que não somente o Judiciário é capaz de chegar a uma resposta correta. Alias, nem sempre apenas um dos poderes o fará de maneira automática e imediata. Os casos emblemáticos e

⁴² WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao *Judicial Review*. Tradução de Adauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 106.

⁴³ VICTOR. Op. Cit., p. 128.

complexos merecem ser raciocinados em conjunto e, para tanto, mecanismos de comunicação devem facilitar e dar transparência a esse fluxo de debates.

CONCLUSÃO

É tênue o limite da atuação ativista desejável, em prol de garantias constitucionais de proteção às minorias e funcionamento do processo democrático, e uma atuação antidemocrática, que cerceia a capacidade da própria população de se autogovernar. O monopólio do Judiciário quanto à interpretação da Constituição é uma ideia contemporânea a *Marbury v. Madison*, em que se expõe que a noção de que a Constituição é uma norma superior e que, para que se conserve assim, demanda a proteção de um guardião: em geral, o poder judiciário e, em especial, um tribunal constitucional.

O artigo 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988 dispõe que compete precipuamente ao Supremo a guarda da Constituição. Não há, todavia, a previsão de um monopólio interpretativo àquele órgão, de modo que também as demais entidades envolvidas da elaboração da políticas regulamentadoras de previsões constitucionais podem exercer esse papel. Corrobora esse entendimento o fato de o poder Legislativo não ser submetido aos enunciados de Súmulas Vinculantes, por exemplo.

A função de julgar litígios individuais, proteger direitos frente a legislações inconstitucionais, dar respostas a omissões constitucionais, dentre outras, resultaram no excesso de atribuições dadas ao Supremo Tribunal pela Constituição Federal vigente. Essa superlotação de demandas somada ao fracasso das experiências com os políticos eleitos contribuiu para o que passou a se chamar de “Supremocracia”⁴⁴.

Hoje, frente à dificuldade contramajoritária das decisões do Judiciário, acusado de ofensa à democracia ao invalidar leis aprovadas por uma maioria parlamentar, tem-se desenvolvido novas propostas de conformação da jurisdição constitucional.

Não se buscou defender nesse trabalho um poder Judiciário mínimo,

⁴⁴ Termo cunhado pelo advogado Oscar Vilhena, em entrevista a revista *Época*, de 27/02/2009. Disponível em <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI19313-15295,00.html>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.

como antevisto em Montesquieu, para quem mais importava os poderes envolvidos no processo de elaboração das leis, sendo os juízes seres inanimados, apenas bocas pelas quais a lei seria pronunciada. Ao contrário, inúmeros casos ilustram a importância das cortes constitucionais na proteção dos direitos fundamentais contra a arbitrariedade estatal. Mas, em 1928, Hans Kelsen já previa que o controle de constitucionalidade das leis era um poder eminentemente político, que, para o autor, não poderia competir ao Judiciário, mas a um órgão especial diferenciado: o tribunal constitucional. Isso porque antevia que a essência da função deste último seria muito mais próxima à essência da função legislativa, pois, como um legislador negativo, seria responsável por retirar do mundo leis e interpretações que violassem a Constituição.

Amedronta os especialistas a postura ativa do Supremo nos últimos anos, quando ele se considera apto e competente a atribuir a dispositivos do Código Civil (caso das uniões homoafetivas) e do Código Penal (caso dos fetos anencefálicos) sentido contrário ao texto expresso em lei. Nesse contexto, um projeto de lei que criminalize explicitamente o aborto de fetos anencéfalos vai de encontro à orientação do STF e pode estabelecer mais um ponto de tensão entre as casas.

O receio do surgimento de um superpoder de proporções incontroláveis enseja propostas para coibir a posição de preeminência dos magistrados em relação aos demais agentes estatais, propostas as quais devem ser estudadas para que se torne possível vislumbrar um sistema de separação de poderes em que as funções públicas são efetivamente exercitadas de forma harmônica e interdependente. Travar ocasionais usurpações judiciais de competências normativas se mostra imperioso, para resguardar a segurança jurídica dos ditames constitucionais.

Nesse sentido, eventuais mecanismos de construção coordenada de posições também devem ser limitados e organizados, a fim de evitar que possam acabar culminando com uma anarquia interpretativa. Um órgão passando por cima do estabelecido pelo outro indefinida e infundadamente põe em descrédito todo Estado Democrático de Direito.

No Brasil, entretanto, talvez não haja real perigo desse jogo sem fim de interpretações, até porque, em termos matemáticos, o Supremo Tribunal Federal

não pode ser considerado um órgão reacionário propriamente dito. Das ações julgadas pelo STF sobre normas oriundas do Congresso Nacional, 86,68% das decisões confirmam a constitucionalidade das normas atacadas e, assim, a corte endossa a vontade majoritária expressa na norma aprovada.⁴⁵ Uma postura deferente do STF com relação ao Congresso é o que predomina em sua atuação, ao contrário do proclamado pelo senso comum.

Alias, no país, falar em supremacia judicial faz parte do noticiário recente. Há histórico de previsões participativas de coordenação de esforços entre poderes, como na Constituição de 1934, que já previu a inclusão do Senado no procedimento de controle de constitucionalidade, atribuindo a ele a faculdade de conferir eficácia a todos de uma decisão que tenha sido tomada *inter partes* pelo STF. Outro mecanismo é a possibilidade de iniciativa de diversos atores à propositura de ações de controle abstrato de leis, tanto do Executivo Federal, quanto dos Legislativos Federal e Estadual. Por último, ensina o Ministro Gilmar que na Constituição de 1937 havia a possibilidade de o Legislativo suspender decisão judicial pela inconstitucionalidade de norma, através de Resolução do Parlamento Nacional, aprovada por dois terços de votos.⁴⁶ Tal instrumento, já criado sob a justificativa de frear o caráter antidemocrático da jurisdição, poderia confirmar a validade da lei, cassando a decisão judicial questionada.

Mesmo diante de todos esses antecedentes de intercâmbio entre os poderes, cumpre levar a sério o reforço quanto às hipóteses de diálogo, que já existem no país, prezando pelo equilíbrio e pela comunicação entre os detentores do poder com eficiência e transparência.

Ressalte-se que toda forma de diálogo tem a vantagem de muitas vezes retirar o peso das costas dos tribunais, que não podem se furtar a decidir, e remexer com o Legislativo da inércia e omissão quanto a debates constitucionais, promovendo alguma reação nos congressistas a levarem à pauta questões delicadas outrora engavetadas, mas que são de discussões enriquecedoras a democracia.

Por fim, o Brasil é um terreno cheio de questões ainda a serem decididas,

⁴⁵ VICTOR. Op. Cit., p. 165.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 30-33.

de debates inacabados, de desacordos principiológicos, isto é, um cenário que necessita de instrumentos capazes de aperfeiçoar um sistema cooperativo e progressivo das relações entre os poderes instituídos e as demais instituições, pela via sistêmico-dialógica. Deve-se refletir sobre a superação das tradicionais teorias de interpretação constitucional e de separação de poderes, a partir da conciliação das instituições responsáveis pela atividade constitucional-democrática na sociedade atual, no bojo de uma comunidade cooperativa jurídico-política.

BIBLIOGRAFIA:

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de Coalizão: o Dilema Institucional Brasileiro. Revista de Ciências Sociais 31, Rio de Janeiro, 1988;

AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de O espírito das leis. Revista os Tribunais, Ano 97, V. 868, fevereiro 2008. São Paulo: RT, 2008;

BAR-SIMAN-TOV, Ittai, The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process (May 11, 2011). Boston University Law Review, Vol. 91, 2011 ; Columbia Public Law Research Paper No. 11-274. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1843564>. Acesso em 20 de fevereiro de 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no controle de constitucionalidade: o diálogo institucional canadense e a constituição brasileira de 1937. Direito Público. Porto Alegre, v.7, n.31, p. 58-66, jan./fev. 2010.

BRASÍLIA. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. (Comp.). Constituição Federal de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 17 de outubro de 2015.

BRASÍLIA, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. MS 32033, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, processo eletrônico DJe-033 Divulg. 17-02-2014 Public. 18-02-2014.

CARVALHO FILHO. José S. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. Instituto Brasiliense de Direito Público, Escola de Direito de Brasília.

ÉPOCA, 27/02/2009. Disponível em <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI19313-15295,00.html>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2016.

FONSECA, Edson Pires da. STF conclui julgamento sobre Reclamação 4335-5/AC – mutação constitucional? Disponível em: <http://www.jurisprudencia.com/noticias/stf-conclui-julgamento-sobre-reclamacao-4335-5ac-mutacao-constitucional/2348/>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião de promessas. Rio de Janeiro: Renavan, 1999, p. 48.

HAREL, Alon; SHINAR, Adam. Between judicial and legislative supremacy: a cautious defense of constrained judicial review. 2011, p. 2. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1760963>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2016.

INTROCASO, Luiz Garibaldi. "Elementos de Diálogo Institucional entre Congresso Nacional e Supremo Tribunal Federal." *Judicialização Da Política E Democracia*: 42.

DIAS JÚNIOR, Etéocles Brito Mendonça. Soberania Parlamentar, Judicial Review e Diálogos Institucionais: do isolamento deiscionista à atividade colaborativa entre os

poderes na aplicação constitucional. Dissertação de Mestrado. PUC-Rio. Rio de Janeiro, abril de 2012. p. 71. Disponível em: http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/20968/20968_5.PDF Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

LEVINSON, Daryl J. & PILDES, Richard H. Separation of Parties, not Powers. *Harvard Law Review*, Vol. 119, n. 8, June 2006, pp. 2311-2386;

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 30-33.

MONTESQUIEU. Do Espírito das leis. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf. Acesso em: 25 de fevereiro de 2016.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Estado Democrático de Direito e Correção Legislativa da Jurisprudência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 73 | p. 160 | Out /2010DTR\2010\811

ROSENFELD. Michel. *Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: Paradoxos e Contrastes. Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 180.

TREMBLAY, Luc B. "The legitimacy of judicial review: The limits of dialogue between courts and legislatures." *International Journal of Constitutional Law* 3.4 (2005): 617-648.

TUSHNET. Mark. Ceticismo sobre o Judicial Review: Uma perspectiva dos Estados Unidos. *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, p. 241.

VIEIRA, José Ribas, CAMARGO, Margarida Maria Lacombe and SILVA, Alexandre Garrido da SILVA. "O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial." *Versus: Revista de Ciências Sociais Aplicadas do CCJE* 2 (2009): 74-85.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: O debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1542/Judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20Pol%C3%ADtica%20e%20Democracia.pdf?sequence=1#page=8>. Acesso em 17 de outubro de 2015.

WALDRON, Jeremy. *A Essência da Oposição ao Judicial Review*. Tradução de Adauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. In: *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.