

Fundamentos de uma jurisdição constitucional: o ainda incontornável debate sobre quem (não) deve ter a última palavra sobre a constituição

Foundations for a constitutional jurisdiction: The still inevitable debate about who should (not) have the final word about the constitution

Matheus Henrique dos Santos da Escossia¹

Faculdade de Direito de Vitória, Brasil
matheushsescossia@gmail.com

Alexandre de Castro Coura²

Faculdade de Direito de Vitória, Brasil
alexandrecoura@ig.com.br

Resumo

O presente trabalho busca investigar as principais correntes do debate contemporâneo acerca da legitimidade da interpretação constitucional. Em outras palavras, o estudo repousa na necessidade de se investigar os diversos argumentos que embasam e endossam a atuação das principais instituições políticas, com o recorte sobre o arcabouço teórico que repousa sobre o Judiciário e sobre o Legislativo. Para tanto, o estudo é calcado no método dialético. Primeiramente será feita uma abordagem dos fundamentos justificadores da supremacia judicial (tese). Em seguida, a abordagem recairá sobre os fundamentos da supremacia legislativa (antítese), com especial atenção para os argumentos que rechaçam a supremacia judicial. Por fim, serão evidenciados os argumentos que rejeitam qualquer tipo de supremacia (síntese), argumentos categorizados sob a alcunha de “Promessa Dialógica”, a representar uma espécie de terceira via entre as duas outras correntes. Investigado todo esse arcabouço teórico, será possível visualizar a sofisticação que existe nesse debate, bem como se o desempenho das instituições está alinhado com sua legitimação.

Palavras-chave: legitimidade, interpretação constitucional, jurisdição constitucional, poder legislativo, supremacia.

¹ Graduando da Faculdade de Direito de Vitória. Rua Juiz Alexandre Martins de Castro Filho, 215, Santa Lúcia, 29056-295 Vitória, ES, Brasil.

² Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Rua Juiz Alexandre Martins de Castro Filho, 215, Santa Lúcia, 29056-295 Vitória, ES, Brasil.

Abstract

The following paper investigates the main ideas over the contemporaneous debate about the constitutional interpretation legitimacy. In other words, this study is based on the necessity to investigate several topics that build major political institutions, especially the theoretical framework that underlies over the Judiciary and the Legislative Branches. This study is set in the dialectical method: first, we will analyze the foundations that support the judicial supremacy (thesis) and then, analyze the foundations that support the legislative supremacy (antithesis), with special attention to the topics that are against the judicial supremacy. Finally, we will point the issues that reject any kind of supremacy (synthesis). These topics are known as “Dialogical Promise” and they represent a type of third alternative between the other two main ideas. By investigating this theory, we will be able to see the sophistication that there is in this debate as well as if the performance of the institutions is aligned with its legitimacy.

Keywords: legitimacy, constitutional interpretation, constitutional jurisdiction, Legislative Power, supremacy.

Considerações iniciais

O debate sobre “quem deve ser o guardião da Constituição” ultrapassa séculos e possivelmente expõe uma das principais questões incontornáveis para a Teoria da Constituição.

No início do século XX, dois dos maiores nomes da Filosofia do Direito se ocuparam com tal questão e chegaram a conclusões distintas. De um lado, Hans Kelsen (2013, p. 237-298), o qual buscava afirmar a missão de um Tribunal Constitucional exercer a última palavra. De outro, Carl Schmitt (2007, p. 13), o qual repousava suas confianças no “soberano”, que seria incorporado pelo Presidente do *Reich*.

Debater qual a instituição (ou qual Poder) seria a mais adequada para exercer a interpretação constitucional significa debater os próprios fundamentos da jurisdição constitucional. Diferentemente dos autores acima mencionados, que delimitaram a disputa entre o Judiciário e o Executivo, o presente trabalho terá o escopo de discorrer sobre argumentos que legitimam a supremacia judicial e a supremacia legislativa. Esse recorte queda como inevitável, visto que o Legislativo e o Judiciário polarizam os estudos sobre “a última palavra”.

Além da oposição entre os adeptos da supremacia legislativa e os da supremacia judicial, o trabalho também abordará a “Promessa Dialógica”. Esse é o termo pelo qual se designará a corrente que prima por um “diálogo constitucional”. A perspectiva dialógica, como se verá no quarto capítulo, rejeita qualquer tipo de supremacia, tendo em vista que a interpretação constitucional não se assentaria numa estrutura hierarquizada,

em que a interpretação emanada por uma instituição seria superior a outra.

Os argumentos que fazem parte do arcabouço teórico de cada corrente são de inestimável importância para dimensionar o papel que as instituições políticas desempenham num contexto de Estado Democrático de Direito. A legitimidade por trás do que tais instituições “dizem” (com especial inclinação para o Judiciário e o Legislativo) traz uma série de reflexões que impõem uma análise crítica e desconfiada dessa atuação. Ou seja, é imperioso que haja um ceticismo por parte da sociedade na recepção de leis, proposições legislativas, acórdãos, decisões, etc.

Legitimidade da supremacia judicial ou por que cortes?

Confiar a última interpretação constitucional ao Poder Judiciário se assenta em inesgotáveis justificativas, que não é possível transcreverem um rol exaustivo. No entanto, alguns fundamentos se sobressaem no intuito de caracterizar a supremacia judicial.

É possível destacar quatro fundamentos como principais (que traduzem os argumentos mais contundentes), quais sejam: (a) o insulamento político dos magistrados, em detrimento dos representantes do Legislativo e do Executivo, que seriam agentes políticos “autointeressados”; (b) a defesa das precondições do processo democrático; (c) a defesa das minorias ou caráter contramajoritário; (d) a percepção de uma democracia substancial.

O insulamento político das Cortes

Afastar as Cortes do tabuleiro político é um argumento difícil de sustentar, em especial diante do protagonismo que o Poder Judiciário alcançou com o advento da Constituição de 1988 (Vilhena, 2002, p. 228). Especialmente o STF, órgão maior da estrutura judiciária brasileira, passou a ser o principal palco de debate de questões de “elevado desacordo moral”, além de se imiscuir na esfera de atuação dos demais Poderes a fim de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.

Até mesmo Kelsen e Schmitt, escrevendo para uma realidade de 80 anos atrás e no contexto europeu pré-Segunda Guerra Mundial, estavam de acordo quanto à politização do Tribunal Constitucional. Em resposta à acusação de Schmitt, para o qual o Tribunal não poderia ser o “Guardião da Constituição”, dentre outros motivos, por ser um Tribunal Político, Kelsen (2013, p. 250) assim afirmou:

Tais argumentos partem do pressuposto errôneo de que entre funções jurisdicionais e funções *políticas* existiria uma contradição essencial, e que particularmente a decisão sobre a constitucionalidade de leis e a anulação de leis inconstitucionais seria um ato *político*, donde se deduz que tal atividade já não seria propriamente jurisdicional.

O autor austríaco recusa a divisão entre jurisdição e política, pois

[s]e enxergamos “o político” na resolução de conflitos de interesses, na “decisão” – para usarmos a terminologia de Schmitt – encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder (Kelsen, 2013, p. 251).

Ora, resta inofismável, na trilha desses autores, que a atuação do Judiciário possui dimensão política. E mais, os próprios órgãos que fazem parte de sua estrutura devem ser tidos como atores políticos.

Feita essas considerações, o insulamento político como argumento em prol da supremacia judicial deve ser lido como insulamento do processo de representação eleitoral. Os magistrados não são eleitos pelo voto direto (Tavares, 1998, p. 72), em que pese as indicações dos Tribunais Superiores (o que poderia se enquadrar numa espécie de voto indireto). Dessa forma, os magistrados seriam mais capazes de proteger os direitos fundamentais.

Em contrapartida, os legisladores (assim como os representantes do Executivo) trabalhariam no sentido de assegurar a própria reeleição, colocando a defesa dos direitos fundamentais em segundo plano. Mendes (2011, p. 84) transcreve essa crítica:

O comportamento dos representantes é voltado, na maior parte do tempo, a satisfazer interesses imediatos de seus eleitores. Suas motivações se reduzem a uma variável simples: escolherão tudo aquilo que aumentar as chances de reeleição e de ampliar o poder individual. São, nesse sentido, agentes políticos autointeressados.

Além de estarem imunes ao jogo da representação eleitoral, supostamente os magistrados estariam à margem da opinião pública, o que reforçaria o insulamento das Cortes e, por conseguinte, seria outro fator de legitimação da supremacia judicial.

Esse é outro argumento questionável, visto que as próprias decisões judiciais, por seu caráter político conforme visto acima, também são passíveis de questionamento e crítica. Em especial as do STF, que traduzem questões de ampla repercussão e magnitude. Sobre essa crítica, Sarmento e Souza Neto (2012, p. 402) rechaçam essa “aversão à opinião pública”, pois

[a] crítica pública pode antes exprimir a vitalidade da cultura constitucional; pode significar que a sociedade se importa com a Constituição e que a gramática constitucional está também presente nos embates políticos e sociais, o que deve ser comemorado e não lamentado.

Como se observa, muito embora o insulamento político seja reproduzido como um argumento legitimador da supremacia judicial, trata-se de um argumento anacrônico em sua acepção ampla. O contexto do Estado Democrático de Direito prescreve a dimensão política na atuação das Cortes, razão pela qual é inviável verificar tal insulamento.

A defesa das precondições do processo democrático

A defesa das precondições do processo democrático é outro argumento que fundamenta a supremacia judicial. Não bastasse esse fundamento, o argumento também busca realocar a Corte no contexto democrático (ou retratar qual o papel que ela desempenharia na democracia).

Um dos principais expoentes desse argumento é Robert Dahl. O autor americano sustenta uma teoria do processo democrático, pois um procedimento de

deliberação conjunta seria condição para a convivência em grupo. Nas palavras do autor, “para conviver numa associação, portanto, as pessoas precisam de um processo para chegar às decisões governamentais: um processo político” (Dahl, 2012, p. 127).

Em sua obra *A democracia e seus críticos*, Dahl expõe as justificativas e críticas de três possíveis sistemas políticos: anarquia, guardiania e democracia. Em que pese os inúmeros argumentos trazidos pelo autor ao longo do livro, ele aduz que a democracia é o melhor sistema. E o faz pela seguinte justificativa:

A justificativa é simplesmente esta: quando a ideia de democracia é ativamente adotada por um povo, ela tende a produzir o melhor sistema político viável ou, pelo menos, o melhor Estado como um todo. [...] Um exame severo da experiência humana – histórica e contemporânea – revela que entre as sociedades políticas que de fato existiram ou que existem agora, as que mais se aproximam de satisfazer os critérios da ideia democrática são, no todo, melhores que as demais (Dahl, 2012, p. 128).

Nítida é a faceta procedimentalista (Streck, 2004, p. 147-196) de Dahl, o qual prescreve a democracia como um tipo ideal, que pode ser alcançado em maior ou menor grau. Esse gradualismo varia conforme o atendimento aos pressupostos do processo democrático (as chamadas precondições da democracia).

Quatro seriam as precondições na perspectiva de Dahl (2012, p. 170-181): (i) participação efetiva (ou direito/dever de o cidadão expressar suas preferências); (ii) igualdade de voto no estágio decisivo (independentemente da forma de sufrágio escolhida, o voto é o canal que veicula tais preferências); (iii) compreensão esclarecida (por meio da educação e discussão pública); (iv) controle da agenda (ou os cidadãos influenciarem no tema que está sendo colocado em pauta).

O autor ainda salienta que o atendimento a tais pressupostos não está condicionado a determinada regra decisória, tal como a regra da maioria que ainda predomina na prática política da atualidade. Dahl admite que é difícil se desgarrar dessa regra decisória. No entanto, deve haver deliberação sobre qual regra que vai conduzir à tomada de decisões. Em síntese,

[a]o adotar ou rejeitar o domínio da maioria, as pessoas nos países democráticos não necessariamente violaram o processo democrático ou os valores que o justificam, pois, sob diferentes condições, o processo democrático pode ser adequadamente conduzido sob diferentes regras para a tomada de decisões coletivas (Dahl, 2012, p. 255).

Diante de toda essa construção, aonde entraria o Poder Judiciário? E mais, qual a relação com a supremacia judicial?

Robert Dahl formula um conceito de *Quase Guardiania* para designar às autoridades que defendem o processo democrático, porém a ele não estão submetidas.

Quando os direitos e interesses democráticos não podem ser adequadamente protegidos por meios compatíveis com o processo democrático, a alternativa que resta é garantir sua proteção por autoridades não sujeitas ao processo democrático. Porque essas autoridades tomariam suas decisões dentro do contexto de um sistema democrático de modo geral, porém não seriam democraticamente controlados, elas podem ser chamadas de quase guardiães (Dahl, 2012, p. 298).

A autoridade mais conhecida, na visão do autor, que desempenha esse papel é o Poder Judiciário. Logo, o papel das Cortes seria assegurar aquelas condições mencionadas, de modo a concretizar o processo democrático. E sua supremacia viria justamente da definitividade inerente a suas decisões.

Como visto, a teoria do autor americano pode parecer bastante sedutora e até mesmo impermeável às críticas. Todavia, a grande questão que se coloca diz respeito à viabilidade de se importar a teoria para tratar da realidade dos “Países de Modernidade Tardia” (Streck, 2004, p. 103; Moreira, 2010, p. 98), cuja participação política é deficitária, assim como inúmeros outros direitos que são sonogados ao cidadão.

Além disso, Dahl centra sua teoria no processo democrático e nos direitos inerentes à participação. Por outro lado, não se sabe ao certo o papel que os direitos fundamentais sociais e coletivos desempenhariam nesse tabuleiro proposto pelo autor. Avaliar o papel democrático do Poder Judiciário apenas com base na defesa das precondições mencionadas é deixar de lado o seu papel “emancipacionista”, seu papel de conferir efetividade aos direitos fundamentais.

Apesar das considerações, não há que se rechaçar a procedência do fundamento da supremacia judicial proposto pelo autor. É bem verdade que proteger o processo de formação da vontade democrática também é um papel que incumbe ao Judiciário e daí se extrai sua legitimidade para o exercício da interpretação constitucional.

A defesa das minorias ou o caráter contramajoritário

Um dos mais reiterados argumentos de que as próprias Cortes se valem no exercício da Jurisdição

Constitucional é a proteção dos direitos das minorias. O chamado caráter contramajoritário possivelmente tem desempenhado o papel de fundamento mais “forte” no desempenho de tais funções.

A tensão inerente à relação maioria versus minoria remonta aos escritos de Alexis de Tocqueville, no século XIX. A principal obra do autor francês, *A Democracia na América*, tratou de analisar o contexto político dos Estados Unidos daquela época. Dentre as diversas análises, Tocqueville alcinha o termo “Tiranania da Maioria” de modo a retratar aquela tensão. Nas palavras do autor,

[c]onsidero ímpia e detestável a máxima de que, em matéria de governo, a maioria do povo tem o direito de fazer tudo; apesar disso situo na vontade da maioria a origem de todos os poderes. Estarei em contradição comigo mesmo? (Tocqueville, 2005, p. 294).

O paradoxo explicitado por Tocqueville o conduz a acreditar que a justiça e a própria condição do gênero humano operam como limitadores às vontades das maiorias. Conforme o próprio autor salienta, “[...] quando me recuso a obedecer a uma lei injusta, não nego à maioria o direito de comandar; apenas, em lugar de apelar para a soberania do povo, apelo para a soberania do gênero humano” (Tocqueville, 2005, p. 294).

Nos capítulos seguintes, o autor discorre sobre questão pernóstica é a “onipotência da maioria” para a República dos Estados Unidos. E o contrapeso que Tocqueville (2005, p. 323) desenvolve é a instituição do Júri, que seria o “meio mais enérgico de fazer o povo reinar, também é o meio mais eficaz de ensiná-lo a reinar”.

O que talvez tenha passado despercebido aos olhos do autor francês é que até mesmo o Júri não está desamarrado da regra decisória majoritária (ou unânime), e a essa instituição também se aplicam os temores que foram apontados nos órgãos de representação (em especial a maioria parlamentar).

Não obstante essa observação, é salutar o alerta feito por Tocqueville. E mais, esse alerta desemboca em um dos principais fundamentos do Poder Judiciário, qual seja a defesa das minorias.

Existe uma indeterminação por trás de qual seja a minoria que o Poder Judiciário protegeria. Predomi-

nantemente, esse conceito se reparte nas minorias parlamentares³ e nos grupos marginalizados politicamente,⁴ como se observa dos próprios julgamentos do STF.

Até mesmo entre os autores essa indeterminação persiste. Barroso (2013, p. 41-42), por exemplo, coloca o caráter contramajoritário ao lado do caráter representativo que deve ser desempenhado pelo STF, quando do fracasso do atendimento das demandas sociais pelas instâncias políticas tradicionais. Assim, o autor verifica a tensão minoria/maioria nos palcos de representação (logo, inclina-se, primordialmente, para a proteção das minorias parlamentares). Brandão (2012, p. 72-74) também enxerga o conceito de minoria nos grupos eleitorais que não compõem a aliança eleitoral dominante.

Sarmento e Souza Neto, por outro lado, verificam que o caráter contramajoritário não se resume ao veto recorrente que as Cortes operam sobre o Legislativo. A “dificuldade contramajoritária”⁵ estaria na compatibilização da atuação do Poder Judiciário na democracia constitucional. Para os autores, essa correlação é plenamente cabível, pelas seguintes razões:

[e] não é menos certo que a democracia não se esgota no respeito ao princípio majoritário, presupondo também o acatamento das regras do jogo democrático, as quais incluem a garantia de direitos básicos, visando à participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como a *proteção às minorias estigmatizadas* (Sarmento e Souza Neto, 2012, p. 35, grifo nosso).

Seja a menção às minorias parlamentares, seja aos grupos estigmatizados, o caráter contramajoritário das Cortes deve ser tido como um dos principais (senão o principal) fundamento autorizador da supremacia judicial. Torna-se quase inviável tratar de jurisdição constitucional sem tratar desse papel desempenhado pelas Cortes, como corolário natural da proteção aos direitos fundamentais.

Conforme se verá mais adiante, porém, reside aqui o principal ponto de embate daqueles que vislumbram o modelo de supremacia legislativa como o ideal. A contraposição maioria/minoria será questionada e tem como principal cético Jeremy Waldron.

³ MS 26.441, Ministro Relator Celso de Mello, julgado em 25 de abril de 2007, DJe em 17 de dezembro de 2009. Nesse julgamento, buscou-se assegurar a devida representação nas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) e um dos fundamentos foi a defesa das minorias.

⁴ Pet 3.388, Ministro Relator Carlos Ayres Britto, julgado em 19 de março de 2009, DJe em 24 de setembro de 2009. Tratou-se da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol. Um dos fundamentos para o exercício da jurisdição foi a menção de que os indígenas seriam grupos marginalizados politicamente.

⁵ Expressão cunhada por Bickel, na obra *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (1962), que será retomada quando se analisar as críticas feitas ao Poder Judiciário pelos adeptos da supremacia legislativa.

A percepção de uma democracia substancial: a leitura moral de Dworkin

O último dos quatro argumentos que nutrem a legitimidade da supremacia judicial não se resume a um único autor ou a uma única versão. A interação do Poder Judiciário com o modelo de democracia que se pretende possui variados entendimentos exatamente por essas duas variáveis: (a) qual o tipo de democracia; (b) qual o papel que o Judiciário desempenha nessa democracia.

Tal como salientado no capítulo “A defesa das precondições do processo democrático”, duas classificações se sobressaem no intuito de retratar essa equação: a procedimentalista,⁶ que acredita na existência de democracia por meio de um procedimento e suas regras inerentes (representatividade, políticas deliberativas, formação de vontade, mecanismos de participação, etc.) e a substancialista,⁷ que crê na democracia a partir dos valores que com ela são condizentes.

Nesse contexto substancialista, o Judiciário, em vez de “apenas” desempenhar a defesa do processo de formação democrática, cumpre o papel de concretizar os valores afirmados pela Constituição. Sobre esse papel “emancipatório”, é elucidativa a síntese proposta por Streck (2004, p. 162-163):

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em xeque o princípio da maioria em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.

Colocar a moralidade da comunidade política na pauta do Poder Judiciário, *per se*, já seria o suficiente para legitimar (e até mesmo acreditar) a supremacia judicial. No entanto, cumpre transcrever o caminho que Ronald Dworkin percorreu para justificar essa atuação.

A obra *O direito da liberdade* consiste na aglutinação de uma série de artigos escritos avaliando a atuação da Suprema Corte americana em casos paradigmáticos (por exemplo, aborto, eutanásia e pornografia). Escrita após a tríade *Levando os direitos a sério*, *Uma questão de princípio* e *O império do direito*, a obra busca dimensionar o papel do Poder Judiciário na democracia.

O dimensionamento se dá por meio do pressuposto de que as Constituições encartam uma série de valores morais, valores esses que devem ser “traduzidos” pelos juízes. A “leitura moral da Constituição” é o que legitima, na visão de Dworkin, a supremacia judicial.

A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. Mas a moralidade política é intrinsecamente incerta e controversa; por isso, todo o sistema de governo que incorpora tais princípios a suas leis tem de decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los. No sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte (Dworkin, 2006, p. 2-3).

A moralidade na Constituição seria encarnada por meio de dois princípios principais: o da igualdade (*equal concern*) e o da liberdade (Dworkin, 2006, p. 11), os quais se desdobrariam em inúmeros outros princípios. E a melhor interpretação de tais valores seria a partir da integridade, categoria central que embasa a teoria de Dworkin.

A dificuldade maior, todavia, seria compatibilizar com a proteção dos valores morais pelo Judiciário no contexto democrático. Sobre essa dificuldade, Dworkin (2006, p. 24) rebate aduzindo que não há consenso sobre o que seja democracia e a premissa majoritária é apenas uma forma de deliberação política. Para tanto, formula a chamada concepção constitucional de democracia, a qual pugna para que as decisões coletivas afirmem o princípio da igualdade (ou, como formula o autor, igual consideração e respeito). Independentemente do procedimento político adotado (o qual pode se valer ou não da premissa majoritária), a democracia exige a consonância com a “substância” da igualdade.

Em suma, a concepção constitucional de democracia assume em relação ao governo majoritário a atitude descrita a seguir. A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições “democráticas” – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos (Dworkin, 2006, p. 26).

Na perspectiva de Dworkin, as decisões coletivas de determinada coletividade se repartiriam em dois tipos: (i) ação coletiva estatística; (ii) ação coletiva co-

⁶ Além de Robert Dahl, tratado anteriormente, outros expoentes poderiam ser enquadrados nessa classificação, tais como Jürgen Habermas, Robert Alexy e John Hart Ely.

⁷ Além de Dworkin, que será tratado no presente tópico, outros expoentes que fariam parte dessa classificação seriam John Rawls e Michael Sandel.

munitária. A utilidade dessa repartição seria para averiguar a própria consistência da democracia.

O primeiro seria a mera união de interesses individuais de dada coletividade. Muito embora a decisão seja coletiva, ela seria produto das combinações das preferências atomizadas. Nas palavras do autor, “[a] ação coletiva é estatística quando aquilo que o grupo faz é uma função, geral ou específica, de algo que os membros individuais do grupo fazem sozinhos, ou seja, daquilo que fazem sem pensar que estão agindo enquanto grupo” (Dworkin, 2006, p. 30). A coletividade, nessa acepção, seria meramente numérica, não um ente dotado de conteúdo moral próprio.

O segundo, por sua vez, parte do pressuposto de que há uma coesão interna entre os indivíduos de certa coletividade. A decisão final do grupo, por conseguinte, estaria além da soma dos interesses individuais, caracterizando-se como um pronunciamento próprio do grupo.

Mas a ação coletiva é comunitária quando não pode ser reduzida a mera função estatística das ações individuais, quando pressupõe um agente coletivo especial e distinto. Ela acontece quando os indivíduos agem juntos de forma que fundam suas ações separadas num ato ulterior unificado que, encarado em seu conjunto, é um ato *deles* (Dworkin, 2006, p.30).

Estaria aí a justificativa para cumprir uma lei, ainda que o destinatário seja contrário a ela. Cumpre-se a lei, pois ela seria a vontade do ente coletivo.

A ação coletiva estatística seria a decisão típica da concepção que confunde democracia com majoritarismo. Por outro lado, a concepção constitucional de democracia tem como deliberação típica a ação comunal. Dessa forma, a revisão judicial torna-se supedâneo inafastável para a concretização desse modelo democrático.

Dworkin (2006, p. 34-39) elenca três condições de participação moral nessa concepção de democracia: (i) condição estrutural, ou formação histórica da coletividade; (ii) igualdade de consideração dos indivíduos que compõem o grupo (inclusive entre os grupos componentes da coletividade); (iii) independência moral.

Por fim, Dworkin (2006, p. 51) propõe ser insuficiente limitar a democracia aos seus procedimentos, uma vez que

[a] dificuldade verdadeira e profunda da democracia, posta a nu pelas discussões constitucionais, é que ela é um esquema de governo *incompleto* do ponto de vista de seus processos. Não pode prescrever os processos pelos quais se poderia saber se as condições que ela

exige para os processos que de fato prescreve estão sendo atendidas.

Assim, tendo em vista que a democracia tem um conteúdo (moral) intransponível, o Poder Judiciário surge como próprio “efetivador” da democracia. Aquela controvérsia de que esse seria um Poder antidemocrático cai por terra, visto que os valores democráticos passam a ser protegidos pelas Cortes e magistrados. Enfim, quando se fala em revisão judicial, fala-se em democracia.

Questionar a procedência da fundamentação da supremacia judicial proposta por Ronald Dworkin é verdadeiramente difícil. No entanto, “a leitura moral” também será alvo de críticas por parte de Jeremy Waldron.

Legitimidade da supremacia legislativa ou por que parlamentos?

A contemporânea defesa da primazia da interpretação constitucional pelos legisladores se assenta mais no ceticismo em torno dos argumentos da supremacia judicial (em especial o caráter contramajoritário e a “leitura moral”) do que propriamente na reverência aos legisladores, conforme outrora se observava.

No século XIX, a “Escola da Exegese” contribuiu para a formação de um paradigma que buscava identificar o direito à lei, razão pela qual a atuação do magistrado estaria condicionada em verificar se as circunstâncias fáticas se enquadrariam ou não no espectro de abrangência da lei (técnica de raciocínio jurídico). Para a formação desse paradigma, soma-se o movimento de codificação, cujo maior exemplo se deu na França pós-revolução, pelo qual se buscava condensar as normas jurídicas em uma única fonte formal (Perelman, 2004, p. 31-68; Bobbio, 2006, p. 63-90; Amaral, 2008, p. 160 e ss.).

O apogeu da “Escola da Exegese” é corolário natural à conjuntura política da época. Havia uma percepção estanque da separação dos poderes, o que reforça o mecanicismo na atuação do juiz (juiz julga, legislador legisla, e administrador “administra e declara guerra”) (Bobbio, 2006, p. 81). Além disso, as revoluções liberais (burguesas) presentes na metade do século XIX demandavam esse perfil jurídico para acomodar o produto das revoluções.

Atualmente, é irresistível acreditar que essa reverência (seja à lei, seja ao legislador) ainda persiste. Conforme observado, o protagonismo se deslocou para as Cortes, muito em função da descrença depositada nos representantes (crise na representatividade ou democracia representativa). Além disso, a acepção de que as Constituições são instrumentos jurídicos dotados de

efetividade (Hesse, 1991, p. 10-11), e não mero protocolo de intenções, realçou a função do magistrado para além do “mero” silogismo jurídico dos códigos, para a busca do sentido constitucionalmente adequado das normas.

A dignidade da legislação de Jeremy Waldron

O autor neozelandês é um dos principais céticos da supremacia judicial. Waldron busca resgatar a “dignidade da legislação”, visto que as teorias jurídicas têm se restringido às teorias de decisão judicial, deixando de lado os valores da legislação. Nas palavras do autor,

[n]ão apenas temos os modelos de legislação normativos ou aspiratórios de que precisamos, mas a nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa [...] como qualquer coisa, menos decisão política com princípios. E há razão para isso. Pintamos a legislação com essas cores soturnas para dar credibilidade à ideia de revisão judicial (isto é, revisão judicial da legislação, sob a autoridade de uma carta de direitos) e ao silêncio que, de outra maneira, seria o nosso embaraço quanto às dificuldades democráticas ou “contramajoritárias” que, às vezes, pensamos que a revisão judicial implica (Waldron, 2003, p. 2).

Em contrapartida a esse preconceito que tem se alastrado pela doutrina jurídica, Waldron busca enxergar a legislação como produto de ampla deliberação e decisão política da comunidade.⁸

Quero que vejamos o processo de legislação – na sua melhor forma – como algo assim: os representantes da comunidade unindo-se para estabelecer solene e explicitamente esquemas e medidas comuns, que se podem sustentar em nome de todos eles, e fazendo-o de uma maneira que reconheça abertamente e respeite (em vez de ocultar) as inevitáveis diferenças de opinião e princípio entre eles (Waldron, 2003, p. 3).

Logo no primeiro capítulo da obra *A dignidade da legislação*, Waldron vai atrás dos porquês de as legislações (e as legislaturas) serem tão mal vistas na atualidade. Duas seriam as razões para a “indignidade”: (a) a recusa do realismo jurídico em visualizar a legislação como direito, pois a lei somente seria direito após passar a ser interpretada pelos tribunais (Waldron, 2003, p. 11); (b) a desconfiança sobre o modo de pensar dos

legisladores (ou quais seriam seus interesses) (Waldron, 2003, p. 20).

Frente a essas rejeições, o autor desenvolve suas principais reflexões. Waldron prescreve que se deve entender a legislação como produto de uma legislatura que não é composta pela vontade singular de alguém. Ao contrário, “[...] uma legislatura compreende centenas de membros, com opiniões e estados mentais radicalmente diversos (na verdade, em geral opostos politicamente)” (Waldron, 2003, p. 32).

A magnitude das assembleias e sua diversidade intrínseca seriam o retrato da própria democracia, para o qual não se presumiria consenso. A crítica formulada em *Law and Disagreement* tem como fio condutor o desacordo que é inerente às sociedades plurais modernas. Esse desacordo se fragmentaria em três níveis:

(i) Desacordo sobre o que seriam direitos: “First, there is no agreement about what it means to call something a right. Does ‘right’ connote a moral absolute, a self-evident truth, a universal, or some combination of above?” (Waldron, 1999, p. 11).

(ii) Desacordo sobre quais direitos nós temos e no que são baseados: “Secondly, and more substantively, people (whether philosophically trained or not) continue to disagree radically about what rights we have – what they are rights to – and what they are based on” (Waldron, 1999, p. 11).

(iii) Desacordo quanto à aplicação dos direitos, mesmo que superados os desacordos anteriores. “Thirdly, even if there is a rough or overlapping consensus on a set of basic rights or civil liberties [...] there is a ferocious disagreement about what this consensus entails so far as detailed applications are concerned” (Waldron, 1999, p. 11-12).

O desacordo moral, repartido nas três categorias acima, é o cerne de toda a crítica que Waldron perfaz em face da supremacia judicial. É traço comum de todas as democracias modernas a existência dos desacordos (Waldron, 1999, p. 280), razão pela qual o processo legislativo seria o único meio de acomodar tais dissensos e produzir a decisão coletiva mais legítima para regular a comunidade. Sobre a teoria do autor, Mendes (2008, p. 87) assim sintetiza:

Waldron vê na legislação o produto de um complexo processo deliberativo que leva o desacordo a sério e reclama autoridade sem esconder nem disfarçar as divisões e conflitos que circundam sua produção. Por

⁸ Pode-se situar, aqui, uma intersecção entre o papel da legislação para Waldron e a ideia de democracia substancial, na sua modalidade ação comunal, na perspectiva de Dworkin. No entanto, essa intersecção desemboca em contextos distintos. Dworkin, por discorrer sobre a decisão judicial, busca acomodar a revisão judicial no contexto democrático a partir dessa visão de democracia. Por outro lado, Waldron, a fim de conferir a tal “dignidade à legislação”, parte desse sentido de comunidade.

este motivo, constituiria um foro mais adequado para decisões sobre direitos.

Por essas razões, a supremacia viável vislumbrada por Waldron é a supremacia legislativa. E o melhor meio para seu exercício, tendo em vista os inevitáveis desacordos, é por meio do princípio majoritário.

A resistência da teoria jurídica em face da legislação de igual modo se apresenta perante a adoção do princípio majoritário. Conforme observado no capítulo “A defesa das minorias ou o caráter contramajoritário”, um argumento forte que fundamenta a supremacia judicial é o veto inerente desempenhado pelas Cortes quando se verificam as “tirantias da maioria”. A defesa das minorias, por conseguinte, é o contrapeso à submissão “livre” do majoritarianismo, o qual seria antidemocrático se sufocasse tais minorias.

Waldron rechaça essa premissa e aduz que majoritarianismo pouco tem a ver com democracia, consistindo “apenas” em uma regra decisória.

Enquanto aumentamos essa lista, devemos nos lembrar também de que não há nada especificamente democrático na decisão majoritária. Por si, o princípio nada implica quanto ao sufrágio. A corrupta Câmara dos Comuns, comprada e vendida pelos proprietários ingleses do século XVIII, usou a decisão majoritária. Os juizes a usam no Supremo Tribunal dos EUA quando discordam quanto a derrubar ou não um item de legislação democrática. [...] Pelo que sabemos, os conselheiros de terroristas a usam para selecionar seus alvos, quando discordam quanto a quem serão às próximas vítimas (Waldron, 2003, p. 152-153).

O princípio majoritário é um meio de deliberação existente dentre tantos outros. Pode-se pensar no “cara ou coroa” no início dos jogos de futebol ou no sorteio de premiações como métodos de decisão. No entanto, seria teratológico vislumbrar tais métodos no procedimento legislativo. Até mesmo o chamado “voto de Minerva” (outra forma de decisão), tão comum para desempatar votações em um círculo de abrangência menor, teria pouca aplicabilidade no Parlamento, em razão do seu caráter multitudinário.⁹

Assim, assimilar algum tipo de arbitrariedade com o majoritarianismo torna-se anacrônico. Logo, enfraquece-se a legitimidade da supremacia judicial a

partir da crítica que seus adeptos direcionam à referida regra de decisão. E Waldron vai além, ao propor que o princípio majoritário seria o meio mais adequado para concretizar o princípio da igualdade e a pluralidade de opinião.

But I want to stress the regards in which majority-decision respects the individuals whose votes it aggregates. It does so in two ways. First, it respects their differences of opinion about justice and the common good [...]. Second, it embodies a principle of respect for each person in the processes by which we settle on a view to be adopted as *ours* even in the face of disagreement (Waldron, 1999, p. 109).

A legislação, por seguir o princípio majoritário, seria o produto de uma legislatura que esteve atenta ao pluralismo, aos desacordos e à igual consideração de cada um que participou do processo. Vale salientar que, para Waldron, o procedimento de elaboração da lei está além da simples tramitação das solenidades *interna corporis* do Parlamento. O procedimento de representação eleitoral, o qual abarcaria não apenas o voto, mas também as discussões político-partidárias, também estaria presente no processo de elaboração da lei, o que aumentaria o número dos destinatários dessa igual consideração.¹⁰

Na trilha dos ensinamentos de John Locke, o qual também era um adepto do majoritarianismo, Waldron cria a figura da “Física do Consentimento”. Essa categoria traduziria a força moral de uma comunidade quando deposita seu consentimento no processo de deliberação. “O consentimento não traz consigo a força física; traz, antes, força moral no que diz respeito aos fins para os quais se exige o consentimento” (Waldron, 2003, p. 166).

A comunidade seria, assim, um corpo político coeso. A decisão da maioria somente daria a direção que conduziria o corpo. Muito embora a minoria saia derrotada, ela ainda persistiria integrada ao corpo, em razão da “Física do Consentimento”, uma vez que tomaria a decisão como a do grupo. A lei é a lei do Parlamento e não dos *x* parlamentares que a votaram.

A construção da teoria de Waldron também conduz a rechaçar o caráter contramajoritário das Cortes, que é tido como um dos principais argumentos

⁹ No Brasil, em regra, havendo empate nas deliberações legislativas, cumpre ao presidente das sessões desempatar-las. É muito comum, também, o voto de Minerva repousar no integrante mais idoso de seu respectivo meio. Nos corriqueiros empates do STF, porém, algumas possibilidades se afiguram. Em que pese o regimento interno do STF admitir o voto de qualidade do presidente, em questões penais tem-se a possibilidade da absolvição (se empatada com a condenação) ou da manutenção da decisão recorrida.

¹⁰ Note-se que aí está um outro ponto de proximidade entre Dworkin e Waldron, pois ambos tomam o princípio da igualdade como elemento balizador do processo de deliberação, muito embora também cheguem a conclusões distintas.

da supremacia judicial. A defesa do processo legislativo o inclina a acreditar na inexistência da tensão maioria versus minoria ou ao menos que essa tensão é circunstancial, fruto de certa deliberação. Essa perspectiva também é compartilhada por Robert Dahl, o qual rejeita essa dicotomia. Para o autor americano, que defende a revisão judicial como meio de se aprimorar o processo democrático, conforme tratado acima, não se verifica na prática a “tirania das maiorias”:

Few of the Court's policy decisions can be interpreted sensibly in terms of a 'majority' versus a 'minority'. In this respect the Court is no different from the rest of the political leadership. Generally speaking, policy at the national level is the outcome of conflict, bargaining, and agreement among minorities; the process is neither minority rule nor majority rule but what might better be called minorities rule, where one aggregation of minorities achieves policies opposed by another aggregation (Dahl, 1957, p. 294).

O que seria o mais adequado, tanto para Waldron, quanto para Dahl, seria afirmar a existência de minorias que se articulam e passam momentaneamente a predominar no processo decisório. Seria um tanto romântico imaginar um grande número de deputados, que possuíssem a mesma linha partidária e ideológica, oprimindo um ou dois deputados que perfilhassem a linha contrária. Na verdade, as coalizões desempenham esse papel de acomodar grupos representativos distintos sob determinada agenda política (o chamado “presidencialismo de coalizão”).

A teoria de Waldron representa um verdadeiro alerta ao paradigma da supremacia judicial, que tem se alastrado como predominante. Mesmo que sua corrente seja minoritária (Tushnet, 1999, p. 6-32), em meio a tantos fortes argumentos por aquela supremacia, não se desconsideram os contrapontos que o autor neozelandês aponta. No entanto, é extremamente tormentoso querer abraçar um paradigma de supremacia legislativa (como, por exemplo, estatuidando algum mecanismo de submissão das decisões do STF ao Congresso Nacional) diante da crise na representatividade, tão mais acentuada com os recentes e ecoantes casos de corrupção. Fica, porém, a dúvida de se os juízes são tão melhores assim no tocante à interpretação constitucional.

O minimalismo judicial como autocontenção das cortes

Talvez seja inapropriado enquadrar a corrente minimalista judicial em uma subseção que visa a apontar

algumas reflexões sobre a supremacia legislativa. Essa classificação passa a ser viável, todavia, quando se depreende o real propósito da presente seção. Mais do que resgatar fundamentos em prol de tal supremacia, a seção busca contrapor os argumentos que embasam uma supremacia judicial. Por essa razão, cumpre tecer algumas breves considerações sobre o minimalismo e o porquê de se apresentar como contraponto aos argumentos que embasam a legitimidade das Cortes.

O denominador comum presente nos diversos autores que se filiam a essa corrente é a ideia de que a revisão judicial cumpre um importante papel na dinâmica dos Poderes. No entanto, a preocupação que surge é como não transmutar a revisão judicial em ativismo judicial ou como acomodar a revisão judicial em uma democracia.

Frente a esse dilema surge a proposta de que as Cortes nem sempre devem tomar decisões que invadam a esfera de outros Poderes. E mais, especialmente nos casos de “elevado desacordo moral”, é possível que sua decisão seja no sentido de deixar a causa “matutando” até que se progrida com os debates em outras esferas de deliberação.

Os dois principais autores que se enquadram nesse perfil são Alexander Bickel e Cass Sunstein.

Bickel, na obra *The Least Dangerous Branch*, retrata as “virtudes passivas” da Corte (especialmente da Suprema Corte Americana). As “virtudes passivas” seriam os meios dos quais a Corte se valeria para simplesmente não decidir certo caso ou, ao menos, protraír a decisão para que se aflore o debate entre outras instituições.

But in withholding constitutional judgment, the Court does not necessarily forsake an educational function, nor does it abandon principle. It seeks merely to elicit the correct answers to certain prudential questions that, in such a society as Lincoln conceived, lie in the path of ultimate issues of principle. To this end, the Court has, over the years, developed an almost inexhaustible arsenal of techniques and devices. Most of them are quite properly called techniques for eliciting answers, since so often they engage the Court in a Socratic colloquy with the other institutions of government and with society as a whole concerning the necessity for this or that measure, for this or that compromise (Bickel, 1962, p. 70-71).

Nota-se que Bickel busca conciliar a argumentação de princípio da Corte (que mais tarde também será o fio condutor de Ronald Dworkin) com a prudência em determinadas questões. As técnicas de “não decidir” denotam essa missão e buscam estimular aquilo que o autor chama de “colóquio socrático” (que vai inspirar a

corrente do dialogismo constitucional, no capítulo seguinte) que seria a interação com outros segmentos da sociedade.

Transpondo as lições para o Brasil, o STF também se vale dessas técnicas, que podem ser identificadas, por exemplo, nas seguintes situações: (a) no largo lapso temporal entre uma decisão de medida cautelar em ações constitucionais e sua decisão final; (b) na modulação dos efeitos de determinado julgamento que reputou certo ato normativo inconstitucional; (c) nas técnicas de apelo ao legislador e inconstitucionalidade progressiva.

A grande lição que se extrai da obra de Bickel é a possibilidade de a Corte desempenhar uma função de promotora do debate público. A autocontenção verificada em suas técnicas de “não decidir” não somente representa o minimalismo judicial (que ilustra a contrapartida a uma supremacia) em detrimento do ativismo, mas pode representar uma nova forma de repensar o papel do Judiciário em uma democracia.

Outro autor que também pode ser rotulado como minimalista e que também trilha as pegadas deixadas por Bickel é Cass Sunstein, em sua obra *One Case at a Time*. O autor investiga como são comuns os momentos em que a Corte decide não decidir, “This is a pervasive practice: doing and saying as little as is necessary to justify the outcome” (Sunstein, 2001, p. 3). Para Sunstein (2001, p. 4), existe uma relação entre minimalismo e deliberação democrática. Quanto mais contundente/invasiva for a decisão da Corte, menor será o grau de deliberação sobre o tema. Quanto mais tímida for a Corte, maior o grau de deliberação. Além disso, para o autor, o dano gerado por erros judiciais será menor caso se adote o minimalismo.

As ideias “minimalistas” de Bickel e Sunstein representam um verdadeiro contraponto às teorias da supremacia judicial, as quais compactuam com a maior intromissão das Cortes em questões morais e invasivas a outros poderes. O minimalismo crê no relevante papel da Corte e suas (não) decisões, não no que elas representam, mas sim no papel pedagógico que podem desempenhar.

A metáfora de Ulisses e do canto das sereias (Elster, 1984, p. 22, 2009, p. 119-221; Streck et al., 2009, p. 3), amplamente mencionada como o freio que a Constituição exerce nas maiorias (ou democracia majoritária), pode ilustrar o que seria o minimalismo. Ulisses, personagem da obra *Odisseia*, de Homero, durante sua saga enfrenta a tentação do “canto das sereias”. Aqueles que ouvirem seu canto sucumbiriam aos encantos das sereias. Todavia, Ulisses ordenou aos navegadores que o acorrentassem ao mastro, a fim de que pudesse des-

frutar o canto, ao passo que eles deveriam pôr cera em seus ouvidos durante a navegação.

A metáfora também se aplica ao minimalismo das Cortes. Muito embora seja tentador que elas exerçam sua jurisdição em questões paradigmáticas, alcançando certo protagonismo em detrimento dos outros Poderes, deve-se considerar qual o papel desempenhado pela revisão judicial em uma democracia. E um desses papéis é o aprimoramento do debate público, que pode se dar em virtude do silêncio das Cortes quando certas questões são postas em sua arena. O ativismo judicial seria, assim, o canto das sereias. Os valores democráticos seriam as correntes que aprisionam as Cortes ao mastro e as impedem de sucumbir ao ativismo.

A “Promessa Dialógica” ou por que nenhum deles?

Verificou-se, nos capítulos anteriores, um verdadeiro embate que se trava na doutrina entre as correntes que visam justificar a supremacia judicial e as que a rechaçam (defendendo a supremacia legislativa ou o minimalismo). Em meio a essa tese e antítese, surge uma terceira via, que busca compreender o processo de interpretação constitucional destituído de supremacia. Essa corrente pode ser chamada de “Promessa Dialógica” (Bateup, 2006, p. 1109-1180).

A Teoria dos Diálogos Constitucionais foi desenvolvida nos Estados Unidos na segunda metade do século XX, em especial a partir da obra de Alexander Bickel, que, apesar de melhor classificado na corrente minimalista (conforme capítulo anterior), trouxe importantes reflexões para o dialogismo constitucional.

A análise da “Promessa Dialógica” possui uma dimensão tanto diagnóstica, de forma a identificar que a supremacia não persiste quando analisados certos elementos das instituições políticas (atores políticos), quanto prognóstica, visto que dá sinais de como pode ser benéfico tal modelo para a democracia.

Vale frisar, todavia, que a corrente não se confunde com as análises da pragmática linguística no direito levadas a cabo pelas obras de Habermas (2010, p. 147-198) e Alexy (1997, p. 203 e ss.), na Europa, e Ferraz Júnior (2009, p. 2-3), no Brasil. A nomenclatura “Diálogo Constitucional” é utilizada na sua acepção metafórica, uma vez que busca rechaçar a existência de uma “última palavra” no atinente à interpretação constitucional, e não no sentido da interação entre linguagem e direito (tal como feito pela pragmática linguística).

A doutrina americana e canadense sobre o tema é extensa, com diversas acepções de como se pode

operar a “Promessa Dialógica”. A principal diferença, porém, é que a análise dos autores canadenses é centrada na interação entre a Corte e o Parlamento (até porque o sistema de governo canadense é parlamentarista), ao passo que a análise americana dá maior ênfase ao papel do Executivo nesse tabuleiro.

No Brasil, ao contrário, a “Promessa Dialógica” é uma perspectiva recente no cenário jurídico, o que explica a dificuldade de se falar em uma teoria dos diálogos constitucionais “brasileira”. No entanto, por razões didáticas, primeiro se abordará como a teoria dialógica é vista lá fora (em especial nos Estados Unidos e Canadá), para em seguida abordar o modo como se percebe a teoria aqui (no Brasil).

A perspectiva dialógica canadense e americana

Um dos primeiros autores americanos a tratar do tema foi Louis Fisher, por meio da obra *Constitutional Dialogues: Interpretation as a Political Process*. Logo no início da obra, o autor americano deixa claro sua premissa de repúdio ao monopólio judicial (Brandão, 2012, p. 15):

The purpose of this book is to show that constitutional law is not a monopoly of the judiciary. It is a process in which all three branches converge and interact with their separate interpretations (Fisher, 1988, p. 3).

Para o autor, o direito constitucional não se resume ao que as Cortes dizem. Tanto o Parlamento quanto o Executivo também se prestam ao desenvolvimento do processo de interpretação constitucional. A presença de “questões constitucionais (*constitutional issues*)” é fluida por entre os Poderes, o que denota a rejeição a qualquer tipo de supremacia judicial.

Além de os demais Poderes se depararem com “questões constitucionais”, outra premissa que conduz ao dialogismo é a verificação de que a Suprema Corte (na realidade americana) também opera como uma instituição política (Fisher, 1988, p. 4). Assim, o Judiciário também não estaria imune às “intempéries” do sistema político, tais como *lobby*, desacordo e barganha.

O exemplo claro dessa sucumbência se deu com a interação entre o presidente Franklin D. Roosevelt, no seu primeiro mandato, e a Suprema Corte com os ideais conservadores da *Era Lochner*. Nos seus primeiros anos de presidência, Roosevelt buscou implantar uma série de programas sociais, com o escopo de contornar a crise econômica vivenciada pelos Estados Unidos no início da década de 30, a qual fora influenciada, principalmente,

pelo *Crash* de 29 e pelo *Dust Bowl* (o período de seca pelas constantes tempestades de areia que acometiam a região central). A tradição jurisprudencial da Suprema Corte se inclinava a uma eminente defesa a qualquer custo do liberalismo econômico e do livre mercado (daí o conservadorismo marcante da *Era Lochner*).

Presidential optimism was routed on “Black Monday”, May 27, 1935, when the Supreme Court unanimously struck down the National Industry Recovery Act (NIRA). [...]

Roosevelt’s indignation at the judiciary was further aroused on January 6, 1936, when the Court struck down the processing tax in the Agricultural Adjustment Act. [...] Other decisions in 1936, striking down federal and state laws, provided extra incentives to curb the Court (Fisher, 1988, p. 210-211).

O descontentamento de Roosevelt com a Suprema Corte progredia, uma vez que nela residia seu principal óbice para o implemento das políticas sociais (especialmente da política do *New Deal*). Esse descontentamento o motivou a buscar alguma maneira de “contornar” o conservadorismo da Corte. Por essa razão, ele se mobilizou e chegou a formular um “*Court Packing Plan*” (uma espécie de pacote de medidas para intervir na Suprema Corte (Fisher, 1988, p. 209-215; Ackerman, 2008, p. 363-406), que previa, entre outros aspectos, o aumento do número de ministros, idade limite para a aposentadoria e a limitação nos vencimentos.

Seria inevitável a aprovação do plano, pois, com as eleições para o Congresso em 1936, Roosevelt passou a contar com a maioria parlamentar. Dessa forma, a pressão (política) sobre a Suprema Corte aumentou.

O plano não chegou a ser posto em votação. Roosevelt venceu a queda de braço com a Corte, muito em função da mudança de postura de alguns ministros e da possibilidade de nomeação de outros. Sem o Judiciário como empecilho, o então presidente dos Estados Unidos conseguiu pôr em prática seus programas de governo.

Other decisions in 1937 confirmed that the Court had become more accepting of New Deal programs. Roosevelt remarked with obvious relish: The old minority of 1935 and 1936 had become the majority of 1937 – without a single new appointment of a justice. [...] Justice Van Devanter stepped down on June 2, 1937, giving Roosevelt his first chance in more than four years to nominate a Justice to the Supreme Court. Other retirements were imminent. Within a matter of months, the need for the court-packing plan had evaporated. President Roosevelt would be able to “reorganize” the Court without action on his bill (Fisher, 1988, p. 215).

Voltando para a caracterização da “Promessa Dialógica” na acepção de Fisher, após uma breve exposição sobre o porquê de a Corte dever ser encarada como uma instituição política, o autor propõe uma “construção coordenada (*coordinate construction*)” no processo de interpretação constitucional. Em linhas gerais, a Constituição é modelada por meio da atuação dos três Poderes, cujos pronunciamentos dialogam entre si e com a sociedade.

O desvelamento do senso constitucionalmente adequado não (necessariamente) se encerra na jurisprudência da Corte. Uma lei pode forçar uma releitura daquilo que já estava assentado na Corte, de modo a evoluir a própria jurisprudência. A lei pode ser fruto da tentativa de implemento de políticas sociais pelo Presidente, tal como fez Roosevelt, que no direito constitucional americano teve o mérito de aproximar os direitos sociais e o constitucionalismo nos Estados Unidos. A virtude da “Promessa Dialógica” é permitir que novos temas sejam albergados pelo debate constitucional.

É nesse mesmo sentido que se pauta a doutrina canadense. Janet L. Hiebert, na obra *Charter Conflicts: What Is the Parliament's Role?*, trilha os mesmos passos de Fisher. A autora cunha o conceito de “responsabilidade compartilhada (*shared responsibility*)” (Hiebert, 2002, p. 43) e também insere os outros Poderes na dinâmica da interpretação constitucional. O foco da autora, conforme já salientado acima, é a relação entre o Judiciário e o Legislativo.

Na visão da autora, a melhor maneira de se alcançar os valores constitucionais é por meio da interação entre as interpretações constitucionais conduzidas pelo Parlamento e as da Corte. Daí surge o conceito de “abordagem relacional (*relational approach*)”, em que cada Poder buscaria compreender as razões por trás da decisão emanada do outro.

Thus, a relational approach is informed by the assumption that parliamentary and judicial judgments be guided by a degree of modesty about the superiority of their conclusions and by a respect for the other's contrary interpretation. Respect is measured by a sincere effort to understand the reasons and motivations that led to a contrary assessment, even if each ultimately disagrees with other (Hiebert, 2002, p. 52).

Essa busca pela compreensão não necessariamente conduzirá ao consenso, mas buscará revelar os caminhos diversos que cada Poder traçou na sua interpretação. O instrumento que retrataria essa contraposição de justificativas é o *legislative override*, previsto na Seção 33 da *Charter* canadense.

Esse dispositivo é exemplificado como símbolo da supremacia legislativa. Por outro lado, Hiebert enxerga a Seção 33 como um mecanismo que pode ser útil para concretizar a “Promessa Dialógica”. Em linhas gerais, trata-se da previsão constitucional de que o Parlamento ou as legislaturas das províncias possam manter determinada lei reputada inconstitucional pela Suprema Corte canadense. Para a autora, esse mecanismo poderia ser útil caso o Parlamento “levasse a sério” as motivações que fizeram a Corte derrubar a lei (Hiebert, 2002, p. 63).

Em que pese a previsão constitucional da reversibilidade, o alto custo político impediu que o instrumento se fizesse presente no cenário jurídico canadense, e tampouco desempenhasse o papel dialógico tal como previsto por Hiebert (Brandão, 2012, p. 242).

Na esteira da perspectiva dialógica de Hiebert, Kent Roach é outro autor canadense que se mostra defensor da referida corrente. A obra *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue* expõe como a “Promessa Dialógica” anda em estreita consonância não só com o constitucionalismo, mas também com o próprio desenvolvimento democrático. “This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it” (Roach, 2001, p. 176).

A grande contribuição ao processo democrático gerado pela “Promessa Dialógica” é determinar a pauta de valores que o Parlamento, o Judiciário e, consequentemente, a sociedade reputam como preponderantes.

Fisher, Hiebert e Roach são três autores que trataram do dialogismo constitucional. Muito embora cada qual trouxesse aspectos próprios em suas teorias, o cerne comum a todos é a identificação de que a interpretação constitucional não se limita ao que é decidido por um único Poder. O constitucionalismo é fruto dos (des)acordos sobre aquilo que cada Poder entende que pode ser reputado constitucional.

A perspectiva dialógica brasileira

A teoria dos diálogos constitucionais, como visto acima, aterrissou recentemente no Brasil. Apesar de crescente entre os pesquisadores, duas obras que retrataram a “Promessa Dialógica” podem ser tidas como referências.

A primeira delas é *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, de Conrado Hübner Mendes. O autor traça a sua percepção dialógica de maneira intermediária entre a supremacia e o diálogo. Para tanto, formula dois conceitos: “rodada procedimental” e “últi-

ma palavra provisória” (Mendes, 2011, p. 191). Tal como em um jogo, cada Poder sobressairia com sua interpretação durante determinado período, até que viesse a interpretação concebida por outro Poder, a qual passaria a ser dominante.

Um exemplo que referenda a perspectiva do autor é o debate acerca da prerrogativa de foro em processos penais (Lopes Júnior, 2012, p. 479-784). Durante muito tempo, vigorou no STF a Súmula 394, que conferia foro privilegiado nos casos de crimes cometidos durante o exercício funcional (e caso houvesse previsão da prerrogativa da autoridade que os cometeu), mesmo que ação penal seja iniciada depois de cessada a função. Em 2001, o STF reviu a jurisprudência, revogando a Súmula, passando a prerrogativa de função a ser “móvel”, sendo a autoridade processada conforme esteja investida no cargo/função. Em 2002, porém, foi promulgada a lei 10.628, restaurando o entendimento da Súmula, mantendo a prerrogativa se o crime foi praticado no exercício funcional, mesmo que não mais investida a autoridade no cargo. Em 2005, mais uma reviravolta. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2.797¹¹ declarou a inconstitucionalidade formal da referida lei, modulando, porém, prospectivamente os efeitos.

Hoje, a “última palavra provisória” pertence ao STF, no sentido de prever a prerrogativa de função “móvel”. Talvez a próxima rodada recaia ao Legislador, visto que a *ratio decidendi* verificou a inconstitucionalidade formal, pois a matéria é constitucional, não podendo ser criadas hipóteses de privilégio por meio de lei. Passada a emenda, talvez a palavra seguinte seja do STF, nesse momento se adentrando no mérito sobre a constitucionalidade da prerrogativa de foro à luz do Estado Democrático de Direito.

A segunda obra que tratou da “Promessa Dialógica” é *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*, de Rodrigo Brandão. A abordagem do autor é empírica, no sentido de demonstrar a ocorrência de instrumentos de reversibilidade, por exemplo, como ocorre por meio das emendas constitucionais e na própria legislação infraconstitucional. Para o autor, é preferível a “Promessa Dialógica” em face dos modelos que pugnam pela supremacia, pois o dialogismo obtém uma performance melhor na efetividade dos direitos fundamentais, acesso ao autogoverno, pluralismo, democracia e reduz arbitrariedades dos Poderes (Brandão, 2012, p. 325).

O presente capítulo buscou debater alguns fundamentos que rechaçam ou justificam o controle judicial

do processo legislativo. Apesar da categorização entre supremacia legislativa, supremacia judicial e “Promessa Dialógica,” observou-se que há uma conexão entre os argumentos até aqui apresentados, seja nas premissas (por exemplo, o conteúdo moral no direito tanto na perspectiva de Waldron quanto na de Dworkin), seja no modelo de revisão judicial proposto (como se dá pela perspectiva dialógica que se apresenta tanto no minimalismo quanto na “Promessa Dialógica”).

Considerações finais

Todo o percurso feito até aqui demonstra a atualidade do debate que existe por trás dos fundamentos da interpretação constitucional. A atualidade repousa na inviabilidade de se chegar a um denominador comum ou a alguma resposta em definitivo. Pelo contrário, tratar da supremacia das instituições sempre significará a renovação de teses e antíteses.

Até mesmo a “Promessa Dialógica”, emergindo como uma terceira via entre a supremacia judicial e a legislativa, não comporta ares de definitividade, tampouco consenso entre os estudiosos (até porque a própria terceira via se renova com o tempo).

No entanto, a contribuição que se resgata do estudo dos argumentos que alicerçam a legitimidade/fundamento do exercício da interpretação constitucional é justamente questionar os pronunciamentos dessas instituições. Verificou-se quão denso é o embasamento teórico que cerca as instituições (em especial o Judiciário e o Legislativo) de modo a legitimar suas atuações.

Essa densidade teórica significa que não se pode aceitar que “seja feito qualquer coisa, de qualquer jeito”. Os tribunais não podem decidir da forma que lhes aprouver, mas devem “levar os direitos a sério”, tomando emprestada a expressão de Dworkin, assim como os Parlamentares devem ter bastante cautela quando da edição de determinada proposição legislativa.

Por fim, diante de todo esse contexto (de busca pela legitimidade), incumbe à sociedade tomar a sio protagonismo a fim de que se exija das instituições políticas uma atuação que seja correspondente às expectativas nelas assentadas. Caso contrário, a busca pela legitimidade não passará de bons argumentos fictícios.

Referências

ACKERMAN, B. 2008. *Transformação do direito constitucional: Nós, o povo soberano*. Belo Horizonte, Del Rey, 582 p.

¹¹ Ministro Relator Sepúlveda Pertence, julgado em 15 de setembro de 2005, DJ em 19 de dezembro de 2006.

- ALEX, R. 1997. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 346 p.
- AMARAL, F. 2008. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro, Renovar, 714 p.
- BARROSO, L.R. 2013. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte, Fórum, 522 p.
- BATEUP, C. 2006. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, 71: 1109-1180.
- BICKEL, A. 1962. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale, Bobbs-Merrill, 303 p.
- BOBBIO, N. 2006. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Cone, 239 p.
- BRANDÃO, R. 2012. *Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro, Lumen Juris, 370 p.
- DAHL, R. 2012. *A democracia e seus críticos*. São Paulo, Martins Fontes, 625 p.
- DAHL, R. 1957. Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, 6:279-295.
- DWORKIN, R. 2006. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo, Martins Fontes, 572 p.
- ELSTER, J. 2009. *Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. São Paulo, UNESP, 388 p.
- ELSTER, J. 1984. *Ulysses and the Sirens*. Cambridge, Cambridge University Press, 193p.
- FERRAZ JÚNIOR, T.S. 2009. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 346 p.
- FISHER, L. 1988. *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*. Princeton, Princeton University Press, 305 p.
- HABERMAS, J. 2010. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 6ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 689 p.
- HESSE, K. 1991. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 34 p.
- HIEBERT, J.L. 2002. *Charter Conflicts: What is the Parliament's Role?* Montreal, McFrill-Queen's University Press, 285 p.
- KELSEN, H. 2013. *Jurisdição Constitucional*. 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 319 p.
- LOPES JÚNIOR, A. 2012. *Direito processual penal*. 9ª ed., São Paulo, Saraiva 1384 p.
- MENDES, C.H. 2008. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro, Elsevier, 200 p.
- MENDES, C.H. 2011. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, Saraiva, 254 p.
- MOREIRA, N.C. 2010. *Fundamentos de uma Teoria da Constituição Dirigente*. Florianópolis, Conceito Editorial, 241 p.
- PERELMAN, C. 2004. *Lógica jurídica*. 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 259 p.
- ROACH, K. 2001. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto, Irwin Law, 352 p.
- SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C.P. 2012. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte, Fórum, 631 p.
- SCHMITT, C. 2007. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte Del Rey, 234 p.
- SUNSTEIN, C. 2001. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Harvard University Press, 290 p.
- STRECK, L.L. 2004. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – Uma nova crítica do Direito*. 2ª ed., Rio de Janeiro Forense, 710 p.
- STRECK, L.L.; BARRETTO, V. de P.; OLIVEIRA, R.T. 2009. *Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte.” Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 1(2):75-83. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>. Acesso em: 18/12/2014. <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2009.12.07>
- TAVARES, A.R. 1998. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. São Paulo, IBDC, 165 p.
- TOCQUEVILLE, A. de. 2005. *A democracia na América*. 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 364 p.
- TUSHNET, M. 1999. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton, Princeton University Press, 242 p.
- VILHENA, O.V. 2002. *Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política*. 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 152 p.
- WALDRON, J. 2003. *A dignidade da legislação*. São Paulo, Martins Fontes, 214 p.
- WALDRON, J. 1999. *Law and Disagreement*. New York, Oxford University Press, 332 p.

Submetido: 26/02/2014

Aceito: 29/09/2014