

NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS:¹ REDIMENSIONAMENTO DAS CAPACIDADES CONSTITUCIONAIS PELO PAPEL DIALÓGICO-DEMOCRÁTICO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

*NEW INSTITUTIONAL SETTINGS: RETHINKING THE
CONSTITUTIONAL CAPACITIES BY THE DEMOCRATIC-
DIALOGICAL RULE OF THE ATTORNEY GENERAL'S OFFICE*

Luis Cláudio Martins de Araújo

Advogado da União, Mestrando em Direito -UFRJ

*Pós-graduado em International Environmental Law - UNITAR
com extensão em International Law pela Hague Academy of International Law e
pela (IAJC/OAS). Visiting Researcher pela Fordham University School of Law.*

Pós-graduado em Processo Constitucional - UERJ.

Graduado em Direito -PUC-RIO

1 Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado à Faculdade Nacional de Direito (FND) e ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), na concorrência do Edital Universal nº 14/2011 (Processo nº 480729/2011-5) e no Programa Institucional de Bolsas em Iniciação Científica (PIBIC CNPq/UFRJ), pela Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), na concorrência do Edital nº 09/2011 (Processo nº E-26/111.832/2011), além de Bolsa de Iniciação Científica (IC-FAPERJ), e pela Coordenadoria de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

SUMÁRIO: Introdução; 1 O judicial review e a crítica institucional; 1.1 A Teoria Institucional e as capacidades constitucionais; 1.2 Os Efeitos Sistêmicos; 2 Novos arranjos institucionais: Redimensionamento das Capacidades Constitucionais pelo papel dialógico-democrático da Advocacia-Geral da União; 2.1 Histórico; 2.2 O papel dialógico-democrático da Advocacia-Geral da União; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: É notável a atuação expansiva do Poder Judiciário no cenário institucional mundial, protagonizado pelo modelo de constitucionalismo norte-americano. No entanto, nos procedimentos travados nas sociedades democráticas, a legitimidade das decisões judiciais deve operar a partir da construção de um processo deliberativo para a viabilidade do diálogo entre instituições. Dentro desta perspectiva, a Teoria das Instituições se apresenta como uma opção para apontar como, em um Estado Democrático de Direito, deve-se realizar a atividade institucional do ponto de vista jurídico-político, seja no desempenho de suas funções e competências, seja na relação sistêmica dialógica entre instituições. Neste diapasão, propõe-se analisar a instituição Advocacia-Geral da União (AGU), especialmente por meio de alguns mecanismos desenvolvidos nos últimos anos que, ao propiciarem diálogos entre as partes envolvidas em controvérsia, tentam buscar maior segurança jurídica e estabilidade institucional.

PALAVRAS-CHAVE: Arranjos Institucionais. Capacidades Constitucionais. Diálogos-Democráticos. Advocacia-Geral da União.

ABSTRACT: It is remarkable the activist posture of the Judiciary Power setting worldwide, especially by the outcome of the American constitutionalism. However, in the procedures stated in democratic societies, it is necessary to understand that the legitimacy of a judicial decision should operate from a deliberative perspective for the viability of the dialogue between institutions. In this perspective, the institutional theory is a strong alternative to point out, from the legal-political standpoint, how should be performed the institutional activity in a democratic State, in the performance of it duties and competencies or in a systemic-dialogical relation between institutions. Thus, the goal of this article is the study of the Attorney General's Office from a institutional-dialogical perspective, taking into consideration some mechanisms developed in recent years, which brought juridical strength and institutional stability to the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Institutional Settings. Constitutional Capacities. Democratic-Dialogue. Attorney General's Office.

INTRODUÇÃO²

O debate sobre as Teorias Institucionais tem ocupado grande espaço na doutrina jurídico-político norte-americana e, mais recentemente, brasileira. Este debate, pautado, sobretudo, na Teoria Dialógica Institucional, parte da premissa que as instituições devem ser investigadas em suas atividades e situações estruturais.

Neste sentido, deve-se partir da premissa de que, no âmbito das atividades institucionais, as controvérsias devem ser resolvidas por meio de uma atividade dialógica, problematizando o tradicional comportamento isolacionista das instituições brasileiras, dentro do parâmetro central de cooperação entre as instituições em uma ordem constitucional, de modo a lhe proporcionar maior coesão e estabilidade, através da produção dos efeitos sistêmicos.

Ou seja, a partir da preocupação doutrinária exposta principalmente por parte dos teóricos norte-americanos, iniciada na última década, dedica-se ao tema das instituições, num plano jurídico-político e a necessidade de releitura do papel das instituições na revisão constitucional.

Neste sentido, a partir desta leitura, devem ser encontrados parâmetros que compreendam mecanismos e instrumentos capazes de aperfeiçoar um sistema cooperativo e progressivo das relações entre a Advocacia-Geral da União (AGU) e as demais instituições, pela via sistêmico-dialógica, superando as tradicionais teorias de interpretação constitucional e de separação de poderes, a partir da conciliação das instituições, em uma comunidade cooperativa jurídico-política, responsáveis pela atividade constitucional-democrática nas sociedades atuais.

Assim, o comportamento da AGU deverá ser analisado, tendo em conta critérios de interpretação, decisão, atuação e cooperação, no que tange suas capacidades deliberativas e dialógicas, recorrendo aos fundamentos dos valores constitucionais e da razão pública. Em um plano mais específico, também será analisado se as Súmulas, os Pareceres e a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) configuram um crescimento para o diálogo entre instituições, apto a produzir efeitos sistêmicos positivos na ordem jurídica, verificando a

² Gostaria de agradecer às graduandas da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro Gabriela Vieira Leonardos, Amanda Pierre de Moraes Moreira, Bruna Cavalcanti, e Fabiana Pacheco pelo apoio fundamental ao desenvolvimento e arranjo final deste texto.

existência ou não de uniformidade na capacidade de interpretação do texto constitucional e de uniformidade nos procedimentos decisoriais.

1. O JUDICIAL REVIEW E A CRÍTICA INSTITUCIONAL

1.1 A Teoria Institucional e das capacidades constitucionais

Ao se analisar a história recente do constitucionalismo dos Séculos XIX e XX³ 4, observa-se que por um longo período de tempo os Estados Unidos da América permaneceram como o único Estado a submeter as decisões emanadas do Poder legislativo, dotadas de legitimidade democrática, à jurisdição constitucional⁵ 6. Esta ideia é inaugurada com o julgamento "Marbury v. Madison"⁷ 8 pela Suprema Corte dos Estados Unidos ao

-
- 3 É possível encontrar em instituições pré-modernas, antepassados da jurisdição constitucional, como por exemplo, na Grécia, em que era possível invalidar decretos de agentes designados pelas assembleias para conduzirem a administração – o procedimento dessa invalidação era chamado de *graphē paranomon* – e ocorria quando os agentes designados estabeleciam decretos que violavam as regras superiores elaboradas pelas assembleias. Talvez este tenha sido o antecedente mais antigo da jurisdição constitucional.
 - 4 Na Inglaterra do século XVII pré-parlamentarista se desenvolveu o início da jurisdição através da common law, como no caso Bonham em que uma lei que dava à corporação de ofício dos médicos a possibilidade de impor multas, julgá-las e ficar com a receita da multa caso correta sua aplicação, foi considerada violadora da common law, tendo em vista a imparcialidade no julgamento das multas, já que a instituição que julgava era beneficiada por um dos resultados.
 - 5 O artigo III da Constituição afirma que o "poder judicial dos Estados Unidos, será investido em uma Suprema Corte, e em tribunais inferiores como o Congresso ordenar e estabelecer."
 - 6 Antes do New Deal, os americanos colocavam maior ênfase na tradicional divisão de responsabilidades entre os estados e o governo federal; sobre os direitos dos estados em geral; e sobre a autonomia individual entendida em um sentido libertário. Além do que, eles eram muito mais desconfiados do poder do Estado. O debate moderno sobre o papel do judiciário federal na democracia americana se originou com o aumento lento do Estado nacional no final do século XIX.
 - 7 Nos Estados Unidos existia o cargo de juiz de paz, nomeado pelo presidente e entregue pelo secretário de justiça. Na época, o presidente John Adams nomeou Marbury, mas a comissão para o cargo não lhe foi entregue. Na eleição presidencial seguinte, John Adams foi derrotado pelo candidato do partido rival, Thomas Jefferson, que se recusou a dar posse àquele juiz de paz indicado pelo antigo presidente. Assim, Marbury impetrou *writ of mandamus* contra o secretário de justiça de Jefferson, Madison, para que pudesse se tornar juiz de paz. O caso foi para a Suprema Corte, que era um órgão novo e ainda não exercia muita influência na sociedade, e pela primeira vez, teria que analisar se deveria prevalecer a lei ou a Constituição. A decisão estabeleceu que Marbury estava certo, ou seja, tinha o direito de tornar-se juiz de paz e a propositura da ação para obrigar o Estado a cumprir seu dever era o procedimento correto. Porém, se afirmou que a Suprema Corte não tinha competência para o julgamento do caso. Isso porque a lei que estabeleceu essa competência estava em desacordo com o estabelecido na Constituição. Assim, a Suprema Corte norte-americana inaugurou a *judicial review*, que corresponde ao controle de constitucionalidade, utilizando a lógica de Marshall. Ou seja, John Marshall que era o *Chief of Justice* manejou o seguinte raciocínio: Se a lei tem mesma ou menor força que a Constituição, o pré-determinado papel da Constituição como limite ao legislador não procederia. Assim, se houver conflito entre a aplicação de uma lei e a Constituição, a regra constitucional deverá prevalecer, por ser hierarquicamente superior.
 - 8 No famoso ensaio de Alexander Hamilton sobre o poder judicial em "O Federalista" n° 78 está claramente se discutindo a independência judicial, não o judicial review no sentido moderno. Hamilton começa sua discussão sobre "o direito dos tribunais pronunciarem atos legislativos nulos". Se um

entender que no conflito entre a aplicação de uma lei e a Constituição, a regra constitucional deverá prevalecer por ser hierarquicamente superior. Contudo pode-se atribuir à ratificação das emendas da Guerra Civil (em especial a Décima Quarta Emenda), ao *Jurisdiction and Removal Act* de 1875 e ao *Judiciary Acts* de 1891 e 1925, os instrumentos mais relevantes para o aumento da atividade e competência da Suprema Corte, nos termos do artigo III da Constituição, ao dar-lhe maior capacidade para controlar processos e direcionar sua atenção aos casos constitucionais⁹.

Assim, pode-se afirmar que o judicial review contemporâneo é mais uma criação do Estado moderno do que uma ideia aceita do final do século XVIII. Ou seja, a versão moderna do judicial review não é simplesmente um poder judicial discreto, mas uma instituição complexa que inclui importantes concessões que se fizeram depois da Guerra Civil e de uma série de entendimentos construídos ao longo dos anos entre os ramos do governo.

Na verdade, a instituição moderna de judicial review e da doutrina da supremacia judicial não existia no final do século XVIII e na founding generation. Com a criação do Poder Judiciário, o framers eram principalmente preocupados com o estabelecimento da independência judicial, isto é, com o esquema de separação de poderes, poderes compartilhados e freios e contrapesos consagrados na Constituição.

De toda sorte, no caso da Suprema Corte Norte-Americana¹⁰, principalmente a partir de meados dos anos 1930, se inicia o debate moderno sobre a Supremacia do Judiciário e o papel do Tribunal no

determinado ato é contrário à Constituição deve ser considerado inválido. Os tribunais estariam em uma boa posição para fazer cumprir a vontade do povo como "um corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, entre outras coisas, manter o Legislativo dentro dos limites atribuídos à sua autoridade." O argumento do Chief Justice John Marshall no caso *Marbury vs Madison* é semelhante em alguns aspectos ao de Hamilton. Marshall começa com a pergunta geral "se um ato, repugnante à Constituição, pode se tornar a lei da terra." Marshall argumenta que o poder judicial para declarar a legislação nula é uma implicação necessária do status da Constituição como lei suprema. Uma vez que «é enfaticamente o poder e o dever do Poder Judicial dizer o que a lei é», uma lei em conflito com a Constituição deve ser considerada inválida. Assim, qualquer outro resultado permitiria ao legislador fazer "o que é expressamente proibido". Marshall conclui que «uma lei repugnante à Constituição é nula.»

9 Antes de 1860, apenas duas leis federais foram consideradas inconstitucionais, juntamente com trinta e cinco disposições da lei estadual e local. Após 1860, o ritmo em que as leis estaduais e locais foram consideradas inconstitucionais aumentou consideravelmente e a invalidação de leis federais tornou-se comum.

10 BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo *In: Temas de direito constitucional, t. IV*, 1 ed. Renovar, 2009. p.144 e s.

sistema político¹¹ como se observa na crise do “Court-Packing” de 1937¹² e na discussão do papel legítimo que o Tribunal poderia desempenhar para defender o Bill of Rights contra incursões majoritárias, como se observa do raciocínio que emerge claramente da famosa nota de rodapé quatro em *United States v. Carolene Products Co.*^{13 14}.

Ademais, no que toca ao continente europeu, a ideia do judicial review desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial¹⁵ e se aprofunda no fim do século XX¹⁶, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida com a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficariam imunizados contra a ação danosa do processo político majoritário e sua proteção passava a caber ao Judiciário¹⁷.

De toda sorte, em um período mais recente, principalmente no final da segunda quadra do Século XX e início do Século XXI, a participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes constituídos, inaugura a ideia da Supremacia do

-
- 11 O Tribunal tomou inúmeras decisões contrárias aos interesses daqueles que buscavam as reformas sociais e econômicas. Este período foi chamado de era Lochner após o julgamento de *Lochner v. New York* de 1905. O período Lochner foi superado pelo *West Coast Hotel Co. v. Parrish*.
 - 12 Em 1935-36, o Tribunal decidiu oito casos importantes contra o New Deal e assim provocou a crise do “Court-Packing” de 1937, em que Roosevelt tentou forçar a nomeação de novos juízes para o Tribunal. O plano de Roosevelt foi derrotado, mas ele logo foi capaz de colocar um número de adeptos do New Deal no Tribunal. Na verdade, mesmo antes de Roosevelt assegurar estas nomeações, o Tribunal já havia mudado de direção e começou a considerar a legislação do New Deal constitucional em bases regulares. Contudo, a crise do «Court-Packing» foi importante para o desenvolvimento da teoria constitucional norte-americana. Os estudiosos chegaram à conclusão de que era um erro para o Tribunal se opor a uma determinada maioria nacional com base em nada mais que um desejo de proteger os direitos de propriedade. O debate do New Deal mostrou que houve uma tensão entre o exercício do *judicial review* e do governo democrático, uma tensão que muitos sentiam que devesse ser resolvida em favor da democracia.
 - 13 Essencialmente, o Tribunal declarou que deve fazer cumprir rigorosamente a Constituição, quando a legislação em causa (1) violar um direito específico identificado no texto da Constituição, (2) excluir os cidadãos do processo político, ou (3) for resultado de preconceito contra minorias.
 - 14 Nesse sentido, podemos compendiar os seguintes exemplos: o direito à não-auto-incriminação (*Miranda v. Arizona*, 1966), liberdade de imprensa (*New York Times v. Sullivan*, 1964), a legitimidade da segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of Education*, 1954), dentre outros inúmeros casos.
 - 15 A Alemanha e a Itália instituíram Cortes Constitucionais no pós-guerra.
 - 16 Portugal e Espanha após suas respectivas revoluções e os países do leste Europeu e as ex-repúblicas Soviéticas criaram suas Cortes Constitucionais com a queda de seus regimes.
 - 17 Na Europa dos dias de hoje, Reino Unido, Holanda e Luxemburgo são os únicos países que ainda mantêm o padrão de supremacia do Parlamento e não adotam nenhuma modalidade do *judicial review*.

Judiciário. Percebe-se então a aplicação do texto constitucional em todas as suas potencialidades e a ascensão do Judiciário ao papel de protagonista diante dos demais Poderes constituídos¹⁸.

No caso brasileiro¹⁹, o texto constitucional de 1988 marcado pela prodigalidade de direitos e a ampliação de poderes da jurisdição do Supremo Tribunal Federal culminou em uma expansão dos papéis do Poder Judiciário e em um crescente processo de judicialização da política e das relações sociais, associada a uma forte tentativa de redefinição institucional norteada pelos ideais de concentração e vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal²⁰ com a ocupação de vazios constitucionais conferidos ao Poder legislativo pelo Poder Judiciário²¹. Além disto, a permanente desconfiança e o questionamento da legitimidade em relação aos Poderes Legislativo e Executivo acarretam o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário, que emite a última palavra sobre questões constitucionais.

Contudo, em uma sociedade pluralista, marcada por uma multiplicidade de concepções de vida, a legitimidade das decisões judiciais depende de que o procedimento democrático de decisão coletiva seja compatível com as diferentes concepções de justiça existentes em uma sociedade^{22 23}. Ou seja, as decisões judiciais, no contexto de práticas institucionais, deve envolver a devida reflexão das concepções que possam ser compartilhadas com base em um acordo racional, bem-informado e voluntário^{24 25} na projeção conceitual de um sistema que permita que as decisões judiciais sejam desenvolvidas de forma coerente

18 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

19 No Brasil, principalmente através de Rui Barbosa, influenciado pela jurisdição constitucional norteamericana, o controle de constitucionalidade incidental é inserido na Constituição de 1891 e se desenvolve ao longo das demais cartas constitucionais, especialmente com a Constituição de 1988, onde a jurisdição constitucional se amplia e se torna a mais democrática.

20 VALLE, Vanice Regina Lírio do. et alli. (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 36-37.

21 ex União Homoafetiva (ADPF 154); Pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510); Caso Ellwanger (HC 82424); Demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388); Não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130).

22 WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 111.

23 WALDRON, Jeremy. *Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative*. 25 U. MICH. J.L. REFORM 751 (1991-1992) at 778.

24 RAWLS, John. *O liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

25 RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

com outras instituições e Poderes Constituídos, a partir de uma visão de previsibilidade e equidade²⁶ em que não haja inconsistência ou dissonância^{27 28 29}.

Dentro desta visão, pode-se afirmar que não há uma concordância sobre a forma pela qual as instituições básicas de uma democracia constitucional devem ser organizadas para satisfazer os termos equitativos de cooperação entre cidadãos considerados livres e iguais entre si^{30 31}, existindo assim uma profunda discordância sobre a melhor maneira de se efetivar os valores da liberdade e da igualdade na estrutura básica da sociedade^{32 33}.

26 Assim, para responder à questão da justiça como equidade, Rawls propõe dois princípios de justiça: a) toda pessoa tem igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos (projeto este compatível com os demais) e nesse projeto as liberdades políticas deverão ter seu valor equitativo garantido; b) as desigualdades sociais e econômicas devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades e devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade. Da junção destes dois princípios (com prioridade do primeiro sobre o segundo), decorrem as instituições básicas de uma democracia constitucional, bem como as características e elementos principais de uma concepção liberal de justiça. Logo uma concepção política de justiça deve envolver a devida reflexão (equilíbrio reflexivo) das concepções dos indivíduos refletidas em todos os níveis de generalidade. Assim, a justiça como equidade tem sua ideia organizadora em uma sociedade concebida como um sistema equitativo de cooperação social entre pessoas livres e iguais. Além do que tem como objetivo uma concepção de justiça que possa ser compartilhada pelos cidadãos com base em um acordo político racional, bem-informado e voluntário.

27 DWORKIN, Ronald, *Hard Cases*. in *Taking Rights Seriously*, p. 113.

28 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 254.

29 DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 17.

30 RAWLS, John. *O liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

31 Desta forma, o exercício da dinâmica institucional é justificável quando exercido de acordo com valores essenciais cujos elementos se pode esperar que razoavelmente todo cidadão possa aderir, a partir de uma razão compartilhada da concepção de justiça dentro de consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis e racionais.

32 Ou seja, o liberalismo político procura uma concepção política de justiça que possa conquistar o apoio de um consenso sobreposto que abarque doutrinas religiosas, filosóficas, morais razoáveis e racionais. Cada cidadão deve estar disposto a explicar os princípios e políticas que defende, bem como ter a disposição de ouvir os argumentos contrários. Os cidadãos devem conduzir suas discussões baseados em valores que se pode razoavelmente esperar que os outros subscrevam. Aquilo que aceitamos com base na razão e na reflexão bem informada é livremente aceita. Ligado a estas questões está a noção de sociedade bem-ordenada, no sentido se uma sociedade na qual cada indivíduo aceita- e sabe que todos os demais indivíduos aceitam- os mesmos princípios de justiça.

33 Uma concepção política de justiça para Rawls se liga à estrutura básica de uma sociedade, englobando as principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade e a maneira pela qual se combinam em um sistema unificado de cooperação social de uma geração até a seguinte. Logo, a

Ou seja, as instituições precisam estabelecer uma dinâmica segura na adoção de visões preponderantes devidamente compartilhadas para a atuação das mesmas^{34 35}. Uma reflexão sobre tais visões deve estar diretamente relacionada à ideia de constitucionalidade e de razão pública, como uma cultura constitucional-democrática e desenvolvida como uma instrumentalização racional da comunicação e interação entre seus atores discursivos. Não é mais possível conduzir a atividade do Estado Democrático apenas pela funcionalidade normativa da interpretação constitucional. É necessário, por isso, a conciliação entre os valores constitucionais e a razão pública, na realidade prática da estruturação e da atuação institucional. Ou seja, as instituições, em uma comunidade na qual haja cooperação jurídico-política, tornam-se as responsáveis pela concretização democrática da Constituição nas sociedades atuais.

É exatamente neste contexto que surge a discussão sobre o redimensionamento do papel do Poder Judiciário, principalmente por

justiça como equidade parte da ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação ao longo do tempo de uma geração até a seguinte. Da mesma forma, a teoria da justiça como equidade é uma concepção liberal (ainda que esta concepção seja moral, ela não será concebida como uma doutrina moral abrangente), bem como uma concepção de justiça válida para uma democracia, proporcionando uma base para os princípios constitucionais e para os direitos e liberdades básicas. Além do que, o objetivo da teoria da justiça como equidade não é metafísico ou epistemológico, mas sim formar uma base para um acordo político informado e voluntário entre cidadãos livres e iguais.

- 34 Rawls também discute a questão do construtivismo político em contraste ao construtivismo moral de Kant e ao intuicionismo racional. Assim, o construtivismo político afirma que após a obtenção do equilíbrio reflexivo, os princípios de justiça política podem ser representados como resultado de um certo procedimento de construção. Neste procedimento, modelado de acordo com a posição original, os agentes racionais selecionam os princípios públicos de justiça que devem regular a estrutura básica da sociedade. Assim, uma concepção política construtivista assegura em uma sociedade democrática a possibilidade de um consenso sobreposto e desenvolve os princípios de justiça a partir das ideias públicas e compartilhadas da sociedade enquanto sistema equitativo de cooperação de cidadãos livres e iguais.
- 35 Rawls trabalha ainda a questão da posição original trabalhando a concepção tradicional de justiça que especifica os princípios adequados para realizar a liberdade e a igualdade. Neste sentido, deve-se buscar um ponto de vista a partir do qual um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais possa ser estabelecido. A posição original com os traços do “véu da ignorância” (*veil of ignorance*) é este ponto de vista. Por sua vez a ideia de “véu da ignorância” se liga à ausência de conhecimento da posição social ou a doutrina abrangente das partes. Ou seja, para haver um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais deve-se eliminar as vantagens que surgem em função das tendências sociais, históricas e naturais. Logo, a posição original deve ser considerada um artifício de representação e todo acordo entre as partes como hipotético e não histórico. Rawls trata da posição original como um caso de justiça procedimental pura, no sentido de que os princípios de justiça apropriados para especificar os termos equitativos de cooperação social são aqueles que seriam selecionados como resultado de um processo de deliberação racional (ao contrário de justiça procedimental perfeita em que já há um critério já determinado do que é justo). Assim, as partes não seriam obrigadas a aplicar nenhum princípio de justiça delimitado previamente.

meio da Teoria Institucional, que representaria um novo modelo de proteção de direitos constitucionais em relação ao modelo constitucional norte-americano.

Ou seja, as Teorias Institucionais vem discutindo, atualmente, a legitimidade da atuação entre os Poderes de Estado e como as instituições devem ser investigadas em suas atividades e situações estruturais. Por isso, deve-se buscar identificar se, no âmbito da atividade das instituições, as controvérsias são resolvidas por meio de uma atividade dialógica ou isolada, enfatizando a cooperação entre as instituições em uma ordem constitucional, de modo a lhe proporcionar maior coesão e estabilidade, e estabelecendo mecanismos e instrumentos capazes de aperfeiçoar um sistema cooperativo e progressivo das relações entre as instituições pela via sistêmico-dialógica, superando as tradicionais teorias de interpretação constitucional e de separação de poderes.

Logo, a conciliação das instituições, em uma comunidade cooperativa jurídico-política, são as responsáveis pela atividade constitucional-democrática nas sociedades atuais, gerando a integração estável das instituições no plano mais cooperativo possível, e, desta forma, os processos deliberativos devem considerar os resultados de sua deliberação, bem como a aptidão daquela instituição para decidir aquela situação de maneira cooperativa.

Nesse sentido, o contínuo diálogo permite a participação das instituições em um diálogo sobre a determinação do equilíbrio apropriado³⁶ em que a proteção de direitos deve envolver a atuação conjunta de todas as instituições, a partir da percepção de que todas são responsáveis por uma dimensão da tarefa de guarda da Constituição, sobretudo no contexto de sociedades marcadas por desacordos persistentes a respeito das mais variadas questões.

Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule em “Interpretation and Institutions”³⁷, observaram este ponto dispondo que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem a atenção à legitimidade das autoridades responsáveis pela construção da decisão judicial. Neste sentido, a partir das capacidades institucionais destas autoridades, é possível entender como determinados agentes

36 TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, 2005, p. 617 – 648.

37 SUNSTEIN, Cass R. and VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper n° 28.

públicos devem interpretar certos dispositivos legais, ou em outras palavras, a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria^{38 39}.

Sob esse prisma, Jeremy Waldron destaca a possibilidade de uma rede de reciprocidade, arquitetada a partir de um procedimento democrático de decisão coletiva compatível com as diferentes concepções de justiça de uma sociedade pluralista^{40 41}, e Rosalind Dixon também comunga deste entendimento quando sugere a principal diferenciação deste modelo no mundo Anglo-Americano em comparação aos EUA se dá pelo fato de que ele ajuda a “transformação do discurso dos direitos constitucionais de um monólogo judicial em um rico e mais equilibrado diálogo inter-institucional”, assim, “reduzindo, se não eliminando, a tensão entre a proteção judicial dos direitos fundamentais e a tomada de decisão democrática”⁴².

Da mesma forma, não parece suficiente a tradicional teoria da separação dos poderes⁴³ como parâmetros únicos à formulação de um Estado Democrático. A problemática da atuação institucional deve ser analisada em sua atividade e em suas situações internas estruturais. Por isso, os mecanismos institucionais passarão por essa análise, verificando

38 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

39 Segundo Rodrigo Brandão, em situações de grande complexidade, a Corte pode se deparar com falta de informações, circunstâncias mutáveis e desacordo moral razoável. Assim, uma eventual postura maximalista em face de questões altamente complexas aumenta a possibilidade de erro e a dificuldade da sua correção, sobretudo se adotada pela Suprema Corte em regimes de supremacia judicial, nos quais a sua interpretação constitucional só pode ser revertida por nova decisão da Suprema Corte ou por Emenda Constitucional. Mesmo uma decisão boa, porém precipitada, pode gerar efeitos ruins à democracia, pois a colocação de uma visão sobre questão controversa fora do alcance de maiorias legislativas ordinárias produz tendencial polarização no debate político, já que os perdedores não se sentirão reconhecidos pelo projeto constitucional e tenderão a radicalizar os seus discursos e práticas.

40 WALDRON, Jeremy, A Right-Based Critique of Constitutional Rights, *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), 18, at ___; JEREMY WALDRON, *Law and Disagreement* (OUP1999), Chs. 10- 11.

41 WALDRON, Jeremy. Teaching Cosmopolitan Right, in Kevin McDonough and Walter Feinberg (eds.) *Education And Citizenship In LiberalDemocratic Societies: cosmopolitan values and cultural identities* (Oxford University Press, 2003).

42 DIXON, Rosalind. *Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism*. The Law School. The University of Chicago, May/2011. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper No. 348. Cópia eletrônica disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1833743>.

43 A tradicional teoria da separação de poderes é atribuída a Charles de S. de Montesquieu, em seu livro “O espírito das leis”. O modelo norte-americano dos *checks and balances* (freios e contrapesos, no Brasil), proposto pelos federalistas, é uma evolução dessa teoria.

o respeito empenhado aos fundamentos constitucionais e de razão pública. Neste sentido, é certo que a atuação das instituições é guiada pelos valores constitucionais conforme aos fundamentos da ordem democrática. Ou seja, pode-se afirmar que a ausência de parâmetros interpretativos e decisórios quanto à atuação e à cooperação resultam, em parte, do ativismo – ou da preponderância – de um dos Poderes na atividade democrática, e da anuência e do silêncio dos demais. Por conta disso, a tomada de decisões pelos juízes sem a devida consideração às capacidades institucionais deve ser repensada, em nome de uma maior segurança jurídica, de maior estabilidade institucional e objetivando a concretização do real Estado Democrático de Direito.

Desta forma, o que se deseja é a integração estável das instituições, no plano mais cooperativo possível, e por isso, as instituições não podem ser reduzidas ao plano formal da divisão de Poderes e atuarem no limite de suas funções programáticas. Ao contrário, devem atuar dialogicamente, buscando alcançar uma deliberação que atenda aos interesses e valores da coletividade, resultados de uma prática discursiva racional. Neste sentido, pode-se entender que a partir desta visão que devem ser pautadas nos meios juridicamente legítimos de coadjuvação das instituições, orientados a partir do diálogo institucional que coloque em xeque a Supremacia do Poder Judiciário com base em mecanismos de cooperação institucional em um diálogo dinâmico e deliberativo, sublinhando a idéia de que a jurisdição deve ser legitimamente exercida tendo em conta o reconhecimento de uma nova e justa parceria entre os Poderes Constituídos.

Como resultado, a legitimidade das decisões judiciais dependem de pluralismo e consensualismo, arquitetados a partir de uma cadeia de reconhecimento pelos demais Poderes Constituídos, na certeza de que o comprometimento de cada componente é a pedra de torque para criação de uma diálogo plural que permita a transformação da sociedade.

Portanto, é imprescindível a construção de um ambiente institucional pautado na cooperação, na deliberação e no diálogo, com critérios uniformes no que tange à interpretação, à decisão e à atuação das instituições. E, neste sentido, cabe à Teoria das Instituições propor formas de realizar a atividade institucional sob o ponto de vista jurídico-político, e nesse quesito respeitar os fundamentos constitucionais e os valores da razão pública torna-se essencial à criação de uma identidade institucional. Por isso, a atuação das instituições desempenha um papel central à democracia, representando a possibilidade de concretizar os valores constitucionais e de legitimar o Estado Democrático de Direito.

Conclui-se, assim, que é cada vez mais necessário entender o Estado Democrático de Direito por uma perspectiva institucional, visto que um Estado organizado significa um Estado institucionalizado em ordens de atividade, ou seja, interpretação, decisão, atuação e cooperação das instituições. Faz-se necessário, portanto, que as prerrogativas e deveres institucionais sejam determinados democraticamente, partindo-se dos mesmos fundamentos constitucionais e de razão pública, e, mais concretamente, que o exercício dessas atividades passe por um procedimento que possa ser concebido como legítimo pela sociedade.

1.2 Os Efeitos Sistêmicos

Quando se busca fazer uma pequena análise dos efeitos resultantes de um sistema em uma determinada sociedade democrática⁴⁴, naturalmente deve se ter em conta que tal análise se mostra como um instrumental necessário ao uso da teoria jurídica, principalmente quando relacionados à teoria dos diálogos institucionais. Ao guiar-se por este sentido, é possível constatar o processo de construção dos efeitos pré-determinados por uma ordem no trato da comunicação e cooperação entre instituições.

Ou seja, a partir da compreensão da estrutura do Estado Democrático de Direito, percebe-se que para se alcançar o objetivo último de efetividade da democracia, da segurança jurídica e da estabilidade constitucional, é imprescindível reconhecer os efeitos sistêmicos presentes dentro do ordenamento jurídico e, essencialmente, na relação institucional⁴⁵. Dessa maneira, para alcançar esses objetivos, dentro da abordagem da teoria dos efeitos sistêmicos, reafirma-se a relação dialética e interdependente que existe entre as instituições, que têm como alvo o funcionamento da máquina estatal, sendo este o mais eficiente possível.

Neste sentido, a produção de um diálogo efetivo entre as instituições viabiliza o abandono dos efeitos sistêmicos como meros integrantes teóricos do ordenamento jurídico e o afloramento para o plano de alcance

44 VERMEULE, Adrian. *System Effects and the Constitution*. Harvard Law School Paper, n. 642, 2009.

45 O reconhecimento dos efeitos sistêmicos é imprescindível dentro do ordenamento jurídico e essencialmente na relação interinstitucional. Essa constatação foi muito bem observada por A. Vermule no trabalho "System Effects and the Constitution", sob a ótica do caráter analítico inerente ao papel do juiz na sua atuação.

dos objetivos constitucionais⁴⁶. O risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis pode recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do intérprete, que não tem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões. Da mesma forma que se discute a conduta adotada pelas instituições, a fundamentação interpretativa possui proporcional importância. Com o objetivo de preservar os objetivos constitucionais e promover a manutenção da democracia, a atuação institucional não deve se pautar apenas na interpretação legalista e normativa da letra da lei. Essa postura essencialmente positivista tende a prejudicar a comunicação entre as instituições, podendo, então, acarretar consequências prejudiciais que contribuirão para a maior burocratização e afogamento do sistema.

Ou seja, a hermenêutica constitucional centra-se na produção de distintas interpretações realizadas pelas instituições sobre mesma matéria de Direito. Destarte, a questão interpretativa abarcada na postura das instituições termina por expor a necessidade de produzir uma semelhança nas abordagens da lei, a favor de atingir os efeitos sistêmicos. Essa interpretação, como já dito, não pode carecer de uniformidade de critério. Ainda assim, a natureza da melhor abordagem do escopo da lei dada pela instituição se pode mudar, tomando as ações dos outros como restrições não ideais.

Além da necessidade de situar os parâmetros interpretativos das instituições, a própria relação institucional origina barreiras ao diálogo efetivo. Essas limitações são decorrentes no trato do comportamento de uma instituição com outra, em alguma questão específica, o que depende das competências de ambas. De acordo com esse contexto, produz-se um efeito camaleônico no método de estabelecimento do diálogo institucional. Ou seja, os benefícios sistêmicos que o camaleão legal⁴⁷ cria pode ser

46 Segundo Rodrigo Brandão, a frequente desconsideração da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos faz com que as tradicionais teorias de interpretação do Direito pressuponham uma visão idealizada e romântica das capacidades judiciais, segundo a qual o juiz teria todo o conhecimento e tempo necessários para obter resultados ótimos, ou, em outras palavras, para construir a “correta interpretação» (first best theory) mesmo em face de questões muito complexas. Se, entretanto, o jurista estiver consciente das suas limitações de tempo e de conhecimento, e da consequente elevação dos custos de erro e de decisão quando se deparar com questão complexa, tomará uma decisão de segunda ordem de decidir casos (decisão sobre como decidir), via de regra, segundo razões rasas e estreitas. Rasas, pois os juízes minimalistas preferirão entendimentos mais modestos e largamente compartilhados a controvertidas questões de princípio. Estreitas, pois os juízes minimalistas preferirão decidir o caso a construir teorias que abrangam uma grande variedade de casos.

47 VERMEULE, Adrian. *System Effects and the Constitution*. Harvard Law School Paper, n. 642, 2009.

alcançado ao nível sistemático. Assim, a interação cooperativista e eficaz entre instituições se mostra mais clara na afirmação da democracia e no cumprimento dos valores constitucionais.

Além disso, dentro da estrutura brasileira, o surgimento de efeitos do sistema que não foram pré-determinados faz com que estes se tornarem invisíveis quanto a sua possível existência e às suas consequências para atores públicos e privados variados. Ou seja, a prolação de decisão que não se limite a decidir o caso concreto, e que prefere antes abordar um sem-número de situações, valendo-se de densas teorizações ao invés de regras claras e preexistentes, apresenta o potencial de produzir consequências não antecipadas pelo tomador de decisão que podem ser bastante danosas.

Portanto, esta dinâmica de condutas institucionais se fundamenta na necessidade de se firmar tanto um equilíbrio entre o Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo, quanto de se ressaltar a importância das instituições frente ao Estado⁴⁸. Assim, a teoria de diálogo institucional busca promover um equilíbrio não só entre os três grandes poderes, mas também entre as instituições. Para tanto, é essencial a produção de uma comunicação não ruidosa entre as partes com o objetivo final e principal de alcance dos benefícios sistêmicos.

2 NOVOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS: REDIMENSIONAMENTO DAS CAPACIDADES CONSTITUCIONAIS PELO PAPEL DIALÓGICO-DEMOCRÁTICO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

2.1 Breve histórico da Advocacia-Geral da União

Quando se busca fazer um pequeno apanhado histórico do papel da Advocacia-Geral da União (AGU), deve-se atentar para o fato de que antes da promulgação da Constituição da República de 1988 a representação judicial da União (Administração direta) estava a cargo do Ministério Público da União⁴⁹. Da mesma forma, as atividades de

48 SUNSTEIN, Cass R. and VERMEULE, Adrian, *Interpretation and Institutions*, Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper n. 28.

49 Na verdade, observa-se que durante o período colonial e imperial as Ordenações Afonsinas já previam o cargo de Procurador dos Nossos Feitos, ao qual se incumbia, precipuamente, a defesa dos direitos da Coroa, a preservação do patrimônio ou dos bens reais, e, ainda, a função de defesa de órfãos, viúvas e pobres, sem que deles pudesse cobrar honorários. Com as Ordenações Filipinas, vigentes a partir de 1.603, cria-se o Procurador dos Feitos da Fazenda, criado para exercer atribuições referentes aos feitos

consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo estavam confiadas à Advocacia Consultiva da União- que tinha como instância máxima a Consultoria-Geral da República e era composta pelas Consultorias Jurídicas (nos demais Ministérios, Estado-Maior das Forças Armadas e Secretarias da Presidência da República) e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (no Ministério da Fazenda)- e pelos órgãos jurídicos dos Gabinetes Militar e Civil da Presidência da República, pelas Procuradorias-Gerais e departamentos jurídicos das autarquias e das fundações federais, e pelos órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União.

A Advocacia-Geral da União portanto nasceu da necessidade de organizar em Instituição única a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo, desvencilhando o Ministério Público da representação judicial da União, por vezes incompatível com os seus outros misteres^{50 51 52}.

2.2 O papel dialógico-democrático da Advocacia-Geral da União

Ao se analisar o quadro institucional brasileiro, é visível observar que as instituições do país carecem de uniformidade interpretativa do texto constitucional, além do fato de que não encontram parâmetros similares para tomadas de decisões integradas. Neste sentido, as instituições falham em responder legitimamente às demandas sociais, uma vez que não se conformam e se reestruturam sobre os parâmetros constitucionais e os valores da razão pública para objetivo de cooperação.

fazendários, antes atribuídas ao Procurador dos Nossos Feitos. Com a criação da "Relação do Estado do Brasil", instalada, no ano de 1.609 em Salvador, fundiram-se, no Brasil, as funções do cargo de Procurador dos Feitos da Corôa e as funções do Procurador dos Feitos da Fazenda.

- 50 CASTRO, Aldemario Araujo. Da privatividade do exercício das funções institucionais da Advocacia-Geral da União por seus membros. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 96, p. 7-14, fev. 2009.
- 51 GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre 'Logares', Cargos e Carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa história em construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- 52 SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Neste sentido, observa-se com bastante clareza que alguns mecanismos desenvolvidos nos últimos anos pela AGU, ao propiciarem diálogos entre as partes envolvidas em controvérsia, tentam buscar maior segurança jurídica e estabilidade institucional ao país. Neste contexto, dentro das novas diretrizes e aspectos dialógicos da AGU, compreende-se como esses novos mecanismos *têm colaborado a um quadro brasileiro* mais cooperativo e dialógico, a partir da atividade democrática da Advocacia-Geral da União desenvolvida pelas Súmulas, pelos Pareceres e pelas *Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União*.

No que toca às Súmulas e Pareceres da AGU, como sabido, a postura da Administração Federal na esfera administrativa não pode ser oposta àquela adotada em juízo. Ou seja, em respeito à ética, ao princípio constitucional da moralidade administrativa, ao Poder Judiciário e ao cidadão, deve a Administração aceitar como definitiva tese reiteradamente afirmada no STF, STJ e TST e deixar de interpor recursos e, na via administrativa, negar deferimento a postulação idêntica à da tese judicialmente acolhida^{53 54}.

Assim, à vista da necessidade de atuação coerente da Administração, os enunciados das Súmulas da AGU devem orientar a atuação dos órgãos jurídicos e dos membros da AGU, no exercício de suas atividades de representação judicial e extrajudicial, de consultoria e assessoramento jurídicos^{55 56}. Já os pareceres do Advogado-Geral da União, quando

53 Os enunciados das Súmulas da AGU são resultantes da jurisprudência iterativa dos Tribunais (STF, STJ e TST) e devem expressar as teses assentes no Judiciário, focalizando, objetivamente, a controvérsia posta em juízo e ali pacificada.

54 Em consequência da edição de enunciado da Súmula e quando for o caso, deve ser expedida instrução normativa determinando que os órgãos detentores de representação judicial e seus integrantes não proponham ações judiciais, deixem de recorrer ou desistam de recursos já interpostos sobre a matéria sumulada pela AGU.

55 Inicialmente, a Advocacia-Geral da União expedia "súmulas administrativas" contendo orientação jurídica sobre matérias pacificadas nos Tribunais Superiores e, sobre a mesma matéria, expedia instrução normativa para autorizar ou determinar a desistência ou não interposição de recurso de decisões coincidentes com a súmula. No ano de 2004, após estudo elaborado por grupo de trabalho designado pelo Advogado-Geral da União, ficou estabelecido, com base em dispositivos da Lei Complementar no 73, de 1993, que a Súmula da AGU era constituída de Enunciados (verbetes) contendo orientação jurídica sobre pontos controvertidos.

56 A atual regulamentação sobre a edição e aplicação das Súmulas da AGU dispensa a expedição de instrução normativa para desistência ou não apresentação de recursos, ficando os representantes judiciais da União e das autarquias e fundações federais "autorizados a reconhecer a procedência do pedido, não contestar, não recorrer e desistir dos recursos já interpostos contra decisões judiciais nos casos que estejam em integral consonância com Súmula da AGU" (Ato Regimental no 1, de 2008 - art. 6o, § 2o).

aprovados juntamente com o despacho presidencial vinculam toda a Administração Federal⁵⁷.

Este caráter foi reforçado com a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal como um órgão permanente de conciliação entre órgãos e entidades da União, seja realizando as conciliações diretamente ou supervisionando outros órgãos delas encarregados^{58 59 60}.

Neste sentido, pode-se afirmar que o foco dos mecanismos citados está na conciliação entre os valores constitucionais e os da razão pública, além de perceber a realidade prática da estruturação e da atuação institucional. A AGU evolui, portanto, como uma instituição brasileira protagonista no âmbito dialógico. Os processos deliberativos encontrados nesses mecanismos devem considerar os resultados de sua

57 Segundo a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar no 73, de 1993), é privativo do Presidente da República submeter assuntos ao exame do Advogado-Geral da União, inclusive para seu parecer. Ademais, os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Já o parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

58 A CCAF integra a nova estrutura da Consultoria-Geral da União.

59 A Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993, (art. 4°, X, XI, XII, XIII, e § 2°), e a Lei n° 9.028, de 12 de abril de 1995 (art. 8°-C), trouxe disposições destinadas a evitar que a solução de controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Federal se transferisse para a esfera judicial. E, com esse propósito, foi incluído o art. 11 na Medida Provisória n° 2.180-35, de 24 de agosto de 2001 (em sua versão anterior de no 1.984-18, de 10.6.2000), que incumbiu o Advogado-Geral da União de adotar todas as providências necessárias a que se deslindem tais controvérsias em sede administrativa.

60 Para viabilizar conciliações e orientar as entidades e órgãos interessados, o Advogado-Geral da União expediu a Portaria no 118, de 10 de fevereiro de 2007, dispondo sobre a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal, por câmaras de conciliação ad hoc, instaladas pelo Advogado-Geral da União, até que seja instituída câmara permanente e regulamentada a conciliação entre órgãos e entidades da União. Optando-se por órgão permanente, era indispensável alterar o ato normativo que dispunha sobre a conciliação entre órgãos e entidades da União, o que ocorreu com a expedição da Portaria no 1.281, de 27 de setembro de 2007. Na esteira das conciliações empreendidas entre órgãos e entes da Administração Federal, a Advocacia-Geral da União foi adiante e previu a possibilidade de solução administrativa, pela via da conciliação, de controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União, conforme a Portaria no 1.099, de 28 de julho de 2008.

deliberação, bem como aptidão da instituição para decidir a situação. Tem-se, portanto, parâmetros para definir o nível de interpretação que deve ser empregado sobre o caso concreto.

Desta forma, com esteio nestes argumentos pode-se entender que, a partir desta visão institucional, a Supremacia do Poder Judiciário deve ser ponderada - e por que não reescrita? -, nos meios juridicamente legítimos, orientados a partir do diálogo institucional dinâmico e deliberativo, a partir da ideia de que a jurisdição deve ser legitimamente exercida levando em conta o reconhecimento de uma nova e justa parceria entre os Poderes Constituídos.

Entende-se, desta forma, que os processos deliberativos devem considerar os resultados de sua deliberação, bem como a aptidão da instituição para decidir a situação. Tem-se, portanto, parâmetros para definir o nível de interpretação que deve ser empregado sobre o caso concreto. Como resultado, a legitimidade das decisões judiciais depende de pluralismo e consensualismo, arquitetados a partir de uma cadeia de reconhecimento e na certeza de que o comprometimento de cada componente é a pedra de torque para criação de um diálogo plural que permita a transformação da sociedade.

3 CONCLUSÃO

A dinâmica atual da sociedade contemporânea necessita de uma melhor relação no funcionamento institucional. São as instituições que concretizam a legitimidade estatal, ou seja, são a real construção do Estado Democrático de Direito. O diálogo aprofundado, fundado em um espírito de respeito e tolerância à razão pública, deve ser um fator inerente à atuação das instituições, objetivando essa construção.

Romper com a concepção tradicional que enxerga a tripartição dos poderes sob o modelo federalista como suficiente para a organização institucional é o primeiro passo para a adoção de um novo modelo de pensamento decisório na esfera pública.

Partindo destas premissas e da noção de Teoria das Instituições é cabível ao se analisar as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos, sublinhar a ideia de que a legislação deve ser legitimamente exercida levando em conta quem a concretiza. É uma nova maneira de tornar existentes na prática os valores que aparentam só existir se expressos formalmente na Constituição.

Sob a ótica da Advocacia-Geral da União, a instituição tem dado passos importantes no aspecto dialógico, e consta no cenário nacional como protagonista nesse quesito. Fica clara a efetividade das soluções dadas quando essas são construídas a partir da livre vontade das partes de resolver o conflito ou a controvérsia sem postura litigiosa.

Por fim, concebe-se que a legitimidade das decisões no plano nacional depende do grau de diálogo e consenso entre as partes envolvidas, e isto é arquitetado através de uma cadeia de reconhecimento e identidade em relação à decisão. A partir da concepção de que o comprometimento de cada componente é a base de sustentação para criação de uma sociedade cooperativa, o novo modelo da Teoria das Instituições – explicado na prática da Advocacia-Geral da União por meio dos mecanismos dialógicos tratados no artigo – é o que realmente permite a transformação dessa mesma sociedade em um verdadeiro projeto democrático.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. New Separation of Powers. *Harvard Law Review*, v. 133, 633, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BALKIN, Jack. *Living Originalism*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

BARRETTO, Vicente. Os Fundamentos Éticos dos Direitos Humanos. In *Ethica. Cadernos Acadêmicos*, v. 4, Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: *Temas de direito constitucional*, t. IV, 1 ed. Renovar, 2009.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./out./nov. 2010. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/rere.asp>>. Acesso em: 01 abr. 2011.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: 1998.

BATEUP, Christine. *Expanding the conversation: American and Canadian experience of the constitutional dialogues in comparative perspective*. New York: New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Papers Series, n. 06-37, 2006.

_____. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 3, 2005.

BEDNAR, Jenna. The Dialogical Theory of Judicial Review: a new Social Science agenda. *George Washington Law Review*, v. 78, 6, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros.

BOHMAN, James. *Public Deliberation: pluralism, complexity and democracy*. Cambridge, Mass., MIT Press, 2000.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Aldemario Araujo. Da privatividade do exercício das funções institucionais da Advocacia-Geral da União por seus membros. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 96, fev. 2009.

DIXON, Rosalind. Weak Form Judicial Review and the American Exceptionalism. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 348, 2011.

_____. Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments, *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper n. 349*, May 2011.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. Hard Cases, in *Taking Rights Seriously*.

_____. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *The Court's embarrassingly bad decisions*. New York Review of Books, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 110p

GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre 'Logares', Cargos e Carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa história em construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009

GERSEN, Jacob. *Unbundled powers*. Virginia Law Review, v. 96, 301, 2010.

GOODIN, Robert. *The theory of institutional design*. Press Syndicate of the University of Cambridge. New York: Cambridge University Press, 1996.

GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism*. From Theory to Politics.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by W. Rehg. Cambridge, Mass., MIT Press, 1996.

_____. *Teoria de La Accion Comunicativa*. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.

HAYDEN, Patrick. *The Philosophy of Human Rights*. St. Paul: Paragon House, 2001.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. *The Charter Dialogue Between Courts and Legislature: Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All*. The Osgood Hall Law Review, v. 35, 1, 1997

JACKSON, Vicki C. *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 HARV. L. REV. 109, 119-20, 2005:

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Tradução de Edson Bini, 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Victor Nunes. *A Divisão de Poderes no Quadro Político da Burguesia*, em Cavalcanti, T. e outros, Cinco Estudos, Rio, FGV, 1955, pp. 92-113.

MACCORMICK, Neil. Norms, institutions and institutional facts. *Law and Philosophy*, v. 17, 3, 1998.

MANN, Michael. Has Globalization ended the rise of nation-state?. In HELD, David and McGrew, Anthony, (Eds.). *The Global Transformations Reader*. Polity Press, Oxford e London, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTIN, Lisa L. Interests, Power and Multilateralism, in Lisa Martin & Beth A. Simmons (eds), *International Institutions - an International Organization Reader*, Cambridge & London, The MIT Press, 2001.

MANN, Michael. Has Globalization ended the rise of nation-state?. In HELD, David and McGrew, Anthony, (Eds.). *The Global Transformations Reader*. Polity Press, Oxford e London, 2000.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MOREIRA, E. R. Conselhos Constitucionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 71, 2011.

MOREIRA, E. R.; Gomes, Fabio. Direito Tributário Cosmopolita. In: Fabio Luiz Gomes. (Org.). *Direito Internacional - perspectivas contemporâneas*. Sao Paulo: Saraiva, 2010.

- PILDES, Richard. LEVINSOM, Daryl. Separation of Partis, Not Powers. *Harvard Law Review*, v. 119, 1, 2006.
- POSNER, Richard. Reply: the institutional dimension on statutory and constitutional interpretation. *Michigan Law Review*, v. 101, 952, 2003.
- POSNER, Eric A; SUNSTEIN, Cass R. *The Law of Other States*, 59 STAN. L. REV. 131, 2006.
- _____. Response—On Learning from Others, 59 STAN. L. REV. 1309, 2007.
- POSNER, Eric; VERMEULE, Adrian. *The executive unbound: after the madisonian republic*. New York: Oxford University Press, 2011.
- RAWLS, John. *A theory of Justice*. Harvard University Press, Boston, 1971.
- _____. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *O liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- _____. *The Law of Peoples*. Cambridge: Harvard UP, 1999.
- RORTY, Richard. Human Rights, Rationality, and Sentimentality. In *On Human Rights: The 1993 Oxford Amnesty Lectures*, ed. Susan Hurley and Stephen Shute, 112–134. New York: Basic Books, 1993.
- ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, 2, 2006.
- SAND, Peter H. *The Role of International Organizations in the Evolution of Environmental Law*, Unitar, Geneva, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Law and Justice in a Multicultural Society. The Case of Mozambique* (Com João Carlos Trindade e Maria Paula Meneses). Dakar: CODESRIA, 2006.
- _____. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 2007.
- _____. (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel, Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binenbojm (coords.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, 2008.

SCHOLTE, Jan Aart. *Globalization. A Critical Introduction* (Second Edition) (Cap. 1 “Globalization Debates” e Cap.2 “Defining globalization”). Palgrave-MacMillan Press, 2005.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Global Community of Courts* 44 HARV. INT’L L.J. 191, 2003.

SONGER, Donald; SHEEHAN, Reginald. Interest group success in the Courts: amicus participation on the Supreme Court. *Political Research Quarterly*, v. 46, 2, 1993.

SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

STAINMO, Svan. The new institutionalism. In: CLARK, Barry. FOWERAKER, Joe. *The encyclopedia of democratic thought*. London: Routledge, 2001.

SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds: Why the founding document doesn’t mean what it meant before*. New Jersey, Princeton University Press, 2009.

_____. *Beyond Marbury: the Executive’s power to say what the Law is*. *Chicago Law School Law and Economics Working Papers Series*, n. 268, 2005.

_____. *One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1999.

TIBÚRCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto, org. *O direito Internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TREMBLAY, Luc. The legitimacy of Judicial Review: the limits of dialogue between Courts and Legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, 4, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do et alli. (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

VERMEULE, Adrian. Foreword: system effects and the Constitution. *Harvard Law Review*, v. 123, 4, 2009.

_____. Intermittate institutions. *Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, n. 10-13, 2010.

_____. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006.

_____. Many-minds arguments in Legal Theory. 1 *Journal of Legal Analysis*, n. 1, 2009.

_____. *Mechanisms of democracy: institutional design writ small*. New York: Oxford University Press, 2007.

_____. System Effects and the Constitution. *Harvard Law School Paper*, n. 642, 2009.

_____. The Atrophy of Constitutional Powers. *Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, 2011

VERMEULE, Adrian; SUNSTEIN, Cass. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, n. 28, 2002.

WALDRON, Jeremy, A Right-Based Critique of Constitutional Rights, *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), 18, at ___; Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (OUP1999).

_____. *Foreign Law and the Modern Ius Gentium* 119 *Harvard Law Review* 129 (2005).

_____. *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept* (in Florida)? *LAW AND PHILOSOPHY*, 21 (2002).

_____. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative, 25 U. MICH. J.L. REFORM 751 (1991-1992).

_____. Réning the question about judges' moral capacity. *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, 1, 2009.

_____. Teaching Cosmopolitan Right, in Kevin McDonough and Walter Feinberg (eds.) *Education and Citizenship in Liberaldemocratic Societies: cosmopolitan values and cultural identities* (Oxford University Press, 2003).

WALZER, Michael. *Pluralism and democracy*. Paris: Esprit, 1997.

