

RECEBIDO EM: 22.03.2017

APROVADO EM: 27.06.2017

DIÁLOGO INSTITUCIONAL: UM ESTUDO COMPARADO

INSTITUTIONAL DIALOGUE: A COMPARATIVE STUDY

Paulo Roberto Barbosa Ramos

Doutorado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Granada - Espanha e Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina

Analissa Barros Pinheiro

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema da Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Ideia de Diálogo Institucional entre o Poder Legislativo e Judiciário; 1.1 Panorama Geral do Diálogo Institucional; 1.2 Mecanismos que Propiciam o Diálogo Institucional; 2. As Estruturas Constitucionais do Canadá, Nova Zelândia, Estados

Unidos e Brasil no Tocante ao Diálogo Institucional entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário; 2.1 A Experiência Canadense: a Cláusula Notwithstanding; 2.2 A Nova Zelândia: o Weak; 2.3 Os Estados Unidos e as Correntes Departamentalistas; 2.4 Brasil; 3 Repensando a Melhor Forma de Promover um Diálogo Institucional Equilibrado; 3.1 Perspectiva do Diálogo Institucional como Melhor Estratégia para o Desenvolvimento da Interpretação Constitucional; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Analisa a perspectiva naturalizada no meio ambiente acadêmico e institucional de que ao poder judiciário deve ser conferido o poder de intérprete do texto constitucional, trazendo à discussão abordagens sobre a dinâmica da interpretação da constituição por meio do diálogo entre os poderes para a garantia do estado de direito, por meio do estudo comparado. Para isso, analisa as estruturas constitucionais do Canadá, Nova Zelândia, Estados Unidos e Brasil, no que diz respeito ao diálogo entre os Poderes Legislativo e Judiciário. Por fim, assinala o diálogo institucional como a melhor estratégia para o desenvolvimento da interpretação constitucional, ressaltando a importância do desenvolvimento de tal dinâmica de forma equilibrada.

PALAVRAS-CHAVE: Diálogo Institucional. Interpretação Constitucional. Poder Legislativo. Poder Judiciário. Estudo Comparado.

ABSTRACT: Analyzes the naturalized perspective in the academic and institutional environment that the power of interpretation of the constitutional text should be conferred on the judiciary, bringing to the discussion approaches on the dynamics of the interpretation of the constitution through dialogue between the powers to guarantee the state of by comparative study. To do this, it analyzes the constitutional structures of Canada, New Zealand, the United States and Brazil, regarding the dialogue between the Legislative and Judiciary Branches. Finally, it points to institutional dialogue as the best strategy for the development of constitutional interpretation, emphasizing the importance of developing such a dynamic in a balanced way.

KEYWORDS: Institutional Dialogue. Constitutional Interpretation. Legislative Power. Judicial Power. Comparative Study.

INTRODUÇÃO

A discussão em torno de quem deve ser o guardião da Constituição não é recente. Mesmo entre os americanos, em que o sistema de controle judicial já possui mais de 200 anos, a questão ainda não é pacífica, uma vez que os críticos desse sistema argumentam que o poder judiciário não é dotado de legitimidade popular. Nas primeiras décadas do século XX, o referido debate intensificou-se com os embates travados entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre a quem incumbiria o papel de guardião da Constituição. Para Carl Schmitt tal atribuição deveria ser conferida ao chefe do Estado, ou seja, ao presidente da República¹. Para Hans Kelsen, no entanto, essa tarefa deveria ser conferida a uma corte constitucional, constituída por juízes que não integrassem o poder judiciário².

De maneira mais recente, em vários países, notadamente no Canadá, Estados Unidos, Nova Zelândia, Brasil, dentre outros, vem sendo travado um forte debate sobre qual instituição deve realizar a interpretação do texto constitucional, não obstante, seja por tradição, seja por previsão constitucional, tal atribuição esteja sendo exercida pelo poder judiciário. Isso porque muitos políticos e teóricos compreendem que diante de uma nova postura do poder judiciário, que assumiu um posicionamento mais ativista, muitas decisões tomadas pelo poder legislativo, expressão da vontade do povo, vêm sendo fulminadas por decisões emanadas das supremas cortes, as quais vêm intervindo como legisladores genuínos, estabelecendo muitas vezes o sentido da constituição conforme suas próprias concepções, as quais não passam pelo crivo da vontade da maioria, uma vez que os integrantes das cortes constitucionais não são eleitos diretamente pelo povo.

Com o objetivo de avaliar essa postura das cortes constitucionais, o presente texto desenvolve a ideia de que a interpretação da constituição deve ser resultado de um diálogo permanente entre os poderes e não apenas resultado da vontade arbitrária e definitiva da suprema corte, a quem se tem conferido o poder de errar por último no processo de interpretação constitucional.

A perspectiva do diálogo institucional consiste na ideia de garantir-se efetivamente a harmonia entre os poderes, a qual consiste no exercício da atividade jurisdicional contramajoritária paralelamente à manifestação

1 SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

do Legislativo. É caracterizado pelo permanente diálogo institucional entre Judiciário e Parlamento, especialmente, além da concepção de que independentemente de qual instituição tenha a última palavra, não há nada que impeça que a outra instituição responda.

1 A IDEIA DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE O PODER LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

A perspectiva do diálogo institucional ingressou no debate jurídico no plano nacional e no plano internacional de maneira recente. Por diálogo institucional, entenda-se, em primeiro lugar e apenas como um conceito descritivo, a existência de uma interação entre Cortes Constitucionais e Parlamento na atividade de interpretar e dar sentido à Constituição.

1.1 PANORAMA GERAL DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Em fins do século XX inicia-se uma mudança de concepção no âmbito constitucional, composta principalmente por teóricos canadenses e estadunidenses, que defendem um inovador paradigma de garantia de direitos constitucionais, em contraposição ao *judicial review*, trazendo ao debate a legitimidade das instituições no âmbito democrático no que tange à revisão de deliberações na seara da interpretação do texto constitucional, além de redimensionar o papel do Poder Judiciário. Há em verdade uma nova ressignificação, como explica Luis Cláudio Martins de Araújo:

Esta modificação conceitual reconhece algumas ideias fundamentais, em especial a de que há um novo paradigma regendo o constitucionalismo contemporâneo, em que a questão deixa de ser quem deve interpretar ou que Poder deve fazê-lo, e passa a indicar a necessidade de se buscar uma teoria construída a partir de uma proposta cooperativa pela qual as instituições possam compartilhar fundamentos comuns ao operacionalizar as ordens jurídicas e políticas da realidade democrática.³

Em outras palavras, a discussão em torno das Teorias Institucionais fundamenta-se na concepção de que as controvérsias relativas às atividades institucionais devem ser solucionadas por meio de um exercício dialético, propiciando assim uma rediscussão do tradicionalismo referente ao comportamento das instituições em isolar-se, no âmbito da cooperação

3 ARAÚJO, Luís Cláudio Martins de. *Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/19791312>. Acesso em: 02 jul. 2016.

em uma ordem constitucional, de forma a possibilitar maior coesão e equilíbrio no âmbito democrático.

Dessa forma, a inquietude teórica constitucionalista, predominante, especialmente nesta última década, voltou-se para a temática das instituições na seara jurídico-política, além da resignificação do papel das instituições no âmbito constitucional. Neste sentido, diante de tal análise, busca-se aprimorar um sistema, por meio da cooperação e progressividade, tendo como ponto de partida as relações interinstitucionais, em um âmbito dialético e congruente.

Nesta perspectiva, Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule⁴ e Jeremy Waldron⁵ discorrem em suas respectivas obras sobre a possibilidade de articulação recíproca entre as instituições, estruturada com base em um viés democrático de deliberação coletiva conciliável com as diversas perspectivas de justiça em uma sociedade multifacetada. Rosalind Dixon⁶ compartilha de tal concepção quando propõe a mudança de discursos relativos aos direitos constitucionais pautado em um monólogo judicial, em detrimento de um mais vasto e harmônico diálogo institucional, que atenua, se não suprime, o conflito entre a tomada de decisão democrática e a proteção de direitos fundamentais no âmbito judicial.

Assim, a união, na seara cooperativa, de maneira consistente das instituições deve ser resultante do exercício constitucional-democrático nas sociedades modernas, e dessa maneira, o permanente diálogo propicia a integração das instituições na construção do equilíbrio adequado, no qual a proteção de direitos deve compreender o desempenho conjunto de todas as instituições construído a partir da perspectiva de que a todas compete a tarefa de guarda da Constituição, principalmente em uma conjuntura de sociedades caracterizadas por frequentes discordâncias a respeito das mais diversas questões.

Tendo em vista isso, a discussão sobre diálogos institucionais, na efetivação do conteúdo dos direitos, contesta a preponderância de quaisquer dos Poderes constituídos, assim como a tradicional teoria da separação de poderes, como únicas perspectivas à concepção de um Estado

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

5 WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993.

6 DIXON, Rosalind. Weak-form judicial review and the American exceptionalism. Chicago Law School *Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 348, 2011.

Democrático. Nessa ótica, é essencial a atuação dialógica das Instituições, visando tomar decisões que correspondam aos valores e interesses da coletividade, resultantes de uma prática discursiva racional e observando-se o respeito empregado aos fundamentos constitucionais e da razão pública. Tal entendimento nos leva a seguinte conclusão, conforme Luís Cláudio Martins de Araújo:

Desta forma, é certo que a atuação das instituições é guiada pelos valores constitucionais conforme os fundamentos da ordem democrática, e que, 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 Estado. Logo, ao se romper com a concepção tradicional que enxerga a tripartição dos poderes como suficiente para a organização institucional, passa-se a um novo modelo de pensamento decisório na esfera pública, e, neste sentido, pode-se entender que a partir desta visão, pautada nos meios juridicamente legítimos de coadjuvação das instituições, orientados a partir do diálogo institucional que coloque em xeque a supremacia de algum dos Poderes, em particular do Poder Judiciário, com base em mecanismos de cooperação institucional em um diálogo dinâmico e deliberativo, a ideia de que a interpretação constitucional passa a ser legitimamente exercida tendo em conta o reconhecimento de uma nova e justa parceria entre os Poderes Constituídos⁷.

Observa-se que o exercício de interpretação constitucional não se esgota na tomada de decisão pelo Poder Judiciário, tendo em vista que não só o Poder Legislativo, como a sociedade e as demais instituições podem interpretar de maneira diversa a questão em debate, não obstante respeitarem a deliberação definitiva tomada pelo Poder Judiciário, e, da mesma forma, um paradigma democrático, genuinamente determinado em uma ditadura das maiorias, culmina em constituir perniciosamente uma ideia de *legislature supremacy* na ordem constitucional

1.2 MECANISMOS QUE PROPICIAM O DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Os diálogos institucionais são mecanismos cuja finalidade é proporcionar a interação e cooperação de duas ou mais instituições que constituem poderes estatais distintos para fins de deliberação de controvérsias legais e visam assegurar os direitos e garantias fundamentais sem que haja a

7 ARAÚJO, op. cit., p. 54.

predefinição da supremacia da atividade decisória de uma dessas instituições em face da outra.

Assim, os diálogos institucionais ocupariam uma posição intermediária entre a soberania do parlamento e o controle judicial das leis, de forma a abrandar a polarização da postura conciliadora no âmbito legal em relação somente a um dos poderes, resultando em uma importante atuação dialógica para a realização do texto constitucional ou a definição do sentido de um texto constitucional em determinado posicionamento que seja exequível com a ordem constitucional.

Dessa forma, constituem experiências constitucionais alternativas os mecanismos de diálogo institucional em resposta à perspectiva considerada irrefutável de que a supremacia judicial daria a última palavra em termos de interpretação constitucional. Na verdade, há uma notória questão empírica que justifica as soluções intermediárias, além da preocupação com a conhecida questão da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, pois há um resgate de perspectivas que desenvolvam entre as instituições uma atuação cooperativa.

A experiência constitucional dos países redemocratizados após a 2^a Guerra Mundial dá mostras de que ao lado desta supremacia judicial pode e deve haver um diálogo institucional entre jurisdição constitucional e legislativo, como é possível se depreender dos tipos decisórios intermédios construídos, notadamente, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a exemplo dos apelos ao legislador, das decisões de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade das decisões de trânsito para a inconstitucionalidade⁸,

8 No Tribunal Constitucional alemão, o termo "apelo ao legislador" foi cunhado pela juíza do Bundesverfassungsgericht Wiltraut Rupp-v. Brünneck no artigo "Darf das Bundesverfassungsgericht na den Gesetzgeber appellieren?", de 1970. Nesse estudo, a juíza faz referência a determinadas decisões do Tribunal nas quais, embora seja declarada a constitucionalidade da norma, são expressamente consignadas diversas razões quanto à sua incompatibilidade com a Constituição e o alerta da Corte quanto à tendência de vir a declará-la inconstitucional em um futuro próximo, por vezes inclusive determinado um prazo, o que impõe ao legislador o dever de atuar e realizar reformas na legislação. Quanto à a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia esta é utilizada no caso de normas que atribuem benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia ou em casos em que sua supressão causaria uma situação de caos normativo. Há casos extremos, que a jurisprudência alemã admite até a aplicação de norma inconstitucional após o reconhecimento jurisdicional de seu vício, até que nova regra seja editada pelo legislador. Isto se dá nos casos em que motivos de segurança jurídica tornam imperiosa a vigência temporária da lei inconstitucional, a fim de que não surja, nessa fase intermediária, situação ainda mais distante da vontade constitucional do que a anteriormente existente.

e pela Corte Constitucional da Itália, a exemplo das sentenças aditivas, designadamente as aditivas de princípio⁹.

Na doutrina, Luiz Garibaldi Introcaso, identifica alguns elementos fundamentais que contribuem para a realização do diálogo institucional entre o legislativo e a jurisdição constitucional. Para ele tal diálogo deve pressupor, essencialmente: a) uma constituição normativa, principiológica e que vincula a ação do legislador tanto negativa como positivamente; b) o exercício de uma jurisdição constitucional que não limita suas ações na simples declaração de constitucionalidade/inconstitucionalidade dos provimentos legislativos, mas que absorve a competência para: b.1) manipular hermeneuticamente o significado e o alcance desses atos legislativos, b.2) reconhecer a mora do legislador, b.3) concretizar o texto constitucional a despeito da inação legislativa, e b.4) produzir decisões que possuam como objetivo estimular a produção ou correção legislativa; c) a possibilidade de reação ou reanálise do poder legislativo acerca de matéria contida em decisão proferida pela jurisdição constitucional seja para absorvê-la em novo ato legislativo, para contradizê-la com a reedição do ato cassado, ou para dela extrair ensinamentos a serem incorporados em políticas públicas de maior alcance¹⁰.

Entretanto, o cenário constitucional será sempre mais pleno do que os empenhos doutrinários dedicados a estruturar os mecanismos e teorias sobre os diálogos institucionais, de maneira que podemos vislumbrar

9 No direito italiano, as sentenças modificativas desenvolveram-se largamente a partir das decisões da corte costituzionale, com apoio de grande parte da doutrina. Nesse país, diante de uma lei que confere direitos em termos discriminatórios, a corte constitucional restringe a declaração de inconstitucionalidade à parte da lei que expressa ou implicitamente exclui de suas disposições determinadas categorias que se encontram em situação igual, alargando, por essa via, o âmbito de aplicação da lei sob julgamento. O tribunal constitucional italiano admite, inclusive, diante de uma omissão parcial da lei, invalidar a norma não escrita que exclui da aplicação da lei determinadas pessoas. Apesar do grande desenvolvimento de tal categoria de sentença no direito italiano, isso não quer dizer que a corte constitucional não tenha limites. De imediato, "o campo de aplicação por excelência das decisões modificativas por violação do princípio da igualdade refere-se à hipóteses de extensão de tratamentos mais favoráveis". Mas não é só: o tribunal não está livre para fazer escolhas discricionárias. A nova norma ou solução extraída do julgamento não pode livremente advir do nada, "devendo antes resultar da própria decisão impugnada, de outros preceitos e princípios legais ou da Constituição". Não se trata de uma decisão livre, como seria a do Poder Legislativo, mas aferida de princípios da própria Constituição ou na forma de uma conclusão necessária advinda do próprio caso sob juízo. O tribunal também pode estender normas já vigentes ou adotar a opção mais vasta tomada pelo legislador no momento em que formulou a lei em questão. Embora esteja em pauta um esforço para evitar conflito.

10 INTROCASO, Luiz Garibaldi. Elementos De Diálogo Institucional Entre Congresso Nacional E Supremo Tribunal Federal. In: XIMENES, Julia Maurmann (org.). Et al. *Judicialização da política e da Democracia*. 1. Brasília:IDP, 2014.

formas indiretas de diálogos entre legislativo e cortes constitucionais, representando aqueles que não são combatidos de maneira direta no tocante a certa matéria constitucional, porém de acordo com outras temáticas constitucionais também importantes que mostram-se reflexamente; da mesma forma diálogos orgânicos, isto é, não constituem como foco principal a temática dos direitos fundamentais, mas também o satisfatório exercício dos órgãos representativos do poder, no âmbito constitucional, adequado para propiciar o envolvimento do poder executivo no mencionado diálogo.

A Constituição se estrutura em diversas cláusulas abertas, que incluem conceitos jurídicos indeterminados e princípios. Os conceitos de calamidade pública, relevância e urgência ou crime político, por exemplo, transmitem uma ideia inicial de sentido, mas que precisam ser associados à luz dos elementos do caso concreto. E, em relação a eles, embora possam existir certezas positivas e negativas sobre o que significam ou deixam de significar, é inegável que há uma ampla área de penumbra que se presta a valorações que não poderão desvincular-se a algum grau de subjetividade. Tal acontecimento reflete-se em maior intensidade quando se trata de princípios constitucionais com intensas cargas axiológicas.

Também aqui será impossível falar em sentidos claros e unívocos. No que tange a esse aspecto, Luís Roberto Barroso assinala que: na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete. O fato de existir consenso de que ao atribuir sentido a conceitos indeterminados e a princípios não deve o juiz utilizar-se dos seus próprios valores morais e políticos não elimina riscos e complexidades, funcionando como uma bússola de papel.

Conforme os ensinamentos de Gilmar Mendes, constituições normativas são as que logram ser lealmente cumpridas por todos os interessados, limitando, efetivamente o poder, sendo a Constituição depositária dos ideários políticos, culturais e econômicos da sociedade. Para Ruy Espíndola é um grande código de vida comunitária de uma nação, onde são estabelecidos os principais valores da vida em sociedade, e onde são fixadas as formas e meios de defesa dos direitos e interesses tuteláveis dos cidadãos.

Uma constituição principiológica faz com que os princípios contidos nela sejam aplicados e satisfeitos no mais intenso grau possível. Desse modo, enquanto princípios podem ser cumpridos em maior ou menor escala as regras somente podem ser cumpridas ou não. As constituições

contemporâneas absorvem noções de conteúdo axiológico e, com isso, trazem para a realidade do aplicador do direito os debates políticos e morais.

O acolhimento generalizado da jurisdição constitucional representa uma ampliação da atuação do Judiciário, correspondente à busca de um novo equilíbrio, por força da expansão das funções dos outros dois Poderes no âmbito do Estado moderno. É um instrumento valioso na superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão, além do sombrio culto pós-moderno à imagem sem conteúdo. Com isso, percebe-se que os tribunais constitucionais se tornam fundamentais na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, núcleo sobre o qual se assenta o ideal substantivo de democracia.

A jurisdição constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, mantendo desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância no poder e a participação adequada das minorias no processo decisório. O próprio papel do Judiciário tem sido redimensionado. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais.

Na configuração moderna do Estado e da sociedade, a ideia de democracia já não se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes, nem tampouco às manifestações das instâncias formais do processo majoritário. Vive-se a era da democracia deliberativa, em que o debate público amplo, realizado em contexto de livre circulação de ideias e de informações, e observado o respeito aos direitos fundamentais, desempenha uma função racionalizadora e legitimadora de determinadas escolhas políticas.

Conforme o ensinamento de Conrado Hübner Mendes, a separação de poderes é um fenômeno dinâmico, e uma norma jurídica abstrata não tem como descrever ou capturar essa constante distribuição de fronteiras, em paralelo a essa interação, a própria legitimidade de cada participante do jogo também oscila, e tal oscilação é responsável, inclusive, pelo espaço maior ou menor que o poder irá ocupar no arranjo de forças.

Com base nesse entendimento insere-se a ideia de deliberação no âmbito na separação de poderes. Jeffrey Tullis, em sua obra *Deliberation Between Institutions*, identifica a premissa de que nenhuma instituição democrática específica é suficiente para assegurar a consideração de todas as preocupações relevantes na sustentação da democracia. Segundo este

autor, os diferentes valores, tais como a vontade popular, a pressão por eficiência etc., entram em tensão em face da separação de poderes, e isso recai em diversas vozes institucionais em aspectos distintos¹¹.

Tal tensão deliberativa entre instituições que competem pode ser importante para a concepção de boas decisões. Tendo em vista tal perspectiva, no diálogo institucional, no caso entre Judiciário e Legislativo, torna-se imprescindível a possibilidade de reação e/ou reanálise do poder legislativo acerca de matéria contida em decisão proferida pela jurisdição constitucional, seja para absorvê-la em novo ato legislativo, para contradizê-la com a reedição do ato cassado, ou para dela extrair ensinamentos a serem incorporados em políticas públicas de maior alcance.

Em verdade, seria tanto uma condição para a existência do diálogo, assim como da mesma forma seria uma postura resultante do intercâmbio de decisões. Há um potencial muito maior - e muitas vezes inexplorado - nesse âmbito, que é o diálogo entre judiciário e legislador. A possibilidade desse diálogo tem relação direta com a facilidade ou a dificuldade daquilo que se convencionou chamar de superação legislativa (*legislative override*), ou seja, da faculdade de o legislador rediscutir as decisões tomadas no âmbito do controle judicial de constitucionalidade e, se for o caso, de superá-las.

A partir desse ponto de vista, modelos como o norte-americano e os da grande maioria dos países europeus podem ser considerados como modelos fortes de controle de constitucionalidade. Isso porque uma eventual superação de uma decisão de inconstitucionalidade pela Suprema Corte ou por um tribunal constitucional só poderia ocorrer se fosse emendada a constituição, o que costuma ser algo difícil e excepcional, sobretudo - mas não apenas - nos Estados Unidos.

Já modelos como o canadense e o inglês (após a entrada em vigor do *Human Rights Act*) são modelos fracos de controle de constitucionalidade. No caso canadense, porque o legislador pode, após uma decisão judicial de inconstitucionalidade, repromulgar a lei declarada inconstitucional e imunizá-la temporariamente contra futuras decisões judiciais de inconstitucionalidade (e renovar, se quiser essa imunidade a cada cinco anos).

No caso inglês, as decisões de controle de constitucionalidade, instituído pelo *Human Rights Act*, de 1998, não vinculam totalmente

11 TULIS, Jeffrey. Deliberation Between Institutions. In: Peter Laslett e James Fishkin (eds). *Debating Deliberative Democracy*, Blackwell, 2003.

o legislador, sendo apenas decisões de incompatibilidade, mas não de invalidade. Em ambos os casos, como se percebe, o legislador tem a possibilidade de reabrir o diálogo, se assim entender conveniente. Ou seja: ele pode aceitar a decisão do Judiciário, mas pode também superá-la. É essa possibilidade de superação que é chamada de *legislative override*.

2 AS ESTRUTURAS CONSTITUCIONAIS DO CANADÁ, NOVA ZELÂNDIA, ESTADOS UNIDOS E BRASIL NO TOCANTE AO DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE O PODER LEGISLATIVO E O PODER JUDICIÁRIO

Analisa-se no presente tópico as estruturas constitucionais do Canadá, Nova Zelândia, Estados Unidos e Brasil, investigando as principais tendências dialógicas de solução de controvérsias legais, seus arranjos mais conhecidos em função das experiências produzidas no direito estrangeiro, assim como os méritos já reconhecidos e as vertentes modernas de aperfeiçoamento e perspectivas de propagação do instituto.

2.1 A EXPERIÊNCIA CANADENSE: A CLÁUSULA NOTWITHSTANDING

O Canadá é um dos raros modelos de institucionalização do diálogo entre os poderes Judiciário e Legislativo sobre a interpretação da Constituição. País oriundo da tradição inglesa do *common law*, e, portanto, observador do princípio da soberania do parlamento, não era dotado de fórmula alguma de revisão judicial da legislação. O país em análise contava apenas com uma declaração de direitos datada de 1960 (*Statutory Bill of Rights*) que possuía estatura infraconstitucional. Tal status da declaração de direitos, somado a um judiciário habituado a conviver sob o regime de soberania do parlamento, tornava a *Statutory Bill of Rights* pouco efetiva.

Dessa forma, o advento da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá fez com que os direitos fundamentais fossem elevados ao plano constitucional, assim como o poder judiciário ao patamar dos demais poderes. Tais mudanças representaram a vitória daqueles que acreditavam ser a proteção de direitos essencial a uma democracia, mais ainda assim a inclusão da sessão denominada *limitation clause*, que abre a possibilidade de restrição legislativa a esses direitos: “1. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society*”¹².

12 “A Carta Canadense de Direitos e Liberdades garante os direitos e liberdades estabelecidos na mesma, sujeita somente à tais limites razoáveis prescritos por lei, como pode ser comprovadamente justificado em uma sociedade livre e democrática”.

Essa seção um da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá instituiu um mecanismo interessante. Ao mesmo tempo em que o mencionado documento equiparou a status constitucional os direitos fundamentais, tratou também de prever expressamente a possibilidade de sua limitação pelo legislador. Assinala Hiebert que a previsão de uma disposição desse caráter, particularmente no início da Carta foi essencial, pois conduziu a um debate mais nítido sobre as justificativas e os méritos das escolhas políticas, especialmente quando referentes às restrições a direitos, as quais devem ser fundamentadas rigorosamente, portanto, a Seção 1 contribuiu com a concepção de diálogo e debate institucional¹³.

O mencionado diálogo foi instituído pela da cláusula não obstante (*notwithstanding clause ou override clause*), que está prevista na Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdade do Canadá. A referida cláusula permite a superação legislativa da decisão da Suprema Corte Canadense mediante reedição da lei declarada inconstitucional, compreendendo matérias concernentes a direitos fundamentais (liberdades fundamentais, garantias processuais penais e direitos relacionados à igualdade).

Dessa forma, busca-se evitar a supremacia judicial, uma vez que o parlamento possui a prerrogativa de tornar a lei revisora de uma decisão judicial imune ao controle de constitucionalidade por 5 (cinco) meses, com a possibilidade de prorrogação pelas legislaturas seguintes.

Sobre o modelo de diálogo institucional implantado no Canadá, Waldron assinala que a cláusula *notwithstanding*, não trata de maneira isonômica os poderes judicial e legislativo quanto à interpretação da Constituição. A permissão de superação legislativa disposta na Seção 33 da Carta assinala de maneira expressa que o parlamento poderá legislar não obstante o esteja fazendo em contrariedade aos direitos previstos na Carta, assim como interpretados pelo Judiciário.

Manifestamente, a Carta está a autorizar o parlamento conceder à lei declarada inconstitucional pelo judiciário uma sobrevida, o que difere da concessão ao parlamento de interpretar a constituição em pé de igualdade com a corte. O ônus imposto ao Legislativo até mesmo pela linguagem utilizada pela Carta é claro. Por esse motivo, aliada ao fato de que a cláusula é raramente invocada pelo Legislativo, Jeremy Waldron inclui

13 HIEBERT, Janet. *Limiting rights: the dilemma of judicial review*. Québec: McGill-Queens University Press, 1996, p. 153.

o controle judicial de constitucionalidade canadense no rol das formas fortes de *judicial review*¹⁴.

A experiência canadense revela que a institucionalização do diálogo proporciona canais de comunicação não antecipados pelos criadores do modelo institucional. Respondendo a críticas de que no Canadá poucas foram as ocasiões em que houve revisão legislativa de decisões judiciais, Roach¹⁵ assinala que a simples institucionalização do diálogo proporcionou a criação de vias de comunicação que permitiram a adoção de soluções senão consensuais entre os poderes, pelo menos mais moderadas.

2.2 A NOVA ZELÂNDIA: O WEAK

A exemplo da experiência verificada no Canadá, outros países do denominado constitucionalismo do *commonwealth* também desenvolveram projetos de reformas institucionais com o intuito de salvaguardar direitos e conter a dificuldade contramajoritária, possibilitando a última palavra ao legislador. A Nova Zelândia apresenta-se hoje como uma das experimentações dialógicas mais interessantes do direito comparado.

Os países da *commonwealth* criaram uma alternativa interessante que recusa o axioma segundo o qual a supremacia legislativa é incompatível com a proteção de direitos. Em oposição ao modelo norte-americano (*strong judicial review*) criaram formas mais atenuantes de revisão judicial (*weak*), expressando, assim, uma terceira via comparável somente com o modelo francês.

Dessa forma, a Declaração de Direitos da Nova Zelândia (*New Zealand Bill of Rights Act*), de 1990, representa uma espécie *sui generis* de lei. Com força jurídica menor que uma lei ordinária, não revoga uma lei anterior que conflite com ela. Destaca-se o método engenhoso de efetivação dos direitos. O dever de interpretar as leis de maneira consistente com os direitos é imposto à corte, assim como é atribuído ao legislador o dever de pagar os custos políticos de uma violação¹⁶.

14 WALDRON, Jeremy. *A Essência da Oposição ao Judicial Review*. Tradução de Adauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. In: *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 102.

15 ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

16 GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, v. 49, n. 4, 2001.

Assim, uma lei incompatível com a Declaração não pode ser invalidada de maneira judicial, porém a corte controlaria o seu significado. Esse instrumento é juridicamente análogo à declaração legislativa de direitos canadense de 1960, no entanto uma cultura judicial diversa a recebeu: na Nova Zelândia, ao contrário, de como ocorreu no Canadá, os juízes têm sido entusiastas na proteção de direitos, o que nos faz observar que efeitos diferentes surgem em países com cultura jurídica diferente. Tal maneira de dialogar institucionalmente deixa a última palavra com o parlamento, porém não pretende induzi-lo a levar direitos a sério e a estar plenamente informado sobre as questões de direitos por trás de sua decisão.

Inovações com essas características levaram à ampliação do leque institucional do direito constitucional comparado. Encontram soluções que se situam entre a supremacia judicial e a supremacia legislativa, além disso, “confiaram em fórmulas institucionais originais numa área que não teve grande inventividade nos últimos 50 anos”¹⁷.

Na verdade, tais novidades, no que tange o diálogo institucional buscaram responder ao problema da eventual debilitação democrática por meio da retirada da palavra final da corte e da atribuição de um ônus adicional de justificação à decisão legislativa. Visaram também transformar o discurso sobre direitos, ao invés do monólogo judicial, estimulando um diálogo interinstitucional balanceado.

Essas reformas institucionais são exemplos recentes que apostam em um corretivo externo ao poder legislativo. A decisão judicial não precisa receber, necessariamente, poder formal para que seja capaz de interferir no comportamento do legislador, em busca da proteção de direitos. Vislumbraram de forma diferente: um mecanismo que conserva a linguagem dos direitos no interior do debate político, e que conta com sua força persuasiva para ser obedecido. São opções mais políticas do que jurídicas que possuem o objetivo de proteger direitos.

Observa-se dessa forma, que na Nova Zelândia a tarefa das Cortes é meramente interpretativa, devendo proceder à leitura das leis de acordo com o *New Zealand Bill of Rights*, editada em 1990, sem poder, contudo, negar validade às normas promulgadas que colidirem com tal declaração. A NZBR, assim como a Declaração de Direitos canadense de 1960 tem status de lei ordinária, podendo ser revogada ou emendada, portanto,

17 MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. p.159.

como qualquer outra lei. A seção 4 veda a qualquer tribunal a prerrogativa de invalidar dispositivo ou lei que venha a conflitar-se com os direitos elencados na carta. O modelo neozelandês foi denominado de sistema interpretativo, uma vez que a Carta indica aos Poderes do Estado como os direitos devem ser interpretados e não uma forma de invalidá-los. De acordo com a seção 6, existe dever interpretativo em coadunar os futuros atos legislativos com a interpretação extraída da Carta.

Por fim, vale ressaltar a observação de Conrado Hübner Mendes que afirma que ainda não há tempo suficiente para avaliar se tais apostas foram bem sucedidas. A pretensão de limitar o poder do legislador por mecanismos de persuasão, de distribuição de custos políticos e ônus de justificação parece, para o autor, um projeto ingênuo e fadado ao fracasso. Além disso, desperta o ceticismo dos adeptos da ciência política hegemônica já que países, a exemplo da Nova Zelândia, Reino Unido e Canadá, que são países do *commonwealth*, buscaram instalar um diálogo por meio de reformas institucionais que amenizaram a matriz forte da revisão judicial.

2.3 OS ESTADOS UNIDOS E AS CORRENTES DEPARTAMENTALISTAS

Contra a tradição da supremacia judicial criada por Marshall, segundo o qual a constituição é uma norma de ordem superior que só faz sentido se estiver acima da política e for protegida por um guardião, nasce uma corrente que recusa essa premissa a partir de variados argumentos e ênfases. Os termos que tais autores dessa corrente costumam ser classificados são construção coordenada, departamentalismo e constituição fora das cortes.

A proposta de referida vertente doutrinária se pauta na ideia de que a constituição é um instrumento que deve ser interpretado por todos os poderes. A interpretação extrajudicial, nesse sentido, é um fenômeno legítimo e desejável. Em contraposição, os defensores da supremacia entendem que a corte é soberana na interpretação. A corrente aqui analisada, pelo contrário, compreende que a corte é apenas um intérprete a mais inserido em um jogo mais complexo. Entendem tais doutrinadores que existe vida fora das cortes, portanto as teorias centradas na última palavra judicial ofuscam tal constatação.

Assim, pode-se destacar três autores, que combinados, oferecem um panorama mínimo dessa corrente: Louis Fisher; Keith Whittington e Mitchell Pickerill. O principal mérito de Louis Fisher é comprovar, com exemplos da história americana, que o processo constitucional é mais anuancado do que a simples emissão, pela corte, da última palavra. A

última palavra, com bases em dados históricos, não pertence a nenhuma instituição. Ao contrário, as instituições, e a corte, em especial, continuam a ser testadas e desafiadas enquanto tomarem decisões que não são dotadas de um mínimo consenso deliberativo. Dessa forma, Fisher conclui que a interpretação constitucional é um processo circular que só termina ou se estabiliza quando alcance um mínimo acordo, ainda que com prazo de validade¹⁸.

Whittington promove uma defesa normativa da interpretação constitucional extrajudicial, além de verificar que, com dados empíricos, ela está presente todo o tempo. Vislumbrar essa dimensão de maneira ampla é o que sua teoria propõe. Supremacia judicial não se confunde com exclusividade judicial. Admite-se, nesta concepção, que outros poderes podem participar da construção de sentido constitucional, porém um dos poderes necessita ter o papel primordial. Whittington entende que se outros poderes reconhecem essa autoridade da corte, a prática de interpretação extrajudicial não representa uma ameaça à supremacia judicial. Não obstante, o autor questiona referido tipo de hierarquia dos intérpretes e propõe como opção o “departamentalismo” ou “construção coordenada”, segundo a qual nenhum intérprete é supremo, porém dotado de igual autoridade¹⁹. A partir dessa perspectiva, diferentes acomodações vão surgindo no decorrer do processo político.

Por sua vez, Pickerill, com base em pesquisa empírica, verifica em que circunstâncias o legislador tende a deliberar seriamente sobre os valores constitucionais. De acordo com sua pesquisa, o nexos causal identificado vai de encontro ao que sempre postulou a tradição: a presença, e não a ausência, de uma ameaça real de revisão judicial faz o legislador considerar com mais cuidado a dimensão constitucional dos assuntos de que trata. O período de deferência judicial é entre 1930 e 1990, significando a total ausência de debates constitucionais no parlamento. Isso não quer dizer que Pickerill sucumba à defesa da pura supremacia judicial. A sua tese é mais complexa. Assinala que, apesar de o legislador poder responder à decisão judicial e possuir estratégias variadas para tanto, é bastante raro que ele tenha interesse em fazê-lo.

No âmbito de incentivos e considerações que pesam na decisão legislativa, o argumento de princípio ocupa posição pouco prestigiada.

18 FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

19 WHITTINGTON, Keith. Review Essay: In *Defense of Legislatures. Political Theory*, v. 28, n. 5, 2000.

Sempre que o legislador de alguma forma atender ao objetivo da política pública, e concomitantemente, seguir os ditames impostos pela corte, ele irá fazê-lo. De fato, é o que realmente acontece no cenário da política normalmente. O desafio legislativo contra a decisão judicial é incomum. Em regra, o parlamento prefere não comprar briga política ou argumentativa. No cotidiano do legislativo, o parlamento edita uma lei que se adapte às exigências judiciais.

As evidências empíricas apresentadas mostram que somente na presença de uma ameaça real de revisão o legislador levou argumentos constitucionais em conta. O congresso, portanto, foi sempre reativo nessas circunstâncias, não promoveu deliberações constitucionais de grande qualidade.

Por fim, Pickerill entende que o sistema de separação de poderes é concebido para produzir normas jurídicas que reflitam o balanceamento de diferentes instituições. A corrente analisada aqui busca construir uma concepção integral de constitucionalismo e estimular uma deliberação de qualidade dentro e fora das cortes²⁰.

A necessidade que tem a doutrina majoritária de proteger a supremacia da constituição e os direitos individuais em face de eventuais investidas das maiorias políticas de cada momento põe a Suprema Corte em rota de colisão quando materializada em decisões judiciais que invalidam leis aprovadas pelos representantes do povo. A ocorrência desse dilema pelo qual a corte passa naquelas ocasiões é denominada por Alexander Bickel de dificuldade contramajoritária²¹, tendo em vista que um pequeno grupo de juízes não responsáveis politicamente tem o poder de declarar inconstitucional lei criada pela assembleia representativa popular democrática.

No entanto, em contraposição, Barry Friedman entende que a revisão judicial não é sempre contramajoritária. Pelo contrário, raramente o é. Ela cumpre papel singular, porém não pode ser explicada nos termos de uma oposição entre maioria e minoria. Para Friedman, a tradição hegemônica da dificuldade contramajoritária faz duas presunções: primeiro, que existe uma vontade da maioria identificável e fixa, a qual o legislador espelha, e da qual a corte se distancia; segundo, que a corte tem a última palavra.

20 PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in congress*. Durham: Duke University Press, 2004.

21 BICKEL, Alexander M. *The least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

A proposta de Friedman visa substituir tais suposições por três ideias, que segundo ele, seriam mais compatíveis com a realidade: a) o sistema de governo não representa propriamente a maioria, porém escuta e integra vozes de diversos grupos; b) o texto constitucional é flexível o bastante para acomodar várias interpretações; c) o processo de interpretação constitucional não é estático, mas dinâmico, e consolida uma interpretação diferente a cada momento²². Por fim, observa-se que o desenho constitucional está congelado desde sua fundação, e as variações encontram-se nas práticas interpretativas.

2.4 BRASIL

Segundo Conrado Hübner Mendes a concepção política que opera a interação institucional brasileira é dominada por uma “retórica do guardião entrincheirado”. Ao tribunal atribui-se uma missão salvacionista na proteção de direitos e da reserva de justiça da democracia. Há a possibilidade de diversos tipos de interação, pois a armadura procedimental da constituição proporciona isso, uns mais, outros menos legítimos. Tal retórica, segundo referido autor estimula um tipo distante do ideal de diálogo desenvolvido²³.

Tal concepção é facilmente identificada em manuais de direito constitucional, em decisões do STF, ou no debate público em geral. A cultura constitucional brasileira está arraigada da mentalidade de que o STF tem a última palavra sobre direitos fundamentais, além de questões constitucionais gerais. Valoriza-se a supremacia da Constituição, atribuindo à Corte o papel de ator, que é desenvolvido com base no exercício da hermenêutica emancipatória, colocando em vigor aquilo que já estaria delimitado no texto constitucional. No entanto, técnicas hermenêuticas pouco contribuem para o quadro institucional.

No que se refere à interação entre STF e o Parlamento, se observada a cultura decisória do STF, o padrão de interação resultante será primordialmente adversarial. Entretanto, não se pode deixar de vislumbrar o fenômeno de intercâmbio de razões. Nos últimos anos, houve episódios de interação entre legislador e STF. Tais episódios evidenciam que o legislador, tanto o ordinário, quanto o constituinte, reage ao STF com frequência e busca, de uma forma ou de outra, argumentar.

22 FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review. Michigan: Michigan Law Review*, 1993.v. 91.

23 MENDES, op. cit., p. 216.

O caso da licença maternidade exemplifica uma reação argumentativa mais frontal. A licença maternidade está prevista no art. 7º, XVIII, da Constituição: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (...): XVIII-licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. No Recurso Extraordinário n. 197. 807/RS, a Primeira Turma do STF decidiu, com unanimidade de votos, que as mães adotivas não teriam direito à licença-maternidade de 120 dias assegurada às gestantes.

O relator, Min. Octávio Gallotti, com base no art. 7º, XVIII da Constituição, sustentou que tal benefício concedido às gestantes não podia ser estendido às mães adotivas por analogia, tendo em consideração que referido dispositivo faz menção à licença—maternidade da gestante, restringindo à mãe biológica. Tal entendimento foi seguido pelos demais ministros da Turma. Houve grande repercussão desse julgamento. Desde então, foram propostos diversos projetos de lei sobre a concessão de licença-maternidade às mães adotivas²⁴. Além desses projetos de lei, foi apresentada em agosto de 2000, a Proposta de Emenda Constitucional n. 31 de autoria da Senadora Maria do Carmo Alves (PFL-SE), que acrescentava o inciso XVIII-A ao art. 7º, da Constituição, para incluir as mães adotivas no mesmo benefício.

A justificativa da PEC N. 31/2000 pautava-se na proteção à maternidade e a infância, garantida em diversos dispositivos constitucionais. A decisão do RE 197. 807-RS, proferida pelo STF, é criticada com o fundamento de que a Constituição, ao considerar como garantia fundamental a igualdade, sem distinção de qualquer natureza, não pode estabelecer norma discriminatória entre os filhos biológicos e os adotivos, assegurando somente àqueles o contato mais próximo com a mãe nos primeiros meses junto à família.

Outro caso de reação legislativa foi o referente às ADIns n. 1351 e 1. 354. Estas ADIns tratavam da cláusula de barreira. O Pretório Excelso entendeu que tal cláusula violava o art. 1º, V que dispõe que um dos fundamentos da República é o pluralismo político. Passados dois meses da decisão do STF, o Senador Marco Maciel apresentou uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC), que previa a volta da cláusula de barreira. Esta acrescenta um parágrafo ao art. 17 da Constituição, autorizando distinções entre partidos políticos com base no seu desempenho eleitoral.

²⁴ Alguns deles: PL 3.525/2000 (Deputado Márcio Bittar-PPS); PL 3.479/2000 (Deputado Paulo Paim-PT); pl3. 406/2000 (Deputado Padre Roque-PT); PL 3.392/2000 (Executivo Federal); PL 3.266/2000 (Deputado Alberto Fraga-PMDB) e PL 3.216/2000 (Deputado Pompeo de Mattos-PDT).

Dessa forma, a referida PEC restringe a participação parlamentar dos partidos que não alcançarem 5% dos votos válidos para deputado federal em todo o país, distribuídos em, pelo menos, nove Estados, com no mínimo 2% em casa. No parecer fundamentador da PEC, há uma longa análise dos argumentos do STF. Esta análise visa esclarecer de que maneira um novo tipo de cláusula de barreira pode ser criado de modo que não contrarie a interpretação do STF.

Há outros casos recentes que poderiam ser analisados aqui, como esse exemplo. Observa-se que o legislador ao aceitar a posição do STF, não o faz por passividade ou deferência; na tentativa de resistir e buscar novas vias para a mesma finalidade legislativa que foi combatida pelo STF, dificilmente recorre à pressão política ou sutis manifestações de força. Nessas reações, tem dado atenção expressa às razões apresentadas pelo STF.

No que tange ao Brasil, observa-se ainda que o país não possui um modelo comunicacional. Apesar da inexistência de procedimento que propicie os diálogos institucionais, é possível inferir do texto constitucional brasileiro de 1988 algumas hipóteses de cooperativismo entre o Judiciário e o Legislativo.

O atual art. 52, X, da Constituição, que prevê como competência do Senado Federal a suspensão, com efeitos *erga omnes*, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal pode ser classificado como instrumento de diálogo entre poderes.

Consigne-se, ainda, que o art. 102, § 2º, da Constituição estipula que os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal são gerais e vinculantes apenas aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, motivo pelo qual o Legislativo não é vinculado pelo conteúdo das decisões proferidas pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade, podendo, em tese, editar nova norma ratificando o conteúdo da anterior.

Por fim, pode-se compreender também que a técnica de decisão do apelo ao legislador, aplicada nos casos de omissão inconstitucional, também conduz à atuação cooperativa, na medida em que o Judiciário reconhece a mora do Legislativo e indica a necessidade de normatização de determinado tema²⁵.

²⁵ Na prática, entretanto, a simples declaração de mora não tem surtido efeitos. Em relação à ausência de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, por exemplo, o Congresso Nacional não editou lei sobre o tema, mesmo após vários anos desde o reconhecimento da omissão inconstitucional.

3 REPENSANDO A MELHOR FORMA DE PROMOVER UM DIÁLOGO INSTITUCIONAL EQUILIBRADO.

A integração estável das instituições no plano cooperativo deve ser o resultado da atividade constitucional-democrática nas sociedades atuais, e desta forma, o contínuo diálogo permite a participação das instituições na determinação do equilíbrio apropriado, 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.

Ou seja, o debate sobre diálogos institucionais, na promoção do conteúdo dos direitos, questiona a possibilidade de predomínio de qualquer dos Poderes constituídos, bem como a tradicional teoria da separação dos poderes, como parâmetros únicos à formulação de um Estado Democrático.

Neste sentido, as instituições devem atuar dialogicamente, buscando alcançar uma deliberação que atenda aos interesses e valores da coletividade, resultados de uma prática discursiva racional e verificando o respeito empenhado aos fundamentos constitucionais e da razão pública. Desta forma, é certo que a atuação das instituições é guiada pelos valores constitucionais conforme os fundamentos da ordem democrática, e que, 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 Estado.

3.1 PERSPECTIVA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO MELHOR ESTRATÉGIA PARA O DESENVOLVIMENTO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

É fundamental a construção de um ambiente institucional pautado na cooperação, na deliberação e no diálogo, com uniformidade de interpretação, decisão e atuação das instituições. Cabe à Teoria das Instituições, por conseguinte, 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.

Assim, 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 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.

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 esta ótica, 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 é o que realmente permite a transformação dessa mesma sociedade em um verdadeiro projeto democrático.

Os diálogos institucionais representam experiências constitucionais alternativas em resposta à afirmação outrora tida por irreversível de que a supremacia judicial, tal como predominante no Brasil e EUA, seria um caminho sem volta. Pelo contrário, a busca por soluções que resgatem a atuação cooperativa entre as instituições e a dignidade do Poder Legislativo são realidades evidentes de países de relevante histórico constitucional de promoção dos direitos humanos.

Entretanto, deve-se considerar que o Poder Judiciário possui um papel proeminente no sistema jurídico, dada a sua função de inafastável

intérprete da Constituição. Apesar disso, tal prerrogativa não lhe é determinada de forma exclusiva e final. Aliás, não há fixação de uma soberania parlamentar de maneira usual, porém a deferência de importantes atribuições ao Poder Legislativo que pode, em determinadas situações, prevalecer à orientação estabelecida pelo Poder Judiciário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos modelos constitucionais de outros países faz-se fundamental no tocante a descobertas de caminhos do diálogo institucional entre a Suprema Corte e o Parlamento. Sem dúvida, que referidos modelos constitucionais devem ser pensados considerando-se a realidade brasileira.

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

A dinâmica atual da sociedade contemporânea requer 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. Dessa forma, é fundamental o diálogo entre os Poderes. No entanto, não se pode desconsiderar a importante figura do Supremo Tribunal Federal no nosso sistema jurídico, já que a nossa própria Constituição o define como seu intérprete.

Por fim, a Teoria Institucional propõe, de uma forma eficiente, a redução do déficit de legitimidade das instituições, conferindo a segurança e a estabilidade necessárias a um Estado Democrático de Direito, no qual o exercício de revisão constitucional é de legítima responsabilidade também de outras instituições que, na dimensão democrático-constitucional, estariam aptas a realizar a interpretação constitucional.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. A Generation of betrayal? In: *Fordham Law Review*, v. 45, 1996-1997.
- ACKERMAN, Bruce. Constitutional Politics/Constitutional Law. In: *The Yale Law Journal*, v. 99, n. 3, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BICKEL, Alexander M. *The least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. With a new foreword by Harry H. Wellington. New Haven and London: Yale University Press, 1986.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- DWORKIN, Ronald. Casos Constitucionais. In: *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FAVOREU, Louis. *As Cortes constitucionais*. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.
- FERRAZ, Sérgio. A declaração de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. *Seleções Jurídicas*, São Paulo, 1995.
- FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.
- FRIEDMAN, Barry. *Dialogue and Judicial Review*. Michigan: Michigan Law Review, v. 91, 1993.
- GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, v. 49, n. 4, 2001.
- GRANT, James A. C. El control Jurisdiccional de la Constitucionalidad de las Leyes. Uma Contribución de las Américas a La Ciencia Política. *Revista de La Facultad de Derecho de México*, 1963.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1991.
- HIEBERT, Janet. *Limiting rights: the dilemma of judicial review*. Québec: McGill-Queens University Press, 1996.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: M. Fontes, 2005.

- MENDES, Conrado H. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Integração social e perspectivas da democracia. In: *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo, Atlas, 2002.
- PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional deliberation in congress*. Durham: Duke University Press, 2004.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?: Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- RAMOS, Elivial da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Constituição e federalismo no mundo globalizado*. São Luís: EDUFMA, 2011.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.
- REIS, Palhares Moreira. O controle de constitucionalidade das leis na constituição de 1988. In: *Revista de Informação Legislativa*, n.115. Brasília, 1992.
- ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Irwin Law, 2001.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. *O poder de reforma constitucional*. Bahia: Progresso, 1954.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de La constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de La constitución*. Traducción de Manuel Sánchez Sarto. Barcelona: Editorial Labor, 1931.
- WALDRON, Jeremy. A Essência da Oposição ao Judicial Review. Tradução de Adauto Villela. Revisão da tradução: Eliana Valadares Santos. In: *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- WALDRON, Jeremy. O Judicial Review e as Condições da Democracia. In: *Limites do Controle de constitucionalidade*. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- WALDRON, Jeremy. Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. In: *Michigan Law Review*. v.111:1. October, 2012.
- WHITTINGTON, Keith. *Review Essay*: In Defense of Legislatures. *Political Theory*, v. 28, n. 5, 2000.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavarez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.