
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 10	n. 41	p. 1-242	jul./set. 2010
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2010 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisores: Ana Flávia Inácio Ferreira
Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão

Projeto gráfico: Luiz Alberto Pimenta
Diagramação: Bruno Lopes
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG – MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil – PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR – PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG – GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (UniCuritiba – PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP – SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil – PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP – PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco – PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR – PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (UniCuritiba – PR)
Profa. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá – RJ)

Saídas institucionais ou a força do processo democrático na prevalência da Constituição?¹

Cecília de Almeida Silva

Mestranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

Deilton Ribeiro Brasil

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho.

Francisco Moura

Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho.

José Ribas Vieira

Pós-doutorado em Direito Público pela Université de Montpellier. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Rodrigo Tavares

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Vanice Lírio do Valle

Pós-doutorado pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas (EBAPE/FGV). Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho.

Resumo: A busca de efetividade da Constituição com auxílio da jurisdição constitucional ainda não superou as dúvidas relacionadas à clássica dicotomia supremacia do legislativo ou do judiciário. Outras alternativas, todavia, vêm se apresentando para a construção democrática dos direitos fundamentais via jurisdição constitucional; alternativas que exploram o desenho de novas relações institucionais como a solução para a superação dos problemas de legitimidade da decisão. O texto explora os termos em que atualmente se põe o debate sobre a supremacia do legislativo e judiciário, a partir da perspectiva sugerida por Jeremy Waldron, para depois examinar as propostas das denominadas teorias dialógicas, notadamente a construção canadense nesse campo. Essas novas concepções demonstram que a efetividade constitucional pode ser construída não a partir de um desenho institucional que indique que estrutura detém a última palavra em questões de direitos — mas que ao contrário, a prática mais democrática possa resultar de um diálogo permanente entre as instituições formais de poder. Ao final, o trabalho demonstra que a prática do Supremo Tribunal Federal, muito inspirada ainda nas velhas

¹ Este texto expressa conclusões parciais do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos, linha de pesquisa Novas Perspectivas na Jurisdição Constitucional, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá; e foi apresentado no CONPEDI, reunião preparatória em Maringá, em 3 de julho de 2009.

concepções do princípio de equilíbrio e harmonia entre os poderes, não incorporou de forma mais significativa a dimensão dialógica nas questões de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Modalidades de constitucionalismo. Diálogo institucional. Supremacia do legislativo. Supremacia do judiciário. Direitos fundamentais. Democracia.

Sumário: 1 Introdução – 1.1 O pioneirismo norte-americano: reflexões exploratórias sobre a tensão entre legislativo e judiciário e as possíveis fontes de legitimidade da decisão – 1.2 A disseminação do embate: jurisdição constitucional como característica do constitucionalismo democrático pós-1945 – 1.3 Ainda o caminho exploratório: alternativas ao palco da infundável disputa entre supremacia do legislativo ou predominância da composição judiciária – 2 O modelo canadense do diálogo institucional: a busca de novo fundamento de legitimação – 3 Diálogo institucional e a questão democrática ainda irresolvida – 4 Os impasses institucionais do judicial review no Brasil – 5 Conclusão – Referências

1 Introdução

A teoria constitucional, ao longo da segunda metade do século passado, com a incorporação aos textos fundamentais do vetor da centralidade da pessoa e respectivas garantias, passou pelo desafio de consolidar modelos institucionais que pudessem estabelecer um equilíbrio entre a supremacia da norma constitucional e as já consagradas diretrizes de estruturação do poder político, como a especialização funcional e o princípio da separação de poderes. A busca desse balanceamento entre os órgãos constitucionais apresenta como ponto sensível o imperativo de compatibilizar a vontade do legislador com o “querer” da sociedade, estabelecido na Carta Constitucional. Subsistente esse debate, a teoria constitucional de nossos dias não pode desconhecer o substrato da questão: discute-se, na verdade, a presença da força representativa democrática, tanto na legitimidade do papel do legislador, quanto na preservação da supremacia da expressão do Poder Constituinte originário. Este processo de tensão institucional mereceu balizamento no constitucionalismo do final do século XX, por meio da jurisdição constitucional.

Muito embora episódios pontuais de revisão judicial das leis possam ser identificados desde o século XVII,² antes mesmo do clássico *Marbury vs. Madison* (1803); fato é que a elaboração teórica de um sistema de controle jurisdicional da produção legislativa tem por marco a obra clássica de Hans Kelsen,³

² ACOSTA SÁNCHEZ, José. Formación de la constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Editorial Tecnos S/A, 1998. p. 35-42.

³ KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Tradução de La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle).

que, no enfrentamento do tema, denota clara preocupação com o respeito ao legislador e, por consequência, com a importância de um desenho adequado da separação de poderes.

Muito se passou com o constitucionalismo e com a jurisdição constitucional desde esse primeiro momento de reflexão teórica, mas nem por isso se pode dizer que o tema seja menos polêmico, no que toca à grande questão de fundo, a saber, seus fundamentos de legitimidade.

Na farta literatura sobre a matéria, apresentam-se duas vertentes principais — e na verdade, indissociáveis — de reflexão: aquela que cogita ainda da legitimidade da alternativa da revisão judicial de leis, que se desdobra o tradicional dilema entre a supremacia do legislativo ou do judiciário e um eixo estrutural ou de organização, onde se explora como possibilidade, a formatação de modelos que possam constituir alternativas à pré-falada dicotomia e, com isso, eventualmente se revelem capazes de superar, ao menos em parte, as objeções à jurisdição constitucional. Nessa linha, a temática delineada volta-se, ainda, para o exame da pertinência subjetiva da cunhagem das normas jurídicas e seu controle de compatibilidade com a Constituição; no outro momento, o debate reside menos no titular e mais nas formas possíveis de relações institucionais entre esses sujeitos do poder. Entretanto, cumpre observar que, em realidade, coube à práxis política estabelecer os pontos centrais dessa justiça constitucional.

1.1 O pioneirismo norte-americano: reflexões exploratórias sobre a tensão entre legislativo e judiciário e as possíveis fontes de legitimidade da decisão

Foi a teoria constitucional norte-americana, desde do final do século XVIII e ao longo de um denso processo conflitivo institucional, o campo onde primariamente se firmou a orientação prática acerca de temas atribuições do poder judiciário. Destaque-se, dentre os filtros lá construídos, tendo em conta as possíveis interseções institucionais, a ideia da exclusão de apreciação jurisdicional das political questions, reconhecendo um espaço de não interferência judicial no sistema legislativo, quando o debate dizia respeito estritamente a questões políticas; e também o self-restraint, como padrão de conduta a adotar diante de conflitos institucionais e normativos

Quanto à legitimidade de atuação de cada qual das estruturas institucionais, ainda em cenário norte-americano, no final do século XIX, o

constitucionalista americano Thayer⁴ indicou os filtros que autorizariam a atuação do judiciário, diante de possíveis conflitos na aplicação do texto constitucional — self-restraint como estratégia de construção da decisão e exigibilidade de que a questão constitucional envolvida seja manifesta — explicitando que tais exigências à admissibilidade da intervenção jurisdicional descaracterizariam imputação de supremacia de um dos poderes (no caso, a Suprema Corte americana) sobre os demais.

O percurso do sistema americano de judicial review, inobstante os embates seriíssimos ocasionalmente verificados com o legislativo, sofreu influência de sua origem, calcada no modelo anglossaxônico. Historicamente, em especial no final do século XVI, o sistema parlamentar inglês consolidou, numa estrutura constitucional de base de common law não escrita, a posição de prevalência na cunhagem da ordem jurídica. Foi essa mesma supremacia do parlamento que oprimiu a então colônia, determinando o movimento separatista. Dessa forma, o judicial review plasmado nos Estados Unidos dentro do modelo da Constituição de 1787, apoiando-se na experiência, incorporou, de algum modo, o jogo político contido na matriz parlamentarista inglesa.

Vale ressaltar que, mesmo contemplando essa dinâmica de conflito político, a experiência prática do judicial review norte-americano não se mostrou apta a pacificar, naquele país, o reconhecimento de sua legitimidade. Tal fato deveu-se, num ponto, à não consagração pela Constituição americana de norma, outorgando ao judiciário o papel de guardião da Constituição. Num outro aspecto, apesar dos freios delimitados por Thayer ao exercício da jurisdição constitucional, a atuação da Corte Suprema americana, no caminhar dos séculos XIX e XX, envolveu vários episódios de crescente politização, acarretando descompensação institucional em detrimento do espaço de atuação do legislativo.

Esse questionamento da adequação do judicial review nos Estados Unidos, dentro de um sistema ainda pautado pelo princípio da separação dos poderes fortaleceu-se com os julgamentos de casos como *Brown vs Board of Education* em 1954, com o debate sobre a vedação à segregação racial nas escolas, e principalmente, com *Roe vs Wade*, em 1973, a respeito do direito de aborto.

⁴ THAYER, Janes B. *Judicial Legislation: its legitimate function in the development of the common law*. Harvard Law Review, v. 5, n. 4, p. 172-201, nov. 1891. 30 p.; (AN 15244372). O tema das relações entre as diversas interpretações do texto constitucional travada por múltiplas instâncias de intérpretes e a prática do que se denomina constitucionalismo cooperativo é retomado por DIXON, Rosalind. *Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-forma judicial review revisited*. I-CON, v. 5, p. 391-418, July 2007. p. 391-418.

A reação da doutrina constitucional norte-americana, desde a apresentação da discussão sobre o judicial review, tem sido firme no sentido de observar a postura de sua Corte Suprema, sem descurar da necessidade de um desenho teórico que sistematize seus parâmetros de decisão. Merece destaque a contribuição de Alexander Bickel,⁵ ao apontar, mesmo reconhecendo a natureza política da justificativa da prevalência da decisão judicial sobre a força da democracia, a explicitação do princípio contramajoritário de sentido objetivo. Numa perspectiva contrária, Bruce Ackerman,⁶ Mark Tushnet⁷ e Larry Kramer⁸ assumiram, na última década do século XX, uma posição mais radical de absoluto questionamento da fundamentação de legitimidade do sistema judicial review, buscando estabelecer o fulcro da matriz na noção de *we the people*, a partir da qual o reencontro do constitucionalismo com o povo permitiria, a um só tempo, uma sustentação à mais justa intervenção judicial, sem maiores arranhões à ideia de separação de poderes.

Mais recentemente, no cenário norte-americano, merecem relevo as importantes contribuições de Jeremy Waldron⁹ que, enfrentando — uma vez mais — o debate acerca da legitimidade do judicial review e da adequação das fórmulas de supremacia do legislativo ou do judiciário, posiciona-se em favor do primeiro. Seus esforços concentram-se em minar ou criticar premissas teóricas subjacentes à prática do judicial review. Em artigo publicado no início de 2009 o autor ataca a suposição de que juízes teriam melhores condições para raciocinar sobre as questões morais que permeiam os debates de definição dos direitos constitucionais.¹⁰

Essa visão idealista do judiciário, reforçada por mitificações, como aquela do célebre juiz Hércules criada por Ronald Dworkin,¹¹ não justificaria a prática do controle judicial de constitucionalidade das leis. Em síntese, Waldron afirma que as decisões morais envolvidas num debate constitucional não deveriam ser resolvidas sob a perspectiva de um agente

⁵ BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

⁶ ACKERMAN, Bruce. *We the People: foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1995.

⁷ TUSHNET, Mark. *Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design*. In: *The Least examined branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University press, p. 355-378.

⁸ KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.

⁹ WALDRON, Jeremy. *The core case against judicial review*. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006, p. 1346-1406. Disponível em: <<http://yalelawjournal.org/115/6/toc.html>>. Última consulta em: 26 jan. 2009.

¹⁰ WALDRON, J. *Judges as Moral Reasoners*. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 7, n. 1, p. 2-24, jan. 2009.

¹¹ DWORKIN, R. *Império dos direitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

moral único, que busca a melhor solução de acordo com princípios últimos de justiça. Ao contrário, com fundamento na legitimidade democrática, devem ser resolvidas por um parlamento que adjudicaria solução autoritativa para as questões de desacordo moral existentes na sociedade.

No âmbito dessa estratégia de observação e teorização, é importante sublinhar que a doutrina norte-americana tem oferecido importantes contribuições em relação à compreensão de qual seja o verdadeiro método de trabalho da Suprema Corte e, portanto, das características e possibilidade de seu sistema de judicial review. Destaca-se, nessa linha mais propositiva, a identificação do chamado constitucionalismo cooperativo, que numa solução intermediária entre a velha dicotomia da prevalência de legislativo ou judiciário, opera com a possibilidade de convocação, pela Corte, de atores não integrantes do judiciário, para que se consolide uma reflexão compartilhada sobre o conteúdo dos direitos.

Ainda no cenário das distintas aproximações ao impasse entre supremacia legislativa ou judicial, é de se registrar o recente trabalho de Dixon,¹² debruçando-se sobre os fatores constritivos ao exercício da atividade legislativa — os chamados “pontos cegos” e ainda a inércia como estratégia política de ação, tendo em conta os encargos da decisão — para a partir deles evidenciar a indispensabilidade de reconhecer, na superação dos dissensos relacionados a direitos, um espectro importante de atuação do judicial review, manifesta porém na sua forma mais suavizada.

1.2 A disseminação do embate: jurisdição constitucional como característica do constitucionalismo democrático pós-1945

Ao lado do contexto do judicial review nos Estados Unidos, para delimitar a prevalência da substância do Texto Fundamental diante do marco da estrutura poderes, cabe sublinhar o fato de que as constituições pós-1945 aperfeiçoaram essa equação, optando pela consolidação de um sistema de jurisdição constitucional, caracterizado, no mais das vezes, pela concentração da competência num Tribunal especial e ainda pela incorporação da abertura criativa à Corte, à vista do caráter principiológico do Diploma Maior. Essa opção político-institucional secundariza a questão de legitimidade — tão presente no sistema do judicial review americano — à conta de uma aparente neutralidade da função jurisdição constitucional como então se concebia.

¹² DIXON, op. cit.

A esse respeito é interessante o destaque de García de Enterría,¹³ de que, inobstante o caráter precursor da construção kelseniana já referida nesse artigo, não foi esse o modelo que prevaleceu na Espanha e em outros países da Europa, com o reconhecimento à justiça constitucional da prerrogativa de revogação da norma jurídica controlada. Isso porque tal conteúdo decisório não pareceu ser aquele que melhor serve à consolidação da supremacia da Constituição; a decisão no modelo kelseniano puro expressaria mais uma relação entre o legislador e a Constituição do que entre a Constituição e a lei.

O tempo demonstrou, todavia, que a afirmação do caráter neutro do órgão de jurisdição constitucional não afastava ainda importantes questionamentos sobre natureza política das decisões atinentes à efetividade da Constituição. Assim, desde o trabalho clássico de García de Enterría¹⁴ já mencionado, passando ainda por Garapon,¹⁵ Ahumada Ruiz,¹⁶ até a contribuição mais recente de Linares,¹⁷ o debate acerca da (i) legitimidade da jurisdição constitucional prossegue, sob novas luzes, atraindo a discussão acerca da motivação como elemento justificador — mas evidenciando ainda que a opção entre supremacia do legislador ou do judiciário parece ser desafio distante de superação.

Registre-se, no cenário europeu, o surgimento de nova esfera de debates, a saber, aquela relacionada com a eficácia imediata do direito comunitário, que obscurece um pouco a discussão tradicional relacionada à jurisdição constitucional, na medida em que envolve, não só a introdução de um instrumento normativo supranacional como eventual parâmetro de controle, como também deita reflexos na identificação de qual seja a estrutura institucional revestida de competência para enfrentar essas questões, envolvendo conflito entre direito nacional e direito supranacional, comunitário. Some-se ainda a temática das chamadas normas de transposição — encarregadas de empreender, formalmente, a incorporação no direito nacional, das regras traduzidas inicialmente em Diretivas da União Europeia — e, com isso, se vê que o foco principal de reflexão se distancia das cogitações fora do cenário europeu.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La constitución como norma y el tribunal constitucional. 3. ed. reimpr. Madrid: Civitas, 2001. p. 60.

¹⁴ O autor espanhol já apontava argumentos de superação da polêmica em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, a partir do reconhecimento de que se políticos podiam afirmar os temas constitucionais, fato é que sua judicialização os tornava suscetíveis de apreciação por essa especial jurisdição, que desenvolveria — sim — atividade também política, mas a partir da perspectiva de afirmação da supremacia da constituição.

¹⁵ GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

¹⁶ AHUMADA RUIZ, Marian. La jurisdicción constitucional en Europa. Madrid: Thomson Civitas, 2005.

¹⁷ LINARES, Sebastián. La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes. Madrid: Marcial Pons, 2008.

1.3 Ainda o caminho exploratório: alternativas ao palco da infundável disputa entre supremacia do legislativo ou predominância da composição judiciária

Independentemente do grau de crise de legitimidade desses modelos de justiça constitucional, constata-se a sua não adequação, seja tendo em conta os imperativos de um pleno processo democrático decisório, seja à vista dos não resolvidos impasses com a própria separação de poderes. Supremacia do legislativo ou do judiciário, ainda que debatida a partir de outras perspectivas, parece um equacionamento ainda pobre do problema, simplificando um quadro complexo de fenômenos, como os do crescente ativismo e da judicialização da megapolítica,¹⁸ que certamente não cabem nas alternativas binárias de resposta apresentadas até o momento.

Nesse universo conflitivo de afirmação constitucional que contempla as peças do inevitável xadrez do poder político, despontam experiências mais recentes de construção de modelos de jurisdição constitucional que apostam, não no prestígio absoluto a um ou outro dos braços institucionalizados do poder, mas se orientam na busca de soluções reciprocamente influentes.¹⁹

Ao desenvolvimento das presentes considerações, interessam particularmente as experiências identificadas por Gardbaum²⁰ como o novo modelo de constitucionalismo da commonwealth, onde inobstante se assegure às cortes o poder de proteção aos direitos, dá-se uma separação entre judicial review e supremacia do judiciário, com o fortalecimento das legislaturas, de modo a que passem a dar a palavra final na definição dos direitos.

Cada qual dessas experiências — como costuma acontecer — é fortemente influenciada por injunções políticas dos respectivos países, circunstância que, evidentemente, explica as múltiplas e progressivas combinações desenhadas no Canadá, na Nova Zelândia²¹ e na Inglaterra.²²

¹⁸ HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, v. 11, 2008 [on line]. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1138008>>. Última consulta em: 27 jan. 2009.

¹⁹ TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 8; ABI/INFORM Global, p. 2781-2802. Aug 2003.

²⁰ GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, v. 49, n. 4, Fall 2001 [on line]. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=302401>>. Última consulta em: 20 fev. 2009.

²¹ O sistema neozelandês, introduzido pelo The New Zealand Bill of Rights Act, aprovado em 1990, apresenta como mecanismo de garantia dos direitos ali contemplados, não a prerrogativa da pura e simples negativa de aplicação da lei, mas sim a figura do interpretative mandate, que determina uma preferência mandatária, na interpretação da lei, em favor da compreensão que se possa revelar consistente com os direitos e liberdades contidos no respectivo Bill of Rights. (TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: Judicial Review and social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. USA: Princeton University Press, 2008, p. 25.

²² O British Human Rights Act, datado de 1998 — posterior, portanto, à experiência neozelandesa — consagra o que se chama mandato interpretativo ampliado, que se diz alargado pela previsão em favor da Corte, da

É esse último modelo — o canadense, concretizado com a aprovação da Canadian Charter of Rights de 1982 — que se examina especificamente no presente trabalho, tendo em conta seu caráter inovador e a importância de se refletir quanto à sua aptidão para responder de forma adequada aos impasses teóricos, às insuficiências do dualismo entre supremacia do judiciário ou do legislativo.

O modelo canadense é identificado pela presença de cláusula que favorece a prática do diálogo institucional como o mecanismo mais adequado à superação do conflito, à reconciliação entre o ideal democrático representativo e a imprescindibilidade de defesa e efetividade do querer constituinte.

Também merece sublinhar, no exemplo canadense, o surgimento de um sistema destinado a reconstruir a velha ideia de equilíbrio de poderes, resultante de injunções políticas bem específicas. A estrutura jurídica do Canadá, integrante da família de sistemas da common law, apresentava, na segunda metade do século XX, um esgotamento institucional em referência à efetivação de direitos fundamentais, em especial das minorias (notadamente indígenas). Essa limitação decorria de que o seu substrato normativo era o positivismo anglo-saxônico de matriz austiniana, favorável ao respeito e cumprimento da norma estrita. A ruptura dessa dinâmica envolvia, portanto, a pretensão de formalizar-se o compromisso com os direitos fundamentais, sem que disso resultasse a perda do espaço de poder do parlamento central ou local.²³ A efetivação da “Carta de Direitos” de 1982 no Canadá tem, portanto, um tríplice significado político-institucional: 1º) a proteção de direitos; 2º) a ruptura com o positivismo de raiz austiniana; e, por fim, 3º) a configuração de outra separação de poderes com equilíbrio na prevalência do princípio da soberania do parlamento. O mecanismo do diálogo institucional será explicitado na sequência.

2 O modelo canadense do diálogo institucional: a busca de novo fundamento de legitimação

O desenho canadense de equilíbrio entre as pretensões de supremacia do legislativo e do judiciário funda-se em duas cláusulas contidas em sua

afirmação da incompatibilidade entre a norma controlada e o mencionado texto legislativo. Também aqui a afirmação da incompatibilidade não determina a suspensão da aplicação da lei, mas cria um clima institucional a exigir a atuação retificadora do parlamento. Mais do que isso, o uso da afirmação da incompatibilidade permite ao Ministro responsável pelo tema valer-se de um procedimento legislativo mais célere para submeter ao parlamento nova disciplina na matéria censurada pela Corte (TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights...*, p. 27-28).

²³ Tenha-se ainda em conta que a preservação da dignidade do parlamento tinha outras implicações no sentido de pacificar as tensões entre governo canadense e a província de Quebec, que via na possibilidade de sua intervenção legislativa local, uma garantia de ser arrastada pelo querer do governo central.

Carta de Direitos; a saber, a Seção 1 e Seção 33. A primeira, explicitando a possibilidade de que o legislador configure o conteúdo dos direitos fundamentais, preceitua todavia que essa mesma intervenção legislativa encontra limites na exigência de justificação razoável.²⁴ Se, na enunciação da possibilidade da configuração legislativa do direito fundamental, o texto não traduz qualquer inovação radical; na subordinação explícita das constrações legislativas à justificativa razoável tem-se um elemento diferenciador.²⁵ Já a chamada Seção 33 — expressando o mecanismo comumente denominado de *overriding* — prevê que o Parlamento (central ou da província) pode expressamente editar texto legislativo que configure e limite direito consagrado pela Carta em suas Seções 2 e de 7 a 15, não obstante o signo de especial valoração expresso nessas mesmas cláusulas.²⁶ A ideia é que se reconheça ao legislativo a prerrogativa de, no campo sensível desses direitos especialmente valorados, intervir — mas explicitando que o faz, não obstante a proteção especial traduzida na Carta.

Antes de prosseguir no aprofundamento da análise do sentido e da dinâmica dessas cláusulas, cumpre ter em conta características próprias ao sistema canadense, que justificam a compreensão da necessidade de incorporação, por ocasião da aprovação da Carta de Direitos Fundamentais, de mecanismos institucionais como os cogitados. O primeiro aspecto a considerar é o sistema federativo canadense, que lida — de forma natural — com os mecanismos de repartição horizontal de poderes, preservando-se espaço significativo de atuação legislativa, em favor dos níveis não centrais de governo. Assim, as prerrogativas reconhecidas ao legislativo central e provincial, de delimitação dos direitos “em limites razoáveis e justificadamente demonstráveis” harmonizam-se com um modelo federativo como o lá vigente, na medida em que preservam — inobstante a enunciação de direitos fundamentais num instrumento legislativo originário do poder central — a possibilidade de atuação dos demais parlamentos.

²⁴ 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. [A Carta garante os direitos e liberdades afirmados em seu texto, sujeitos tão somente aos limites razoáveis prescritos em lei, na medida em que tais limites possam ser justificados no âmbito de uma sociedade livre e democrática”] (The Canadian Charter of Rights and Freedom. Disponível em: <<http://laws.justice.gc.ca/en/charter/>>. Última consulta em: 19 fev. 2009).

²⁵ A cláusula se apresenta sugestiva, na medida em que pode permitir uma leitura que faça incluir a justificativa razoável como um elemento condicionante da intervenção legislativa, suscetível inclusive de crivo pelo poder judiciário.

²⁶ (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter (The Canadian Charter of Rights and Freedom. Disponível em: <<http://laws.justice.gc.ca/en/charter/>>. Última consulta em: 19 fev. 2009).

Na mesma linha de reconhecimento do necessário espaço de decisão ainda do parlamento, tem-se a cláusula do overriding que, em contrapartida aos compromissos expressos na Charter of Rights, assinala ao legislativo a possibilidade de (re)edição de norma jurídica — examinada ou não pelo judiciário — reafirmando seu querer legislativo, não obstante os termos das mencionadas Seções 2 ou ainda 7 a 15. Observe-se que o overriding, de um lado, constitui prerrogativa do espaço decisório do Parlamento e, de outro lado, exige a explicitação de que essa mesma decisão guarda aparente rota de colisão com a Carta de Direitos. Mais ainda, à conta dessa aparente contradição — e pelo signo valorativo especial que se reconhece aos direitos em exame, qualificados legislativamente como fundamentais — o instrumento legislativo que contenha cláusula de overriding está sujeito a uma cláusula de limitação temporal de cinco (5) anos.

Em ambas as cláusulas têm-se espaço reservado à escolha pelo Parlamento; igualmente nas duas cláusulas, a opção empreendida pelo legislativo que contenha zona de incerteza quanto à compatibilidade com a Carta, deve ser expressamente apontada como tal — conferindo maior visibilidade à opção legislativa, ao mesmo tempo em que facilita o exercício do controle, notadamente o controle social.

A segunda característica que deita efeitos sobre a construção institucional canadense é ter como interlocutor o sistema do judicial review norte-americano, que, calcado na premissa da supremacia do judiciário, permitiu a eclosão do ativismo judicial e de suas indissociadas preocupações relacionadas à questão do déficit democrático.²⁷

Fato é que o caráter inovador do modelo institucional introduzido pela Canadian Charter of Rights, associando jurisdição constitucional às especiais prerrogativas em favor do legislativo, despertava igualmente naquela sociedade as dúvidas atinentes à sua aptidão para prevenir os malefícios decorrentes da supremacia do judiciário.

Transcorridos 15 (quinze) anos de sua implementação, em 1997, vem à luz o trabalho de Hogg e Bushell²⁸ em que, a partir de observação empírica do uso pretérito das já mencionadas Seções 1 e 33, concluiu que a prática institucional construída a partir dos mecanismos descritos culminou por determinar aquilo que se veio a denominar diálogo institucional, na medida em que a decisão da Corte não se apresentava como definitiva,

²⁷ HOGG, Peter W.; BUSHHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-124.

²⁸ HOGG; BUSHHELL. *The Charter dialogue between courts...*, p. 79.

abrindo-se à possibilidade de uma rápida resposta institucional de parte do legislativo, resposta essa que se podia apresentar até mesmo como retificadora do provimento jurisdicional já havido.²⁹ A conclusão é de que a aprovação da Carta de Direitos, balanceada pelos mecanismos promotores do diálogo institucional, que operam segundo a lógica de balanceamento das prerrogativas de legislativo e judiciário, talvez não se mostre insatisfatória. Afinal, dentre outros benefícios, o debate contido no diálogo institucional teria como ponto a seu favor o potencial de despertar um debate público em relação a quais devem ser os valores efetivamente tutelados pela Carta. Na lição de Haigh e Sobkin,³⁰ o sistema permite à Corte o desenvolvimento de um diálogo descritivo,³¹ em que a Corte em seu pronunciamento orienta — expressando sua compreensão quanto ao conteúdo do direito fundamental em debate — a formulação dos juízos político-legislativos futuros, posicionando-se como observador imparcial no processo de densificação dos direitos, de natureza tipicamente legislativa.³²

Diz-se então dialógica a solução, na medida em que a nenhuma das instâncias formais de poder se reconhece a prerrogativa de uma palavra final, cabendo sempre nova intervenção na sequência, numa dinâmica de construção institucional do sentido dos direitos contemplados na Carta. É ainda a observação empírica que evidencia aumento no ônus argumentativo de cada qual desses atores institucionais nas subsequentes manifestações, assim como uma verdadeira deferência da Corte, na análise das chamadas *second look laws*.³³

O sistema está longe de ser imune a críticas. A ausência de ineditismo, a rigor, na fórmula que prevê uma reação institucional pelo

²⁹ A pronúncia de inconstitucionalidade de uma lei limitadora de direitos fundamentais, promulgada com base na Seção 1 poderia abrir ensejo à aprovação de nova lei — dessa vez fundada em distinta justificativa, que poderia inclusive ser tida, agora, na sua segunda formulação, por adequada. Da mesma forma, a pronúncia de inconstitucionalidade de uma lei poderia determinar como reação legislativa, a edição de novo diploma, agora acobertado pela cláusula protetora do *overriding*.

³⁰ HAIGH, Richard; SOBKIN, Michael. Does the observer have an effect? An analysis of the use of the dialogue metaphor in Canada's Courts. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 67-90.

³¹ Observe-se que o qualificativo adicionado pelos citados autores — diálogo descritivo — não se conflita com a posição adiante expressa de Luc Trembley, que qualifica igualmente o diálogo apontado como desenvolvido pela Corte Canadense, tendo em conta todavia não o seu conteúdo, mas o seu potencial de, nos termos em que é travado, dar ensejo a um resultado que se possa apontar como fruto de deliberação entre as partes dialogantes.

³² São os mesmos autores, todavia, que advertem para hipóteses em que a Corte se tenha dedicado ao que denominam de diálogo prescritivo, em hipóteses em que se foi além da afirmação de que o legislativo tem a oportunidade de responder à sua decisão, e pretendeu mesmo dirigir o processo pelo qual essa resposta legislativa deveria se realizar. (HAIGH; SOBKIN; Does the observer have an effect?:..., p. 78).

³³ Denominam-se *second look laws* aquelas leis que, com base principalmente na Seção 1, reconfiguram direitos a partir de um pronunciamento já havido pela Corte, que tem revelado particular deferência à decisão legislativa empreendida depois da primeira pronúncia jurisdicional.

legislativo à pronúncia judicial³⁴ e o caráter assimétrico das instâncias de poder envolvidas³⁵ têm sido apontados como óbices insuperáveis à aplicação da ideia de diálogo. Outro elemento crítico tem sido a tendência do legislativo à deferência em relação à decisão judicial, muitas vezes em decorrência dos próprios ônus do processo decisório — o que culmina por apequenar as possibilidades do diálogo, nesse caso, menos por limitações do sistema e mais por renúncia implícita ao intercâmbio de ideias.³⁶

É nesses parâmetros que se concentra a discussão da teoria constitucional do Canadá e da busca, por seus constitucionalistas, de alternativa democrática entre a força da Constituição e a postura de um dos poderes constitucionais. Kent Roach³⁷ reconhece que a “Carta de 1982 não é a revolução esperada por muitos e que muitos temiam; é de preferência uma continuidade e enriquecimento do sistema canadense de common law e tradições democráticas”.³⁸

Não há dúvida de que os instrumentos institucionais moldados no Canadá a partir de 1982 inovaram na construção de um sistema de common law, que prestigiava a intervenção judicial, sem contudo descartar o parlamento como interlocutor igualmente importante. Mas a questão permanece: esse modelo trouxe avanço para o sistema democrático?

3 Diálogo institucional e a questão democrática ainda irresolvida

Inobstante o esforço de criação de um desenho de competências e relações institucionais do legislativo e judiciário, que permita, por uma aproximação recíproca e dialógica, um equilíbrio entre os argumentos dos riscos de ditadura — da maioria ou dos juízes — cabe assinalar que a

³⁴ PETTER, Andrew. Taking Dialogue Theory much too Seriously (or perhaps charter dialogue isn't such a good thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 147-167.

³⁵ MATHEN, Caríssima. Dialogue theory, judicial review and judicial supremacy: a comment on “Charter dialogue revisited”. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 125-146.

³⁶ MANFREDI, Christopher P. The day the dialogue died: a comment on *Sauvé vs Canadá*. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 106-123.

³⁷ ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism of democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001. p. 254.

³⁸ Explicitando o maior potencial do sistema de diálogo institucional canadense para a geração da necessária troca de estímulos e informações entre judiciário e legislativo, consulte-se o texto de Roach em que empreende a uma análise comparativa de respostas legislativas a decisões judiciais nas Supremas Cortes norte-americana e canadense no tema de garantias asseguradas aos acusados de prática de ilícito penal. Em cada uma das hipóteses comparadas, a decisão judicial envolvia opção nitidamente contramajoritária de garantia de direitos em favor dos acusados; e o legislativo reagiu na tentativa do afastamento das conclusões judiciais — numa estratégia que Roach denuncia como mais preocupada, ao final, em consignar a divergência com a conclusão judicial do que com o equacionamento integral do tema dos direitos dos acusados. Fato é que o autor canadense sustenta e demonstra um leque de alternativas de resposta institucional oferecidos a cada qual dos braços especializados do poder, não disponível nos modelos tradicionais de supremacia do judiciário e que, segundo ele, contribuem de forma mais efetiva ao aprimoramento da revelação do sentido da Carta (ROACH, Kent. *Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court Decisions in Canadá and the United States*. I-CON, v. 4, n. 2, p. 347-370, Apr. 2006).

proposta canadense não enfrenta ainda uma questão central, que decorre da evidência de que se há conflito quanto a direitos, submetido à apreciação constitucional, é porque existe dissenso quanto a esses mesmos direitos.

Impõe-se retomar esse ponto fundamental ao debate: o dissenso existe em relação aos direitos e os caminhos de superação dessa divergência são variados — mas todos eles estão sujeitos a alguma espécie de crítica. É nesse mesmo quadro compreensivo que se põe o debate da supremacia do legislativo ou do judiciário — na medida em que se investiga qual seja a instituição mais adequada, sob o prisma democrático, para a superação do dissenso; e ainda, no mesmo cenário se põe o diálogo institucional, numa perspectiva de que os estímulos recíprocos entre judiciário e legislativo se revelem aptos a construir um consenso legitimado a um só tempo, pela representação e pela racionalidade técnica.

Explorando as possíveis causas do dissenso, Dixon³⁹ assinala a possibilidade de que a interface entre a questão de direitos e a interseção dos poderes políticos formalmente organizados se possa situar em dois distintos quadros: 1) o tema conflitivo se situa num “ponto cego” no quadro de conflitos sociais — escapando, portanto, à vista dos poderes formalmente constituídos, e por isso, não equacionado por eles; ou ainda 2) o impasse resulte de uma opção estratégica do legislativo, que entende os ônus da inércia como mais suaves politicamente do que aqueles associados à concretização de uma decisão em matéria de direitos.

Fixada a premissa de que a premissa é a do dissenso quanto a direitos, em resposta, ouvem-se vozes defensoras do papel do legislativo, como Jeremy Waldron,⁴⁰ ou de alerta para os limites da proposta de diálogo institucional, expressas por pensadores como Luc Trembley⁴¹ e Jeremy Webber.⁴²

O núcleo das críticas ao “constitucionalismo jurisdicionalizado” desponta nos textos elaborados por Waldron.⁴³ Este estudioso pauta-se como irradiador do questionamento quanto ao papel limitado a ser conferido ao legislativo na discussão de polêmicas de natureza moral. Sua leitura

³⁹ DIXON, op. cit.

⁴⁰ WALDRON, Jeremy. Principles of Legislation. In: BAUMAND, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed.). *The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p.15-32.

⁴¹ TREMBLAY, Luc. The Legitimacy of Judicial Review: the Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures. *International Constitutional Law Journal*, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

⁴² WEBBER, Jeremy. Institutional Dialogue Between Courts and Legislatures in the Definition of Fundamental Rights; Lessons from Canada (and Elsewhere). Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/2003/html>>. (1 of 43) 23/1/2009 11.28;39.

⁴³ Ver notas 9 e 39 supra.

reconhece, por consequência, maior abertura do legislador no processo decisório sobre o aspecto da moralidade.

Trembley, por sua vez, analisa criticamente o modelo de diálogo institucional, reconhecendo, de saída, que o propalado modelo canadense traduz exacerbada retórica nas relações institucionais que propõe, sem enfrentar a questão normativa principal, qual seja, os mecanismos próprios a conferir o signo de legitimidade na decisão. Sob esse enfoque — da questão da legitimidade da decisão sobre direitos — denota que nesse sistema não haveria a prevalência do princípio contramajoritário legitimador da supremacia do judiciário, devido aos instrumentos já citados da “Carta de Direitos” de 1982.

Ainda em relação aos potenciais benefícios da relação institucional que o modelo do diálogo institucional propõe — como técnica de legitimação — Trembley se vale de uma distinção entre duas concepções possíveis de diálogos, a saber: a de caráter deliberativo e a outra de conversação. Quanto a este “diálogo conversação” — que é o que aponta decorrente da conjugação da pronúncia judicial com as Seções 1 e 33 — Trembley sublinha que ele não tem sentido prático, posto que pouco comprometido com as condições segundo as quais ele se empreende, e menos ainda, com a sua aptidão a determinar uma conclusão. O estudioso reforça, assim, que o mencionado modelo de “weak judicial review” do Canadá desponta como diálogo de conversação. É só no diálogo deliberativo, pautado em condições que favoreçam não só o conhecimento das razões de decidir, mas também a formação do convencimento e a superação do dissenso, que se teria possibilidade de legitimar a decisão — e na compreensão de Trembley, não é de diálogo deliberativo que cogita a Carta de Direitos.

A conclusão crítica que apresenta ao modelo é de que o diálogo institucional proposto no Canadá enfraquece tanto o legislativo quanto o judiciário. O primeiro, posto que a decisão legislativa — ainda que tendo a si disponível as Seções 1 e 33, se veria, em alguma medida, limitada pela necessidade de superação explícita da pronúncia do judiciário. Por sua vez, o judiciário, que, na compreensão do autor, deveria pautar-se pelo “princípio da responsabilidade judicial” — “... juízes que são demandados a aferir a constitucionalidade dos atos do legislativo devem seguir suas próprias convicções constitucionais...” —⁴⁴ também se veria limitado na sua capacidade de decisão, pela necessidade de ter em conta a manifestação prévia do legislativo e/ou a sua responsabilidade de enunciar

⁴⁴ TREMBLAY. The legitimacy of judicial review:..., p. 635.

as premissas de conteúdo da Carta de Direitos como sua “resposta” na sustentação do diálogo institucional.

Ainda no plano das críticas ao modelo canadense, aponta-se a contribuição crítica de Webber, que está, essencialmente, próxima à do pensamento de Waldron.⁴⁵ Como ponto de partida de suas considerações, evidencia que, a rigor, embora as cláusulas contidas nas Seções 1 e 33 da Carta de Direitos Canadense, enquanto enunciados normativos, possam ser únicas, a prática de algum nível de diálogo institucional é, em alguma medida, quase universalizada, com paralelos funcionais em quase todas as constituições mais recentes.⁴⁶

Sua visão traduz uma leitura comparativa entre as estruturas políticas da Austrália e do Canadá. O ponto de análise oferecido por Webber é mais o da dinâmica política; isto é, de como atores políticos atuam do que propriamente o exame da legitimidade de sua atuação. Seu questionamento quanto à “Carta de Direitos” de 1982 está voltado mais para um mapeamento “empírico” político e jurisprudencial da aplicabilidade já conferida às Seções 1 e 33 do citado documento protetivo de direitos no Canadá. Na leitura de suas investigações, reporta que a aplicação da seção 33, que assegura a possibilidade do override das decisões judiciais mereceu aplicação apenas dezessete vezes (tendo-se em conta o plano nacional e o das justiças provinciais), a maior parte delas localizadas na Província do Quebec.⁴⁷ Webber demonstra, assim, não só o reduzido alcance institucional desses instrumentos do diálogo entre o Parlamento canadense e sua Corte Suprema, como também, seu alcance mais regional.

Webber defende, de modo firme, que o que se encontra em jogo nas questões em que não há consenso em matéria de direitos é o processo

⁴⁵ Vide: WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006, p. 1346-1406. Disponível em: <<http://yalelawjournal.org/115/6/toc.html>>. Última consulta em: 26 jan. 2009.

⁴⁶ Em verdade, o reconhecimento em si da possibilidade de delimitação legislativa do conteúdo de direitos fundamentais se constitui até mesmo cláusula explícita nos textos constitucionais alemão e português; já a possibilidade de resposta legislativa — embora, decerto, de conteúdo distinto do overriding — à pronúncia da Corte Constitucional também não se constitui novidade, sendo de se assinalar no passado mais recente do Brasil, por exemplo, a instituição de contribuição previdenciária em relação aos servidores públicos aposentados, que prevista pela Emenda Constitucional nº 20 foi pronunciada inconstitucional e restaurada pela Emenda Constitucional nº 41, em evidente resposta legislativa à pronúncia anterior de nulidade.

⁴⁷ Aqui, mais uma vez, as circunstâncias históricas e políticas explicam o fenômeno. Partia justamente de Quebec a maior resistência à própria Carta de Direitos Fundamentais, pelo seu virtual potencial de restringir a liberdade de atuação do legislativo local. É esse contexto histórico que explica tenha sido nessa mesma província o maior número de ocorrências de aplicação da mencionada Seção, com vistas a se construir uma espécie de “muro de proteção” às cláusulas legislativas ali editadas, que ao abrigo ao overriding, estariam — ao menos, pelo período de 5 anos — imunes ao controle de parte da corte constitucional. Interessante a nota de que a edição pela província de Quebec de uma cláusula geral de overriding pretendendo alcançar a toda a legislação anterior à Carta de Direitos, submetida à apreciação da Corte Constitucional, foi tida como válida. Com isso, favoreceu-se um ambiente de menor tensionamento político — e ao término do período de vigência do overriding, a solução em si de adoção de uma Carta de Direitos se viu absorvida pela comunidade local.

democrático no embate constitucional e se há prevalência de um dos poderes na articulação da solução. Esse estudioso australiano é bem claro na sua posição de não ser contra um sistema como de judicial review ou a quaisquer modelos institucionais; sua preocupação se volta à busca de mecanismos de prestígio ao modelo democrático, particularmente em sociedades onde uma cultura arraigada de proteção a direitos. Nesse contexto, o debate em torno dos direitos em tela não costuma envolver grosseiras violações, mas ao revés, difíceis tópicos de julgamento — e assim, a legislatura pode ainda apresentar-se como a melhor arena de decisão.

4 Os impasses institucionais do judicial review no Brasil

Percorridas essas alternativas de harmonização entre a força normativa da Constituição e as possibilidades de atuação do legislador no marco de uma justiça constitucional, cabe examinar o contexto institucional decorrente da Constituição Federal de 1988 diante desse questionamento.

Na obra *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*⁴⁸ demonstrou-se um alargamento das atribuições institucionais da jurisdição constitucional brasileira. Processo originado na própria Corte, a partir de um conjunto de fatores normativos, políticos e institucionais que favoreceram a expansão de competências, a exemplo daquelas assinaladas pela Lei nº 9.868/99 e, também, em especial, pela Emenda Constitucional nº 45/2004; assim como a própria (re)composição do Supremo Tribunal Federal, como resultado de nomeações concretizadas, ao longo do início do primeiro mandato do governo Luís Inácio Lula da Silva (2003-2006), e similares.

As estratégias de afirmação institucional do STF e da jurisdição constitucional brasileira foram diversas. Na obra indicada acima, mapeou-se como o uso de novas categorias de raciocínio nos julgados — reconhecimento da “força normativa dos fatos” e “separação de poderes mitigada” — favoreceu esse movimento de conquista de espaço de competência.

Foi voz corrente no Supremo Tribunal Federal pelo seu Presidente Gilmar Mendes no correr do ano de 2008⁴⁹ — em resposta ao apontado risco de possível substituição do Legislador pelos juízes constitucionais brasileiros — a afirmação de que é de se diferenciar representação política

⁴⁸ VALLE, Vanice Lírio do (Org.). VIEIRA, José Ribas et al. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba. Juruá. 2009. E ver também verbete de autoria do autor citado “Preâmbulo” In: AGRA, Walber (Org.). *20 anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Nesse verbete mencionado, discutem-se a questão democrática e a separação de poderes.

⁴⁹ No tema, consulte-se <www.supremoemdebate.blogspot.com>, post de 2008.

própria do parlamento da representação argumentativa, essa detida pela Corte.⁵⁰ É patente que, mesmo num procedimento da “práxis política”, essa afirmativa da Justiça Constitucional brasileira está mais próxima de outra modalidade de representação da sociedade e não possibilita o encaminhamento de um diálogo institucional com o legislativo.

A concepção do Ministro Gilmar Mendes, sublinhe-se, é do reconhecimento dicotômico da representatividade das demandas sociais e, nesses termos, o exercício da representação argumentativa teria pouco a se beneficiar das razões e práticas da representação política. Se isso assim é, o uso de uma solução que caminhe pela prática do diálogo institucional não se apresenta como possível — pela incompatibilidade de benefício recíproco entre duas origens tão distintas de representação e legitimidade.

Observe-se que a defesa do STF da representação argumentativa, como fundamento de legitimidade de suas decisões, está fundada na lógica sublinhada por Lima,⁵¹ no sentido que “...a participação do poder judiciário possui por fundamento o lado abstrato da normatividade constitucional, procurando suporte nos meandros da linguagem...”.

Se há essa fissura no tocante ao entendimento de qual possa ser o veículo de legitimação das decisões judiciais — com evidente inclinação do STF no sentido de um modelo não dialógico, fundado ao revés na supremacia do judiciário — disso não decorre necessariamente a dispensa, ainda no modelo percebido pela Corte, de abertura para a legitimação democrática. Cumpre então indagar se a representatividade argumentativa postulada pelo citado ministro do Supremo Tribunal Federal, pelo menos, estaria consonante à força democrática, apontada como essencial por Jeremy Waldron e Jeremy Webber.

Na pesquisa materializada pelo projeto Dossiê Justiça⁵² ao examinar os denominados hard cases, em relação aos quais não se põe determinada resposta certa, não se identificou preocupação mais acentuada com a fundamentação democrática das decisões ali cunhadas. Em temas recentes e diversificados, como o da constitucionalidade da pesquisa sobre

⁵⁰ Vide especificamente ALEXY, Robert. Teoría del discurso y derechos constitucionales. reimp. México, DF: Distribuciones Fontamara, 2007. p. 89-103 sobre a conceituação da representação argumentativa.

⁵¹ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia. Pensar, Fortaleza, v. 11, p. 185-191, fev. 2006.

⁵² VIEIRA, José Ribas et al. Revista Jurídica – Faculdade Nacional de Direito da UFRJ nova série v. 1, n. 3, dez. 2008. Essa obra foi produzida para viabilizar Observatório da Justiça Brasileira (OJB) com o apoio financeiro da Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, articulando investigadores científicos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e do Departamento de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

células-tronco,⁵³ o da infidelidade partidária⁵⁴ e, por fim, da ausência de regulamentação da Emenda Constitucional nº 26/96 (criação de municípios),⁵⁵ a conclusão é de que o STF atua de forma pouco consistente no que toca à abertura para a legitimação democrática da decisão — ora apontando seu imperativo, ora entendendo que a providência não se apresenta como necessária. Essa oscilação, por sua vez, não é igualmente objeto de argumentação mais explícita — o que, em última análise, enfraquece a própria tese da representação argumentativa. Afinal, se decorre da fundamentação o traço democrático da decisão; o ônus argumentativo no afastamento da abertura democrática deveria ser maior, e não é essa a percepção que se tem identificado de parte da Corte.

Não é ocioso destacar que essa variação de estratégias decisórias da Corte não se resume à abertura dialógica para com a sociedade. Assim é que, no caso da Lei de Biossegurança e os potenciais de utilização de célula-tronco, identificou-se aparente reverência à legitimação democrática com a promoção de audiência pública. De outro lado — e talvez fundado nessa “abertura democrática”, entendeu a Corte restasse autorizada até mesmo a estabelecer condicionamentos para a manipulação genética, prevista no citado art. 5º da Lei nº 11.150/2005, desenvolvendo-se assim verdadeira atuação supletiva à do legislador, em tema tão sensível e aberto à divergência.

Já no debate relativo à regulamentação do art. 18, §4º, da CF e a disciplina da criação dos municípios (ADIO 3628), que tinha a si associado o destino a se conferir àqueles criados na ausência da norma reguladora — o exemplo sempre citado é o município baiano de Luís Eduardo Magalhães — o Supremo “partilhou” com o legislativo (e não com a sociedade) a busca da solução, na medida em que em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pronunciou a omissão legislativa constitucionalmente relevante e indicou devesse o parlamento cogitar, quando da regulação do tema, da superação das situações já constituídas no vazio legislativo.

5 Conclusão

A reflexão desenvolvida foi no sentido de demonstrar que o desenvolvimento da teoria constitucional contemporânea fortaleceu o princípio

⁵³ ADI nº 3510, em que se examinou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.150/2005 – Lei de Biossegurança.

⁵⁴ Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs nºs 3999 e 4086) ajuizadas contra a Resolução nº 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que disciplinam a perda de cargos eletivos por infidelidade partidária. No mês de novembro de 2008, o Plenário do STF votou pela improcedência das ações, ao entender que o deputado não é titular do mandato e sim o partido.

⁵⁵ ADI nº 3682, por omissão.

da prevalência da Constituição, que abriu a possibilidade da ampliação da justiça constitucional (judicial review) e a consequente compreensão dos conflitos institucionais, decorrentes da atuação dos juízes e da vontade do Legislador, em especial na afirmação — política ou jurídica — dos direitos fundamentais. Tal polêmica aponta para os limites impostos pelos parâmetros da separação de poderes.

Em realidade, o debate tornou-se mais denso com os questionamentos de acerca da legitimidade democrática, tanto do legislador quanto da jurisdição constitucional. O denominado diálogo institucional proposto pelo modelo canadense, mesmo apresentando os méritos políticos e democráticos reconhecidos no pensamento de Roach, ainda tem dificuldades a superar, em especial quando se reflete sobre os fundamentos justificadores da prevalência do legislativo, como expostos por Jeremy Waldron e as críticas elencadas por Jeremy Webber e Luc Trembley.

Transposto para o cenário brasileiro o mesmo debate de legitimidade da força de um dos poderes constitucionais, a estrutura política resultante da Constituição Federal de 1988 abriu a possibilidade para um “ativismo jurisdicional”, circunstância que agrava o debate em relação à legitimidade. A justificação, até o momento utilizada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, de que o signo de legitimidade decorreria da representação argumentativa, tampouco se apresenta como caminho de estabelecimento de um diálogo institucional, menos ainda aquela modalidade diferenciada (diálogo deliberativo) imaginado por Trembley, aberto a uma textura de expansão democrática para as decisões judiciais da corte constitucional brasileira.

Explorando as implicações democráticas dessa opção supremacia do legislativo versus supremacia do judiciário em terra brasiliis, Lima⁵⁶ afirma a viabilidade de que se possa ter uma espécie de renovação do poder constituinte, como mecanismo de atualização do sentido constitucional. Destaca, todavia, o autor que os juízos atinentes a essas iniciativas são nitidamente políticos, transcendendo a “...compreensão mecânica da normatividade ou do mero discurso semiótico...”, para exigir o enfrentamento dos conflitos que obstam a efetividade constitucional. Nesses termos, é no terreno da construção e superação política do conflito que se forjarão as soluções com real viabilidade de implementação — e não na seara da retórica idealista, que continua crendo na autonomia das disposições libertárias.⁵⁷

⁵⁶ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo..., p. 186.

⁵⁷ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo..., p. 190.

Institutional Dialogue, or the Strength of the Democratic Process, in the Pursue of Constitutional Supremacy?

Abstract: The fight for constitutional enforcement through judicial review has not overcome the doubts related with the old dichotomy of the legislative supremacy versus judicial supremacy. However, new alternatives have been presented in order to guarantee a democratic definition of fundamental rights through judicial review; alternatives that explore new institutional relations as a solution to overcome the matter of the decision's legitimacy. The article will explore the terms in which is enunciated the debate about legislative supremacy versus judicial supremacy, from the perspective suggested by Jeremy Waldron. It will then examine the proposals enounced by the dialogical theories specially the Canadian conception about institutional dialogue. These new theories demonstrate that constitutional enforcement can be built, not from an institutional design that operates with the idea of a "final word" titleholder in the matters of rights; but on the contrary; that a democratic practice can result from a permanent dialogue between the formal power institutions. At the end, the article demonstrates that the Brazilian Supreme Court's practice, still inspired by an old understanding of the checks and balance system, has not yet incorporated, in a significant way, the dialogical dimension in solving the questions of fundamental rights.

Key words: Types of constitutionalism. Institutional dialogue. Legislative supremacy. Judiciary supremacy. Fundamental rights. Democracy.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. *We the People: foundations*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1995.
- ACOSTA SÁNCHEZ, José. *Formación de la constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos S/A, 1998. p. 35-42.
- AHUMADA RUIZ, Marian. *La jurisdicción constitucional en Europa*. Madrid: Thomson Civitas, 2005.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
- COENEN, Dan T. Coenen. *A Constitution of Collaboration Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue*. *Willian and Mary Review*, v. 42, n. 5, p. 1575-1870, 2001.
- DIXON, Rosalind. *Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Forma Judicial Review Revisited*. *I-CON*, v. 5, p. 391-418, July 2007.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GARDBAUM, Stephen. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. *American Journal of Comparative Law*, v. 49, n. 4, Fall 2001 [on line]. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=302401>>. Última consulta em: 20 fev. 2009.

HAIGH, Richard; SOBKIN, Michael. Does the Observer have an Effect?: an Analysis of the use of the Dialogue Metaphor in Canada's Courts. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 67-90.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). *Osgoode Law Journal*, v. 35, n. 1, p. 75-124.

KELSEN, Hans. La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Tradução de La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle).

KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. New York: Oxford University Press, 2004.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia. *Pensar, Fortaleza*, v. 11, p. 185-191, fev. 2006.

LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

MANFREDI, Christopher P. The Day the Dialogue Died: a Comment on *Sauvé vs Canadá*. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 106-123.

MATHEN, Caríssima. Dialogue Theory, Judicial Review and Judicial Supremacy: a Comment on "Charter dialogue revisited". *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 125-146.

PETTER, Andrew. Taking Dialogue Theory much too Seriously (or perhaps charter dialogue isn't such a good thing after all). *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 1, p. 147-167.

ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court Decisions in Canadá and the United States. *I-CON*, v. 4, n. 2, p. 347-370, Apr. 2006.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism of democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

THAYER, Erza R. Judicial Legislation: its Legitimate Function in the Development of the Common Law. *Havard Law Review*, v. 5, n. 4, p. 172-201, Nov. 1891.

TREMBLAY, Luc. The Legitimacy of Judicial Review: the Limits of Dialogue Between Courts and Legislatures. *International Constitutional Law Journal*, v. 3, n. 4, p. 617-648, 2005.

TUSHNET, Mark. Alternative forms of judicial review. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 8; *ABI/INFORM Global*, p. 2781-2802. Aug 2003.

TUSHNET, Mark. Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design. In: *The Least examined branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University press.

VALLE, Vanice Lírio do (Org.). VIEIRA, José Ribas et al. *Ativismo Jurisdiccional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá. 2009. No prelo.

WALDRON, Jeremy. Principles of Legislation. In: BAUMAND, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed.). *The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p.15-32.

WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *The Yale Law Journal*, v. 115, n. 6, 2006, p. 1346-1406. Disponível em: <<http://yalelawjournal.org/115/6/toc.html>>. Última consulta em: 26 jan. 2009.

WEBBER, Jeremy. *Democratic Decision Making as the First Principle of Contemporary Constitutionalism in The Least Examined Branch: the Role of Legislatures in the Constitutional State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 411-443.

WEBBER, Jeremy. Institutional Dialogue Between Courts and Legislatures in the Definition of Fundamental Rights; Lessons from Canada (and Elsewhere). Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/2003/html>>. (1 of 43) 23/1/2009 11.28;39.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Cecília de Almeida et al. Saídas institucionais ou a força do processo democrático na prevalência da Constituição?. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, p. 123-145, jul./set. 2010.

Recebido em: 14.07.09

Aprovado em: 25.09.10