

Supremacia constitucional vs. supremacia judicial: a possibilidade de diálogos institucionais na interpretação da Constituição

Glauco Salomão Leite

Doutor em Direito Público pela UFPE. Mestre em Direito Constitucional pela PUC-SP. Professor de Direito Constitucional da UFPB, da Universidade Católica de Pernambuco e da Faculdade Damas de Instrução Cristã. Advogado. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/PE. *Lattes*: <<http://lattes.cnpq.br/3589509124692687>>. *E-mail*: <glaucosalomao@uol.com.br>.

Resumo: O trabalho discute o papel da jurisdição constitucional numa democracia constitucional, apontando os problemas decorrentes do advento de uma supremacia judicial. Em vez de defender a supremacia parlamentar, analisa a teoria dos diálogos institucionais, que demanda a atuação horizontal e coordenada entre Cortes e instâncias políticas majoritárias. Por fim, investiga como o ativismo judicial pode funcionar para desencadear diálogos constitucionais com as instituições políticas, evitando-se o surgimento de instâncias hegemônicas de poder.

Palavras-chave: Diálogos institucionais. Ativismo judicial. Supremacia judicial.

Sumário: **1** Guardiã ou senhor da Constituição? – **2** O desenho constitucional canadense e os diálogos institucionais – **3** Elementos da teoria dialógica da jurisdição constitucional – **4** Existe abertura para um diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e os Poderes Executivo e Legislativo no sistema constitucional brasileiro? – **5** Conclusões – Referências

1 Guardiã ou senhor da Constituição?

O constitucionalismo democrático contemporâneo reúne um conjunto de transformações paradigmáticas vivenciadas tanto na Europa quanto na América Latina após a Segunda Guerra Mundial. Entre elas, reconhece-se a superação do dogma da infalibilidade do direito legislado, o abandono da crença na supremacia política dos parlamentos enquanto instância que vocaliza uma suposta vontade geral da coletividade e o anacronismo da concepção oitocentista de constituição segundo a qual os textos constitucionais se reduzem a documentos políticos insuscetíveis de aplicação direta pelos órgãos judiciais. Assim, com base na ideia de que as recentes constituições democráticas são dotadas de força normativa, bem como na importância atribuída aos direitos fundamentais na ordem jurídica, verificou-se uma substancial

expansão do poder judicial nos países de tradição romano-germânica. A remodelagem da engenharia institucional destronou os parlamentos, cujas decisões políticas são submetidas ao crivo de tribunais constitucionais e cortes supremas.

No regime constitucional pós-88, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem ocupado um importante papel no quadro institucional e na vida política brasileira. A toda evidência, inúmeras e complexas questões controvertidas da agenda nacional têm desaguado na Corte como fruto de um intenso processo de judicialização das relações sociais.¹ Os temas submetidos à sua apreciação, as decisões prolatadas e a invalidação das decisões dos demais poderes repercutiram na discussão em torno do ativismo judicial, tema que ganhou enorme popularidade entre os acadêmicos, na comunidade jurídica e nos meios de comunicação em geral.

Há alguns anos, num contexto de profunda crítica, o argumento bastante repetido de que o STF é detentor da “última palavra” sobre o sentido e o alcance da Lei Maior é posto à prova. Assim, o papel de guardião da Constituição passaria por um processo de deturpação, chegando a uma espécie de “assenhoramento” do texto constitucional pelo Tribunal. Nesse sentido, o reconhecimento da supremacia normativa da Constituição levaria à supremacia do órgão incumbido de defendê-la. Representativo desse quadro é o pensamento do ex-ministro Eros Grau, para quem “não existe a Constituição de 1988 [...] o que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte”.²

Além da excessiva judicialização dos conflitos, fortalecida com senso comum de que o STF possui o “monopólio da última palavra”, pode-se acrescentar outro ingrediente no cenário: o decisionismo. Isso pode ser ilustrado a partir da afirmação do ministro Luiz Fux sobre como decide os casos sob a sua apreciação: “Primeiro procuro ver qual é a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução” (FUX, 2011). Ocorre que o decisionismo judicial não compromete apenas o mérito de cada interpretação, senão também a maneira como a decisão foi construída, ou seja, restam comprometidas as exigências de coerência e integridade. O recurso a uma miscelânea de postulados e regras hermenêuticas pode refletir uma simples preferência subjetiva do intérprete judicial, que optou por combinar critérios distintos, muitas vezes incompatíveis entre si, buscando ocultar suas valorações individuais (GARGARELLA, 2010). Com isso, aumenta-se a insegurança, porque o direito

¹ Veja-se a seguinte afirmação do ministro Gilmar Mendes: “[...] dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional ou democrático. *Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais*” (Voto proferido na ADI nº 3.510, rel. Min. Carlos Ayres Brito, destaque nosso).

² Voto proferido na ADI nº 3.367/DF, rel. Min. Cezar Peluso.

passa a depender muito mais de quem o aplica do que de algum parâmetro objetivo. Aparentemente, o constitucionalismo contemporâneo teria como consequência nefasta a proeminência das Cortes e a jurisprudencialização da Constituição.

Contra essa linha de entendimento, várias objeções democráticas foram lançadas para atacar as próprias bases de sustentação da jurisdição constitucional, acentuando a propalada dificuldade contramajoritária da *judicial review* (BICKEL, 1962). Tais críticas revelam um ceticismo em relação às potencialidades da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais e dos demais valores incorporados pela Constituição, bem como repudiam uma intensa fiscalização judicial do legislador democrático. Dessa maneira, a alternativa ao protagonismo das Cortes seria a retirada da Constituição de seu domínio, devolvendo-a aos legítimos representantes do povo, ou, ao menos, a mitigação dos poderes judiciais (TUSHNET, 1999; KRAMER, 2004; WALDRON, 1999).

Não obstante, como observam Robert Post e Reva Siegel, o pêndulo oscilou bastante: de uma excessiva confiança a um excessivo desprezo das Cortes. Em busca de uma terceira via, tem-se iniciado um profícuo debate sobre as teorias que rediscutem a supremacia judicial e que propõem um diálogo institucional com os demais poderes. A metáfora do “diálogo”, presente, em particular, nos debates entre acadêmicos norte-americanos e canadenses, serve para designar as possíveis relações a serem estabelecidas entre Cortes e instâncias políticas majoritárias na construção coordenada dos significados constitucionais. Como ponto de partida, entende-se que nenhuma instância de poder possui a prerrogativa de se assenhorar da Constituição, assumindo o monopólio ou exclusividade da sua interpretação. Esse pressuposto tem como consequência afastar posições tanto a favor da supremacia parlamentar, quanto da supremacia judicial. A virada para uma teoria dos diálogos tem sido apontada como um caminho equilibrado que, sem desconsiderar a relevância da jurisdição constitucional, não lhe outorga um papel hegemônico na concretização da Constituição. Como destacado por Mark Tushnet (1999), o conceito de diálogo se tornou uma questão central do pensamento constitucional contemporâneo acerca da jurisdição constitucional.

2 O desenho constitucional canadense e os diálogos institucionais

Tradicionalmente, o sistema constitucional do Canadá seguia os padrões culturais do “modelo de Westminster”, originado na Inglaterra e baseado na supremacia do Parlamento. Desse modo, a ideia de Constituição compreende uma série de normas que possuem a mesma hierarquia das leis ordinárias. Além disso, essas leis não podem ser invalidadas por decisão judicial. Nesse cenário, o sistema canadense

de direitos fundamentais conferia pouca importância ao Poder Judiciário, como instituição capaz de assegurar a proteção desses direitos, diante de violações advindas dos atos do Parlamento.

Com a aprovação de uma nova Carta de Direitos, em 1982, o Canadá se afastou da tradição da supremacia parlamentar. O *Canadian Charter of Rights and Freedoms* constitui o novo marco jurídico-constitucional que, além de reconhecer inúmeros direitos e garantias individuais, não os deixou sob a exclusiva proteção do legislador ordinário. Em primeiro lugar, essa Carta de Direitos apresenta a característica da rigidez constitucional, só podendo ser alterada por um procedimento especial (Seção 38). Em segundo lugar, a proteção desses direitos submete as leis federais e provinciais ao controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Vê-se, então, que o sistema canadense foi modificado, aproximando-se do sistema constitucional norte-americano de Constituição rígida e *judicial review*.

Todavia, nos debates que antecederam a aprovação da Carta, firmou-se o entendimento de que não se pretendia institucionalizar a supremacia judicial, tal como o modelo americano é visto por muitos. A solução encontrada foi a implantação de um controle de constitucionalidade formalizado pela existência da *judicial review*, mas com mecanismos que permitem a reversão (*override*) da decisão judicial pelas instâncias legislativas. Com essas “válvulas de escape constitucionais”, que constituem traços inovadores no modelo de justiça constitucional, seria atenuado o déficit democrático do controle de constitucionalidade, permitindo ao Poder Legislativo “corrigir” as decisões judiciais (BAKER, 2010; BATEUP, 2006).

Assim, de acordo com o desenho institucional da nova Carta canadense, os principais facilitadores estruturais de um diálogo institucional estão previstos na Seção 33 e na Seção 1. O primeiro deles consubstancia a conhecida cláusula “não obstante” (*notwithstanding*). Com fundamento nessa prerrogativa, o Parlamento pode aprovar uma lei declarando expressamente que essa lei é válida, *não obstante os direitos da Carta*. Trata-se de um mecanismo que imuniza a legislação ordinária por um determinado período, neutralizando o controle judicial de constitucionalidade. Importante acrescentar que essa cláusula pode ser utilizada de forma preventiva e repressiva. Na primeira hipótese, assim que a lei for aprovada, o Parlamento pode invocar a cláusula, impedindo uma eventual declaração judicial de inconstitucionalidade. Do ponto de vista de uma teoria dialógica da jurisdição constitucional, a utilização preventiva reduz drasticamente a possibilidade de interação institucional, porque o Parlamento sequer permite a manifestação do Poder Judiciário sobre a validade da lei (ROACH, 2004; LINARES, 2008). Na segunda hipótese, o Parlamento aprova uma lei sem fazer uso da cláusula “não obstante”. Isso significa que o Poder Judiciário, especialmente a Suprema Corte canadense, está autorizado a declarar sua invalidez. Com a declaração de inconstitucionalidade da lei baseada na Carta de Direitos,

o Parlamento poderá reagir, sobrepondo-se à interpretação judicial, à medida que determina a vigência da lei, apesar da decisão judicial em sentido contrário. Em outros termos, em virtude da cláusula “não obstante” em seu viés repressivo, o legislador ordinário poderá responder à decisão judicial, determinando que a lei continuará sendo aplicada, mesmo diante de uma declaração de inconstitucionalidade.

Vale ressaltar que essa imunidade da lei expira em cinco anos. Ao seu término, caso se pretenda renová-la, exige-se uma nova deliberação parlamentar a favor da prorrogação. Observe-se que esse prazo coincide com a legislatura, de sorte que a cada cinco anos haverá eleições. Assim, a utilização da cláusula “não obstante” pelo Parlamento poderá constituir tema de discussão nas eleições, instaurando-se um debate público sobre a legitimidade da lei.

A Seção 33 reconhece explicitamente as divergências interpretativas que podem existir, a respeito do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, entre o Parlamento e a Corte, admitindo a revisão da decisão judicial pelo legislador. Todavia, embora essa regra seja considerada a que mais claramente remeta à metáfora de um diálogo, ela tem sido pouco utilizada, em razão das resistências políticas quanto ao seu uso. Tão logo a Carta de Direitos entrou em vigor, a província de Québec invocou a utilização preventiva da cláusula “não obstante” em relação a *toda* legislação provincial, para evitar sua sujeição aos novos poderes concedidos aos juízes. Essa medida foi considerada uma retaliação, tendo em vista que Québec foi contra a aprovação da reforma constitucional que culminou na concepção da Carta de Direitos. Portanto, nesse caso, o manejo da Seção 33 não teve a propósito de estabelecer um diálogo sobre uma específica controvérsia a respeito de direitos fundamentais, senão o de sabotar as inovações introduzidas pela Carta.

Em outra situação, o Parlamento de Québec fez uso repressivo da cláusula, em resposta à decisão da Suprema Corte canadense no caso *Ford vs. Quebec*, de 1988. A controvérsia girou em torno da legitimidade de uma lei de Québec que proibiu a exposição no espaço público de cartazes comerciais em outro idioma que não o francês. O Tribunal declarou a sua inconstitucionalidade, alegando que ela violava os direitos à liberdade de expressão e à isonomia enunciados na Carta. Após a decisão judicial, Québec, valendo-se do uso repressivo da cláusula “não obstante”, manteve a restrição determinada em sua lei, o que provocou significativa indignação popular, pois a resposta legislativa foi interpretada pela minoria de língua inglesa como um abuso de poder por parte da maioria francófona. Após os cinco anos previstos na Seção 33, o Parlamento de Québec não só deixou de renovar a cláusula “não obstante”, como aprovou, em 1993, uma nova lei admitindo a utilização de outros idiomas nas propagandas, desde que a língua francesa fosse o idioma prevalecente. Essa nova lei não veio acompanhada da cláusula, em sua versão preventiva.

Por outro lado, a Seção 1 submete os direitos previstos na Carta a limites razoáveis fixados em lei e que sejam comprovadamente justificados numa sociedade

livre e democrática. Com isso, explicita-se a ideia de que tais direitos são relativos e, por isso, são sujeitos a restrições estabelecidas pelo legislador ordinário. Cuida-se, portanto, do reconhecimento de uma área de livre conformação legislativa, embora limitada pela própria Carta. No caso *R. vs. Oakes*, de 1986, a Suprema Corte fixou os parâmetros para avaliar se as restrições a legislações são razoáveis. Assim, em um primeiro momento, ela avalia a legitimidade dos objetivos perseguidos pela lei e, em seguida, a proporcionalidade dos meios por ela empregados para alcançá-los. A questão central está em saber se o legislador escolheu os meios menos restritivos possíveis para chegar ao resultado almejado. De uma maneira geral, é sobre tal aspecto da lei que poderá se desenvolver um diálogo institucional. De fato, se a lei for declarada inconstitucional, sob o argumento de que ela não se valeu de meios menos severos para atingir seu objetivo, a Corte invariavelmente irá apresentar alternativas mais brandas, que poderiam satisfazer as exigências de razoabilidade prevista na Seção 1. Com isso, o legislador pode responder, modificando a lei.

O caso *Ford* bem ilustra essa forma de interação. Quando a Suprema Corte pronunciou a inconstitucionalidade da lei de Québec, ela reconheceu a legitimidade do objetivo por ela perseguido. A proteção da língua francesa seria uma justificativa plausível para restringir a liberdade de expressão. Porém, a proibição total do uso de outros idiomas nos cartazes comerciais seria um meio que atingia de forma desproporcional os direitos daqueles que usavam a língua inglesa. A Corte entendeu que bastaria a exigência de que o idioma francês fosse efetivamente utilizado nos cartazes, ou até mesmo que fosse o idioma prevalecente, para cumprir a exigência da razoabilidade da restrição à liberdade de expressão. Como se viu, a primeira reação de Québec foi o uso da cláusula “não obstante”. Porém, quando sua vigência expirou, aprovou-se nova lei, acolhendo a sugestão da Corte.

Um terceiro elemento que favorece o diálogo é referido por Kent Roach. Trata-se das declarações de inconstitucionalidade com efeito *pro futuro*. Para o autor, quando a Corte declara a invalidade de uma lei, determinando que sua decisão só produzirá efeitos após um determinado tempo, cria-se uma importante oportunidade para o legislador ordinário considerar uma variedade de opções para emendar a legislação, sem criar um vácuo normativo decorrente da anulação imediata da lei. Ainda em sua visão, na maioria das vezes em que a Corte se valeu dessa técnica decisória, houve uma resposta legislativa (ROACH, 2004).

A estrutura dialógica da Carta canadense influenciou outras Cartas de Direitos contemporâneas, a exemplo das adotadas no Reino Unido em 1998 e na Nova Zelândia em 1990, embora estas apresentem algumas variáveis distintas. A partir dessas experiências concretas, o debate acerca dos diálogos constitucionais tomou corpo, desenvolvendo-se uma teoria que pretende aprofundar relevantes aspectos das relações interorgânicas envolvendo Cortes e Parlamentos.

3 Elementos da teoria dialógica da jurisdição constitucional

A teoria dos diálogos constitucionais pressupõe uma relação de paridade entre Cortes e Parlamentos. Por isso, é incompatível com essa proposta qualquer corrente a favor da supremacia parlamentar ou judicial. Em uma democracia constitucional plural e complexa, a interpretação constitucional não pode ficar enclausurada no Poder Judiciário, de sorte que os demais atores estatais e sociais apresentam credenciais que os legitimam a participar da construção do sentido constitucional. Assim, o dissenso é visto como uma condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional. Isso quer dizer que as instâncias majoritárias não apenas *podem* participar desse processo, como também *possuem* responsabilidades que não devem ser transferidas a outro órgão. Assim, é preciso reconhecer a possibilidade de a interpretação constitucional levada a cabo por uma Corte Suprema vir a ser superada por outra defendida pelo Parlamento, sem que isso constitua uma ruptura institucional. Desse modo, o exercício da jurisdição constitucional por uma Corte Suprema deixa de ser compreendido como o término ou etapa final de um debate público iniciado na arena política (BATEUP, 2007). Na verdade, as decisões judiciais podem deflagrar uma ampla e democrática deliberação sobre temas relevantes para a sociedade, em vez de encerrá-la.

Como existe uma considerável tradição em associar a interpretação constitucional à interpretação *judicial* da Constituição, não raro os tribunais têm resistência em relação ao modelo dialógico que não vê como acinte à autoridade das Cortes a possibilidade de uma resposta parlamentar. Assim, enfraquece-se o argumento de que “a constituição é aquilo que a Suprema Corte diz que ela é”. A afirmação de que uma decisão judicial contraria a Constituição pressupõe uma identificação normativa *com* essa Constituição (POST; SIEGEL).

É importante esclarecer que a perspectiva dialógica não constitui uma teoria interpretativa que pretende oferecer critérios para os juízes solucionarem controvérsias constitucionais. Porém, isso não significa abraçar decisionismos judiciais, nem considerar inútil o debate hermenêutico (POST; SIEGEL). A consistência e coerência das decisões judiciais em matéria constitucional representam inclusive um fator de legitimidade da Corte. No entanto, os autores que perfilham as correntes dialógicas entendem que os tradicionais debates constitucionais deixaram de lado uma questão de elevada importância, qual seja, a de que jurisdição constitucional integra uma cadeia dialógica, na qual juízes e legisladores são interlocutores, e não necessariamente inimigos (HOGG; BUSHHELL, 1997). Logo, Cortes e Parlamentos, embora separados organicamente, estão conectados dialogicamente. Essa perspectiva, portanto, enfatiza os processos institucionais por meio dos quais as decisões constitucionais são construídas a partir de uma atuação compartilhada entre o Poder Judiciário e outros atores (BATEUP, p. 2006).

É perceptível que a teoria dos diálogos assume, e não poderia ser diferente, a possibilidade de dissenso entre múltiplos intérpretes da Constituição. Porém, é preciso esclarecer o que se entende como diálogo entre Cortes e Parlamentos. Numa primeira concepção, só haveria um verdadeiro diálogo se o Parlamento fosse considerado um intérprete autônomo do texto constitucional, podendo reverter uma decisão judicial com interpretação diversa da sua. Em sentido mais amplo, o diálogo não exige uma atuação adversária do Parlamento, de modo que mesmo a aceitação da solução judicial pelo legislador constitui uma forma de interação dialógica (ROACH, 2004).

A crítica que se faz a essa última concepção baseia-se na ideia de que quando o legislador ordinário simplesmente acata a interpretação judicial ele não atua como um interlocutor independente. Em verdade, haveria um monopólio judicial da interpretação constitucional, resultando em uma desigual e *juriscêntrica* concepção de diálogo, em que a Corte fala e o legislador escuta (BATEUP, p. 2006). Essa crítica, contudo, não deve proceder. A aquiescência do legislador pode configurar uma forma de diálogo, especialmente quando a Corte enfrenta uma controvérsia constitucional que exigiria um custo político muito alto para as instâncias majoritárias por ter que enfrentar um tema que polariza a opinião pública. Por exemplo, a decisão da Suprema Corte norte-americana sobre aborto, no caso *Roe vs. Wade*, ainda não recebeu uma resposta legislativa em sentido contrário. Embora alguns segmentos políticos condenem a decisão judicial, aprovar uma medida legislativa numa tentativa de *override* poderia ter um impacto negativo perante o eleitorado que apoia a interpretação da Corte, produzindo reflexos em futuras eleições. Nesses casos, os órgãos majoritários podem avaliar o custo político de suas deliberações, antes de optarem pela reversão da decisão da Corte. Assim, apenas aparentemente a Corte está dando a última palavra, pois, a rigor, a concordância por parte dos atores políticos pode significar que eles não querem ou não podem assumir a defesa de um dos lados, em uma controvérsia tão intensa. Além do mais, como bem captado por Peter Hogg e Allison Bushell em seu influente estudo sobre diálogos institucionais, é sempre possível que o resultado de um diálogo seja um acordo entre os participantes (HOGG; BUSHELL, 1997).

Outrossim, com a perspectiva dialógica, tem-se observado que o próprio debate sobre ativismo judicial no Canadá tem evoluído no sentido de ser menos centrado nos tribunais. Esse dado é interessante, porque, normalmente, quando se fala em práticas ativistas dos tribunais, logo surgem críticas apontando os riscos de um Estado judicial. Entretanto, Kent Roach destaca que nos debates sobre casamento homoafetivo e descriminalização do uso da maconha constatou-se um deslocamento das críticas, que antes eram endereçadas aos tribunais e que passaram a ser dirigidas aos Parlamentos, porque, na visão da opinião pública, enquanto os primeiros cumpriram sua missão ao se manifestarem sobre uma questão relevante envolvendo direitos,

os legisladores falharam na formulação de políticas públicas adequadas. Na visão do autor, isso é salutar, porque a teoria dialógica resgata o interesse nas deliberações políticas, atraindo a atenção para a atuação dos representantes eleitos. Assim, práticas ativistas permitiram incluir temas como aborto e direitos homoafetivos na agenda legislativa, desencadeando um debate público e elevando a importância da deliberação democrática.

Dessa maneira, a teoria dos diálogos procura ressaltar as capacidades institucionais de cada poder na tomada de decisões constitucionais, em contextos diversos. Assim, para se compreender a importância do papel do Poder Judiciário na dinâmica de um diálogo interorgânico, é preciso levar em conta suas características estruturais, em comparação com as dos demais poderes. Logo, variáveis como a independência das Cortes em relação aos atores políticos, obrigação de decidir, dever de motivação das decisões judiciais e maior desenvoltura para lidar com direitos das minorias são fatores que não podem ser ignorados para entender o Poder Judiciário como uma instância catalisadora na criação ou correção de políticas públicas pelos demais poderes estatais. Aliás, no que tange ao dever de motivar, é certo que os magistrados não poderão invocar valores pessoais como razão de decidir. Desse modo, ao fincar-se em razões públicas, a Corte poderá interagir com o legislador, que deverá levá-las em conta e, caso queira rebatê-las, deverá apresentar argumentos mais qualificados.³ Mais ainda, o Poder Judiciário poderá ter um papel ativo na identificação de “pontos cegos” do processo legislativo, permitindo uma atuação inovadora por parte do legislador.

É certo, também, que os diálogos entre Cortes e Parlamentos podem ser impulsionados por uma série de eventos e pela provocação de outros atores. Christine Bateup observa que mesmo entre os acadêmicos norte-americanos, tão acostumados a reconhecer a supremacia judicial como algo vinculado à *judicial review*, já se identifica uma mudança na forma de abordar a jurisdição constitucional nos Estados Unidos, mostrando a prática de verdadeiros diálogos constitucionais. Porém, ressalta que a análise dos diálogos não deve ser circunscrita aos poderes estatais, pois eles refletem um debate mais amplo na esfera pública, envolvendo grupos sociais organizados, a imprensa e outros órgãos do aparelho estatal (BATEUP, 2006).

Por outro lado, a ênfase na forma de agir dos órgãos que titularizam funções estatais não significa desconsiderar outros atores sociais que podem contribuir para a dinâmica do diálogo. Na verdade, essa ênfase representa apenas uma opção em conferir um maior foco aos poderes estatais, enquanto centros decisórios no processo dialógico, mas sem desprezar as pressões que podem advir de relevantes atores sociais.

³ Sobre a ideia de razão pública, cf RAWLS, 2001, p. 250 e ss.

Por fim, cabe destacar que a história tem fornecido exemplos de como as instâncias majoritárias já pretenderam alterar as interpretações construídas por tribunais, a exemplo da Suprema Corte norte-americana e do STF, e que fogem ao modelo de interação com base nas teorias dialógicas. Dessa maneira, estratégias políticas como *packing the court*, *impeachment* de magistrados, redução salarial, diminuição de recursos destinados ao Tribunal e desobediência às suas decisões são formas drásticas e desesperadas de diálogo que comprometem a independência judicial. A adoção dessas medidas reflete, ainda que implicitamente, o reconhecimento da supremacia judicial como condição da política ordinária. Em outras palavras, por supor que as interpretações construídas pelas Cortes são irreversíveis pelas deliberações políticas, respeitando as regras do jogo democrático, é que se parte para represálias institucionais no afã de uma mudança jurisprudencial. Porém, ao contrário de estimular um diálogo entre iguais, tais estratégias desequilibram as relações entre os interlocutores.

4 Existe abertura para um diálogo institucional entre o Supremo Tribunal Federal e os Poderes Executivo e Legislativo no sistema constitucional brasileiro?

É provável que, observando as significativas transformações que ocorreram na jurisdição constitucional brasileira com a Constituição de 1988, resultando num considerável fortalecimento institucional do STF, alguém responda negativamente à pergunta anterior. Inegavelmente, o desenho constitucional atual reforçou o papel contramajoritário da Corte, ao mesmo tempo que alargou os canais de acesso, de modo que nele desaguassem, com rapidez, inúmeras controvérsias constitucionalmente importantes. Assim, a posição sobranceira que o Tribunal passou a ocupar seria capaz de afastar qualquer possibilidade de diálogo constitucional no arranjo institucional brasileiro. Porém, já se verifica uma mudança na leitura que se faz do novo cenário constitucional, enxergando-se alguns elementos que autorizam discutir a real viabilidade de interações institucionais entre o STF e os demais poderes (SILVA, 2010; MENDES, 2011; BRANDÃO, 2012).

Um primeiro obstáculo a essa tendência seria o argumento de que o STF, por força do próprio artigo 102 da Constituição, atua como seu guardião, sendo detentor de uma função diferenciada na interpretação constitucional. No entanto, a compreensão desse preceito não deve levar à conclusão de que *apenas* o STF tem o dever de zelar pela ordem constitucional. A vinculação ao documento constitucional é devida por todos os poderes do Estado, de sorte que cada um possui a responsabilidade político-institucional de justificar suas decisões com as regras e princípios constitucionais.

O problema está em pensar que todas as importantes transformações operadas com o constitucionalismo democrático levam invariavelmente a apostar todo o sucesso do projeto político do Estado Constitucional no desempenho de tribunais como o STF, alçados à condição de sumos protetores da ordem constitucional. A reformulação da divisão de poderes que se verifica no Estado Constitucional não implica converter o STF em guardião solitário das promessas constitucionais e sustentáculo exclusivo do regime democrático. Essa retórica do “guardião entrincheirado” apresenta dois problemas. Em primeiro lugar, estabelece uma relação hierárquica em que a Corte se situa em um pedestal, apontando, de maneira infalível, os desvios praticados pelos outros poderes. A consequência desse problema é o desperdício das potencialidades que uma interação dialógica e horizontal pode proporcionar na concretização das normas constitucionais. Em segundo lugar, cria uma mitificação que atribui à Corte um ônus que ela não terá condições de carregar sozinha, pois não é razoável que os mais robustos objetivos fixados na Constituição brasileira sejam plenamente implementados por seus acórdãos, sem qualquer participação dos demais poderes (MENDES, 2011).

Dessa maneira, o êxito do Tribunal no desempenho de sua função de guardião da Constituição passa pela compreensão de que ele tem um importante papel na construção de soluções constitucionais criativas, mas que não exclui outros partícipes dessa tarefa. Por isso, deve-se pensar que as decisões do STF não precisam ser consideradas o desfecho de profundas divergências sobre valores constitucionais, pois elas podem abrir caminho para importantes decisões político-administrativas dos demais poderes. Assim, a perspectiva dialógica não é cética em relação à contribuição da jurisdição constitucional, especialmente no que tange à tutela de direitos, mas também não é tributária de um exaurimento judicial das possibilidades interpretativas da Constituição. Ela permite o resgate da política à medida que convoca os Poderes Legislativo e Executivo a assumirem sua parcela de responsabilidade na construção compartilhada de soluções constitucionais.

Outrossim, a atuação ativista do STF não é incompatível com a proposta dialógica. Ocorre que, via de regra, nos debates sobre diálogos constitucionais, as atenções estão mais voltadas para a disputa sobre quem tem a última palavra a respeito da Constituição, o que evoca o problema da supremacia judicial. É preciso enfatizar que o protagonismo do STF pode, inclusive, estimular uma relação interorgânica, provocando uma reação dos demais poderes. Mas o ativismo não deve ser visto como autoritarismo judicial, senão como um fator que desencadeia uma dinâmica com outros atores estatais. Desse modo, o ativismo judicial deixa de ser compreendido como uma prática necessariamente adversária e pode ser explorado como uma estratégia institucional que viabiliza um cooperativismo entre poderes. Especialmente nas questões que implicam um alto custo político para as instâncias representativas, bem

como na identificação dos “pontos cegos” da atuação legiferante, o ativismo judicial não representará a domesticação dos poderes eleitos, senão o ponto de partida para a atuação de tais poderes.

Feitos esses esclarecimentos, cumpre destacar que a existência de práticas dialógicas não depende de uma previsão formal no plano constitucional de mecanismos de interação, a exemplo do sistema canadense. Aliás, como se viu, a Seção 33 desse sistema é o que de maneira ostensiva torna seu modelo de jurisdição constitucional singular. Mas, em termos práticos, os diálogos dificilmente se efetivam com base na cláusula “não obstante”. Por isso, a ausência de regras constitucionais que expressamente se refiram à metáfora do diálogo não é empecilho para que a dinâmica entre poderes seja reconhecida no direito pátrio (SILVA, 2010).

A utilização de alguns instrumentos pode ilustrar o que se disse para fomentar os diálogos constitucionais. Em primeiro lugar, as decisões do STF podem ser desafiadas pelo legislador ordinário. De fato, mesmo no que diz respeito às decisões dotadas de efeito vinculante, sabe-se que tal efeito não abrange o Poder Legislativo na sua função típica de legislar, pois é direcionado apenas aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. Além disso, a Lei nº 11.417/2006 prevê que “revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso” (art. 5º). Em outras palavras, o entendimento firmado pela Corte em súmula vinculante poderá ficar prejudicado em virtude de modificação legislativa posterior à súmula.

Além disso, é pacífico o entendimento de que o legislador poderá aprovar leis restritivas de direitos fundamentais. Assim como se verifica na experiência canadense, bem como em outros sistemas constitucionais, o legislador possui certa margem de liberdade na compatibilização do exercício de alguns direitos com outros direitos ou objetivos constitucionalmente legítimos. Contudo, é certo que as escolhas políticas do legislador poderão ser submetidas ao teste de proporcionalidade, de modo a evitar que os direitos sofram restrições além do necessário e que o seu núcleo essencial seja preservado. Dessa maneira, caso o STF invalide preceito legal excessivamente restritivo de algum direito, o legislador poderá encontrar na própria fundamentação empregada no acórdão *pistas* de alternativas que possam embasar uma nova decisão legislativa.

Outrossim, com base nas Leis nºs 9.868/99 e 9.882/99, viabiliza-se a utilização da técnica da modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade, inclusive admitindo-se decisões com eficácia *pro futuro*, podendo, desse modo, engendrar uma interação com os demais poderes. O legislador poderá reagir, editando novo diploma legal antes do início da eficácia da pronúncia de inconstitucionalidade, o que evita um vazio normativo decorrente da eliminação da norma inconstitucional do sistema jurídico.

Observe-se, ainda, que ao proferir alguma decisão manipulativa de sentido em sede de controle de constitucionalidade, muitas vezes o Tribunal acrescenta um significado novo ao texto legal e, em outras ocasiões, determina o afastamento de certos sentidos que se mostraram incompatíveis com a Constituição. Novamente, a partir dos argumentos utilizados pelo Tribunal, o legislador poderá responder modificando o texto legal apreciado pelo Tribunal.

O que se precisa deixar assente é que não faltam elementos que propiciem uma interlocução entre poderes, no exercício da jurisdição constitucional. É certo que a mera existência desses elementos poderia suscitar a crítica no sentido de que, apesar de existirem, não há uma efetiva atuação compartilhada entre poderes. Daí a necessidade de uma abordagem mais ampla da jurisdição constitucional que leve em conta as efetivas maneiras de interação entre os poderes, em vez de encerrar o tema na palavra (final?) do STF.

5 Conclusões

O fortalecimento dos sistemas de justiça constitucional também foi constatado na América Latina, com a onda de redemocratização que ocorreu com a derrubada dos regimes autoritários no final do século passado. No Brasil, como se destacou, a Constituição de 1988 representa um divisor de águas e promoveu substanciais alterações no modelo de jurisdição constitucional, resultando em um nítido fortalecimento do STF, erguido à condição de seu guardião precípua.

Gradativamente, o STF passou a ser chamado a se pronunciar sobre as mais variadas e complexas questões, compreendendo assuntos de elevada carga política, moral, econômica, religiosa e social. De um mero desconhecido, a Corte assumiu um protagonismo, convertendo-se em um novo espaço público de deliberação, acentuando a imagem de ser tal órgão o detentor da última palavra sobre a Constituição.

Embora as conhecidas objeções democráticas não tenham a força de abalar os alicerces que dão sustentáculo à atuação do STF, elas expõem aspectos importantes sobre os limites da jurisdição constitucional e a relevância das instituições majoritárias. Isso aponta para a necessidade de diálogos institucionais como uma alternativa plausível para a construção coordenada do significado da Constituição, a partir das potencialidades estruturais dos agentes envolvidos. Nessa linha de entendimento, foram destacados os elementos que compõem a teoria dos diálogos constitucionais. Observou-se que ela exclui tanto a supremacia parlamentar, quanto a supremacia judicial. A jurisdição constitucional é concebida como um elemento de uma estrutura dialógica que interage com outros atores estatais e sociais, numa relação paritária. Isso significa a possibilidade de o legislador democrático construir interpretações autônomas da Constituição, inclusive em sentido contrário às desenvolvidas judicialmente. Nessa relação dialética, o pronunciamento de uma Corte não é mais visto

como a etapa final de um debate público, pois ele poderá se entender para outros fóruns.

Sustentou-se não só a possibilidade, como a necessidade de uma perspectiva dialógica para compreender a dinâmica institucional entre o STF e as instâncias majoritárias. Assim, é importante retirar dos ombros de um único Tribunal o encargo de cumprir as numerosas e difíceis promessas constitucionais. É preciso compreender qual contribuição a Corte pode oferecer no processo dialógico de concretização constitucional, sem excluir os demais poderes. Assim, foi asseverado que o ativismo judicial do STF, em vez de ser exercido apenas como um sinal de elevada autoridade, é frutífero enquanto estratégia que almeja desencadear reações na esfera política. Ativismo judicial e diálogos institucionais, portanto, não são incompatíveis. Por vezes, diante de obstáculos políticos que impedem a atuação inaugural das instituições majoritárias em certas matérias, por meio de práticas ativistas, a Corte poderá dar início à interação, removendo, inclusive, tais obstáculos, para liberar os canais de interlocução com o legislador.

Constitutional Supremacy vs. Judicial Supremacy: the Possibility of Institutional Dialogues in Constitutional Interpretation

Abstract: The paper discusses the role of constitutional adjudication in a Constitutional Democracy, pointing out the problems arising from the advent of a judicial supremacy. Instead of defending the parliamentary supremacy, analyzes the institutional dialogues theory, which advocates horizontal and coordinated action between Cortes and majority political branches. Finally, investigates how judicial activism can function to trigger constitutional dialogues with political institutions, avoiding the emergence of hegemonic power whatsoever.

Key words: Institutional Dialogues. Judicial Activism. Judicial Supremacy.

Referências

BATEUP, Christine. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006; New York University School of Law, 2005, p. 13. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>. Acesso em: 20 out. 2013.

BATEUP, Christine. Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective. *Temple International and Comparative Law Journal*, Spring 2007; New York University School of Law, 2006, p 51. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947867>. Acesso em: 15 out. 2013.

BAKER, Dennis. *Not quite Supreme: the Courts and Coordinate Constitutional Interpretation*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2010.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

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

FUX, Luiz. A biografia do novo ministro do STF, contada por ele. *Consultor Jurídico*, 02 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-fev-02/leia-biografia-ministro-luiz-fux-contada-ele-mesmo>>. Acesso em: 03 fev. 2011.

GARGARELLA, Roberto. De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional: la interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema Argentina. In: GARGARELLA, Roberto (Coord.). *Teoría y crítica del derecho constitucional*. 2. reimpr. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010. v. 1, p. 233-247.

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 Hall Law Review*, Toronto, v. 35, n. 1, p. 75-124, 1997.

KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

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

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva; FGV, 2011. (Série Produção Científica: Direito Desenvolvimento Justiça).

POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe Rage: Democratic constitutionalism and backlash. In: *Yale Law School. Research Paper*, n. 131.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ROACH, Kent. Dialogic Judicial Review and its Critics. *Supreme Court Law Review*, Toronto, v. 23, p. 49-104, 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1144790>. Acesso em: 20 out. 2013.

SILVA, Cecília de Almeida et al. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba, PR: Juruá, 2010.

TUSHNET, Mark V. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark V. Dialogue and Constitutional Duty. In: *Public Law & Legal Theory Working Paper Series n. 12-10*. Harvard Law School.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press.

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

LEITE, Glauco Salomão. Supremacia constitucional vs. supremacia judicial: a possibilidade de diálogos institucionais na interpretação da Constituição. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 13, n. 17, p. 37-51, jan./jun. 2015.

Recebido em: 06.04.2015.
Aprovado em: 13.05.2015.