

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/07/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35265-di-logos-institucionais-uma-alternativa-para-a-consolida-o-de-uma-real-democracia>

Autori: Juliana Florindo Carvalho, Maristela Medina Faria

Diálogos institucionais: uma alternativa para a consolidação de uma real democracia

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS: UMA ALTERNATIVA PARA A CONSOLIDAÇÃO DE UMA REAL DEMOCRACIA

JULIANA FLORINDO CARVALHO¹
MARISTELA MEDINA FARIA²

Resumo: A recente expansão do poder judiciário tem criado um novo espaço público desvinculado das clássicas instituições político-representativas, colocando em voga o princípio da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário. Questões antes restritas aos poderes executivo e legislativo podem passar, doravante, pelo crivo do judiciário. Conseqüentemente a esta realidade, destaca-se o surgimento de alguns fenômenos como a judicialização da política, caracterizada por um processo de transferência decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para os magistrados e tribunais, que passam, dentre outros temas controversos, a revisar e implementar políticas públicas e rever as regras do jogo democrático. Esta expansão do poder judicial nas democracias contemporâneas ocorre em virtude de diversas variáveis como, por exemplo, o sistema da Constituição e seu consequente controle de constitucionalidade adotado. No Brasil, ao adotar o modelo rígido de Constituição - trazendo esta como a mais alta expressão jurídica da soberania - e o sistema jurisdicional para o seu controle, fez com que o Poder Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, se tornasse o detentor da Constituição, conferindo-lhe a última palavra em sua interpretação. Apesar desta legitimação, há uma profunda desconfiança com relação à democracia majoritária e os resultados epistêmicos de suas deliberações, pois no meio deste modelo idealista, há uma série de investidas na barganha política e nos interesses, diferentemente dos poderes legitimados democraticamente. Portanto, se faz necessário estudar possíveis alternativas ao modelo tradicional de jurisdição que possibilitem um maior diálogo institucional (traz a interpretação constitucional como um produto complexo de muitas contribuições) com os demais poderes e com a sociedade, a fim de dar maior legitimidade ao Poder Judiciário, moderar a atuação do judiciário (minimalismo judicial) e restaurar sua neutralidade política. A exemplo disso cabe ressaltar a experiência canadense que destaca a importância de uma teoria alternativa de “diálogo institucional” entre cortes e órgãos legislativos como um meio para reconciliação entre a democracia e o sistema de judicial review.

Palavras-chave: diálogos institucionais, judicialização da política, controle de constitucionalidade.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira de 1988, com o fim precípua de garantir a abertura política e proteger a democracia, deu guarida ao Supremo Tribunal Federal para ser o guardião da Lei Maior (art. 102) e, conseqüentemente, ser o detentor da última palavra sobre o seu significado. No entanto, há uma série de críticas a respeito desta supremacia judicial, pelo fato disso, aparentemente, confrontar

¹ Acadêmica do 3º ano de direito da Universidade Federal de Uberlândia. Email: julianafcdir@yahoo.com.br

² Acadêmica do 4º ano de direito da Universidade Federal de Uberlândia. Email: maristelamedina@yahoo.com.br

o processo democrático, gerar desconfiânças e conseqüências como o ativismo judicial. Portanto, se faz necessário estudar as teorias dialógicas com o intuito de dar maior legitimidade ao judiciário, evitar o ativismo e proporcionar maior neutralidade a ele.

Inicialmente, o estudo é dirigido a uma evolução histórica a respeito da teoria da separação dos poderes, abordando seus principais pontos, bem como a mudança ocorrida na clássica teoria de Montesquieu. Posteriormente, dedica-se à ampliação do controle normativo e as fortes intervenções do judiciário nas questões políticas e sociais, destacando a judicialização da política e o controle de constitucionalidade brasileiro.

Por fim, buscar-se apresentar experiências que possam contribuir com a construção de um modelo que adote um diálogo entre as instituições e a sociedade através de um estudo comparado de alguns sistemas de controle de constitucionalidade dando um enfoque maior para os sistemas da França, Canadá e Estados Unidos, vez que são sistemas com algumas peculiaridades que valem a pena estudar.

2. O MODELO TRADICIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O modelo da tripartição de poderes voltou a ser implementada a partir da vigência do Estado Liberal de Direito e a conseqüente queda do Estado absolutista. Esta nova realidade alimentada pela Revolução Francesa ansiava uma mudança de valores sociais em decorrência, principalmente, do desenvolvimento da economia de troca, da crítica das instituições sociais e a ascensão da burguesia. Tendo isso em vista, era necessário adotar uma teoria que impedisse o executivo de penetrar na esfera econômica, política, cultural. Solução essa, que foi encontrada com a teoria da separação dos poderes.

A Teoria da Separação dos Poderes Estatais já havia sido formulada por alguns pensadores³. No entanto, esta só ganhou contornos, cerca de um século depois, com a análise científica da separação dos poderes e a posterior formulação da teoria da Tripartição dos Poderes do Estado de Montesquieu, a qual distribuía o poder em três blocos orgânicos. Essa tinha o intuito de garantir a liberdade dos homens contra os abusos e tiranias dos governantes, por meio de uma limitação do Poder do Estado através da divisão de funções e da atribuição de competências aos órgãos executivo, legislativo e judiciário distintos do Estado. Assim, existia uma contenção do poder pelo próprio poder, denominado como mecanismo de “Freios

³ Aristóteles reconhecia que o Estado, independentemente do seu regime, exercia três funções essenciais: a de legislar, a de executar as leis e a de julgar os conflitos. No mesmo sentido, John Locke também utilizou da teoria da separação dos poderes em sua teoria contratualista, porém, de um modo implícito. O filósofo liberal inglês propôs em sua teoria a classificação entre funções legislativa, executiva e federativa.

e Contrapesos” (*Checks and Ballances*), com a finalidade de impedir o abuso de poder e viabilizar o exercício harmonioso do poder entre os diferentes titulares.

Nesse contexto, Montesquieu (2005a, p. 168), em sua obra, afirma:

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.

Assim, o filósofo francês atribui ao legislativo à função de elaborar leis, corrigi-las e abrogá-las; ao executivo a incumbência de promover a política externa e segurança; e, por fim, o judiciário tem a obrigação de punir os crimes e julgar as pendências entre os particulares. No entanto, o pensador, em sua teoria, com a finalidade de garantir a liberdade e evitar o poder excessivo, admitiu nesses poderes a faculdade de: ordenar por si mesmo ou corrigir o que há sido ordenado por outrem; impedir uma decisão política legal e anular uma resolução.

Essas faculdades mencionadas, porém, não foram atribuídas ao judiciário, já que para esse pensador, seriam essencialmente políticos apenas o poder executivo e legislativo. Ou seja, o poder judiciário tinha a obrigação de julgar de maneira imparcial e “mecânica” os conflitos com base nas leis elaboradas pelo legislativo. Sendo que, por ser plenamente dependente da lei, o judiciário é apolítico. Nesse sentido, Montesquieu (2005b, p. 175), em sua obra *O Espírito das Leis*, aponta que “os juizes da nação são apenas, [...] a boca que pronuncia as palavras da lei, são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.

A teoria de Montesquieu exerceu forte influência nas bases nascentes da organização constitucional do Estado Moderno. Nesse contexto, pode-se citar o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aprovada em 1789 na França: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

Em outro prisma, o final do século XIX foi marcado pelo surgimento de novas exigências, pois a sociedade ansiava uma atuação profunda do Estado frente aos problemas

econômicos sociais, tendo que oferecer, “[...] tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político” (BOBBIO et al., 2000, p. 416). Com essas cobranças e a posterior crise do Estado Liberal, o papel do Estado foi alterado, e concomitantemente com essa mudança, houve a adaptação da teoria clássica da separação dos poderes.

Nesse viés, a tradicional separação dos poderes foi aliada à eficiência do sistema político, que conseqüentemente impôs uma nova visão a teoria, a qual mantém sua eficácia nos dias atuais. Para ser possível tal adequação, foi necessário elaborar novas formas de relacionamento entre os três poderes. O que antes era considerado como poderes separados e rigidamente especializados, passou a ser vistos como distintos e coordenados. Bonavides (2008, p. 555) destaca a manutenção da separação dos poderes na atualidade, com a desvinculação da rigidez clássica do passado:

A verdade é que ele tomou nas formas constitucionais contemporâneas, depois de iluminado por uma compreensão interpretativa sem laços com a rigidez do passado, um teor de juridicidade só alcançado por aqueles axiomas cuja importância fundamental ninguém contesta nem fica exposta a sérias dúvidas doutrinárias [...]

Com efeito, poderia afigurar-se um anacronismo, reproduzir aqui as lições dos constituintes e publicistas do liberalismo que, durante o curso dos séculos XVIII e XIX, vazaram, em fórmulas lapidares, tanto nas Constituições como nas páginas de doutrina, a intangibilidade da separação de poderes. Mas nunca essa censura se poderia fazer àqueles autores e àquelas Constituições que ainda no fim do século XX mantêm o princípio em apreço como uma das pedras inquebrantáveis do edifício constitucional, cavando alicerces que, se abalados fossem, fariam desabar toda a construção.

Em virtude desse ocorrido, houve uma intercomunicação de funções entre os três poderes, fazendo com que a divisão de poderes não seja absoluta. Sobre esse aspecto, Silva (2002, p. 110), à luz da Constituição brasileira, esclarece o modo que se dá a harmonização dos poderes:

Se ao Legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contra-balanceada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas e até de rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto (art. 66)

[...] Se os Tribunais não podem influir no Legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando neste caso.

O Presidente da República não interfere na função jurisdicional, em compensação os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob controle do Senado Federal, a que cabe aprovar o nome escolhido (art.52, III, a).

São esses alguns exemplos apenas do mecanismo dos freios e contrapesos, caracterizador da harmonia entre os poderes. Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.

Desse modo, é possível afirmar que a velha visão liberal, nascida na Revolução Francesa, que separava fervorosamente os poderes, apresentava o judiciário como apolítico e o tornava “escravo” das leis, obrigando-o a decidir o caso concreto somente com base nas leis; afasta-se cada vez mais do cotidiano do Judiciário. Os Tribunais Constitucionais detêm um forte poder, já que suas decisões influenciam diretamente em todo país. Assim sendo, nota-se o desaparecimento da barreira intransponível entre justiça e política.

Além disso, houve outros fatores, muito bem elucidados por Cittadino (2002, p. 18), que contribuíram para o processo de expansão do poder judicial:

o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face da natureza difusa e coletiva; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas, seja em países europeus ou latino-americanos, com a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do Estado de Direito, dentre elas a magistratura e o ministério público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como “criminalização da responsabilidade política”; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do Tribunal Penal Internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que percebem a expansão do poder judicial como reforço da lógica democrática.

Sobre essa realidade de ampliação do controle normativo e de fortes intervenções do judiciário nas questões políticas e sociais, é possível destacar o surgimento de vários fenômenos como a judicialização, o ativismo judicial e a politização do judiciário.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E SUAS REPERCURSÕES

A expansão do poder dos tribunais está presente em toda sociedade contemporânea, seja no âmbito da common law ou da civil law. Nos países do common law, este protagonismo judicial é favorecido, pois o juiz cria o próprio direito por meio das jurisprudências, e além disso, exerce certa influência política. Nos países do civil law, esta

realidade foi promovida pela incorporação de princípios nos textos constitucionais que possibilitou interpretações construtivistas por parte do judiciário. Com isso, surge um “direito judicial” em contraposição a um “direito legal”.

O Direito se adaptou às novas condições sociais⁴, se afastou do viés formalista de Kelsen e, conseqüentemente, o poder judiciário passou a decidir sobre assuntos que antes eram de responsabilidade de outras instâncias políticas tradicionais, tais como o Congresso Nacional e o Poder Executivo. A essa realidade, denominamos de judicialização da política. Em outras palavras seria a: “infusão de processos decisórios jurídicos e de procedimentos típicos de tribunais nas arenas políticas onde estes processos e procedimentos não se faziam presente”. (Vallinder, 1995, p. 13, *apud* Eisenberg, 2002)

Por outro lado, de acordo com Tate e Vallinder, a judicialização também poderia ser vista como uma forma de difusão dos diferentes meios de argumentação e decisão tipicamente jurídicas para fóruns políticos - institucionais ou não. Representando, portanto, uma completa “domesticação” da política pelo Direito⁵ e, sobretudo, pelo discurso do Direito Constitucional.

Para Habermas e Garapon esse processo de judicialização é um indicador de conquistas sociais consolidadas no Estado de Bem-Estar Social, sendo um sintoma para recuperar o sentido original da soberania popular. Já para Dworkin, a judicialização surgiu para recuperar o sentido original da ordem jurídica, pois a intervenção ativa dos autores do Judiciário nos processos políticos tem a função de atender os desejos da maioria em contraposição ao conservadorismo do legislativo.

A judicialização existe em conseqüência de diversos fatores políticos e históricos⁶. No tocante ao fator político cabe citar a expansão do uso dos tribunais por grupos de interesse e por agremiações partidárias derrotadas nos processos deliberativos parlamentares. Os tribunais tornam-se, deste modo, parte do jogo político e um recurso estratégico importante

⁴ A respeito disso, convém destacar os ideais pós positivistas que trouxeram maior carga valorativa para o direito com a inserção dos princípios, além de afastar do viés formalista dos legisladores e do positivismo de Kelsen. Neste contexto, sem embargo de outras referências importantes, é de extrema valia ressaltar os doutrinadores Chaïm Perelman, Ronald Dworkin e Robert Alexy.

⁵ Segundo esse viés e os apontamentos de VIANNA (1999), o texto constitucional sempre oferecerá uma diretriz - valorativa ou principiológica – às opções político-normativas deliberadas e aprovadas pelo Legislativo ou implementadas pelo Poder Executivo. Fazendo com que não exista um espaço político “vazio” de Constituição.

⁶ Arantes (2004, p. 107), com base em Tate e Vallinder, elenca alguns motivos que levaram a judicialização da política: “a democracia restabelecida nos anos 80, seguida de uma Constituição pródiga em direitos em 1988, com um número cada vez maior de grupos de interesses organizados demandando solução de conflitos coletivos, contrastando com um sistema político pouco majoritário, de coalizões e partidos frágeis para sustentar o governo, enquanto os de oposição utilizam o Judiciário para contê-lo; além de um modelo constitucional que delegou à Justiça a proteção de interesses em diversas áreas, refletindo até mesmo o alto grau de legitimidade do Judiciário e do Ministério Público como instituições capazes de receber essa delegação.”

para a implementação, em muitos casos politicamente controvertidos, de um verdadeiro terceiro turno de deliberação e votação. Consolida-se, assim, nas palavras de Oscar Vilhena Vieira, uma “supremocracia” ou, ainda, uma tendência à “juristocracia”. Hoje, mais do que nunca, o provável recurso ao Judiciário pela oposição faz parte do cálculo político e das negociações partidárias no âmbito do Parlamento. Tate e Vallinder destacam, além dos fatores políticos acima, o conflito político-ideológico entre os poderes como importante variável explicativa para o crescimento do fenômeno da judicialização.

Na linha de uma crítica política mais contundente à jurisdição constitucional, Ran Hirschl destaca o interesse de auto-legitimação do próprio tribunal na decisão de questões disputadas na sociedade e a importância de uma análise do fenômeno do “novo constitucionalismo” em um contexto mais amplo marcado pelas lutas políticas, econômicas e sociais que modelam o sistema jurídico-político de uma determinada sociedade. Hirschl destaca, de modo original, uma nova dimensão da judicialização que passa a denominar de “judicialização da mega-política”, na qual é possível verificar a transformação das Cortes Constitucionais em uma “parte crucial do aparato nacional de tomada de decisões políticas em seus respectivos países” ⁷(2006, p. 727).

Noutro sentido, a respeito dos fatores históricos, pode-se destacar, no caso brasileiro, a redemocratização, período do qual originou a Constituição de 1988 e fez o judiciário deixar de ser mero departamento técnico-especializado, tornando-o capaz de efetivar a Constituição e as leis, mesmo em confronto com os demais poderes. Sendo que foi nesse mesmo ambiente democrático que houve o fornecimento de informações à população para que ela se conscientizasse sobre seus direitos e buscasse proteção de seus interesses no âmbito jurídico. Deste modo, o judiciário passou a ser visto como o “guardião das promessas” ⁸, responsável por efetivar os direitos expressos na Constituição e por suprir a letargia dos sujeitos dos poderes executivo e legislativos de não cumprir com seus deveres perante a sociedade.

Outro fator contribuinte foi o grande conteúdo abrangido pela Constituição. O que antes era deixado para o processo político e para legislação ordinária passou a ser tratado na Carta Magna. Isso significa transformar política em direito, levando o juiz ou tribunais a debaterem, por exemplo, sobre políticas públicas.

⁷ Mauro Cappeletti em seu livro “O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado” afirma que o controle de constitucionalidade das leis sempre terá uma conotação política com diferentes graus de evidência e acentuação. As Cortes aproveitam de seus poderes e acabam criando um comportamento ativo e criativo, intervindo, deste modo, na dialética das forças políticas do Estado.

⁸ Expressão usada por Garapon (1999) em seu livro “O juiz e a democracia: o guardião das promessas”.

Por fim, aponta-se também o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro como causa da judicialização. Isso porque nosso controle tem um mix americano (sendo incidental e difuso, na questão do juiz deixar de aplicar uma lei no caso concreto por considera - lá inconstitucional) com europeu (permite que certas matérias sejam avaliadas a priori pelo Supremo Tribunal Federal), o que permite uma grande intervenção do judiciário, dando uma abertura para este poder estar intervindo nas questões político-sociais. Mais ainda, faz com que o STF se torne o detentor da Constituição conferindo-lhe a última palavra em sua interpretação.

4. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

O poder constituinte, ao elaborar a Constituição brasileira, optou por um modelo rígido⁹ que conferisse a ela um processo de alteração mais solene do que quando comparado com as demais normas infraconstitucionais. Além disso, atribuiu a Carta Magna um caráter de supralegalidade, de forma que nenhum ato jurídico possa contrariá-la. Disso resulta uma espécie de escalonamento normativo o qual a Constituição ocupa o topo¹⁰, caracterizando-se, deste modo, como norma de validade para todo o sistema jurídico.

Conseqüentemente a isso surge o controle de constitucionalidade¹¹, mecanismo essencial para garantir a supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico nacional. Sendo que, por este sistema, todas as leis infraconstitucionais dadas como contrárias a Carta Magna, são declaradas nulas¹² e inaplicáveis. No Brasil, o poder constituinte conferiu ao judiciário a prerrogativa de fiscalizar a constitucionalidade das leis, sendo criado uma

⁹ O processo de alteração mais árduo do que o processo legislativo de alteração das normas não constitucionais (constituição rígida) está expresso no artigo 60 da Constituição brasileira.

¹⁰ Daí resulta o princípio da supremacia da Constituição que segundo as explanações de José Afonso (2002, p. 45) significa que “a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.”

¹¹ Segundo Barroso (2006, p. 1) “duas premissas são normalmente identificadas como necessárias à existência do controle de constitucionalidade: a supremacia e a rigidez constitucionais. A supremacia revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema (...) A rigidez constitucional é igualmente pressuposto para controle. Para que possa figurar como parâmetro, como paradigma de validade de outros atos normativos, a norma constitucional precisa ter um processo de elaboração diverso e mais complexo do que aquele apto a gerar normas infraconstitucionais. Se assim não fosse, inexistiria distinção formal entre a espécie normativa objeto de controle e aquela em face da qual se dá o controle. Se as leis infraconstitucionais fossem criadas da mesma maneira que as normas constitucionais, em caso de contrariedade ocorreria a revogação do ato anterior e não a inconstitucionalidade.”

¹² A teoria da nulidade é a mais acatada pelos doutrinadores brasileiros. No entanto, há doutrinadores como Pontes de Miranda e Regina Nery Ferrari que defendem a teoria da anulabilidade, semelhante ao sistema austríaco.

instituição máxima (STF) capaz de deter a última palavra sobre a constitucionalidade de uma norma infraconstitucional.

A incorporação da Suprema Corte como guardião da Constituição traz uma série de problemas, pois essa posição privilegiada dos Ministros do STF pode afetar o equilíbrio e a igualdade dos poderes por meio da politização da justiça¹³ e das práticas ativistas¹⁴. Além disso, há críticas a respeito da legitimidade democrática de uma instituição não eleita decidir sobre questões constitucionais que repercutirão em toda a sociedade.

5. ESTUDO COMPARADO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA FRANÇA, ESTADOS UNIDOS E CANADÁ

Contemporaneamente vivemos em um Estado chamado doutrinariamente de Estado de Direito, cuja principal característica é o princípio da legalidade, que prega o caráter supremo da lei, que opera-se de igual modo, tanto para os cidadãos, quanto para a administração. No entanto, normalmente, as leis estão subordinadas a uma norma jurídica superior, qual seja a Constituição.

A maioria das Constituições contemporâneas prevê um direito supremo com força obrigatória tanto para os cidadãos quanto para os legisladores e administração. O objetivo é condicionar, limitar, orientando as evoluções contraditórias da produção do direito, gerados pela heterogeneidade, pluralidade e ocasionalidade das pressões sociais oriundas da sociedade. Os direitos na era moderna passam a ser ilimitados, sendo que os únicos limitadores dos direitos são os demais direitos.

A Constituição deve, então, representar todos os interesses que coexistem na sociedade. O autor Gustavo Zagrebelsky (2003) sugere que o direito deve ser dúctil de forma que se apresente como um texto aberto, no qual os diferentes valores convivam harmonicamente. Dessa forma, não há espaço para rigidez dogmática de épocas passadas.

¹³ Eisenberg (2002, p. 47) apoiado na doutrina de Tate e Vallinder afirmou que a judicialização da política é um processo composto por dois movimentos distintos: (1) Refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais- isto é, uma politização do Judiciário; (2) a disseminação de métodos de tomada de decisão típicos do Poder Judiciário nos outros poderes.

¹⁴ O ativismo está associado a uma participação mais intensa do judiciário por interferir na atuação dos outros poderes ao implementar os valores e fins constitucionais. Tendo como exemplo a interferência nas políticas públicas para a distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. O ativismo também ocorrerá em situações que os tribunais declararem a inconstitucionalidade de uma lei por critérios mais flexíveis, como por exemplo, a inconstitucionalidade da cláusula de barreira a partidos políticos.

Agora se prioriza a idéia de pluralismo jurídico, defendendo uma dogmática "fluida e líquida", sendo que, a Constituição não deve ser simplesmente executada, mas sim, realizada.

O Direito em sua primordial função necessita manter a atual sociedade marcada pelo dinamismo e pela instabilidade, na qual tudo está sujeito a constantes revisões intelectuais, em uma sociedade harmonizada e equilibrada. O principal problema da sociedade moderna é o complexo étnico, religioso, político e cultural que circunda a vida moderna. Há um postulado que enuncia que: as normas jurídicas não podem ser expressão de interesses particulares, nem mesmo apenas enunciações de princípios universais e imutáveis que alguém impõe e que a grande maioria deve acatar (MARTÍNEZ, 2005, p. 630-635).

A Constituição se converte no que podemos chamar de objeto de mediação. A lei deve estar subordinada a uma instância superior, e esta assume agora, a importante e fundamental função de manter unidas e pacíficas sociedades inteiras, divididas em seu interior e concorrenciais, com constantes rupturas. Na nova situação, o princípio de constitucionalidade é que deve assegurar a consecução do objetivo de unidade da sociedade.

A Carta Magna oferece um Direito mais forte, superior, sobre o qual o legislador também deve se submeter em todos os extremos e desdobramentos. A defesa da constitucionalidade de todo o ordenamento jurídico, e, a adaptação dos esquemas, normas e princípios ao texto constitucional passa a ser de extrema necessidade e requisito também de validade.

Nesta nova situação, o princípio de constitucionalidade é que deve assegurar a consecução de objetivo de unidade de todo o ordenamento jurídico, sendo uma forma de garantia e respeito aos direitos e garantias fundamentais, vez que, a fixação por meio de normas constitucionais de princípios de justiça material orienta a totalidade do sistema jurídico.

E justamente nesta diversidade cultural, étnica e religiosa destaca-se diferentes modos de garantias de controle de constitucionalidade, influenciado pelos mais diversos aspectos.

Existem diversos sistemas de controle de constitucionalidade, cada um com sua peculiaridade e adequando ao arranjo institucional de determinado Estado. Neste trabalho analisaremos o controle de constitucionalidade de três países.

Temos o modelo robusto de controle de constitucionalidade, no qual alguma instituição (Poder Judiciário ou o Legislativo) sempre tem a última palavra. Teorias da última palavra a rigor, não rejeitam algum tipo de diálogo entre os poderes, mas defendem que o circuito decisório possui um ponto final dotado de autoridade por meio de uma decisão

soberana. Para exemplificar este modelo analisaremos a França, vez que neste sistema a última palavra fica a cargo do legislativo e por outro lado analisaremos o sistema norte-americano que representa o modelo no qual o judiciário tem a última palavra.

Contemporaneamente tem surgido um novo fenômeno no cenário constitucional chamado de teorias dialógicas entre os três poderes. Neste modelo o judiciário não tem a última palavra, mas ocorre na verdade um verdadeiro diálogo entre os poderes, vez que este sistema aposta mais na capacidade do Poder Judiciário em persuadir os demais poderes, que possibilita ao julgador estimular e encorajar um amplo debate quanto ao sistema constitucional (SILVA; MOURA; et. AL. 2010. p. 90-92).

A teoria do diálogo institucional defende que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre as instituições. Não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais, mas haveria uma cadeia de contribuições na solução dos dilemas coletivos.

Apesar de recente, vários países já adotaram este modelo entre eles, Canadá, Austrália e Reino Unido. Para compreender este sistema analisaremos o sistema canadense.

5.1. Sistema canadense

O Canadá apresentava uma estrutura jurídica pertencente ao sistema *common law*, até metade do século XX. Mas este modelo foi perdendo força até que em 1982 surge a Carta de Direitos e Liberdades que se apresenta com um triplice significado, qual seja, proteção dos direitos, ruptura com o positivismo de raiz austriana e separação de poderes. Essa carta buscava uma alternativa que permitisse algum nível de controle de constitucionalidade, mas que não associasse esta mesma prática à supremacia do Judiciário sobre o parlamento.

Há duas seções nestas cartas que são fundamentais, são elas: 1 e 33. A seção 1 prevê a possibilidade de o legislador, moldar o conteúdo dos direitos fundamentais, mas é indispensável a apresentação de uma justificativa razoável. Nesta situação é que se apresenta de modo muito sugestivo a possibilidade do “controle de constitucionalidade, no cotejo de proporcionalidade entre a justificativa apontada como razoável e o conteúdo do preceito aprovado pelo Legislativo” (SILVA; MOURA; et. AL. 2010. p. 90-92).

Enquanto que, na seção 33 surge um mecanismo chamado *overriding*, que prevê que o parlamento possa reeditar o texto legislativo que venha a configurar e limitar direito consagrado na carta nas seções 2 e de 7 a 15, e que já tenha sido objeto de reprovação pela

corte constitucional. Este mecanismo possui uma limitação temporal, vez que lei oriunda da *overriding* possui uma validade de 5 anos, sendo que se o legislativo ainda tiver a pretensão de que a lei subsista, deverá empreender a sua aprovação, sob a cláusula do *notwithstanding*.

Segundo esta cláusula, o Parlamento pode aprovar uma lei declarando expressamente que essa lei é válida não obstante os direitos da Carta, basta utilizar-se da cláusula *notwithstanding*. Diante desta, a justiça não está legitimada a declarar a ilegitimidade de nenhuma lei. A cláusula pode ser utilizada tanto de maneira preventiva quanto repressiva. Quando aprova uma lei ou diante de uma sentença de inconstitucionalidade. Mas ainda assim, o Tribunal poderá recorrer à via interpretativa, mas restará ao Congresso dizer a última palavra.

5.2. Controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América

O controle judicial de constitucionalidade foi posto em prática pela primeira vez nos Estados Unidos no século XXIII, na verdade a Constituição norte-americana é que deu origem ao Constitucionalismo com a concepção da *supremacy of the Constitution* em relação às leis ordinárias (CAPELLETTI, 1992). Dessa forma, neste trabalho analisaremos o controle judicial de constitucionalidade deste país.

O controle judicial de constitucionalidade teve origem na sentença da *Supreme Court*, redigida por John Marshall no caso *Marbury versus Madison* em 1803. Este caso é considerado a fonte do controle de constitucionalidade difuso no direito, já que consagrou a Constituição como lei fundamental e suprema da nação, consagrou também o Judiciário como a maior força na interpretação constitucional.

Nos Estados Unidos, Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, no livro “O Federalista”, publicado em 1787, desenvolveram um sistema de freio e contrapesos (“checks and balances”) que reservava ao Judiciário um lugar de destaque (LIMA, 2005).

Em síntese, entre os principais argumentos utilizados por Hamilton no texto mais conhecido como “Federalista n. 78”, podemos enumerar:

- (a) a Constituição estatui limitações à atividade legislativa, não sendo adequado que o Legislativo seja “juiz” de suas próprias limitações; (b) a interpretação das leis é função específica dos juizes, razão pela qual é natural que lhes seja atribuída a função de interpretar a Constituição; (c) o Judiciário, pela própria natureza de suas funções, por não dispor nem da “espada” nem do “tesouro”, é o ramo menos perigoso (“the least dangerous

branch”) do poder para proteger os direitos previstos na Constituição (Moura, apud Lima, 2005).

No ordenamento jurídico dos Estados Unidos, Zagrebelsky (2003) analisa que os juízes no mundo do direito, superam o ideal proposto por Montesquieu, que segundo o qual, o juiz era apenas responsável por dizer as palavras da lei. Mas contemporaneamente estamos em uma nova era, na qual os juízes vão além do texto positivo, eles estão a disposição tanto da lei como da realidade que os circundam. Assim, a interpretação da norma caracteriza-se pela adequação do caso concreto ao ordenamento jurídico.

O sistema de controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América se destaca, visto que é exercido pelos juízes nas mais variadas instâncias do Poder Judiciário, já na França o órgão encarregado pelo controle de constitucionalidade é o Conselho Constitucional sendo totalmente independente do poder judiciário, é na verdade um órgão político.

5.3. Sistema Francês

Um clássico exemplo de controle político de constitucionalidade das leis ocorre na França. Este tipo de controle foi sendo afirmado, tanto por razões históricas, quanto ideológicas e práticas. Entre os motivos históricos podemos exemplificar através das graves interferências ocorridas antes da Revolução Francesa, vez que, os juízes franceses ordinariamente interferiam nas esferas dos outros poderes, que por sua vez podiam representar um antídoto às tendências absolutistas da monarquia.

Entre as razões ideológicas, podemos afirmar que estão estritamente relacionadas aos escritos de Montesquieu, especialmente, na doutrina da separação dos poderes, visto que esta doutrina foi considerada totalmente incompatível com a possibilidade de interferência dos juízes na esfera do poder legislativo.

E por último, as razões práticas podem ser facilmente compreendidas observando na história francesa que, há mais ou menos um século e meio até hoje objetivou-se

assegurar especialmente mediante o glorioso instituto do Conseil d’Etat, uma tutela contra as ilegalidades e os abusos do poder executivo, e também especialmente através da Cour de Cassation, contra as ilegalidades do poder judiciário, antes que a de assegurar uma tutela contra os excessos do poder legislativo (CAPPELETTI, 1992, p. 98).

Na atual constituição francesa não está previsto um poder difuso dos juízes de controlar a conformidade das leis à constituição, mas é previsto o *Conseil Constitutionnel* composto por ex-presidentes da República, e de outros nove membros, sendo três nomeados

[Digite texto]

pelo Presidente da República, três pela Assembléia Nacional, e três, pelo Presidente do Senado.

Entre as funções deste *Conseil Constitutionnel*, a que nos interessa é o controle de constitucionalidade das leis, que funciona da seguinte maneira: quando um texto legislativo ou um tratado internacional já está elaborado, antes que ele seja promulgado pelo Presidente da República, o Primeiro Ministro ou o Presidente de uma ou outra Câmara do Parlamento tem a opção de enviar o texto legislativo ou o Tratado ao Conselho, para que este se manifeste sobre a sua adequação com a constituição (CAPELLETTI, 1992, p 28).

É pacífico entre os estudiosos o caráter antes político, que judicial deste controle de constitucionalidade das leis, tanto pela natureza política da escolha e no status dos membros do *Conseil Constitutionnel*, quanto nas diversas competências deste órgão, e principalmente, pelo caráter necessário de controle das leis orgânicas, bem como, pelo caráter preventivo da função de controle. Além disso, este sistema é um dos mais admirados pela opinião pública, segundo pesquisa realizada à época do vigésimo quinto aniversário da Constituição (FAVOREAU, 2004, p. 93).

Na verdade, tal função de controle de constitucionalidade integra o próprio

iter da formação da lei na França: é afinal de contas, não um verdadeiro controle (a posteriori) da legitimidade constitucional de uma lei para se ela é ou não válida e, por conseguinte, aplicável, mas, antes, um ato (e precisamente um parecer vinculatório) que vem a se inserir no próprio processo de formação da lei (CAPELLETTI, 1992, p. 29).

No entanto, nos últimos anos o país viveu uma singela revolução constitucional, visto que nem mesmo a pela opinião pública francesa a percebeu, e com esta reforma constitucional de 2008, o Conselho Constitucional da França além de fazer o controle constitucional abstrato e preventivo e passou a atuar como uma típica Justiça constitucional, com a competência de realizar um controle constitucional concreto e a posteriori.¹⁵

Quando nas Constituições francesas objetivou-se criar um controle de conformidade substancial das leis ordinárias em relação à norma constitucional, este poder foi confiado a um órgão de natureza não judiciária. Neste sentido a constituição francesa de da V República de 4 de outubro de 1958, até hoje em vigor confia o controle de constitucionalidade, sempre de maneira preventiva ao *Conseil Constitutionnel* (CAPELLETTI, 1992, p. 95).

¹⁵ Controle de constitucionalidade na França - Questão Prioritária de Constitucionalidade. Disponível em http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=160929. Acesso em: 18/07/2011.

6. CONCLUSÃO

Normalmente, quando se fala em revisão constitucional sempre há que se falar na supremacia, ora do legislativo, ora do Judiciário. No entanto, contemporaneamente vem surgindo uma nova relação entre as instituições, qual seja, um verdadeiro diálogo entre elas, de forma que tem surgido uma teoria chamada de “Teoria dialógica”.

A teoria dialógica propõe uma nova alternativa de compreensão do modelo de revisão judicial, não mais centrada na afirmação da supremacia judiciária ou legislativa, mas em um constante diálogo entre as instituições, onde na verdade ninguém tem a última palavra. Ocorre uma troca de experiências.

A hipótese de um processo dialógico está orientado à concretização de direitos, e que por sua vez, possa mitigar a atuação ativista por parte principalmente do Supremo Tribunal Federal que tem se destacado nos últimos anos.

Este arranjo alternativo busca uma convivência mais harmônica entre constitucionalismo e democracia, de forma que o diálogo entre as instituições mantém a possibilidade de contradição à decisão judicial em favor dos poderes políticos, vez que estes possuem maior legitimidade democrática. Assim tenta-se combinar, equilibrar, o direito e a democracia.

Abstract: The recent expansion of the judiciary has created a new public space detached from traditional political and representative institutions, putting in vogue the principle of separation of powers and the political neutrality of the judiciary. Issues previously restricted to executive and legislative branches can pass now, the scrutiny of the judiciary. As a result of this situation, there is the emergence of some phenomena such as the legalization of politics, characterized by a process of transferring decision-making by the executive and legislature for judges and courts, which are, among other controversial issues, to review and implement public policies and review the rules of democracy. This expansion of judicial power in contemporary democracies is due to several variables, for example, the system of the Constitution and its subsequent control of constitutionality adopted. In Brazil, the drive to adopt the model constitution - such as bringing the highest expression of legal sovereignty - and the court system for its control, has made the judiciary, specifically the Supreme Court, became the holder of the Constitution, giving it the ultimate interpretation. Despite this legitimation, there is a deep distrust of majoritarian democracy and epistemic outcomes of their deliberations, since the middle of this ideal model, there is a series of strikes in bargaining and political interests, as opposed to power democratically legitimized. Therefore, it is necessary to study possible alternatives to the traditional jurisdiction to enable a greater

[Digite texto]

institutional dialogue (bring constitutional interpretation as a complex product of many contributions) with the other powers and society in order to give greater legitimacy to the judiciary moderate the role of the judiciary (judicial minimalism) and restore its political neutrality. As an example it should be noted that the Canadian experience highlights the importance of an alternative theory of "institutional dialogue" between courts and legislative bodies as a means to reconcile democracy and judicial review system.

Keywords: institutional dialogues, legalization of politics, judicial review.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário entre a Política e a Justiça. In: AVELAR, Lúcia, CINTRA, Antônio Octávio (Org.). **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. Editora Unesp, São Paulo, 2007. p. 81-116.

ASSUNÇÃO, Moacir. **Preocupação é a politização da Justiça**. Disponível em: <<http://www.tjm.sp.gov.br/Noticias/1019JUSTICA.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 2ª. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt o Estado Total e o Guardião da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, n. 1, jan./ jun. 2003.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5. ed., Brasília: Editora da Universidade de Brasília, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. 2ªed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

Controle de constitucionalidade na França - Questão Prioritária de Constitucionalidade. Disponível em:

http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=160929. Acesso em: 18/07/2011.

CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17-42.

DECLARAÇÃO dos direitos do Homem e do Cidadão. 26 de agost. 1789. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/12.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2010.

EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 43-61.

FAVOREAU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Ed. Landy, 2004.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho, Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARGARELLA, R. **La dificultad de defender el control judicial de las leyes**. In: VÁZQUÉZ, R. (Comp.). *Interpretación y decisión judicial*. Mexico: Distribuciones Fontamara, 1998.

HIRSCHL, R. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2007.

_____. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, p. 721-754, 2006.

LIMA, George Marmelstein. **Quando tudo começou: o Marbury vs. Madison brasileiro**. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2008/04/13/quando-tudo-comecou-o-marbury-vs-madison-brasileiro/>

LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática Del control judicial de las leyes**. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons; 2008.

MARTÍNEZ, Faustino Martínez. RECENSIONES Y RESEÑAS: Zagrebelsky, Gustavo, **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia** (Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2003), 156 págs. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXVII*, 2005, 630-635. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552005000100073&script=sci_arttext. Acesso dia: 26/07/2011.

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

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Traduzido por Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues; introdução e notas de Gonzaque Truc. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TATE, C., VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York University Press, New York, 1997.

VIANNA, Luiz W. *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VALLE, V. L. (Coord.). **Activismo jurisdiccional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo, **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón, 5ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2003.