

SEPARAÇÃO DINÂMICA DAS FUNÇÕES ESTATAIS: ANÁLISE DE UM ATIVISMO JUDICIAL MODERADO NA PERSPECTIVA DE UMA LEITURA DIALÓGICA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 – IMPEDIENTE DE CONFIGURAÇÃO DE INSTÂNCIAS HEGEMÔNICAS[†]

André Reis Lacerda

Sumário: Introdução. Capítulo I – Contraponto da separação clássica v. separação dinâmica das funções estatais. 1.2. Separação dinâmica das funções estatais e conceito. 1.3. Contraponto da separação clássica ou rígida com a separação dinâmica de funções. 1.4. Contextualização para entendimento da separação das funções estatais brasileira antes da Constituição de 1988. Capítulo II – Ativismo judicial, legitimidade e dialogicidade na interpretação da Constituição. 2.1. A legitimidade do Judicial Review e ativismo. 2.1.2. A favor da legitimidade da Justiça Constitucional e ativismo judicial. 2.1.3. Contra a legitimidade do controle de constitucionalidade e do ativismo judiciais. 2.2. Revisão judicial dialógica ou democracia de consenso: contributos. 2.2.1. O exemplo dialógico da democracia canadense. Capítulo III - O modelo dialógico segundo a Constituição Federal brasileira de 1988. 3.1. Atual desenho institucional na estrutura de funções estatais brasileiras. 3.2. Na interpretação da Constituição as instituições brasileiras conversam entre si ? 3.3. O modelo brasileiro precisa ser alterado para permitir dia-

[†] Relatório apresentado na disciplina de Direito Constitucional, sob regência do Professor Doutor Luís Pedro Pereira Coutinho, como requisito parcial para habilitação no Mestrado Científico em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com extensão na ESMape – Escola da Magistratura de Pernambuco – BRASIL, ano letivo 2011/2012.

logicidade ? 3.4. Por uma leitura dialógica impediante de instâncias hegemônicas. Conclusões. Bibliografia[‡].

[‡] Indicações de redação e leitura: O presente Relatório, apresentado como requisito parcial para habilitação no Mestrado Científico em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa foi redigido consoante os padrões convenencionados no Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990 e adotado por Brasil e Portugal. Neste sentido, objetiva-se justificar, à guisa de exemplo, algumas diferenças em relação ao uso do hífen, acentuação de palavras, fusão de determinados termos, não utilização de trema, dentre outros.

Importante considerar, em adendo, que o objetivo de citado Acordo trata-se, na verdade, de mera tentativa de homogeneização de referências ortográficas nos países que utilizam-se da língua portuguesa como idioma oficial, em função da globalização e também numa tentativa própria de facilitar a comunicação entre os povos. Daí, não se descarta a existência própria de diferenças e nuances específicas a cada país que se utiliza da 'língua de Camões'. Neste aspecto, optou-se neste relatório por utilizar o padrão brasileiro da língua portuguesa, tanto pelo curso ter sido ministrado na Escola da Magistratura de Pernambuco – Brasil, quanto por tal opção ter sido devidamente franqueada pelo coordenador professor Doutor Fernando Araújo, quanto pelo professor Doutor regente da matéria própria do mestrado em Direito Constitucional.

Esclareça-se, por oportuno, que optou-se por elaborar, em separado, lista de abreviaturas para se evitar repetições desnecessárias e não aconselháveis quanto ao significado de siglas utilizadas ao longo do texto. Quanto às obras consultadas, bem como em relação às referências bibliográficas, as mesmas referem-se exclusivamente ao material publicado até a data de apresentação deste relatório escrito, qual seja, novembro de 2012. Em relação às citações de rodapé, seguiu-se o seguinte padrão: a primeira citação inclui referências completas a autor, título, editora, local e data de publicação, com eventual citação de página quando a citação envolver trecho destacado especificamente e sem citação de página quando evocar apenas uma idéia genérica que reflita de certa maneira um pensamento ou expressão notória do autor. As citações da mesma obra que se seguem destacam apenas uma abreviação referencial quanto ao autor, início do título, com referência à edição citada ao final na bibliografia e, eventualmente citando a página específica quando for o caso de citação literal. Todas as citações específicas das obras e de autores de referência foram feitas em notas de rodapé, sendo devidamente dispostas segundo critério numérico ascendente.

Quanto às citações jurisprudenciais, adotou-se o modelo brasileiro de citação por referência de tipo de recurso processual, numeração, data de publicação no Diário da Justiça (quando houver) e eventual indicação do sítio eletrônico do Tribunal próprio. Quanto ao método científico utilizado, trata-se do técnico-jurídico, em que a investigação é exegética, dogmática e, sobretudo crítica de textos normativos, exertos doutrinários, discussões hauridas em sala de aula quando da apresentação oral dos relatórios, além de comentários sobre práticas judiciais. No que toca à pesquisa bibliográfica, a mesma é composta por monografias, manuais, capítulos e

INTRODUÇÃO



m geral, questões fundamentais sobre a Justiça Constitucional tem a ver com as condições para sua ocorrência nas democracias contemporâneas, sua legitimidade e seus limites, decorrentes de uma estrutura constitucional pautada na divisão funcional dos Poderes do Estado. Nesta perspectiva, ressoa-se a doutrina brasileira de estudos, mesmo que perfunctórios, que colocam em causa a teoria clássica da separação de poderes no Estado Democrático de Direito vigente. Apesar da conformação prevista no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) que, à primeira vista, refletiria uma concepção de divisão estanque, esta parece mostrar-se ineficiente ou incompleta no que tange à especialização funcional entre os Poderes para a guarda ou efetivação dos comandos constitucionais, sobretudo ante recentes práticas de ativismo judicial não moderadas.

As discussões envolvendo o ativismo judicial no Brasil têm, frequentemente, ocupado parcela cada vez mais significa-

trechos de obras coletivas, artigos científicos de revistas e periódicos físicos e de sítios na rede mundial de computadores. A bibliografia final contém uma referência mais detalhada das obras citadas no texto, incluindo as editoras, referência a tradutor quando se tratar de obra estrangeira, bem como, em relação a coletâneas, indica o título do artigo, inserido na obra em que está inserida, com indicação da página específica na nota de rodapé. As citações bibliográficas de mesmo autor foram feitas em ordem decrescente de data de edição, sendo que as citações com base em sítios eletrônicos foram especificadas nas notas de rodapé com data de acesso, com posterior indicação geral do endereço eletrônico nas referências bibliográficas.

Lista de abreviaturas e siglas: Cfr - Conferir / CNJ - Conselho Nacional de Justiça / CRFB/1988 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 / CRP/1976 - Constituição da República Portuguesa / DF - Distrito Federal / EC - Emenda Constitucional / org. - organizador / MS - Mandado de Segurança / p. - página / pp. - páginas / reimp. - reimpressão / ss. - seguintes / STJ - Superior Tribunal de Justiça / STF - Supremo Tribunal Federal / trad. - traduzido / TSE - Tribunal Superior Eleitoral / UERJ - Universidade Estadual do Rio de Janeiro / UL - Universidade de Lisboa / USP - Universidade de São Paulo / v. - versus.

tiva das pautas sociais e acadêmicas, além de ocupar espaço relevante na mídia. Têm acompanhado o crescimento das demandas processuais, a tendência pós-positivista na interpretação do direito, bem como o alargamento do espectro de competências e da zona de influência do próprio Poder Judiciário nacional. Entretanto, por vezes, as práticas ativistas são encaradas como verdadeira ingerência indevida em assuntos afetos a uma 'função típica' dos demais poderes. Deveria, segundo uma parcela da doutrina, se ater, tão somente, a limites objetivos impostos pelo ordenamento jurídico constitucional. Bem assim, resolver os conflitos de interesse que não esbarrem em assuntos, em tese, cabíveis à esfera da 'política majoritária'. Ou seja, a serem decididos por órgãos ou Instituições representativos, ungidos por uma pretensa legitimidade 'política e/ou popular', ou mesmo serem embasados por 'terra debaixo dos pés', decorrentes de eleições por sufrágio universal.

A despeito dos motivos ensejadores de uma possível e indesejada supremacia judicial, importante também é perquirir sobre a defasagem de uma ideia de separação rígida, imutável de poderes, onde o pano de fundo seja a rivalidade de atribuições, a competição, a imposição de balizas categóricas. Por outro ângulo, se antevê a necessidade de questionamento quanto à conveniência de qualquer dos três poderes da República ter primazia na interpretação ou cumprimento da Constituição, de forma a se proscrever a ideia de 'última palavra', ao tempo em que a estrutura constitucional brasileira parece permeabilizar-se às teorias dialógicas, de colaboração e cooperação funcionais entre as Instituições.

Assim é que o objetivo do presente estudo, de forma abrangente e sem pretensão de esgotar-se o tema, posto que trata-se apenas de singelo relatório como requisito parcial de avaliação para este programa de mestrado, tem como pressuposto a averiguação de compatibilidade entre o atual desenho constitucional brasileiro com modernas tendências dialógicas

de conformação institucional. E neste esquema, sobreleva dizer que se admite apenas um ativismo judicial moderado, prudente e excepcional, precavendo-se os riscos de eventuais e indesejadas instâncias hegemônicas, posto que esta hipótese seria incompatível com a própria noção ínsita de separação harmônica de funções estatais.

No Capítulo I, faz-se primeiramente uma abordagem quanto à separação clássica e separação dinâmica de poderes, suas conceituações, a contraposição de ambas as teorias, findando-se por contextualizar o desenho institucional dos poderes até a Constituição de 1988.

No que pertine ao segundo Capítulo, adentra-se propriamente nas questões envolvendo a contextualização do fenômeno do ativismo judicial, de forma a justificar a necessidade de uma reformulação da teoria clássica de separação de poderes. O *Judicial Review*, neste diapasão, é questionado quanto a sua legitimidade. Primeiro, colocando-se posição favorável com relatos, por exemplo, de Ronald DWORKIN, depois colocando-se a mesma legitimidade em causa na perspectiva da 'dificuldade contramajoritária' de Alexander BICKEL e outros aspectos, como alguns levantados por Jeremy WALDRON. Passa-se, então, a averiguar sobre a conveniência da 'última palavra' no controle ou efetivação constitucionais, culminando com uma referência a exemplos dialógicos.

O Capítulo III, por sua vez, expõe o quadro institucional brasileiro tecendo considerações sobre a compatibilidade do mesmo com um modelo dialógico. Questiona sobre se é necessário alterar-se dispositivos constitucionais para comportar a cooperação pretendida pela separação dinâmica ora em debate, encerrando com uma proposta mínima do que seja desejável. Posteriormente, expor-se-á singelo rol de conclusões, com vistas a sintetizar os resultados discutidos quanto às hipóteses sobre objetos de investigação levantados neste breve ensaio.

Por oportuno, as questões trazidas neste relatório, por ve-

zes, poderão não ser fonte de concórdia doutrinária. Entretanto, pretende-se, dentro do ambiente de judicialização da política e tendência de posturas ativistas por parte do Poder Judiciário brasileiro, debater sobre a necessidade de uma releitura atualizada da teoria da 'separação de poderes', de modo a dar-lhe caráter dinâmico. Para tanto, propugnar-se-á uma moderação quanto a este ativismo, utilizando-se de tendências 'dialogicas' na interpretação da Constituição, de forma a rechaçar, tanto quanto possível, uma luta institucional por uma primazia hermenêutica, ou mesmo a existência de instâncias hegemônicas no desenho encontrável no Estado Democrático de Direito brasileiro.

CAPÍTULO I – CONTRAPONTO DA SEPARAÇÃO CLÁSSICA V. SEPARAÇÃO DINÂMICA DAS FUNÇÕES ESTATAIS

1.1. SEPARAÇÃO CLÁSSICA DAS FUNÇÕES ESTATAIS

Como se sabe, a separação de poderes¹ não é ideia nova. Geralmente, dentro de uma concepção clássica, remonta-se a uma limitação dos poderes feita por Aristóteles quando faz referência a 'formas de constituição'² e às 'formas de governo', sendo que a esta última referência o estagirita dá o nome de '*Politéia*'. Em sua vertente, traça ideias seminais sobre a necessidade de se dar especificidade a formas variadas de exercício

1 - No sistema jurídico brasileiro, os órgãos estatais recebem a denominação de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário (art. 2.º da CRFB/1988), ao tempo que em Portugal fala-se em órgãos de soberania, sendo estes a Presidência da República, a Assembléia da República, o Governo e os Tribunais (art. 110 da CRP/1976).

2 - Ressalte-se que o sentido de 'constituição' atribuível por Aristóteles, por vezes, confunde-se com 'governo' podendo este governo, segundo sua *A Política* ser exercido por um, por poucos ou por muitos (timocracia, oligarquia e democracia). O termo utilizado pelo estagirita, portanto, não é o mesmo decorrente de uma leitura atual pós movimentos constitucionalistas.

do poder. Como exemplo, utiliza de critérios para distinguir 'oligarquia' e 'democracia'³, valendo a advertência de que esta concepção de democracia não é a mesma hoje utilizável contemporaneamente e que se pretende pano de fundo para este trabalho.

Esta consideração é prestante apenas para daí se deduzir que o gérmen da divisão funcional não é tão recente e que tais conceitos foram se aperfeiçoando⁴ até popularizarem-se com Montesquieu⁵. A par de suas considerações na obra célebre *O Espírito das Leis*, a 'teoria da separação de poderes' tomou corpo como forma de limitação da atuação do soberano, que concentrava, de forma 'absoluta', o poder em suas únicas mãos e também com a necessidade de se racionalizar a Administração pública. Foi feita uma diferenciação institucional e detalharam-se novas funções – a par das novas exigências diplomáticas, militares e financeiras. Parte-se aqui, primeiramente, de uma

3 - O critério adotado por Aristóteles para distinguir a oligarquia e a democracia não é o critério numérico, de caráter geral.' na democracia governam os homens livres e os pobres, que constituem a maioria; na oligarquia governam os ricos e os nobres, que representam a minoria'. Aristóteles, *A Política* .p.1290 –b *apud* BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Trad. Sérgio Bath. 7ª ed. Editora UNB, 1994. p. 60.

4 - Propositamente foi excluído deste trabalho uma referência consistente à evolução da teoria da separação de poderes, vez que, além da limitação teórica e até mesmo de tamanho, por exemplo, seria necessário fazer referência à vários filósofos que contribuíram para esta ideia. Assim, de forma categórica não é trabalhada a teoria política de John Locke, até mesmo porque este pressupunha a existência de apenas dois poderes básicos do Estado: o legislativo e o executivo. Da mesma forma, idéias mais consistentes dos 'pais fundadores da nação' constantes de *O Federalista*, de Hamilton, Madison e Jay também não são trabalhados, já que, apesar de constituírem paradigmas clássicos desta teoria, a ideia do presente trabalho é partir de uma concepção já dada de tripartição de poderes com base em Montesquieu para, a partir daí, trabalhar a teoria da separação dinâmica. Entretanto, a citação histórica mínima que remonta à Aristóteles e Políbio serve apenas como referencial para demonstrar que o gérmen da ideia de separação de poderes não partiu do próprio Montesquieu.

5 - SECONDAT, Chales [Baron de Montesquieu]. *The spirit of laws. (O Espírito das leis)* Tradução: Thomas Nugent. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc, 1993.

premissa de que o poder soberano é realmente 'uno'. Entretanto, para que as nações pudessem ser governáveis, sobreveio a necessidade de especificação das funções estatais.

Por assim dizer, a tripartição de funções estatais é técnica que foi aperfeiçoada durante o período moderno liberal com vistas a evitar uma indesejada e arbitrária concentrações destas funções em uma só pessoa (geralmente identificada com Reis e Monarcas) ou uma só instituição ou grupo de 'poder'. Originalmente, o chamado 'Poder' Legislativo detinha as atribuições de criar, aperfeiçoar e extinguir as leis com potencialidade de inovar no ordenamento jurídico, criando direitos e obrigações de caráter geral para as pessoas. O denominado 'Poder Executivo', de outra sorte, tinha então a incumbência da segurança, relações exteriores, da celebração da paz e da guerra, enquanto que, ao cabo, caberia ao 'Poder Judiciário', decidir, por meio de julgamento, as demandas cíveis e criminais trazidas a sua apreciação.

Na visão de Norberto BOBBIO, que na *Teoria das formas de governo* se vale da obra de Montesquieu, a falta de uma delimitação efetiva do poder representaria um governo despótico⁶. No caso da separação clássica de poderes, repise-se, o que se pretendia era evitar o abuso de poder que não poderia se concentrar nas mãos de uma única pessoa, órgão ou grupo político⁷.

6 - "Há três espécies de governo: o 'republicano', o 'monárquico' e o 'despótico'...Estou pressupondo três definições – ou melhor, três fatos: o governo republicano é aquele no qual todo o povo, ou pelo menos uma parte dele, detém o poder supremo; o monárquico é aquele em que governa uma só pessoa, de acordo com leis fixas e estabelecidas; no governo despótico, um só arrasta tudo e a todos com sua vontade e caprichos, sem leis ou freios". BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. Trad. Sérgio Bath. 7ª ed. Editora UNB, 1994. p.130.

7 - É mais que ilustrativa a referência direta do texto: "Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o Poder Legislativo se junta ao Executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. Não há liberdade se o Poder Judiciário não está separado do legislativo e do executivo. Se houvesse tal união com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria

Na evolução de uma ideia de limitação do poder, sobretudo pela utilização de suas bases por James MADISON⁸, vislumbra-se uma subteoria que se cunhou chamar de '*teoria dos freios e contrapesos*' ou '*checks and balances*'⁹. Em o *Espírito das Leis*, mais precisamente em seu Livro XI, é ainda citada por BOBBIO uma referência sobre o que Montesquieu supõe como 'governos moderados'¹⁰, que deveria ser conseguido por meio da feitura de uma legislação engenhosamente elaborada, com distribuição do 'poder supremo' em equilíbrio¹¹ de 'pode-

arbitrário, já que o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o Judiciário se unisse com o Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou se o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução da resoluções públicas e o de julgar crimes e os conflitos dos cidadãos.' Hoje, a necessidade de releitura do princípio da separação pressupõe uma visão mais ampla de que as funções estatais, mesmo que dispostas de forma geral nos corpos constitucionais, até pelo caráter principiológico de muitas de suas normas, carecem de uma melhor 'acomodação', que podem ser conseguidas pelo 'diálogo' das Instituições.

8 - HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, *O Federalista*. Belo Horizonte: Ed. Lider, 2003. Desenvolvimento das bases constitucionais americanas em referência aos 'pais fundadores da nação', em uma série de artigos destinados a esclarecer o espírito público nos estados ainda não 'confederados', mas libertos do jugo colonizador britânico, de forma a prepará-los para receber instituições republicanas conforme o 'projeto' estatuido na própria Constituição americana de 1787.

9 - Reitere-se que a referência aos 'federalistas' somente foi abordada neste trabalho para explicitar que também não é de todo original a ideia de 'freios e contrapesos' constante da concepção montesquieana.

10 - Veja-se a passagem que faz referência a esta necessidade de moderação dos governos: "...parecia que a natureza humana deveria rebelar-se continuamente contra o governo despótico; contudo, malgrado seu amor pela liberdade, e seu ódio contra a violência, a maior parte dos povos se submete; o que se pode compreender facilmente. Para formar um 'governo moderado' é necessário reunir as potências, dirigí-las, moderá-las, fazê-las atuar; dar lastro a uma, para que possa resistir à outra; uma obra-prima de legislação que o acaso e a prudência raramente conseguem realizar.'

11 - Já remontava à antiguidade clássica a alusão de Políbio, que tendo como pano de fundo o período romano, ultrapassando os conceitos de Platão, teorizou sobre o equilíbrio e controle recíproco de poderes com base em um 'governo misto' e de forma a tornar o governo estável. Na referência de BOBBIO, e entendo aqui neste trabalho que já poderíamos até mesmo prenunciar '*insights*' da necessidade da conformação da teoria da separação de poderes ao se valer das palavras de Políbio

res parciais' para que, em havendo contraposição dos mesmos, nenhum pudesse agir de forma arbitrária. Assim, o 'poder frearia o próprio poder'.

Desta acepção, resulta mais que uma divisão meramente horizontal dos poderes, mas também uma divisão 'vertical', daí decorrendo a teoria clássica que alçou a obra montesquieana à popularidade hoje reconhecida. Tal teoria, como é cediço, veio a influenciar todo o movimento constitucionalista que se pronunciava, tendo aplicação mais direta nas Constituições americana de 1776 e francesa de 1791, sem contar nas célebres cartas de Direitos, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e posteriores constituições republicanas e democráticas.

A este aspecto, ressalte-se que a influência da teoria clássica da separação dos poderes é tamanha que a sobredita Declaração de Direitos de 1789, em seu artigo XVI, preceituava que "a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição"¹², daí vislumbrando-se uma reação do constitucionalismo clássico ao arbítrio¹³ que tentasse se assentar, mesmo que amparado formalmente. Tal fórmula, entretanto, para não perder sua atualidade, precisa ser revista à luz de novos paradigmas constitucionais e sob os influxos das bases que sustentam

que, 'num governo misto, nenhuma das partes ultrapassa a medida e excede sua competência'. BOBBIO, Noberto. *A teoria das formas de ...* p.136.

12 - Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789. Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos (1978). www.usp.com.br acesso em 16/07/2012.

13 - BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p.511 'Tal divisão de funções é imperiosa para assegurar a ordem democrática porque, na prática, o soberano não se auto-imporá limites, aquele que é o detentor do poder, não estabelecerá fronteiras ao uso que faz do poder, e, mesmo que o faça, não existirá quem o fiscalize ou sancione. Neste esteio, para assegurar um regime democrático é necessário que o poder seja repartido em instâncias de competências distintas. Não se tratam de poderes distintos, mas do fracionamento no exercício do poder, onde o feixe único da soberania irradia competência para as diferentes instâncias funcionalmente organizadas'.

as democracias contemporâneas.

1.2. SEPARAÇÃO DINÂMICA DAS FUNÇÕES ESTATAIS E CONCEITO

Sobre a separação dinâmica, a começar dando a palavra a Bruce ACKERMAN, autor da atualidade que se celebrou por tentar reler a teoria da separação de poderes. Contudo, o faz no contexto da democracia americana e, sobretudo, questionando o poder executivo presidencialista: "a separação de poderes é uma boa ideia, mas não há nenhuma razão para supor que os escritores clássicos esgotaram sua excelência"¹⁴.

A teoria clássica de separação de poderes, por tempos, funcionou como base de sustentação a inúmeros sistemas constitucionais, de orientação predominantemente democrática. Transpondo-se a teoria indigitada do contexto liberal, absentista, com configuração estanque das funções e com objetivo eminentemente controlador do arbítrio estatal de forma concentrada, deve-se, agora, alocá-la em uma realidade de sociedades complexas, submetidas à Constituições compromissórias, marcadas ainda pelo pluralismo e necessidade de participação democrática.

A isto também se seguiram novos paradigmas próprios da evolução de movimentos constitucionalistas como: a 'nova hermenêutica', 'força normativa da Constituição',¹⁵ papel desempenhado pela Jurisdição Constitucional em contextos pós-positivistas, apontando para uma redução cada vez mais tênue entre 'direito e política'. Tais características têm permitido uma imbricação entre as funções estatais, a despeito de hoje pode-

14 - ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Trad. por Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113.

15 - Cfr. HESSE, Konrad. *Die Normative Kraft der Verfassung*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1959, trad. Gilmar Ferreira Mendes, "A força normativa da Constituição", Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1991.

rem caracterizar-se por funções 'típicas' e 'atípicas', sendo que não se discute que há permissivo constitucional, por exemplo, para o exercício de atividades normativas por parte do Executivo¹⁶ (Medidas Provisórias) e Judiciário (Resoluções, Súmulas e Portarias).

No que tange mais especificamente à abordagem deste trabalho, em que pese a potencialidade sempre presente de que qualquer dos três poderes pudesse tentar sobrepujar-se aos demais,¹⁷ como se vislumbrou numa proeminência mais ou menos acentuada do Poder Legislativo no século XIX (com a sacralização da lei ao tentar conter o Absolutismo), do Poder Executivo no século XX (vejam-se os totalitarismos em países Europeus e ditaduras na América Latina), estudam-se aqui os riscos e a possibilidade de uma proeminência exacerbada do Poder Judiciário neste século XXI. Isto, tendo em vista o déficit de representatividade dos Poderes Legislativo e Executivo e a incidência difundida do fenômeno da judicialização da política e de posturas ativistas por parte de magistrados de forma geral. Desta constatação, subjaz um embate sobre qual seria o Poder mais habilitado para emitir a 'última palavra' em questões constitucionais, daí a atualidade e necessidade de se discutir uma separação dinamizada das sobreditas funções estatais.

Nesta medida, a nova separação implica em não se encarar o processo de 'concretização' constitucional como disputa antagonica entre os poderes que, a despeito de sua independência, reclama-se não só a harmonia, mas também uma coopera-

16 - Sabe-se que a separação rígida de funções não mais prevalece nas Constituições contemporâneas, podendo-se ressaltar que há permissibilidade para, por exemplo, o Poder Legislativo realizar atos administrativos como a realização de licitação para seus cargos (caráter executivo) ou julgar crimes de responsabilidade (caráter eminentemente judicial); o Poder Judiciário expedir resoluções e súmulas vinculantes (caráter normativo) e nomear/exonerar servidores (caráter executivo); Poder Executivo editar medidas provisórias (caráter normativo).

17 - Tal referência já era visualizável na obra *A Era dos Direitos*. Cfr. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

ção, expressada em rodadas deliberativas, no intuito de se convergir interesses a um 'bem comum' no contexto democrático.

À guisa de conceituação, a 'nova separação de poderes' implicaria numa releitura das teorias clássicas de separação das funções estatais, na medida em que a interpretação e aplicação das normas constitucionais, a par das características atuais de sociedade plural e complexa, deixam de pressupor uma divisão estática, estanque e formal, para compatibilizar-se com a necessidade de uma perspectiva dinâmica, mutável e substantiva de concerto entre os poderes estatais. Assim, adotariam-se métodos de 'rodadas procedimentais' na deliberação entre os órgãos e modelos dialógicos no controle constitucional, impedindo a possibilidade de instâncias hegemônicas, de forma a fomentar a preservação e estabilidade da democracia.

1.3. CONTRAPONTO DA SEPARAÇÃO CLÁSSICA OU RÍGIDA COM A SEPARAÇÃO DINÂMICA DE FUNÇÕES

Colocando-se em cotejo, quase ponto por ponto, a teoria clássica da separação dos poderes com a separação dinâmica, temos que: i) a primeira pressupõe o ambiente de sociedades mais homogêneas (quase estamentais), em contraposição à sociedades heterogêneas e pluralistas na segunda; ii) na era clássica vivia-se sob um Estado liberal e /ou Estado de Direito, ao tempo em que presencia-se, hodiernamente, um Estado Democrático de Direito que incorporou dimensões sociais de direitos ditos 'fundamentais' e, em certa medida, também a participação popular; iii) o contexto clássico era de uma sacralização da lei e das instâncias representativas pelo princípio majoritário, sendo que iniciou-se por uma superposição do Parlamento, passando, ao depois, para uma exacerbação do Executivo. No novo contexto, assiste-se a uma crise de representatividade destas instâncias representativas - majoritárias, com reflexo direto na judicialização da política, servindo de cenário propício para

posturas ativistas por parte do Judiciário (mas que se pretende moderá-las por meio de teorias de diálogo ou da separação dinâmica). Assim, enquanto no passado direito e política eram assuntos inconciliáveis, na atualidade, estes dois temas imbricam-se e formam linhas bastante tênues.

Na medida em que, no período que vigorava a separação clássica de poderes, se pressupunha uma divisão mais estanque, estática e formal das funções estatais, a separação dinâmica reclama uma divisão com mobilidade, coordenada. Isto, até mesmo considerando-se que, atualmente, as próprias Constituições positivaram funções 'atípicas' para cada um dos poderes, num prenúncio de que cada qual possui uma função 'precípua', mas que há a necessidade de interpenetração. Também, numa lógica de conformação destas atividades para uma melhor adequação de freios e contrapesos, em prol dos fins maiores propugnados pelas Constituições.

Na separação clássica ou rígida, os códigos e leis esparsas tinham função sobrepujante quando comparadas às Constituições. Estas, de meras declarações de intenções, passaram a açambarcar uma força normativa com papel de centralidade no sistema, além de pressupor sua aplicação direta. No que tange à hermenêutica, critérios meramente subsuntivos cederam espaço à ponderações de princípios, dado o caráter aberto e inderteminado de normas constitucionais. Nesta esteira de inteleção, o juiz, de mera 'boca da lei' passou a julgar de acordo com a juridicidade, passando a ser 'a boca da constituição'. Tal constatação é verificada, sobretudo depois das experiências de controle difuso de constitucionalidade difundidas a partir de Marshal em 1803 – sendo que, nesta medida, categorizou-se a referência de que 'todo juiz é um juiz constitucional'.¹⁸ A partir de então,

18 - 'Todo juiz é um juiz constitucional'. 'Ao juiz da lei sucederá o juiz da Constituição'. 'Ao juiz da legalidade, o juiz da legitimidade'. 'Ao juiz da pré-compreensão da classe, o juiz da pré-compreensão da sociedade'. Cfr. BONAVIDES, Paulo. *Teoria da Democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3ª

adotaram-se critérios de controle de constitucionalidade (*Judicial Review*), que permitiram ao Judiciário invalidar as leis editadas por órgãos representativos ou mesmo atos praticados pelo Executivo. Entretanto, há aqui que se fazer uma advertência de que, ante a superveniência da Justiça Constitucional – apesar de esta ser compatível com o modelo democrático atual – no limite e para sua legitimação, tem carecido de critérios ou parâmetros mais objetiváveis para sua atuação. Assim, de forma que a Jurisdição Constitucional não seja expressada em termos de um ativismo que não seja moderado, ou seja, um ativismo taxado de não legítimo, na medida em que a separação dinâmica requer, justamente, que não haja superposição de qualquer instância sobre as outras.

Ao cabo, de um lado está a separação clássica que demanda uma necessidade de contenção do poder, antes concentrado e absoluto, por meio de um engenho institucional em que as funções sejam divididas formalmente e, assim, elencadas nos textos constitucionais democráticos como limites mais categorizáveis¹⁹. De outro, figura a separação dinâmica com a impossibilidade lógica e prática de se esmiuçar, especificamente, a competência de cada função estatal, seja pela textura aberta e indeterminada das normas constitucionais, seja pelo caráter plural e complexo das sociedades hodiernas. Ainda, nesta categoria vislumbra-se a necessidade de preservação dos direitos fundamentais de maiorias e minorias, além da guarda da Constituição por todos os poderes de forma horizontal e não competitiva. Daí, requesta-se a utilização de métodos de diálogos institucionais, coordenação de funções, posturas de autocon-

ed. Malheiros: São Paulo, 2008. p. 23.

19 - Em Canotilho, "o princípio da separação dos poderes exige uma estrutura orgânica funcionalmente adequada" que, traduzindo, " a cada órgão de soberania, dotado de determinadas características, é atribuída a função de que ele pode desempenhar de uma forma mais adequada (ou da única forma adequada) da que seria se ela fosse atribuída a outros órgãos". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra:Almedina,2003. p. 52.

tenção e deferência recíprocas em relação aos demais órgãos estatais para o fim que se colima de convivência harmônica entre os Poderes.

1.4. CONTEXTUALIZAÇÃO PARA ENTENDIMENTO DA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS BRASILEIRA ANTES DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Sem descambar para uma análise propriamente histórica da alocação das funções estatais no ambiente jurídico brasileiro, até mesmo pela impropriedade e limitação espacial, traz-se aqui apenas algumas considerações mínimas para se entender em que contexto se deu a separação de funções brasileira até a Constituição de 1988, para, ao depois, em tópico específico, se esboçar o desenho institucional atual, próprio de uma separação que se pretende dinamizada.

Parte-se da premissa que, desde a Constituição republicana de 1891, foi instituído o presidencialismo e o federalismo no Brasil com a divisão básica de três Poderes, quais sejam: o Executivo, Legislativo e Judiciário com funções delimitadas (ao menos formalmente) nos textos constitucionais que se sucederam. Entretanto, como é cediço, até a promulgação da Constituição de 1988, o que se via era uma divisão muitas vezes 'de fachada',²⁰ com uma harmonia ou independência débeis,

20 - SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade*. In FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Editora Jus Podivm, Salvador-BA, 2011. p.73-113. 'a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em

além do não atendimento da pautas e compromissos constitucionais. Isto, considerando inclusive que a Constituição não detinha a força normativa hoje adquirida e também não havia o amadurecimento institucional hoje experimentado.

Daquele primeiro período referido, tem-se a saída de um modelo de Estado Liberal de Direito em que o Poder Legislativo ficava submetido ao Poder de um Imperador, passando, conseqüentemente, pós período republicano, à exacerbação do Poder Executivo em um Estado Social (decorrente das pautas do *Welfare State* encontráveis nos países europeus e posteriormente transpostas para este país). A este aspecto, importante que se diga que as dimensões de direitos fundamentais tidas pela doutrina como de primeiro grau (liberdades negativas) e de segundo grau (prestações positivas), não foram devidamente implementadas em países tidos como periféricos, como era o caso do Brasil. Até mesmo hoje, a despeito de uma certo crescimento econômico, de configurar-se aqui um Estado 'democrático' de direito e da positivação dos chamados direitos de terceira dimensão – como são os transindividuais, muitos dos direitos positivados formalmente e propugnados pelas dimensões 'precedentes' (apenas historicamente) ainda não foram implementados. Também o modelo democrático ressentia-se, ainda, de maior participação popular, muitas vezes limitada apenas ao momento de escolha dos dirigentes representativos, apesar dos mecanismos de participação direta espalhados pelo texto da Constituição Federal vigente – a exemplo da iniciativa de leis.

Detendo-se mais especificamente ao Poder Judiciário, cuja análise é mais observada neste trabalho para o fim de mitigar sua postura ativista, de forma a legitimá-lo minimamente e a compatibilizarem-se suas práticas com a proposta de separação dinâmica, tem-se que o mesmo, até a Constituição de 1988, não tinha a importância política e abrangência hodiernas. De-

monstrava-se uma postura nítida de autocontenção judicial (*self-restraint*), não se podendo falar em independência propriamente do poder, visto, por exemplo, a falta de autonomia organizacional e financeira, que dependia do Executivo até mesmo para nomeações de juízes de primeiro grau. Àquela quadra histórica, o método de aplicação das leis era subsuntivo, sem os atuais recursos hermenêuticos. Instrumentos próprios da Justiça Constitucional, que já podiam ser utilizados desde 1891 (controle difuso) eram visualizáveis, por exemplo, na ação de representação interventiva, decorrente de emendas de 1965 (período ditatorial). Entretanto, percebia-se, de plano, uma disfunção do sistema de separação de funções, já que este controle somente poderia ser suscitado pelo Procurador Geral da República, que defendia os interesses das chamadas Forças Revolucionárias. O Supremo Tribunal Federal não tinha a proeminência que hoje se percebe. Não detinha rol tão extenso de competências, garantias próprias do Poder e até mesmo face a não existência do fenômeno da judicialização da política e acesso à Justiça, somente possibilitados após o processo de redemocratização e promulgação da Constituição Federal de 1988 – alcuinhada de 'Constituição cidadã'.

Assim, nem mesmo a teoria da separação de funções típica era observada em seus devidos termos, vez que, em certa medida, para o reclame da maioria das normas constitucionais dependia-se da boa vontade dos governantes ou representantes de 'fatores reais de poder', numa referência que, se fôssemos utilizar uma concepção de Lassale, poderíamos chamar de separação de funções estatais segundo Constituições 'folha de papel'.²¹²² No que tange propriamente ao ativismo judicial, prá-

21 - LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. Como é curial os 'fatores reais de poder' são a força ativa e eficaz que impulsionam a sociedade, determinando a necessidade de regulação de ações, promulgar leis e estímulo às Instituições jurídicas, sendo que, decorre da teoria de Lassale que estes fatores reais de poder devem compatibilizar-se de forma fidedigna com o estampado na lei fundamental, sob pena de a Constituição não

tica que poderia ser identificada em várias épocas diferentes segundo a história constitucional americana, este fenômeno somente veio tomar corpo no Brasil justamente após a promulgação da Constituição de 1988. A este momento, a interpretação da Constituição foi reconfigurada e os poderes passaram a adotar novas posturas diante dos novos quadros de caráter institucional e social que se desenhavam.

CAPÍTULO II – ATIVISMO JUDICIAL, LEGITIMIDADE E DIALOGICIDADE NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

2.1. A LEGITIMIDADE DO *JUDICIAL REVIEW* E ATIVISMO

Pressupondo-se desnecessária a descrição histórica sobre o fenômeno do ativismo judicial e suas nuances mais específicas, até mesmo porque não constitui objeto deste singelo estudo, faz-se um recorte apenas para fazer referência a algumas teorias que põe em causa sua legitimidade. Isto, de modo a servir de base para uma melhor compreensão do quadro em que podem ser inseridos os diálogos de interpretação da Constituição, haja vista a impossibilidade atual de tratar do tema sem considerar a interpenetração entre direito e política em uma democracia constitucional, como é o caso do Brasil.

Para tanto, dentre outras, parte-se das seguintes premissas: i) a necessidade de atuação judicial em um ambiente marcado por sociedades plurais, complexas e que se ressentem da

expressar sua verdadeira essência.

22 - LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. Como é curial os 'fatores reais de poder' são a força ativa e eficaz que impulsionam a sociedade, determinando a necessidade de regulação de ações, promulgar leis e estímulo às Instituições jurídicas, sendo que, decorre da teoria de Lassale que estes fatores reais de poder devem compatibilizar-se de forma fidedigna com o estampado na lei fundamental, sob pena de a Constituição não expressar sua verdadeira essência.

efetivação de direitos plasmados nas Constituições; ii) a 'judicialização' como um fenômeno encontrável na maioria dos países democráticos, em que a interpenetração entre direito e política tem ocasionado uma ocorrência de processos ao Judiciário em escala exponencial e sobre naturezas as mais variadas para as Cortes. Assim, sobretudo em países como o Brasil, em que se preceitua o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial (art.5º XXXV da CFRB); iii) a conformação abrangente das Constituições, em regra de modelo prolixo e compromissório, com normas de natureza por vezes principiológica, reclama uma interpretação diferenciada do seu texto por parte do magistrado, até mesmo em função da realidade cambiante; iv) a Justiça Constitucional, considerada em si mesma, a despeito de não contar com uma legitimação pautada pelo voto popular, pretende-se compatível com o Estado Democrático de Direito. Ademais, é necessária na conformação do sistema de 'freios e contrapesos', a depender da posição acadêmica que se adote como se irá referir, seja apenas para a garantia das 'precondições da democracia',²³ seja para servir como 'fórum de princípios' ou garantia de efetividade constitucional.

O ativismo judicial, neste contexto, e numa alusão ao que pensa BARROSO, caracteriza-se como uma postura ativa e protagonista por parte do Poder Judiciário, mas que deve manifestar-se sempre de forma provocada, pontual e excepcional. Assim, na medida em que adentre em questões antes tidas como infensas à sua apreciação (como questões envolvendo política e 'desacordos morais'²⁴), aplicando diretamente princípios

23 - Em tópico oportuno será feita uma referência básica á diferenciação entre teóricos 'procedimentalistas' que entendem que a função da Justiça Constitucional deve limitar-se a garantir as 'regras do jogo' e 'substancialistas', como os que entendem que, até mesmo para se defender as condições democráticas, há, necessariamente, que se adentrar ao mérito de questões principiológicas.

24 - Para o professor Luis Pedro Pereira COUTINHO, a par dos debates orais travados no programa de mestrado, não cabe ao magistrado 'fazer política' o que, necessariamente, implica na consideração de que posturas ativistas devem ser vistas com reservas, haja vista a possibilidade de o magistrado substituir-se indevidamente

constitucionais sem a intervenção necessária do legislador ordinário, promovendo a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com base em critérios menos rígidos que os de patente violação da Constituição e imposição de condutas ou abstenções aos demais órgãos do Poder Público, principalmente em se tratando de políticas públicas²⁵.

Por isto, no recorte que se pretende trabalhar, cabe aqui tratar em contraponto,²⁶ uma referência a favor da legitimação da própria Justiça Constitucional e de práticas ativistas entre-meadas, e outra, em plano diametralmente oposto, considerações mais afetas às posturas dos Parlamentos (já que as críticas mais contundentes sobre a atuação judicial esbarram justamente nos limites da função normativa), para que, deste balanço, possa se discutir a conveniência e/ou necessidade de diálogos institucionais na realidade brasileira.

2.1.2. A FAVOR DA LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL

Em um cenário amplo em que o protagonismo da Justiça Constitucional se acentuou, como pode-se exemplificar pelas práticas da Suprema Corte americana,²⁷ foram recorrentes as

aos poderes representativos, assomada à problemática de juízes não poderem ser responsabilizados eleitoralmente.

25 - BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, FRAGALLE FILHO, Roberto, LOBÃO, Ronaldo. Orgs. *Constituição & Ativismo Judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2011. p.275-290. p. 279.

26 - Anote-se que optou-se metodologicamente por contrapor, em regra, as nuances das funções típicas apenas do Poder Judiciário em cotejo com o Poder Legislativo, deixando as considerações sobre o Poder Executivo apenas para exemplificações pontuais, haja vista ser mais emblemática a tensão entre criação das normas com inovação no ordenamento jurídico e sua interpretação / aplicação dentro da temática envolvendo o ativismo judicial.

27 - Veja-se *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 com declaração de inconstitucionalidade de leis estaduais que estabeleciam um regime separatista entre brancos e negros em escolas públicas até os dias atuais como em *Bush v. Gore* 531

críticas a esta atuação proativa, preponderantemente após a segunda metade do século XX, com difusão para demais países de tradição democrática e representativa. Em ângulo diametralmente oposto, também algumas defesas da Justiça constitucional e até mesmo de posturas ativistas cerraram fileiras, na esteira do que preconizava o americano DWORKIN, já que as cortes nem sempre foram ou são enxergadas como corolários ou decorrências lógicas dos regimes democráticos.

Para o destacado autor, as Cortes possuem papel primordial na defesa de direitos fundamentais no contexto que chama de 'fórum de princípios', enquanto caberia aos poderes representativos (eleitos pelo princípio majoritário), decidir sobre políticas públicas em ambiente de 'utilidade'. Grosso modo, enxerga que as críticas sobre a falta de legitimidade dos Tribunais, na realidade, confundem o real sentido de democracia. Isto, na medida em que certas demandas morais somente são resolvidas, não por meio de um tipo correto de procedimento ou mesmo de decisões de uma maioria, por vezes circunstancial, mas por meio da atribuição de uma 'única resposta', ou resposta 'correta'²⁸ sobre direitos fundamentais. Mais que garantir de forma externa e tão somente as 'pré-condições da democra-

U.S.98. que efetivamente resolveu a disputa eleitoral para a presidência dos Estados Unidos da América em 2000 – dando ganho de causa a George W. Bush.

28 - Na sua explanação, DWORKIN "utiliza-se da figura mítica do juiz *Hércules* dotado de infinita sabedoria e ilimitação de tempo para decidir – 'paralelo à Deusa Minerva – metáfora – qualquer normatividade jurídica consubstancia – uma vez precisados todos os seus princípios, isto é, todas as regras justas ou jurídicas, um sistema que o juiz resolve por concordância – por antecipação – os casos que se lhes apresentem. COUTINHO, Luiz Pedro Pereira Coutinho, *A autoridade moral da Constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Lisboa, 2009. p. 631. Ao juiz mortal se apresentariam um 'sistema de princípios' – para se fazer justiça nos casos particulares – com uma igualdade axiológica se projetando dinamicamente. Assim, a decisão somente será justa se aplicada aos casos concretos, – "juiz como apurador de regras". *Autoridade Moral da Constituição...*p. 632. "O juiz mortal apura as regras – as densifica – parte da pré compreensão e extrai as normas. O juiz mítico – *Hércules* – já as conhece antecipadamente, qual oráculo". p. 632 e ss.

cia²⁹ (ou regras do jogo), no limite e em uma perspectiva substantiva, para esta corrente as decisões da Justiça constitucional devem levar em conta uma leitura moral da Constituição em um ideal de 'igual respeito e consideração', garantindo-se também direitos das minorias³⁰. Desta forma, não se poderia então limitar-se o procedimento apenas a uma contagem aritmética de voto majoritário³¹ e tal análise somente poderia ser feita após se fazer uma referência antecipada sobre a existência desta comunidade moral.³² Por assim dizer, feitas as escolhas substantivas sobre os conteúdos que se esperam da democracia é que se poderia avançar e garantir a participação igualitária das pessoas nas questões de política.

Por óbvio, nesta esteira de raciocínio, há que se fazer uma advertência, conforme preconizado inclusive pelo professor Doutor Luis Pereira COUTINHO: na leitura moral proposta e na concepção constitucional de democracia dworkiniana,

29 - Atente-se que na Teoria da Constituição, aqueles que admitem o papel das Cortes simplesmente como garantidores das chamadas 'precondições da democracia' ou mesmo das 'regras do jogo' democrático são chamados pela doutrina de procedimentalistas ou instrumentalistas, como é o caso de Jeremy WALDRON, ao passo que aqueles que defendem a possibilidade de decisões dos Tribunais sobre fórum de princípios, sobretudo envolvendo desacordos morais ou políticos, são denominados de substantivistas, ao exemplo do próprio DWORKIN.

30 - Interessante, neste ponto, fazermos um paralelo em relação à separação clássica em que tínhamos uma sociedade menos plural, menos complexa – e a Constituição americana – por exemplo – símbolo da democracia espriada mundialmente – foi concebida alijando diversos segmentos que hoje não poderiam estar fora do debate das decisões públicas – como negros, mulheres, não proprietários, o que corrobora a conveniência de uma Justiça Constitucional e de excepcionais posturas ativistas, não para se impor uma preferência ou voluntarismo judiciais, mas para 'calibrar', em certa medida, eventuais distorções do sistema – até mesmo no plano substantivo – como foi o caso célebre da Suprema Corte dos EUA de *Brow v. Board Education*. – que decidiu pela não segregação entre brancos e negros nas escolas. 347 U.S. 483 (1954)

31 - Considera-se, nesta concepção, que garantindo direitos de minorias por vezes alijadas dos processos decisórios, estaria-se também evitando-se uma "tirania da maioria" – numa referência já clássica e que já caiu no domínio público quanto ao ideário de TOQUEVILLE.

32 - DWORKIN, Ronald. *A matter of Principle*. Cambridge: Havard University Press, 1985 p. 25.

além de não se presumir uma 'infabilidade' dos juízes,³³ que terão este risco minimizado na medida em que melhorarem seus argumentos, também não há que se falar em uma legitimidade presumida ou mesmo bastante em si. Como é curial, juízes não podem 'fazer política' e devem-se ater a pronunciar 'valores partilhados' na comunidade e não a substituir uma 'razão pública' por 'sua razão subjetiva'. Nesta medida, caso os juízes não se 'autorestringissem' em momentos em que não houvesse esta precompreensão, o modelo de democracia seria sacrificado, permitindo-se a atribuição de discricionarismos sem parâmetros a estes intérpretes, como se fossem verdadeiros oráculos,³⁴ no risco de uma juristocracia³⁵ ou 'governo de sábios', como de há muito também já referido em obra clássica sobre o tema pelo francês Eduard LAMBERT.

São interessantes também alguns argumentos encontráveis na doutrina em geral a justificar a legitimidade da Justiça Constitucional como a necessidade de garantir-se um 'núcleo duro' constitucional próprio das estatuições do Poder Constituinte originário. Em tese, deveriam estas normas estar imunes aos riscos de maiorias circunstanciais³⁶ que poderiam advir,

33 - "Para DWORKIN, mesmo que não seja possível demonstrar a resposta certa e que as cortes possam errar, estas estariam melhor posicionadas e teriam uma expertise para encontrar tal resposta". MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento em Ciência Política. Universidade de São Paulo, p.09.

34 - 'Sublinhe-se que DWORKIN, assumindo a natureza inescapável de uma 'leitura moral', é o primeiro a reconhecer que uma 'concepção constitucional de democracia' seria inevitavelmente sacrificada no âmbito de uma qualquer 'transformação constitucional genérica que conferisse a uma oligarquia de peritos não eleitos' o poder de apurar 'veredictos delficos', cfr. *Fredow's ...p. 3 ss e 343 segs. Apud, A autoridade moral...*p. 576.

35 - Obra clássica sobre o ativismo judicial de Eduard LAMBERT em que o termo ativismo judicial já estava vinculado a uma tendência negativa, posto que representando uma ingerência indevida do Judiciário no Poder Legislativo. LAMBERT, Eduard. *La lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, 2. ed. pref. Franck Moderne, Paris, Dalloz, 2005.p.2

36 - Digna de nota é a alusão que Conrado Hubner faz a esta questão de

por exemplo, até mesmo de emendas às Constituições. A duas, o fato de, com a não elegibilidade dos juízes, isto permitir-lhes relativo grau de imparcialidade para controlar leis que, caso fosse tal papel atribuído ao Parlamento, não haveria a necessária e esperada isenção, porque este Poder estaria autocontrolando sua própria atividade. Em outra medida, apresentam-se justificativas adicionais como da obrigatoriedade de uma argumentação racional e fundamentada, além da consideração óbvia do papel, não necessariamente contramajoritário, mas contrabalanceador de forças, dentro de um sistema de separação de poderes. Ademais, pressupõe-se que a Justiça Constitucional, apesar de não imprescindível à democracia (veja-se o exemplo secular de *Westminster* do modelo inglês) não é com ela incompatível e funciona, no mais das vezes, como 'reforço' do sistema³⁷ democrático.

Em relação às posturas ativistas propriamente ditas, a par de toda a argumentação já referida, reforça-se apenas que sua legitimidade deveria estar condicionada a uma utilização extremamente parcimoniosa, apesar do aparente paradoxo desta afirmação. Ou seja, um ativismo moderado seria necessário em certos casos concretos, em momentos pontuais e excepcionais, em que os juízes, conscientes dos limites de suas capacidades

maneira interessante ao utilizar-se da metáfora de Hayek e Elster, sobre a necessidade de 'precometimento' ao comparar a postura da Justiça constitucional em salvaguardar os valores mais caros estabelecidos pelo poder constituinte originário com a alegoria do clássico Ulisses, na *Ilíada* de Homero, que pediu para ser amarrado aos mastros de sua nau – evitando-se, com isso, que sucumbisse às suas paixões momentâneas e fosse seduzido pelo canto mítico das sereias'. MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais...* p. 61.

37 - Segundo MENDES, "No lugar de justificar a revisão judicial com base na necessidade de proteção de direitos fundamentais, sustenta-se que a separação de poderes e seu potencial para a limitação da autoridade política propiciam uma base mais sólida para este arranjo' ..em vez de razão messiânica, tem-se uma razão prudencial. (...) a revisão judicial, além de um mero contrapeso ou 'veto a mais', legitima-se por seu potencial de enriquecer a qualidade argumentativa da democracia, por propiciar uma 'interlocação institucional'" MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e democracia*. Campus, Elsevier, São Paulo, 2008. p. 132.

institucionais, não pressupondo demasiadamente de uma atividade utópica e/ou 'salvadora', mesclariam tal prática atípica com uma recomendável postura de autocontenção judicial, para se evitar a substituição dos fóruns representativos – essenciais à democracia.

No Brasil, diga-se de passagem, há que se ter um olhar um pouco diferenciado para esta questão da legitimidade da Justiça Constitucional, sem pretensões de idealismos ou romantismo quanto ao juiz constitucional e também sem excrecar a figura de parlamentares. Assim, na esteira do que propugnam teóricos sobre o neoconstitucionalismo em países 'periféricos',³⁸ dada a crise de representatividade parlamentar de nosso Congresso e demais Casas de leis regionais e locais. Além do mais, não se pode descurar de todo um histórico de renitente desrespeito aos direitos constitucionais e pelo fato de ainda vivermos um processo de difícil e letárgico amadurecimento institucional e democrático.³⁹

38 - Em que pese, em termos mundiais, não se poder falar de forma simplista no cumprimento das dimensões de direitos fundamentais, até porque o termo direitos fundamentais é relativizável, num país, por exemplo, como Portugal em que primeiro observou-se a necessidade de se garantir os direitos de liberdade e os direitos sociais foram devidamente implementados e hoje o excesso de políticas públicas e a crise econômica generalizada faz com que se veja com mais cuidado a necessidade de limitação dos orçamentos públicos e, com mais razão, se entenda que a atividade judicial (contramajoritária) deva ser eminentemente de legislador negativo ou de garantidor tão somente de direitos de liberdade (o que, de modo geral, faz-se coro neste trabalho). Entretanto, em países tidos como periféricos até então, como o Brasil – em que inúmeros direitos básicos não conferidos ao cidadão pela renitência dos poderes representativos ou em positivá-los em regras claras na conformação do que já esteja constante no texto Constitucional ou de implementá-las_(Executivo) do que já esteja, tanto na CRFB quanto na legislação esparsa – a postura judicial – em certa medida excepcional, precisa sim sair da esfera meramente garantidora de liberdades públicas, no que se chamaria de 'ativismo judicial moderado', porque pontual, excepcional e não permanente. Lógico que com a consciência de não impor prestações malferidoras de uma 'reserva do possível', e também não descambando para a 'inovação na ordem jurídica', como se legislativo fosse.

39 - Para Boaventura de Souza SANTOS, a situação brasileira deve ser analisada ainda sob olhar mais crítico vez que as teorias justificadoras ou críticas da

2.1.3. CONTRA A LEGITIMIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DO ATIVISMO JUDICIAIS

2.1.3.1. A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA EM BICKEL

Por certo, BICKEL não foi o primeiro e nem o mais contundente autor a criticar o papel da Justiça Constitucional no ordenamento jurídico americano. Entretanto, seu ideário tornou-se célebre, principalmente pela utilização de algumas expressões de efeito como 'a dificuldade contramajoritária' e 'virtudes passivas' em seu livro que, traduzido, significa: 'O poder menos perigoso'.⁴⁰ Em sua teoria, contesta a legitimidade de decisões da Corte Suprema nos idos de 1960, tendo a jurisdição constitucional como instituição desviada do sistema democrático, porque esta instituição não teria a alegórica 'terra debaixo dos pés', já que não pressupõe o princípio majoritário para a escolha de seus membros.

Para tanto, parte de algumas premissas como atuação que irresponsabiliza a maioria, numa comparação com o modelo britânico em que não havia controle de constitucionalidade das leis (pelo menos não até 2008 – havendo recente alteração em sua declaração de direitos), sendo que tal consideração, faz com que governados tenham que se preocupar mais com quem

legitimidade da Justiça Constitucional geralmente têm como pano de fundo a realidade histórica de países de cultura cívica amadurecida e em que as dimensões de direitos fundamentais foram, em geral, efetivadas em cumprimento às suas respectivas cartas constitucionais. Aqui, em sua perspectiva, poderíamos chamar de 'democracia de baixa intensidade', já que 'facilmente colonizada por poderosos grupos de interesses que se infiltram na vida política e contribuem para a perpetuação de nosso histórico de clientelismo, de administração patrimonialista e para a disseminação de um sentimento da naturalização irreversível da corrupção, gerando descrença e apatia cívica.' SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma democracia de alta intensidade: renovar a teoria crítica e renovar a emancipação social*. São Paulo: Bontempo, 2007. p.83-127.

40 - Tradução livre de *The least dangerous branch*.

elegem para o Parlamento. Assim, considera que o *Judicial Review* pode prejudicar a 'qualidade' desta maioria, criando uma situação de apatia cívica, posto não haver 'rede de proteção' por trás e os juízes, por não serem eleitos, não obrigarem-se a prestar contas⁴¹ à sociedade.

Por outro ângulo, suas críticas acirram-se quanto à questão propriamente do papel de 'contrapoder' do Judiciário em relação aos órgãos representativos que agem segundo uma lógica democrática de atuação com base no princípio majoritário. Assim, para o autor americano, mesmo arrogando-se de uma suposta defesa de minorias ou de direitos fundamentais, pela 'limitada força institucional' por parte dos Tribunais, há uma dificuldade em se compatibilizar uma atuação que invalide leis razoáveis votadas validamente com a própria lógica do sistema democrático.⁴² Haveria, neste ponto, uma 'verdadeira distorção da vontade da maioria' em um dado momento.

Para BICKEL, a Jurisdição Constitucional seria interessante para se garantir as 'precondições' da democracia. Ao fazer o diagnóstico de sua 'dificuldade contramajoritária' atuando na contramão da lógica democrática pelo princípio majoritário, pela falta de força institucional deste Poder e possibilidade de irresponsabilizar os eleitores, ao propugnar que os juízes não podem substituir-se aos representantes legítimos do povo, tece aconselhamentos que chama de 'virtudes passivas'. A este aspecto, refere-se a uma necessidade de os juízes terem consciência de seus limites, deferência para com os órgãos representativos, sobretudo em questões de 'política' e uma prudência da 'não decisão'. Ou seja, deveriam os juízes, em muitos casos, se abster de decidir – prestigiando os fóruns majoritários ou falar

41 - *Accountability*.

42 - 'Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou uma ação do Governo, ela distorce a verdadeira vontade dos representantes do povo naquele momento; ela exerce controle, não em favor daquela maioria, mas contra ela. Por isso se afirma que o controle judicial é antidemocrático.' BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch...*p.16/17.

o mínimo possível, sem adentrar em méritos de questões complexas e/ou de política que pressuporiam uma atuação representativa, numa vertente que depois foi desenvolvida como 'minimalismo judicial',⁴³ tendo Carl SUSTEIN como um de seus expoentes.

Dada a delimitação deste trabalho, ao cabo importa apenas fazer uma consideração singela e alegórica de que os aconselhamentos de 'virtudes passivas' de BICKEL estão para os Tribunais (na vertente da jurisdição constitucional), assim como Maquiavel aconselharia *O Príncipe*. Enquanto este autor clássico utiliza-se de um conceito que chama de 'virtú'⁴⁴ para descrever as qualidades ou méritos da 'instituição' (Príncipe/governos) para conquistar e se manter no poder, em BICKEL transpomos para uma 'legitimação' ou justificação da atividade 'contramajoritária' da Justiça Constitucional. Tais virtudes, por assim dizer, permitiriam ao Judiciário 'convencer' ao invés de 'impor' e se prevenir em relação a possíveis reações por parte dos demais poderes, na conformação também de sua legitimidade.

2.1.3.2. OUTROS BREVES ARGUMENTOS CONTRA UMA SUPREMACIA JUDICIAL

Fora da concepção de BICKEL, há ainda outras considerações contrárias a uma supremacia judicial que podem ser

43 - 'SUSTEIN publicou em 1999 um influente livro no qual advoga que quando juízes estivessem julgando, deveriam adotar a estratégia de não dizer mais do que o necessário para justificar a decisão, deixando não decididas questões não essenciais(...) O minimalismo iluminaria importantes idéias do direito constitucional envolvendo o uso construtivo do silêncio'. SUSTEIN, Cass. *One case at time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Cambridge: Havard University Press. 1999 *apud* SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia*. FELLETT, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Editora Jus Podivm, Salvador-BA, 2011. p-313-357. p. 337.

44 - MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Trad.de Antônio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L & PM Pocket, 2007. p. 24-25.

feitas de maneira sintética, considerando-se que o que se quer evitar é justamente a hegemonia de qualquer poder no ambiente brasileiro e o risco mais premente é justamente o que envolve uma 'juristocracia'. Ante os fenômenos de 'judicialização da política', 'constitucionalização abrangente', 'ativismo', 'crise de representatividade dos poderes majoritários', tais argumentos viriam em reforço de uma esteira preconizada para se desenhar um modelo desejável de diálogo institucional, compatível com nossa realidade nacional.

Na realidade, vários são os argumentos que tentam contrapor as idéias substantivistas como as de DWORKIN ou de demais adeptos de uma legitimação da Justiça Constitucional ou do próprio ativismo. Várias delas enveredam justamente na questão de fundo, ao tentar deslegitimar a atuação de magistrados quando os temas envolverem 'espírito público' ou 'desacordos morais', dada a limitada força institucional deste Poder 'contramajoritário'. Para tais correntes, a atuação dos Poderes representativos seria uma decorrência inerente à própria democracia, que responderia melhor aos influxos do princípio majoritário, expediente apto a promover a igualdade – por considerar o mesmo peso para o voto⁴⁵ de cada um dos cidadãos.

Sobre este aspecto, as críticas espraiam-se até mesmo levando-se em conta considerações simplistas como: refutando questões de princípio ou de justificações por fundamentação, se a Justiça Constitucional vai contra uma regra da maioria – em que se resolvem questões morais por 'contagem por cabeça', no limite, as decisões pelas Cortes apenas transfeririam esta responsabilidade para a decisão de 'outra maioria', contada pelo

45 - Para WALDRON, a eventual existência de resposta certa para os dilemas morais é irrelevante para os fins de pensar em instituições, uma vez que o desacordo moral em sociedades pluralistas resiste aos melhores argumentos. Do desacordo inexorável, resta apenas adotar um procedimento que dê a cada indivíduo o mesmo valor. MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutoramento em Ciência Política – Universidade de São Paulo – USP: São Paulo, 2008.

voto limitado pelas 'cabeças' de alguns juízes componentes dos Tribunais.

Em tal polaridade pode-se elencar os argumentos de Jeremy WALDRON,⁴⁶ um dos mais sagazes críticos do ativismo judicial e da judicialização.⁴⁷ Não desconsidera a necessidade excepcional de atuação da Justiça Constitucional em alguns casos. Entretanto, seus argumentos mais sofisticados vão além, referindo-se à necessidade de os 'desacordos morais' sobre os 'casos difíceis' terem que ser resolvidos de forma mais democrática para permitir que o cidadão continue interessado em manter um espírito público de fiscalização e participação dos destinos do governo. Na espécie, questiona o próprio modelo rígido e interveniente de controle de constitucionalidade utilizado nos Estados Unidos, a validar uma teoria da 'última palavra' – como se a Constituição 'fosse apenas o que a Suprema Corte diz ser'.⁴⁸

Outras teses⁴⁹ que são sistematicamente lançadas contra uma revisão judicial passam, por exemplo, pelas seguintes considerações: i) a revisão das Cortes não poderia nem mesmo ser enxergada em uma visão procedimentalista, vez que, para se garantir as 'pré-condições' democráticas, o agente a enfeixar este poder deveria ser um ente 'externo' à política e, no limite,

46 - WALDRON constatou que 'a teoria do direito nos habituou a comparar uma figura idealizada do juiz (Hércules) com uma figura desprezível e cínica do legislador, de onde previsivelmente, nasceu a tradição de celebração da revisão judicial. WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation...*p.1-2. - Causou uma miopia cognitiva. Neste sentido, conforme HUBNER MENDES, talvez erro de Waldron talvez seja o de inverter as críticas em favor do legislador). - o que não é compatível com uma teoria dialógica.

47 - Cfr. WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. The Yale Law Journal 115 (6), 2006, p. 1637.

48 - Jargão adaptado a partir da decisão célebre *Marbury v. Madison* por Marshall, 1803 e que gerou interpretações e influências nos países que adotaram controle 'forte' de constitucionalidade.

49 - Advirta-se que o propósito deste tópico é apenas de traçar algumas considerações gerais sobre críticas a uma hegemonia judicial, haja vista que a limitação do presente trabalho não comporta uma análise detida de cada argumento.

se em seu meio resolvem-se hoje questões 'de política', não haveria a esperada isenção; ii) a Justiça Constitucional, assim como os Parlamentos e Executivo, também está sujeita a erros e uma argumentação fundamentada, por si só, pode ser confundida com retórica ou populismo e não necessariamente aptas a justificar escolhas morais; iii) fazer uma defesa das minorias deve sempre levar por base a necessidade de apenas garantir-lhes uma possibilidade de igual acesso à política, já que a opção majoritária também deve ser sempre levada em conta, mormente em casos difíceis; iv) ao cabo, não se pode descurar que a revisão judicial é um mecanismo de reforço da democracia e muitas vezes até recomendável e necessária.⁵⁰ Contudo, desta idéia não pode decorrer uma convalidação ou legitimação de práticas ativistas judiciais como conduta rotineira e entendidas como 'encarnação' naturais de uma separação de poderes que se pretende dinâmica.

Assim, a despeito de, por vezes, se admitir 'última palavra' a alguns dos poderes para se estabilizar relações e também

50 - Para ACKERMAN, na esteira do que relata SARMENTO, há que se fazer uma diferenciação quanto à maiorias circunstanciais e maiorias 'permanentes'. "Uma teoria da democracia dualista, sustenta que as decisões adotadas pelo próprio povo, em situações de grande mobilização cívica, devem ser protegidas do alcance da vontade dos representantes do povo, formada em momentos em que a cidadania não esteja intensamente envolvida". Esta teoria distingue a política extraordinária, correspondente àqueles 'momentos constitucionais', da política ordinária, que se realiza através das deliberações do dia-a-dia dos órgãos representativos. Para a perspectiva ackermaniana, a política extraordinária – que não exige, necessariamente, formalização procedimental através de assembléia constituinte ou de emenda constitucional – se situa em patamar superior à política ordinária, e pode legitimamente impor limites a esta. Cf. ACKERMAN, Bruce. *We the people: Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 03-33. Em outra passagem, este conceito é relativizado na medida em que se deve entender que o fluxo democrático precisa ser contínuo e renovável a cada momento histórico. Assim, importante destacar que manifestação periódica da 'voz do povo' – como fala em uma 'gramática de legitimação' – não deve ser visto apenas no 'momento fundador' – em outra passagem ele 'procedimentaliza" as formas de manifestações da vontade soberana do Povo. Ackerman fala do princípio da soberania popular enquanto 'motor da história constitucional'. Cfr. COUTINHO, Luis Pedro Pereira. *Autoridade Moral ...p. 386*.

dada a impraticabilidade de uma decisão consensual e conjunta em todas as situações, não se pode considerar que a interpretação da Constituição seja incumbida apenas a um único 'guardião' e que este seja sempre o mais habilitado efetivar todas as promessas constitucionais.⁵¹

2.1.3.4. INCONVENIÊNCIA DA 'ÚLTIMA PALAVRA'

Desde os primórdios do constitucionalismo Jefferson já advertia "a Constituição não poderia possuir intérprete mais autorizado que outro."⁵² Em regimes constitucionais democráticos se pressupõe que, na existência de uma distribuição equânime de funções estatais para se garantir uma harmonia e independência, também não se poderia falar, de forma categórica, em poder da 'última palavra', já que isto configuraria uma distorção do sistema e até mesmo uma suposta hierarquização entre os Poderes. Como já referido, não haveria como se criar um desenho institucional em que, para todos os casos e durante todo o tempo se consiga consensos em visão harmoniosa para decisões de cunho complexo. De mais a mais, não se pode presumir que o diálogo não tenha que conceber dentro de si certa parcela de luta institucional, idas e vindas, naturais em qualquer democracia. Entretanto, também não se deve partir de uma noção já preconcebida de que exista um caminho unidirecional a ser percorrido (como se infere de práticas que tentem autolegitimar um poder 'supremo' das Cortes), desqualificando as opções da política majoritária e, por isto mesmo, perdendo-se a oportunidade de se praticar um 'colóquio contínuo,'⁵³ até

51 - Cfr. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro:Renavan, 1999.

52 - Cfr. FRIEDMAN, Brian. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped de meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p.06.

53 - "The Court interacts with others institutions, with whom it is engaged in endlessly renewed education conversation...And it is conversation, not a monologue." BICKEL, Alexander. *The Morality of Consent*. Yale University Press,

porque não há regras de separação estanques entre as instituições e, ao revés, tomar este caminho solipsista implica em criar-se um ambiente de apatia cívica nos cidadãos – conforme já advertia BICKEL.

À propósito, se calhar, como tenta-se justificar apenas práticas judiciais ativistas que sejam moderadas e em um ambiente em que a judicialização e interfeirência das Cortes só demonstra crescimento, descabe detalhar, pormenorizadamente, eventuais necessidades de coarctar-se a última palavra na interpretação constitucional, por exemplo, por parte do Executivo.⁵⁴ Sob este viés, em *A nova separação de poderes* de ACKERMAN esquadrinha-se o sistema democrático americano e os riscos de uma hegemonia presidencial, podendo tal ideário ser transposto para nosso propósito, até mesmo considerando que o autor também é defensor de opções por 'diálogos constitucionais'.

Por outro prisma, o recurso pela última palavra nas questões de foro constitucional fomenta uma competição, a meu sentir, lesiva ao próprio sistema democrático. De consequência, exemplo mais categórico a explanar esta disputa pode ser o citado pela doutrina em geral como o do célebre caso decidido na Suprema Corte americana conhecido como *Brow v. Board Education* em 1954 que limitou (por sentença) a segregação racial nas escolas públicas do sul daquele país. Na prática, como o contexto popular era de extremo preconceito, tal decisão de caráter 'antimajoritário' só foi cumprida cerca de dez anos após, sendo que, além da crise institucional travada, uma luta para fazer valer a autoridade da Corte naquele momento poderia descredibilizá-la de todo.

No Brasil pós Constituição de 1988, o debate toma ainda outra dimensão na medida em que o art. 102 da referida norma

1975. p. 111.

54 - Como já referenciado, pelo limite deste trabalho as considerações giram em torno das práticas judiciais em contraposição sobretudo com o Poder Legislativo.

diz, textualmente, que compete ao STF a 'guarda precípua' da Constituição. Numa análise mais detida, os discursos por vezes retóricos que não enxerguem a necessidade de instâncias equilibradas, à primeira vista, sugerem uma primazia do Judiciário quando comparada a defesa da Constituição em relação aos demais poderes. Entretanto, outra leitura pode-se antever ao se propugnar que, dentre todas as funções atribuíveis ao STF, tem precedência a de 'guarda' do texto constitucional.

Como é cediço, não há que se pressupor que a revisão judicial seja a 'panacéia para salvar a democracia dos perigos da política', numa visão maniqueísta entre 'mocinhos e bandidos', em que o Judiciário esteja sempre pronto a corrigir distorções do sistema e as decisões do Parlamento tenham que ser vistas sempre com desconfiança, até porque a política é condição *sine qua non* da democracia. Entretanto, ante mesmo as peculiaridades do desenho institucional brasileiro, em que não se pode descurar que nossa democracia ainda está em estágio de amadurecimento (daí também não se poder apenas idealizar também uma representatividade majoritária), caberia ao próprio Judiciário, consciente de seu papel e de seus limites, atuar de forma prudente e mostrar-se, na medida do possível, deferente com as escolhas razoáveis dos demais poderes e intransigente com políticas ou práticas que comprometam a estabilidade do sistema constitucional.

Daí que, em que pesem as decisões do Judiciário poderem ter caráter definitivo quando da vinculação das partes no processo, não se descarta a possibilidade de sempre poder ser editada nova lei ou mesmo emenda constitucional pelo Parlamento (dentro do permissivo constitucional que não comprometa cláusulas pétreas), gerando custos políticos e inconveniências quando tais 'rodadas procedimentais' não decorram necessariamente de um diálogo entre as Instituições democráticas.

2.2. REVISÃO JUDICIAL DIALÓGICA OU DEMOCRACIA DE CONSENSO: CONTRIBUTOS

Quando a Constituição e uma lei infraconstitucional chocam-se, quem é a instituição mais autorizada para dirimir este conflito? Se os Parlamentos fossem 'os juízes' da constitucionalidade de suas próprias leis haveria o risco iminente de não atuarem com a isenção suficiente para anular aquilo que prejudique significativamente o interesse de minorias legítimas ou mesmo de sucumbirem a interesses de grupos de pressão.⁵⁵ De outro turno, se o Judiciário representar um 'oráculo' a interpretar com fidedignidade todo o 'espírito constitucional' ou portar-se como figura lendária habilitada o suficiente para corrigir todas as mazelas ou distorções da política, poderia-se, como já aventado, pela falta de mecanismos de responsabilização eleitoral, criar uma cultura de dependência paternalista e apatia cívica que, fatalmente, lesaria toda a estrutura democrática. Em resposta a estas colocações, sobrevem a própria lógica das teorias dialógicas que, para usar de uma expressão popular, não poderia se pender: 'nem tanto ao sol, nem tanto ao vento'.

Como já discutido, a existência de um controle judicial (a despeito das críticas sobre a dificuldade contramajoritária) não é incompatível com a democracia, na medida em que se vislumbra que os poderes possam dialogar entre si, sem uma idéia prefixada de que separação de poderes signifique apenas con-

55 - Veja-se que no Brasil este risco é ainda mais presente na medida em que o 'déficit de representatividade parlamentar' frequentemente coopta a classe política que cede a interesses sociais e econômicos em meio a uma cultura patrimonialista, tradição histórica de corrupção endêmica que faz com que se perpetuem estruturas de poder – preocupadas com a manutenção de práticas clientelistas que financiam campanhas de reeleição, sob um discurso disfarçado de arranjo para melhor se atender um 'interesse público'. Daí, por mais que seja recomendável a não desagregação de uma cidadania cívica que precise apreender com seus erros, a tão só outorga as escolhas parlamentares sobre 'desacordos morais' não pode ser vista também como 'cheque em branco' para se conduzir a política em detrimento de uma interpretação plural e honesta dos comandos constitucionais.

tenção recíproca – como propunha a teoria clássica.

Os modelos dialógicos tratam de construções teóricas de melhor acomodação das interpretações constitucionais ou opções recentes de reengenharia dos desenhos institucionais que por ventura estivessem causando distorções no sistema ou desarmonia entre os poderes. Para se utilizar de uma analogia bastante simplista, era como se em alguns países como os Estados Unidos, em que o arranjo constitucional não foi alterado nestes mais de dois séculos desde 1787 o diálogo representasse uma espécie de 'mutação constitucional'. Assim, porque tratariam de 'processos informais' de releitura da Constituição, enquanto outros países promoveriam alteração por 'emenda', alterando, a própria estrutura formal de suas Constituições para comportar este diálogo.⁵⁶

Segundo Jorge SOUZA, poderia se falar de um núcleo comum de características que agrupariam as várias teorias de modelos dialógicos, sendo, dentre outras:

- i) recusa a visão juriscêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual deve ser exercida legitimamente também por outros poderes; ii) rejeição à existência de uma última palavra, ou, pelo menos, de que a corte a detenha por meio da revisão judicial – nos casos abstratos; iii) provê mecanismos institucionais para que as pessoas e instituições respondam às decisões dos tribunais com as quais não concordam por outros meios que não apenas a emenda constitucional ou recomposição da corte; iv) prevêm alguma forma de controle político da possível violação de direitos (não se confundindo com a revisão judicial); v) autoriza o controle de constitucionalidade, com a opção do

56 - Ressalte-se que países do *Commonwealth* como o Canadá, Nova Zelândia e o Reino Unido adotaram verdadeiras novas Declarações de Direitos – de estatura constitucional em que direitos tidos como fundamentais foram positivados.

desacordo político; vi) nutre a expectativa de que por meio de alguns incentivos institucionais os parlamentos possam levar a sério os direitos⁵⁷.

Em que pese cada modelo comportar suas peculiaridades, este mínimo exigível é encontrado de uma forma ou de outra, por exemplo, em recentes Declarações de Direitos de países representantes do *Commonwealth* e os 'diálogos contínuos' são enfeixados por: posturas de deferência de certas Cortes para com os órgãos ditos representativos conforme, por exemplo, teorias minimalistas de SUSTEIN⁵⁸ ou a prudência da 'não decisão judicial' já propugnada por BICKEL, permitindo até mesmo que aumente a demanda por debate e responsabilização nas instâncias majoritárias; além dos processos interativos em que Tribunais dêem até mesmo 'conselhos'⁵⁹ (*advice-giving theories*) encaminhando mensagens indutivas aos demais Poderes.

Como intuitivo, países com controle judicial 'forte' têm

57 - Apesar de não haver consenso sobre os resultados destes modelos, 'o interessante é perceber que a disseminação da metáfora do diálogo traz para o bojo da discussão uma imagem fecunda na política que conclama à igualdade, à horizontalidade e ao respeito mútuo entre os agentes envolvidos na tomada de decisões coletivas' SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional...* p.322.

58 - SUSTEIN, inclusive, adota a tese de que os juízes, quando julgando, não deveriam dizer mais que o necessário para justificar a decisão – com um uso construtivo do silêncio ('silêncio eloquente'). SUSTEIN, Cass. *One case at time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. Entretanto, ainda mais no Brasil há que se sopesar devidamente esta postura, já que há a necessidade de observação da regra do art. 93 IX da CFRB de uma fundamentação suficiente, inclusive para se conformar a legitimidade judicial, aptas a permitir o controle da decisão ou espancar dúvidas e vaguesas próprias dos textos legislativos abertos próprios deste contexto neoconstitucionalista ou pós positivista que carecem de concretização e ponderação por parte dos juízes.

59 - A título de nota – há teorias que fomentam um processo interativo no interior das decisões judiciais – sendo elas: teoria do aconselhamento judicial – *judicial advice-giving* - que encorajaria juízes ativistas a dizer aos demais poderes como interpretar a Constituição. E teoria do respeito às regras procedimentais – *process centered rules* – juiz como controlador do procedimento majoritário – atingindo os resultados políticos positivos e não os juízes como responsáveis por impor aos ramos representativos sua visão substantiva particular.

dificuldade maior de estabelecer um diálogo institucionalizado (apesar de viável), como é o exemplo do Brasil, Estados Unidos (controle difuso) e Alemanha (controle abstrato e concentrado), sendo que, em países de controle judicial 'fraco' como Nova Zelândia, Canadá e Reino Unido, o diálogo é visto já com maior naturalidade como dão conta os relatos de Mark TUSHNET.⁶⁰ A despeito destas considerações até aqui terem ficado em plano extremamente abstrato, antes de se discutir a dialogicidade específica do contexto brasileiro, apresentar-se-á o exemplo canadense, já que amplamente referido pela doutrina como o mais categórico e por suas peculiaridades.⁶¹

2.2.1. O EXEMPLO DIALÓGICO DA DEMOCRACIA CANADENSE

O Canadá, país componente do Reino Unido, de tradição do *Commonwealth* com aspectos próprios do *Civil Law* (pela colonização mista inglesa e francesa) representa uma sociedade multiétnica⁶² que tem hoje um desenho institucional todo pe-

60 - A respeito dos sistemas de controle forte e controle fraco de revisão judicial a comportar mais ou menos dialogicidade Cfr. TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

61 - A escolha do modelo canadense, mesmo que apresentada de forma singela pela limitação de espaço do trabalho também levou em consideração a oportunidade de ter-se verificado *in loco* a opinião de professores de Universidades de Otawa, Mc Guill e Montreal e juizes e *Chiefs Justices* das Cortes de *Apeal* de Ontário e Quebec e demais Tribunais do Canadá sobre os resultados positivos do modelo dialógico canadense – sobretudo com base em sua Declaração de Direitos de 1982 (Constituição Revisada) e Seção 33. Assim, conforme participação deste acadêmico na delegação oficial do 1º Congresso Internacional Brasil & Canadá promovido pela AMB – Associação Nacional dos Magistrados brasileiros em 2009. Cfr. também www.amb.com.br/ Congresso Internacional Brasil/Canadá.

62 - Os canadenses por terem incorporado a necessidade de incentivo à colonização de suas terras dado o frio e abrangência, comportam hoje uma das maiores comunidades estrangeiras do mundo, com políticas inclusivas e de respeito sincero pelas diferenças étnicas, o que influencia sobremaneira na forma de condução da política, forma dos julgamentos judiciais e também intercomunicação entre poderes e sociedade civil – facilitando o desenho cooperativo a ser exposto.

cular na conformação de seus poderes. Trata-se de uma monarquia constitucional que tem o parlamento como fundamento para a ampla maioria de suas decisões. Rege-se por uma Constituição escrita datada de 1867 e revisada por uma Carta de Direitos e Liberdades de 1982, reflexo desta pluralidade por meio de diálogos institucionais ou 'democracia de consenso' – que se caracteriza também por um sistema de controle judicial 'fraco'⁶³ escolhido de forma consciente e deliberada.

Traz-se aqui à colação, as lições de TUSHNET sobre as peculiaridades básicas do sistema canadense em que, segundo, o autor a Carta de Direitos só pode ser alterada por emenda constitucional com requisitos qualificados para se operar tal mudança. O Judiciário, de outro lado, pode invalidar leis que não se coadunem a referida norma, a exemplo da não observância de direitos fundamentais das tão decantadas minorias étnicas canadenses.⁶⁴

O Canadá, seguindo uma tendência de aproximação com um modelo de controle forte americano, temendo os riscos do ativismo ali praticado, instituiu algumas medidas 'profiláticas' de uma possível distorção em seu sistema democrático. Segundo SOUZA os "Tribunais poderiam invalidar leis que infringissem direitos de minorias não compatíveis com a carta, mas o Parlamento poderia impor limites justificados aos direitos ou superá-los por período de tempo limitado"⁶⁵.

Entretanto, é de conhecimento geral que a técnica institucionalizada mais característica deste sistema dialógico é a que trata da cláusula 'não obstante', constante da seção 33 da Declaração. Em resumo, os Tribunais podem invalidar leis votadas

63 - A doutrina americana costuma denominar de '*weak forms of judicial review*'.

64 - Exemplos sintomáticos deste tipo de consideração são as discussões canadenses envolvendo direitos de minorias como as "comunidades autoctones". Cfr. www.amb.com.br / Congresso Internacional Brasil/Canadá.

65 - Tal técnica é denominada de '*override*'. SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo Institucional: em algum lugar* .. p. 327. Apud ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. p. 55.

pelo parlamento que sejam incompatíveis com a Carta. Agora, 'não obstante' esta invalidação o Parlamento canadense pode ultrapassar o entendimento judicial e continuar aplicando a lei 'invalidada' por cinco anos – podendo ser ainda renovável. Conforme se pode inferir da descrição de SOUZA, não haveria que se objetar de uma suposta 'inocuidade' das atribuições dos Tribunais. Tal atuação seria imprescindível para criar uma cultura permanente de maior responsabilidade por parte das eslohas dos órgãos representativos. Segundo relatos dos canadenses, a experiência têm demonstrado que somente de forma extremamente excepcional essa cláusula é invocada – sobretudo pelo risco de previsíveis desgastes políticos. Os Tribunais, nesta senda, já que não detêm 'palavra final' sobre as questões constitucionais, se comprometem com uma análise mais cuidadosa e justificada antes de invalidar qualquer lei advinda do processo majoritário. E, de consequência, o Parlamento somente ultrapassaria as invalidações excepcionais quando categoricamente necessária para manutenção dos compromissos propostos na Carta de Direitos.

Em outra medida, ainda segundo os ensinamentos de SOUZA a Carta canadense ainda traz outra exemplificação de conteúdo tipicamente dialógico, qual seja a 'cláusula geral de limitação de direitos', restringindo estes apenas em medidas razoáveis e com uma imposição de demonstração justificada quanto a estas medidas.⁶⁶ Assim, afastam-se práticas indesejadas de ativismos judiciais que não sejam moderados, por meio de uma limitação decorrente, primeiramente de reserva legal, depois forçando o Parlamento e/ou Governo a promover amplo debate na comunidade para demonstrar a 'necessidade da medida limitativa' e que, sem tal cuidado, poderia comprometer patentemente a harmonia entre os poderes.

De tudo, fica claro que, no mínimo, o modelo canadense

66 - SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo Institucional: em algum lugar ...* p.328

tem o condão de: i) contemporizar a ascensão judicialista que se opera mundialmente; ii) fomentar o debate público no seio da sociedade e gerar maior responsabilização por parte de todos os poderes; iii) e, ao cabo, estimular que a Constituição, com as atualizações da Carta de Direitos, receba uma leitura pluralista das instituições comprometidas com valores públicos, promovendo a igualdade intentada por um diálogo permanente, que tenha como pano de fundo sobretudo a preservação da democracia.

CAPÍTULO III - O MODELO DIALÓGICO SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

3.1. ATUAL DESENHO INSTITUCIONAL NA ESTRUTURA DE FUNÇÕES ESTATAIS BRASILEIRAS

Pelo que já foi discorrido, parte-se aqui da premissa de que a teoria da separação de poderes está em xeque e precisa ser relida, sobretudo no Brasil. Em relação a tal teoria, apesar de decorrer de positivação desde a Constituição brasileira de 1824, a simples alocação formal de seu princípio básico, por si só, não impediu que houvesse a configuração de instâncias hegemônicas de forma a prejudicar a qualidade da democracia em nosso país.

Desta idéia central, dessume-se que para uma remodelação substantiva apta a dar dinamicidade ao referido conceito, necessita-se, primeiro, contextualizar a estrutura brasileira neste ambiente para, só então, poder se responder às questões que se seguem nos tópicos subsequentes. Assim, sobreleva referir-se e repetir-se que o ordenamento jurídico brasileiro preceitua formalmente a separação de poderes, conforme já sugerido pela citação do art. 2º da CRFB, com suas funções tripartidas entre Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. Tal divisão se dá no contexto de um sistema federativo e democrático de direito,

além da contribuição de órgãos ou instituições fora desta configuração básica, que não se podem descartar, como diria ACKERMAN ao referir-se ao sistema democrático americano, a exemplo das agências independentes. Daí, também participam das escolhas 'políticas' e/ou contribuem para a leitura da Constituição brasileira de forma direta ou indireta, o Ministério Público, a mídia, Tribunais de Contas (estes vinculados de certa forma ao Poder Legislativo – art. 70 da CRFB), e a própria sociedade civil.

A outro turno, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro é do tipo 'forte', mesclando o controle difuso (de inspiração americana) e que é espraiado por todos os órgãos do Poder Judiciário – ressalvadas as regras de competência com um controle concentrado (de matriz austríaca/germânica). Como se sabe, mas tratando-se de fato de citação imprescindível no contexto deste trabalho, não há no Brasil a existência de um verdadeiro Tribunal Constitucional em separado dos demais poderes da República, o que resulta na atribuição do Supremo Tribunal Federal em interpretar a Constituição somente nos casos aventados em seu texto e ainda mediante provocação em processo. Apesar desta referência, demais órgãos também são autorizados pela Constituição a interpretá-la e obrigados a cumprí-la, sendo que há positivação expressa de limites intransponíveis (cláusulas pétreas) e também de atribuições de funções atípicas e também de controle recíprocos como: poder de iniciativa de leis para o Executivo e Judiciário; possibilidade de edição de Medidas Provisórias (art.62 da CRFB) e Leis Delegadas (art.68 da CRFB) por parte do Executivo; possibilidade de Edição de Súmulas Vinculantes pelo Poder Judiciário (art.103-A da CFRB) que, entretanto, não vinculam o Parlamento; possibilidade de votação de Emenda Constitucional por parte do Legislativo a despeito de decisão do STF invalidando determinada lei sobre a matéria, sem descurar que também a Emenda pode sofrer novo controle de constitucionalidade pré-

vio.

Sem descambar para o detalhamento exauriente de todas as possibilidades de imbricação interpoderes no desenho institucional brasileiro, ressalta-se apenas quanto à ressalva de um contexto mínimo que tem se observado para o fim de se testar a hipótese de diálogo institucional sob uma teoria da separação dinâmica neste ambiente. Assim, deixa-se claro que: i) hoje o país passa por um processo de amadurecimento de suas instituições democráticas; ii) tem uma Constituição analítica, compromissória e baseada em uma sociedade extremamente heterogênea e complexa; há patente crise de legitimidade das instâncias majoritárias; iii) percebe-se um fenômeno crescente de judicialização da vida e da política pós CRFB de 1988, decorrente em parte da própria configuração da Constituição, patente incentivo de acesso à Justiça, além da atuação de órgãos como Defensorias Públicas e Ministério Público. Tudo isto tem gerado, conseqüentemente, também a 'constitucionalização' dos demais ramos do direito e de temas antes tidos como 'afetos apenas à política', tendência à adoção de posturas ativistas moderadas e agressivas por parte do Poder Judiciário, descambando para acusações de interpenetrações indevidas de poderes em esferas de competências alheias, a exemplo da proliferação de Emendas à Constituição dando ensejo a uma banalização de seu conteúdo e espírito, além das sucessivas Medidas Provisórias editadas pelo Executivo, muitas vezes com truncamento de pauta do Congresso e com recursos para o Judiciário para controlar sua pertinência, sob a alegação de falta dos requisitos constitucionais da 'necessidade' e 'urgência' (art.62 da CRFB); além da falta de um diálogo realmente institucionalizado no seio da Constituição.

3.2. NA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO AS INSTITUIÇÕES BRASILEIRAS CONVERSAM ENTRE SI ?

Responder a esta questão significa dar vazão a duas hipóteses: caracterizar que tipo de desenho institucional foi adotado no Brasil e se esse comporta dialogicidade e, em outro prisma, aferir se, na prática, as instituições brasileiras estão realmente dialogando ou apenas competindo por uma 'última palavra' na interpretação constitucional.

A primeira vertente pode ser respondida com uma afirmação de que o desenho brasileiro comporta hoje um sistema apenas 'moderadamente dialógico'. Os exemplos já sugeridos no tópico precedente denotam que há já um arranjo formalizado que permite certa interatividade interpoderes em vários casos como prenunciado. Veja-se o instituto do mandado de injunção – em que, na perspectiva de se 'curar' uma 'síndrome de inefetividade das normas constitucionais' – a decisão do Judiciário admitindo a pretensão tem o condão apenas comunicar o 'Parlamento' brasileiro quanto a sua mora legislativa gerando provocação positiva para que haja reação e cumprimento, entretanto, sem a utilização de instrumentos coercitivos. De outra vertente, para outra parte da doutrina poderia mesmo determinar-se a efetivação do direito pretendido, entretanto, somente para as partes individualizadas no processo.⁶⁷

A moderação sugerida, também decorre do fato de que, a despeito da possibilidade de alguma interação, nosso sistema judicial de controle de constitucionalidade é caracterizado como 'forte'. Em que pesem as decisões brasileiras não chegarem

67 - A doutrina refere-se a esta possibilidade quanto ao 'remédio constitucional do mandado de injunção' em que mais que meramente comunicar a inércia ao Legislativo (o que era chamado pelo Ministro do STF Sepúlveda Pertence como 'sino sem badalo'), no caso de determinar-se um prazo para a edição da lei e este não for atendido, o Judiciário poderia conceder o direito pleiteado e que carece de uma norma legal regulamentadora, entretanto, apenas para as partes daquele caso concreto como posição 'concretista individual'. Tal contexto, demonstra que há mecanismos institucionalizados para que o Judiciário possa resolver, parcialmente, a letargia legislativa, em patente conversa entre instituições. Entretanto, como é cediço, o sistema não permite que a decisão judicial substitua a lei com caráter genérico e abstrato, com inovação no ordenamento jurídico, de competência prefixada do Legislativo.

ao ponto de, como regra, vincularem de forma irreversível até mesmo os legisladores, como é o caso do sistema norte-americano, admite-se, por outro lado, cláusulas pétreas que limitam a atuação do legislador e dão definitividade às decisões. Em adição, considerando que os modelos dialógicos inspiraram-se em práticas hermenêuticas e tentativa de dar vazão a mecanismos democratizantes, aptos a sobrevalorizar as vontades dos órgãos representativos (justamente por conta da ascendência das práticas ativistas), é de se relevar também que aqui não se configuram mecanismos institucionalizados de 'ultrapassagem legislativa' das decisões judiciais – como é o caso da cláusula do 'não obstante' da seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades canadense. Assim, repise-se, o desenho institucional brasileiro comporta hodiernamente dialogicidade e cooperação entre Instituições mas, de forma moderada, dado até mesmo aos limites formais existentes.

Quanto à segunda vertente, se na prática as Instituições estão conversando entre si, a resposta só pode ser dada de maneira casuística, vez que não se pode vislumbrar alinhamento nem para o concerto e nem para a uma competição ou desarranjo institucionais.

Questão emblemática, a denotar uma 'inoperância' fática do diálogo interpoderes no Brasil, refere-se á questão do subsídio dos membros do poder Judiciário,⁶⁸ mas que serve de parâmetro para o funcionalismo público brasileiro. A revisão anual dos subsídios é garantida pelo art. 37, X e a irredutibilidade dos subsídios pelos arts. 95, III e 128 § 5º, I, "c" todos da CRFB, sendo que o Projeto de lei 7749/10 (no Congresso Nacional) que fixa os subsídios mensais da magistratura atenta para a falta de recomposição salarial pelas perdas inflacionárias há sete anos. No caso, objeta-se que não há lei regulamentadora

68 - Mandado de injunção AMB- Associação Nacional dos, CONAMP – Conselho Nacional dos Membros Ministério Público, FRENTAS – Frente Associativa da Magistratura e do Ministério Público da União. Cfr. www.amb.com.br.

a dar concretude ao dispositivo constitucional e o Poder Judiciário fica a depender da boa vontade governamental para conseguir uma autonomia financeira e consequente independência realmente efetivas. A este aspecto, a Associação Nacional dos Magistrados em parceria com outras associações, adentrou com Mandado de Injunção perante o Supremo Tribunal Federal. Tal situação, além de configurar a falta de entendimento e comunicação adequada entre poderes da República neste ponto, já que ante as declarações públicas do Poder Executivo que o projeto 'não será votado' e nem mesmo é encaminhado o patamar reclamado para para o orçamento de 2013, o Congresso também fica à reboque, parализando as votações ao alvedrio da Presidência da República, já que o temor é de um significativo impacto orçamentário. Não obstante a preocupação de 'governabilidade' do Executivo e Legislativo, porquanto o mecanismo instituído ao subsídio foi 'amarrado' de forma a dificultar sua reformulação, até porque atribui 'efeito cascata' a inúmeros segmentos do funcionalismo público, a discussão ganha mais calor na medida em que, por vezes, os congressistas votam aumentos sucessivos de seus próprios vencimentos, além de votarem até décimo quarto e décimo quinto salários,⁶⁹ já que não estão presos ao padrão do subsídio. De mais a mais, com o aumento sensível das atribuições da magistratura, judicialização e cultura de demandização aparentes em que todo o tipo de questões são levadas ao Judiciário,⁷⁰ sobretudo após o fenôme-

69 - Tal situação traz à lume ainda questão das mais tormentosas se comparada à realidade europeia. Enquanto, por exemplo, por não existir em Portugal uma cláusula constitucional de 'irredutibilidade de subsídios' os orçamentos naquele país, face a crise, têm sido cortados chegando até a decotar os salários do funcionalismo e gerar críticas ferrenhas por exemplo ao prejuízo do 'princípio da confiança'. Enquanto lá a mobilização popular discute inclusive nos Tribunais tal questão que é de patente interesse público, no Brasil, acostumou-se a uma letargia popular que só agora, começa a despertar para o questionamento de seus direitos.

70 - Para ilustrar a questão basta referir que, para uma população de cerca de 180 milhões de cidadãos, o Brasil tem em trâmite cerca de 85 milhões de ações. Cfr. www.cnj.jus.br / justiça em números.

no observado pela constitucionalização abrangente de 1988 e processo de amadurecimento institucional, o orçamento do Judiciário continua no mesmo patamar de seis por cento de um total geral enquanto outros Poderes dividem todo o restante do bolo, sem que sequer seja discutida qualquer proposta de readequação, a questionar-se se há realmente independência e/ou harmonia entre os Poderes.

A este propósito, Fernando LIMONGI argumenta que o Brasil vive às voltas com uma espécie de 'presidencialismo de coalizão'⁷¹ – na medida em que a "sustentação parlamentar do Presidente não se forma apenas com base no eixo partidário-eleitoral, mas também regional" daí que o Congresso acaba tendo sua agenda controlada, sobretudo com a influência perniciosa de 'indicação' governamental dos presidentes das Casas do Parlamento, que acabam tendo o poder de escolher quais as matérias serão levadas à votação ou não.⁷² De outra parte, a análise de concerto ou cooperação entre poderes não pode passar ao largo das peculiaridades brasileiras que merecem atenção redobrada, haja vista, por exemplo, a possibilidade de 'cooptação' de líderes partidários em bancadas das Casas legislativas das três esferas de governo federativo para assumirem pastas no Executivo (Ministérios, Secretariados e agências). Isto, sem falar, propriamente, de práticas clientelistas e interferência direta de detentores de mandato eletivo em campanhas partidárias. Assim, insta fazer a devida diferenciação entre diálogos 'parciais' ou 'imparciais' em cada fórum de deliberação, evitando-se que se confunda realização de preferências pessoais com a concretização de um interesse verdadeiramente público.

71 - Tal assertiva, como já referido, pode ser comparada com a doutrina de ACKERMAN sobre o influências de presidencialismo exacerbado na realidade norte-americana. ACKERMAN, Bruce. *A nova separação de poderes*. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.93-97.

72 - LIMONGI, Fernando. *A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizção partidária e processo decisório*, In: Revista Novos Estudos, n.76, Nov./2006.p. 19.

A outro giro, demonstrando que, em havendo boa vontade, conseguem as instituições conversar é o exemplo de SOUZA tecendo comentários sobre relatório Ministro Celso de Melo do STF no MS 27931 MC/DF. Este se refere a uma leitura da Constituição por parte do Congresso Nacional, que conseguiu por retirar, em parte, uma influência negativa das Medidas Provisórias do Executivo que acabavam por trancar as pautas quando as referidas normas em trâmite não fossem apreciadas no prazo de quarenta e cinco dias de sua publicação, a teor do art. 62 § 6º, veja-se, *litteris*:

"Buscando recuperar o poder de controle da agenda legislativa, o Presidente da Câmara dos deputados deu ao § 6º do art. 62 da CRFB nova interpretação, por meio da qual 'entendeu que, sendo a medida provisória um instrumento que só pode dispor sobre temas atinentes a leis ordinárias, apenas os projetos de lei ordinária que tenham por objeto matéria passível de edição de medida provisória estariam por ela sobrestados'. Desta forma, considerou 'não estarem sujeitos às regras de sobrestamento, além das propostas de emenda á Constituição, dos projetos de lei complementar, dos decretos legislativos e das resoluções, as matérias elencadas no inciso I do art. 62 da Constituição Federal, as quais tampouco podem ser objeto de medidas provisórias.' Por fim, entendeu ainda 'que as medidas provisórias continuarão sobrestando as sessões deliberativas ordinárias da Câmara dos Deputados, mas não trancarão a pauta das sessões extraordinárias'(STF, MS 27931 MC/DF, Rel. Min. Celso de Melo, Informativo de Jurisprudência do STF nº 540.)⁷³

73 - SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo Institucional: em algum lugar...* p.349.

Depois, o autor anota que a questão, quando levada ao STF, resultou na decisão de 'controle judicial fraco' ao 'convalidar' a leitura da Constituição feita pelo Congresso. Por assim dizer, conclui-se que o Judiciário atuou de maneira dialógica, imparcial, em postura de auto-contenção, permitindo-se devolver o poder da agenda ao Parlamento nacional e, sobretudo, garantindo-lhe a autonomia e independência necessárias dentro do arranjo constitucional que se pretende em uma 'democracia de consenso'. Portanto, na prática, existe possibilidade intercomunicativa entre os poderes estatais brasileiros, demonstrando que uma nova separação dos poderes, numa perspectiva substantiva e não estática, é plenamente viável.

3.3. O MODELO BRASILEIRO PRECISA SER ALTERADO PARA PERMITIR DIALOGICIDADE ?

O diálogo institucional pode ser percebido por dois prismas⁷⁴ conforme já preceituou Hubner MENDES, pelo desenho de funções/atribuições que a Constituição esquadriha na conformação entre os poderes e, por outro lado, pela influência cultural e contexto prático na interpretação da Constituição. Na prática, a questão posta também remonta ao questionamento de TUSHNET sobre se pode haver modelo dialógico (fraco ou forte) em países de controle judicial forte,⁷⁵ ao que o primeiro autor responde que, até nos modelos de controle forte, pode-se vislumbrar a superação de decisões judiciais por edição de novas leis (o que não impede nova suscitação de controle), emendas constitucionais, alteração da composição das Cortes e também mudança na própria jurisprudência.

A despeito da crescente judicialização e práticas ativistas aqui encontráveis, tais opções podem ser perfeitamente aplicá-

74 - MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes...*p.173.

75 - TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights...*p. 34.

veis ao Brasil e pode-se dizer que a resposta à questão do tópico já foi parcialmente respondida no ítem precedente, na medida em que foram citados exemplos práticos⁷⁶ de diálogo inter-poderes sem necessidade de alteração formal do desenho institucional propugnado pela CRFB de 1988.

Argumenta-se que nos países de influência do modelo de democracia típica de *Westminster (Commonwealth)* como Canadá, Nova Zelândia, Reino Unido em geral, houve alteração do desenho institucional para comportar dialogicidade como os categóricos exemplos das Cartas de Declarações de Direitos em que se incorporou mecanismos que permitiram aos Parlamntos ultrapassar decisões judiciais.

Já, nos Estados Unidos, não realizadas estas modificações estruturais, advoga-se que houve incremento de posturas dialogantes, entretanto, somente por meio da interpretação evolutiva da Constituição americana de 1787 que, como é cediço, continua inalterada. Assim, por intuitivo, se no modelo norte-americano em que se denota um histórico de judicialismo e controle forte de constitucionalidade muito mais intensos que no Brasil, haja vista a vinculação do Parlamento às decisões judiciais, se pode aventar quanto a viabilidade de práticas efetivas de cooperação entre poderes sem alteração de desenho,

76 - "Uma política pública pensada no âmbito do Executivo, com análise em vários de seus Ministérios, pode vir a ser complementada por alguma legislação editada pelo Parlamento e, ao final, quando discutida a constitucionalidade do pacote de medidas governamentais e da legislação que lhe completa, o Judiciário pode ainda dar sua colaboração, aprimorando o debate, e afastando alguma das medidas governamentais ou optando pelas propostas que mais atendam os direitos fundamentais." Importante considerar que, neste modelo, não se quer presumir que o Judiciário tenha a última palavra (*last saying*) – até porque o Legislativo, não vinculado à decisão judicial poderia reformular a legislação ou mesmo editar Emenda Constitucional e as instâncias perdedoras na arena política poderiam levar a questão sob outro ângulo novamente à discussão no Tribunal. PAULA, Daniel Giotti de. *Ainda existe separação de Poderes? A invasão da Política pelo Direito no contexto do Ativismo Judicial e Judicialização da Política*. In FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Editora Jus Podivm, Salvador-BA, 2011. p.309.

com muito mais razão no Brasil.⁷⁷ Além do mais, não se pode deixar de fazer referência que o Poder Constituinte originário brasileiro já se exauriu⁷⁸ com a promulgação da Constituição de 1988 e posterior Revisão Constitucional de 1993 – sendo que eventuais emendas neste sentido não seriam viáveis por violar cláusula pétreia de 'separação de poderes' conforme limitação expressa do art. 60 § 4º, III da CRFB.

Isto posto, afora alguma alteração menos impactante como a de regimentos internos das Casas do Congresso ou mesmo do próprio Supremo Tribunal Federal para facilitar a prática interativa entre poderes, dentro das balizas constitucionais já postas, dependendo sobretudo de uma interpretação diferenciada e propositiva, não há necessidade de mudança significativa do desenho institucional para que haja diálogo na relação entre poderes no Brasil – conforme se quer propugnar com a nova teoria da separação dinâmica das funções estatais.

3.4. POR UMA LEITURA DIALÓGICA IMPEDIENTE DE INSTÂNCIAS HEGEMÔNICAS

Valendo-se de forma reflexa de uma colocação genérica

77 - Outro exemplo de prática dialógica no contexto brasileiro é do próprio processo legislativo, configurando verdadeiro 'processo decisório interativo' e de 'responsabilidades compartilhadas'. Apesar do protagonismo do Legislativo até mesmo por tratar-se de sua função típica, há discussão e votação das propostas, nas casas competentes, sendo que o Executivo encerra a fase constitutiva com sanção e veto, promulgação e publicação. Entremeadas a estas fases há possibilidades de veto não absoluto, sendo que legislativo pode manifestar de novo e derrubar o veto, podendo, inclusive, elaborar emenda constitucional (lógico que não ultrapassando cláusulas pétreas). E, ainda, o Judiciário sempre pode fazer controle procedimental e de constitucionalidade.

78 - A doutrina majoritária brasileira argumenta que com a revisão constitucional propugnada pelo art. 3º do ADCT – Ato das disposições constitucionais transitórias a possibilidade de alteração sensível da Constituição já se exauriu – tendo sido a mesma realizada no ano de 1993. Art 3º do ADCT - 'A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

de BOBBIO em *A era dos direitos*, e vendo a questão sobre uma perspectiva evolutiva, a 'democracia de consenso' seria um meio termo ou superação das fases de uma Supremacia Parlamentar testemunhada com o Estado de Direito (séc XIX), a contenção de um Estado totalitário com proeminência do Executivo como se observou nos Estados Sociais (séc. XX) e uma moderação das práticas ativistas de uma Supremacia Judicial decorrentes dos reflexos de uma judicialização exacerbada hoje vivenciados neste alvorecer do século XXI.

Conforme já apontava CANOTILHO, no entanto, sob o contexto da Constituição da República Portuguesa, uma separação de poderes pressupõe que certos limites institucionais sejam observados e que nenhum dos poderes, ao exercer suas competências, acabe por esvaziar a competência do outro.⁷⁹ Transposta a questão para outros sítios e sobretudo para o Brasil, há que se deduzir que o caminho perigoso da judicialização da vida e de posturas ativistas extremadas pode acabar por deslegitimar o próprio sistema e colapsar a proposta da própria Jurisdição Constitucional, caso não sejam tomadas providências de uma acomodação dinâmica das funções estatais.

BICKEL já falava em 'diálogos contínuos' e/ou 'conversa permanente'. Sem chegar ao limite de entender por prescindível a tarefa da Justiça Constitucional, no Brasil, por entender-se que aqui a mesma funciona como sobrerreforço da democracia, sobretudo ante as características peculiares de país que até há

79 - "Do facto de a CRP consagrar uma estrutura orgânica funcionalmente adequada é legítimo deduzir que os órgãos especialmente qualificados para o exercício de certas funções não podem praticar actos que materialmente se aproximam ou são mesmo característicos de outras funções e da competência de outros órgãos (...). Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de se saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. CANOTILHO, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 559.

pouco era tido como periférico e ante a crise de legitimidade das instâncias majoritárias, estes mecanismos dialógicos propostos devem ser aptos a contornar a 'dificuldade contramajoritária'. Ao mesmo tempo, devem evitar-se os excessos de judicialização incompatível com a própria democracia. Assim, na perspectiva em que não se cultue uma interpretação eminentemente judicialista da Constituição, os órgãos representativos devem colaborar com uma interpretação mais consentânea e adequada do seu texto, implementando políticas públicas devidamente justificadas e que não desconsiderem direitos das minorias.

Neste propósito, caso questionado quem é a instituição detentora da 'última palavra' deve ressoar natural uma resposta no sentido de que não há necessariamente que se fazer uma escolha excludente, posto que prejudicial à democracia. Como é curial, e ressoa da análise singela elabora acima, deve haver diálogo 'permanente e cooperativo', na medida em que os poderes estatais busquem um melhor significado constitucional, sem precedências, sem hierarquizações, sem verticalidade. Assim, sem que se presuma uma visão romântica desta teoria que se propõe, até mesmo porque são naturais eventuais embates, o importante é que haja uma predisposição para diálogos permanentes, em cadeia de contribuições em uma vertente horizontal e de complementariedade, na busca de melhores respostas para problemas que, sabe-se, são coletivos.

Em arremate, a teoria da separação dinâmica que se propõe aqui não é contra uma convivência pacífica com um modelo de controle judicial. Apenas importa na consideração de que este controle equilibre-se com as demais instâncias de poder, sem que haja qualquer atribuição de supremacia ou vedação de deliberação nos demais fóruns representativos da população. Conforma uma teoria do diálogo que compatibilize as escolhas morais tomadas nas instâncias majoritárias que, por óbvio, também são intérpretes qualificados do texto constitucional

com uma atuação judicial que tenha consciência de seus limites cognitivos e riscos de efeitos sistêmicos. Em adendo, por vezes terão que atuar de forma deferente, produzindo mais indução e mais aconselhamentos em contraposição a uma política meramente corretiva e, com isto, criando um efeito reflexo nos demais poderes que terão que justificar melhor suas posturas, melhorando o sistema democrático como um todo, sem retirar da população a liberdade e responsabilidade por suas próprias escolhas.

CONCLUSÕES

–1 - O modelo clássico de separação de poderes, dentro de um contexto de ideias liberais com base na teoria de Montesquieu propagava a limitação do arbítrio estatal e a não concentração do poder soberano nas mãos de única pessoa e sistema de divisão estanque, estática e formal das funções com controles recíprocos mínimos. Este modelo sofreu influências consideráveis, tanto pela nova estrutura e complexidade sociais, quanto pelos novos desenhos institucionais plasmados nas Constituições contemporâneas. Antes, de uma sociedade mais homogênea, em que a lei era 'sacralizada' e questões de política eram decididos apenas por órgãos representativos, passou-se a um contexto de pluralismo, democracia, valorização das Constituições e admissão de sua força normativa de textura principiológica. Assim, permitiu-se uma interpenetração muito maior de funções, e judicialização, daí decorrendo a necessidade de releitura do princípio em tela, em uma perspectiva mutável, substantiva e de diálogo em rodadas procedimentais e cooperativas entre os poderes, com possibilidade equitativa de leitura da Constituição em atribuições coordenadas e harmônicas, ao que se chama de 'separação dinâmica de poderes';

–2 – Apesar da alocação formal da teoria da separação dos poderes nas Constituições brasileiras precedentes, antes da

CRFB de 1988, o que se observava era uma distorção dos poderes estatais com nítida preponderância por parte do Poder Executivo. A Constituição não era enxergada como na centralidade do sistema e o Judiciário brasileiro comportava-se de forma autocontida, aplicando interpretação meramente subsuntiva, à reboque e de forma dependente dos demais Poderes, sem que se vislumbra-se o incremento de suas funções e competências, somente permitidos após o período de redemocratização pós 1988;

–3 – O contexto pós CRFB de 1988, de novo desenho institucional do ordenamento jurídico, acesso à Justiça, judicialização, influência pós-positivista, dentre outros, permitiu o incremento da Justiça Constitucional e surgimento das práticas ativistas no Brasil. Estas devem ser analisadas criticamente, no intuito de se enquadrar uma teoria de separação dinâmica. A favor de uma legitimação Justiça Constitucional e de certas práticas ativistas estão alguns argumentos de que o princípio majoritário não pode ser considerado como pauta decisória para todo o tipo de questão. Constitui sistema compatível com o sistema democrático e, como refere DWORKIN, mais que garantidor de suas 'precondições' ou as regras do jogo, é presente também em uma concepção substantivista na medida em que os Tribunais são 'fóruns' adequados para, fazendo uma leitura moral da Constituição, decidir questões de princípios de forma argumentativa e racional, sem descurar também de direitos de minorias. Contra esta legitimidade, pode-se elencar teorias, como a de BICKEL que sustentam não ter a Justiça Constitucional 'terra de baixo dos pés', representando força institucional adequada por meio do sufrágio universal. Acredita-se que, afora as questões de atuação para garantias procedimentais, põe em risco a qualidade da democracia e uma atuação ativista, a anular escolhas razoáveis das instâncias majoritárias, acabam por criar um estado de apatia cívica, na medida em que juízes não são responsabilizados. Para tanto, o Judiciário deve utili-

zar-se de 'virtudes passivas' e optar, em muitos casos, pela 'não decisão' e por posturas minimalistas como sugerido por SUSTEIN, no afã de se preservar todo o sistema democrático.

– 4 – Como é curial, para garantir-se a convivência harmônica entre os três poderes, sobreleva a necessidade de recharçar-se um culto à 'última palavra' na interpretação da Constituição, até porque pode gerar uma distorção no sistema e hierarquização incompatível com a teoria do diálogo. À guisa exemplificativa, no Brasil, a atribuição ao Judiciário de uma 'guarda precípua' da Constituição deve ser entendida como dentro das demais atribuições do próprio Poder e não uma precedência de leitura em relação ao Executivo e Legislativo;

– 5 – Propõe-se uma teoria de diálogo ou democracia de consenso em que haja conversa permanente entre os Poderes. Utilizando-se o contraponto limitado do ensaio, não haveria que se estimular no Brasil um ativismo forte, já que o controle deve ser exercido de forma excepcional e com a necessária deferência às escolhas que sejam razoáveis por parte das instâncias majoritárias. Ao mesmo tempo, não se pode descurar que também o Legislativo não é incompatível com a presença da Justiça Constitucional e, em certos casos entremostra-se sua necessidade, na medida em que não seria conveniente ser 'juiz' de suas próprias leis. Daí, apresenta-se como teoria 'do equilíbrio' que se esforça em melhor acomodar as interpretações constitucionais de forma a preservar a higidez do sistema;

– 6 – Em relação ao modelo dialógico canadense, guardadas as peculiaridades da sociedade multiétnica, interessa ao presente trabalho, na medida em que para o Poder Judiciário daquele país, ciente da existência de uma cláusula de 'não obstante' (Seção 33 da Carta de Direitos de 1982) que retira-lhe o poder de uma 'palavra final' na interpretação constitucional, fomenta-se uma atuação mais cuidadosa e justificada antes da tentativa de invalidar-se qualquer lei. Por outro lado, no Legislativo, cria-se uma cultura de somente ultrapassar as decisões

judiciais em casos excepcionalíssimos e extremamente necessários. Assim, ganha a democracia com maior responsabilização por parte dos Poderes, que, na prática, tendem a se comprometer mais com a concretização das promessas constitucionais;

–7 – A caracterização de que o desenho institucional brasileiro, e o princípio da separação de poderes encontram-se hoje em crise é fundamental para o enquadramento de uma necessária teoria do diálogo no bojo do ordenamento jurídico que se quer estudar. Por certo, o sistema é federativo em meio a um Estado Democrático de Direito com um esquadramento de funções estatais devidamente estipulado no texto da Constituição. Também, não se descarta a possibilidade formal de interpenetrações e controles recíprocos e, a par de uma análise comparativa de ACKERMAN, transposta a questão para este território, há a possibilidade de leitura constitucional por outros órgãos como Ministério Público e Cortes de Contas. Entretanto, o sistema de controle forte de constitucionalidade se dá em um contexto de constitucionalização abrangente, judicialização da política, demandização. Daí decorre a formação caldo de cultura propício para ativismos judiciais não moderados e outras constantes distorções perpetradas pelos outros poderes, que se pretendem coibir como edição desenfreada de medidas provisórias por parte do Executivo sem o atendimento aos requisitos constitucionais e proliferação de Emendas à Constituição propensas a banalizar seu texto e espírito;

–8 – Sobre o modelo institucional brasileiro pode-se dizer que comporta dialogicidade, entretanto, de maneira moderada. A uma, porquanto adotamos controle forte de constitucionalidade e porque os próprios limites formais impedem uma alteração mais significativa. A outro giro, na prática, independente dos permissivos formais que já consubstanciam certa reciprocidade de funções em um viés atípico, como a edição de Medidas Provisórias pelo Executivo (função normativa), há,

também, informalmente, diálogo institucional no Brasil. Entretanto, em que pese não haver a necessidade de alteração formal da Constituição para permitir-se dialogicidade, já que ela existe, mesmo que de forma tímida ou incipiente, ressalte-se que este diálogo tem se mostrado apenas pontual e, daí não se pode inferir, necessariamente, que caminhamos para um modelo dialógico genuíno, como é o caso canadense;

–9 – A separação dinâmica que se propõe por este relatório, implica na releitura da separação clássica de poderes no âmbito das instituições brasileiras, na perspectiva de que nenhum deles está acima dos demais, nem no âmbito formal ou informal, a inibir-se uma precedência de 'última palavra' na interpretação constitucional. Caso contrário, não haveria que se falar em 'independência e harmonia' interpoderes. Desta forma, qualquer tentativa de esvaziar-se a competência de outro poder deve ser rechaçada, a considerar-se que, no Brasil, nem os excessos Parlamentares e nem Executivos podem ser tolerados, cabendo uma pronta atuação do Judiciário como contrabalanceamento sobretudo das regras do jogo. Mas, de outro ângulo, as posturas ativistas extremadas também devem ser contidas e proscritas, sob pena de deslegitimação da própria Justiça Constitucional e comprometimento do sistema democrático como um todo. Em arremate, para se produzir diálogo, vislumbra-se a necessidade de maior amadurecimento institucional, de forma que as instâncias majoritárias façam leituras cada vez mais adequadas e justificadas do texto constitucional, ao tempo que requesta-se que o Judiciário trabalhe de forma mais deferente, de forma cooperativa, produzindo indução e até aconselhamentos em relação ao Executivo e Legislativo. Tudo, a pressupor-se que os Poderes, concertados e em permanente diálogo, passarão colaborar para leituras mais consentâneas do que seja o espírito constitucional, gerando, conseqüentemente, a melhoria do sistema democrático brasileiro, sem retirar da população as lúdicas expectativas de liberdade e responsabilidade por suas

escolhas.



BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. *We the people: Foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

_____. *A nova separação de poderes*. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Retrospectiva 2008, Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática*, Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE), n.º 18, Abr/Jun, 2009.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, 7ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

BICKEL, Alexander. *The Morality of Consent*. Yale University Press, 1975.

_____. *The last dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Elsevier, Rio de Janeiro, 2004.

_____. *A teoria das formas de governo*. Trad. Sérgio Bath. 7ª ed. Editora UNB, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3ª ed. Malheiros, São Paulo, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, 8ª

- ed., Saraiva, São Paulo, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Separation of Powers and Judicial Review of Administrative Decisions in Portugal*, Revista da FDUL, XXXIV, Lisboa, 1993, pp. 87-110.
- COUTINHO, Luís Pedro Pereira. *A Autoridade Moral da Constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FRIEDMAN, Brian. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.
- GUARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, *O Federalista*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.
- HESSE, Konrad. *Die Normative Kraft der Verfassung*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1959, trad. Gilmar Ferreira Mendes, “A força normativa da Constituição”, Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1991.
- LAMBERT, Eduard. *La lutte contre la législation sociale aux États-Unis: l’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, 2. ed. pref. Franck Moderne, Paris, Dalloz, 2005.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- LIMONGI, Fernando. *A democracia no Brasil: presidencialismo, coalização partidária e processo decisório*, In: Revista Novos Estudos, n.76, Nov./2006.
- MAQUIAVEL, Nicoló di Bernardo dei. *O príncipe*. Trad.

- Antônio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L & PM, 2007.
- MAUS, Ingeborg. *Separação dos poderes e função judiciária: uma perspectiva teórico democrática*. In BIGONA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (orgs.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado em ciência política – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, (orientador: Álvaro da Vita), mimeografado.
- _____, _____. *Controle de Constitucionalidade e democracia*. Campus, Elsevier, São Paulo, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, IV, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- SECONDAT, Chales [Baron de Montesquieu]. *The spirit of laws. (O Espírito das leis)* Tradução: Thomas Nungent. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc, 1993.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/antthist/marcos/hdhmontesquieu> o espírito das leis. Pdf. Acesso em 03.08.2012.
- MOREIRA, Vital. Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional, in “*Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional* – colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional”, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra Editora, Lisboa 2003.
- _____, _____. *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 1989.

- PAULA, Daniel Giotti de. *Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política*. In FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Editora Jus Podivm, Salvador-BA, 2011. p.271-312.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*, Saraiva, São Paulo, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma democracia de alta intensidade: renovar a teoria crítica e renovar a emancipação social*. São Paulo: Bontempo, 2007.
- SARMENTO, DANIEL. *Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In: NOVELINO, Marcelo (org). *Leituras Complementares de Constitucional – Controle de Constitucionalidade*. 2ª ed. Salvador: Editora Jus Podium, 2009.
- SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo Institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia* In FELLET, André Luiz Fernandes, DE PAULA, Daniel Giotti, NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Editora Jus Podivm, Salvador-BA, 2011. p.313-357.
- SUSTEIN, Cass. *One case at time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Cambridge: Havard University Press, 1999.
- TATE, C., VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York University Press, New York, 1997.
- TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. The Yale Law Journal 115 (6), 2006.
- _____, _____. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges.

São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SÍTIOS ELETRÔNICOS

www.cnj.jus.br

www.amb.com.br

www.usp.com.br