



ADRYSSA DINIZ FERREIRA DE MELO

DIÁLOGO INSTITUCIONAL: REALIDADE OU UTOPIA?

Uma abordagem conceitual e prática das Teorias Diálogicas no âmbito da Jurisdição Constitucional

Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Constitucional

JULHO/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ADRYSSA DINIZ FERREIRA DE MELO

DIÁLOGO INSTITUCIONAL: REALIDADE OU UTOPIA?

Uma abordagem conceitual e prática das Teorias Dialógicas no âmbito da Jurisdição Constitucional

INSTITUTIONAL DIALOGUE: REALITY OR UTOPIA?

A conceptual and practical approach of dialogical theories

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas (Menção em Direito Constitucional)

Orientadora: Professora Doutora Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva

Coimbra, 2016

“Escolhe teu diálogo e tua melhor palavra ou teu melhor silêncio. Mesmo no silêncio e com o silêncio dialogamos.”

(O Constante Diálogo – Carlos Drummond de Andrade)

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto de um sonho e, apesar da sua autoria ser individual, muitos foram os que contribuíram para a sua concretização, sem os quais esta não seria possível.

Meus pais, que desde sempre me apoiam e incentivam na construção de uma vida profissional, que suportam a minha ausência em tantos momentos, que possibilitam o alcance dos meus objetivos e que abrem mão das suas vontades para que eu possa realizar as minhas.

Meu irmão, que mesmo distante é para mim exemplo de garra e determinação. Meus avós, Artur Cláudio e Diniz Ferreira, pela trajetória de vida que tiveram e que hoje me servem de inspiração profissional. Minha amada avó Lucila, que sempre se fez presente em minha vida e de quem a distância me é tão cara. Minha querida avó Eida, que mesmo em outro plano, sei que me acompanha e protege constantemente.

Todos aqueles que cruzaram o meu caminho em Coimbra, e que, de alguma forma, são responsáveis pelo meu crescimento, tanto profissional como pessoal. Os grandes amigos que fiz, que ajudaram a me sentir em casa e a amenizar a ausência da família.

Todos os mestres que tive desde o início da Graduação, que plantaram em mim a vontade de aprender cada vez mais, e me fizeram admirar a docência.

Os professores e funcionários da Universidade de Coimbra, com quem tive o privilégio de conviver e tanto aprender, não apenas sobre Direito, mas sobre respeito e valorização da Educação.

Minha orientadora, Dra. Suzana Tavares da Silva, que me apresentou um novo Direito Constitucional, e que desde o início do Curso de Mestrado ensinou-me não apenas conteúdos jurídicos, mas sobretudo a pensar e argumentar.

Todos aqueles que torcem por mim, mesmo em silêncio ou a distância.

Agradeço imensamente, apesar de saber que minhas palavras nunca serão suficientes para demonstrar toda a minha gratidão.

Obrigada!

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 – OS NOVOS DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO E SEUS REFLEXOS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O SURGIMENTO IDEIA DE COOPERAÇÃO.....	11
1. Os novos desafios do constitucionalismo	11
2. Constitucionalismo de cooperação e seus reflexos na jurisdição constitucional	14
3. O tradicional modelo de <i>judicial review</i> e a supremacia judicial.....	19
4. Jurisdição constitucional e democracia: um antigo debate.	23
5. A implementação do judicial review nos países da commonwealth e o surgimento de uma nova alternativa ao binômio judiciário v. Legislativo – weak form of judicial review.	28
CAPÍTULO 2 – AS TEORIAS DIÁLOGICAS E A CONCRETIZAÇÃO DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL.....	31
6. Teoria dos diálogos institucionais.....	31
7. Diálogo formal v. Diálogo material	33
8. Teorias dialógicas fundadas no método judicial	35
8.1 Aconselhamento judicial.....	36
8.2 Teorias centradas no processo.....	40
8.3 Críticas às teorias dialógicas fundadas no método judicial.....	45
9. O especial caso da África do Sul.....	48
10. As teorias estruturais de diálogo	51
10. 1 Teorias de construção coordenada	52

11. As teorias dialógicas da parceria	70
11.1 Críticas à teoria da parceria.....	71
12. Fusão dialógica	72
12.1 Críticas à teoria da fusão dialógica	73
13. Os mecanismos estruturais de diálogo no sistema britânico e neozelandês	73
13.1 O mandado interpretativo e a declaração de incompatibilidade no reino unido (seção 3 e 4 (2) do human rights act, 1998).	74
13.2 O mandado interpretativo na experiência neozelandesa	82
 CAPÍTULO 3 – AS TEORIAS DIALÓGICAS NO SISTEMA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: UMA POSSIBILIDADE?	 87
14. Julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.797/df – a súmula 394 do STF e a lei nº 10.628/2002.....	89
15. Julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.543/DF e a lei 13.165/2015.	96
16. Julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.772/DF – a súmula 726 do STF e a lei nº 11.301/2006.....	100
17. Julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 3.382/MT. .	105
18. Diálogo institucional: síntese dos aspectos controversos e algumas considerações acerca da sua consecução prática.	109
 CONCLUSÃO	 116
 BIBLIOGRAFIA	 118

RESUMO

O objeto do presente trabalho são as Teorias dos Diálogos Institucionais as quais se apresentam, no âmbito da jurisdição constitucional, como uma alternativa para resolver os problemas relacionados a legitimidade democrática da revisão judicial das leis, combater o ativismo judicial e propiciar uma maior efetivação dos direitos fundamentais.

Inicialmente, faz-se uma abordagem dos fatores que contribuíram para o seu desenvolvimento, passando por questões relacionadas a expansão do Poder Judiciário, e a adoção de um sistema de *judicial review* pelos países da Commonwealth, e o surgimento do modelo fraco de controle de constitucionalidade (*weak form of judicial review*).

As teorias são exploradas por meio da classificação desenvolvida por Chistine Bateup, por meio de uma abordagem conceitual e prática, a fim de identificar os aspectos positivos bem como as dificuldades da concretização das mesmas.

Busca-se, ainda, verificar de que forma e em que medida essas teorias se manifestam no sistema brasileiro, o que é feito por meio de uma consulta a importantes julgados do Supremo Tribunal Federal no ensejo do controle concentrado de constitucionalidade.

Ao final, realiza-se um balanço crítico dos aspectos controversos das teorias, identificando suas dificuldades práticas bem como o seu potencial normativo.

PALAVRAS-CHAVE: *judicial review*, supremacia judicial, ativismo judicial, legitimidade democrática, teorias dialógicas, separação de poderes.

ABSTRACT

The focus of this study are the Theories of Institutional Dialogue, which are presented in the context of constitutional jurisdiction, as an alternative to solve the problems the democratic legitimacy of judicial review of laws, combating judicial activism and promote a greater realization of fundamental rights.

Initially, it is an approach of the factors that contributed to their development through issues related to expansion of the Judiciary, and the adoption of a judicial review by the countries of the Commonwealth system, and the emergence of weak form of judicial review.

The theories are operated by classification developed by Chistine Bateup through a conceptual and practical approach in order to identify the positive and the difficulties of their achieving.

Also, it is a search to verify how and to what extent these theories are manifested in the Brazilian system, which is done through a judged important verification of the Supreme Court on the occasion of the concentrate constitutionality control.

At the end, it carried out a critical assessment of the controversial aspects of the theories, identifying their practical difficulties and its normative potential.

KEYWORDS: judicial review, judicial supremacy, judicial activism, democratic legitimacy, dialogical theories, separation of powers.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. – Artigo

CCORF – Canadian Charter of Rights and Freedoms

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CF/88 – Constituição Federal Brasileira de 1988

HRA – United Kingdom’s Bill of Rights Act

P. – Página

PLS – Projeto de Lei do Senado

PEC – Projeto de Emenda Constitucional

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

A complexidade das sociedades atuais, o novo contexto internacional e a redefinição das concepções de Constituição impõem a reflexão acerca do tradicional modelo de jurisdição constitucional e a sua capacidade de resolução de conflitos de forma eficaz. Se antes o objetivo do constitucionalismo era assegurar direitos, hoje, a sua preocupação gira em torno da concretização dos mesmos.

Fatores como o alargamento do Poder Judiciário, o crescente ativismo judicial e o surgimento de novos sistemas de jurisdição constitucional dissociados da tradicional ideia de supremacia judicial, intensificam e fazem avançar os debates acerca da legitimidade do *judicial review* e da sua eficácia no tocante a efetivação dos direitos fundamentais.

Apesar de ser um tema recorrente na doutrina constitucional, os debates acerca da jurisdição constitucional parecem estar longe do fim, ao contrário, contam com argumentos cada vez mais complexos e que ultrapassam o tradicional binômio Judiciário *v.* Legislativo e a disputa pela palavra final.

O propósito deste trabalho é contribuir para a reflexão acerca do tema utilizando como instrumento para tanto, a exposição e análise das Teorias dos Diálogos Institucionais, as quais se propõem promover uma redefinição do desenho institucional no âmbito da jurisdição constitucional a fim de conciliar a revisão judicial das leis com o princípio democrático, e propiciar uma maior eficácia dos direitos fundamentais.

O conteúdo do primeiro capítulo trata de aspectos mais gerais e introdutórios, buscando demonstrar a importância e atualidade do tema no contexto global em face do novo paradigma constitucional pautado em relações de cooperação; na sequência, aborda-se por questões específicas relativas ao *judicial review*, como o tradicional debate acerca da sua legitimidade e da sua recente expansão para os países da *Commonwealth*, as quais contribuíram decisivamente para o desenvolvimento das teorias dialógicas.

Após contextualizar o surgimento da ideia de um diálogo institucional, no segundo capítulo faz-se uma exposição conceitual, prática e crítica das teorias dialógicas, buscando extrair seus principais contributos, bem como desmistificar vários aspectos

enaltecidos por alguns estudiosos a respeito das mesmas.

Utiliza-se para fins didáticos a classificação feita por Christine Bateup a qual agrupa as teorias em classes diferentes, e a exposição de exemplos concretos de cada teoria, trazendo ao final de cada tópico as principais críticas concernentes a sua prática.

Feita a análise conceitual e exemplificativa de cada grupo teórico, bem como a exposição de suas respectivas críticas, a proposta do último capítulo é verificar como e em que medida as teorias dialógicas estudadas encontram reflexo na prática da jurisdição constitucional brasileira através da observação de julgados do Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado - ou abstrato - de constitucionalidade.

A principal inquietação que move este trabalho é verificar se o diálogo institucional, na forma em que é proposto pelas principais teorias desenvolvidas até nestas primeiras décadas do século XXI, é uma prática possível de ser implementada ou tão-somente uma conjectura teórica.

CAPÍTULO 1 – OS NOVOS DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO E SEUS REFLEXOS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O SURGIMENTO IDEIA DE COOPERAÇÃO.

1. Os novos desafios do constitucionalismo

Antes de adentrarmos no tema central do presente trabalho, é necessário, entender as novas premissas e diretrizes do constitucionalismo contemporâneo. Dizemos isso por constatar que não se pode analisar a jurisdição constitucional de forma dissociada do contexto histórico e social em que se insere.

Härbele (2006) ensina que o constitucionalismo é, por excelência, uma criação cultural. Na mesma linha de raciocínio, Bastos (2010) aduz que o constitucionalismo, acima de tudo, revela-se, como um fenômeno social dotado de caráter jurídico. Explica que o seu caráter social decorre de uma pressão nascida do povo que objetiva o esvaziamento do poder absoluto, e o caráter jurídico por representar a formação da regulamentação legal do exercício do Poder, aliada à implementação da defesa da Constituição.

Dessa forma, percebe-se que o constitucionalismo está intimamente ligado ao contexto social em que se insere. É por essa razão que Canotilho (2003, p.51), com pertinência, afirma ser preferível referir-se a movimentos constitucionais, pois não há só um constitucionalismo e, sim, diversos movimentos constitucionais com corações nacionais, mas também com momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural.

Reconhecida a influência do contexto social no desenvolvimento do constitucionalismo, é correto afirmar que os desafios impostos à jurisdição constitucional no século XXI não são os mesmo de outrora. Se antes a preocupação constitucional girava em torno da limitação do poder estatal, da separação de poderes e garantia de direitos e liberdades, hoje os problemas são significativamente mais complexos, devido ao próprio desenvolvimento da sociedade moderna.

As consequências do intenso processo de globalização que a humanidade vivencia aumentam a complexidade da sociedade atual, diminuem a distância entre os Estados, criam novos pontos de convergência entre eles, estreitam as suas fronteiras

geográficas. Soma-se à isto o crescente fortalecimento dos mecanismos internacionais de defesa dos Direitos Humanos e o aumento vertiginoso das normas internacionais. Ora, o constitucionalismo, como fenômeno social que é, não poderia ser imune a essas grandes modificações.

Jonatas Machado (2011, p.33) salienta que o desenvolvimento dos sistemas internacionais de proteção dos Direitos Humanos Europeu, Americano e Africano, por si só, constiuem uma revolução constitucional, na medida em que estabelecem uma espécie de jurisdição constitucional de Direitos Humanos supranacional, com capacidade de condenar os Estados membros por violações a esses direitos.

Destaca ainda que a Declaração Universal dos Direitos do Homem tem exercido um efeito direto no Direito Constitucional de numerosos Estados, em todos os continentes, inspirando catálogos de direitos, liberdades e garantias, sendo expressamente mencionada como auxiliar interpretativo dos catálogos internos, ou sendo mesmo incorporada no bloco de constitucionalidade de alguns Estados.

Assim, verifica-se a abertura da Constituição ao Direito Internacional, gerando um novo paradigma constitucional com o surgimento de conflitos mais complexos, sobretudo pela pluralidade no tocante a interpretação do conteúdo dos Direitos Humanos.

Neves (2013) sintetiza claramente o momento do constitucionalismo atual quando aduz que com a maior integração da sociedade mundial, os problemas constitucionais que versam sobre de direitos humanos ou fundamentais e sobre o controle e limitação do poder tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do seu território, vez que esses problemas passam a ser concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são instadas a oferecer respostas para a sua solução.

Nesse contexto, o tradicional princípio de soberania, tanto do Estado como do Texto Supremo que o rege, acaba por ser relativizado, já que as relações sociais, econômicas, políticas e também jurídicas se desenvolvem cada vez mais no âmbito internacional, ultrapassando os tradicionais limites do poder nacional¹.

¹ Sobre a referida relativização do princípio da soberania, importante destacar, que, como bem leciona o ilustre doutrinador português Jonatas Machado, a mesma não significa, de forma alguma, o fim do Estado enquanto organização jurídica de uma comunidade política. Não pode haver uma eficaz proteção dos direitos humanos

A moderna doutrina fala em crise do constitucionalismo decorrente dessa conjuntura², eis que foi revelada a incapacidade do Estado nacional e o texto magno que o rege para resolverem, isoladamente, os impasses constitucionais o que acarreta em uma perda de força da Constituição.

Desta feita, o atual momento do constitucionalismo impõe uma reflexão acerca do papel da Constituição e, conseqüentemente, da jurisdição constitucional, reflexão que deve ser feita não apenas sob seus aspectos internos, mas sim de forma comprometida com o contexto global que será determinante na sua estruturação, sob pena de perda da sua eficácia. A abertura cognitiva que o novo cenário de fluidez de fronteiras geográficas e de intensa circulação de ideias determina em relação a compreensão e atualidade do sentido constitucional, vem inspirando uma nova visão de constitucionalismo que contemple arquiteturas de acomodação institucional que conduzam a um exercício democrático de identificação do sentido constitucional. Surgem então, novas relações de cooperação, internas e externas ao Estado, as quais representam a pedra de toque na atualidade (VALLE, 2010, p. 32).

Os novos desafios impostos ao constitucionalismo no século XXI, sobretudo no tocante a compreensão e delimitação do conteúdo de direitos fundamentais têm permitido a construção de alternativas à velha conclusão de que na jurisdição constitucional deve existir um órgão responsável por emanar a última palavra na resolução de conflitos, já que nenhum dos atores constitucionais e braços do Poder, revela-se por si só, aptos a resolver os cada vez mais complexos problemas constitucionais.

Em seguida, aborda-se-á essa nova vertente do constitucionalismo e as respectivas relações de cooperação que vêm surgindo como consequência dessa mudança de paradigma.

sem um Estado igualmente forte, o que deve ocorrer é uma reconceitualização da soberania mediante a limitação de alguma das suas dimensões, e fortalecimento de outras. (MACHADO, 2013).

² Ver DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (ed). *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

2. Constitucionalismo de cooperação e seus reflexos na jurisdição constitucional

Conforme pode ser observado, no contexto do constitucionalismo atual há uma mudança de paradigma decorrente do reconhecimento do pluralismo como uma constante dos novos problemas constitucionais. A concretização da Constituição, sobretudo no que tange a efetividade dos direitos fundamentais, não pode mais ser pensada de forma singular, devendo se reconhecer a multiplicidade de atores envolvidos nesse processo.

Com esse objetivo, eclodem inúmeras teorias que buscam legitimar relações de cooperação, distanciando-se cada vez mais da tradicional ideia de supremacia, seja no âmbito interno de um Estado ou no espaço internacional.

Com isso emerge um conceito de “constitucionalismo cooperativo”³ no qual se albergam essas diversas teorias fundadas na criação de mecanismos de cooperação entre os Estados e suas ordens jurídicas. Nesse sentido, merece destaque o conceito de Estado constitucional cooperativo desenvolvido por Peter Häberle (2007), como sendo um Estado que encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção de cooperação e responsabilidade, bem como no compromisso com a solidariedade e a paz.

Também com base nessa ideia de abertura e de cooperação, tem-se a teoria do *transconstitucionalismo* desenvolvida pelo brasileiro Marcelo Neves⁴, e a *interconstitucionalidade* do ilustre mestre Canotilho⁵.

Apesar de diferentes em alguns aspectos, o que essas duas modernas teorias possuem em comum é justamente a tentativa de conciliação entre o consitucionalismo e o pluralismo da sociedade globalizada, enfrentando a problemática do estabelecimento de relações de acoplamento entre ordens nacionais distintas, bem como destas com o direito comunitário, sem que percam a sua respectiva identidade nacional.

Enquanto a *interconstitucionalidade* enfrenta o problema da articulação entre constituições e poderes constituintes com fontes e legitimidades diversas dentro de um

³ Neste trabalho, o uso do termo “constitucionalismo cooperativo” não se refere a nenhuma teoria ou autor em específico, mas, sim, ao conjunto da doutrina constitucional que tem como base a construção de relações de cooperação seja entre Estados, entre entes estatais, entre ordens jurídicas, e outras.

⁴ Ver NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

⁵ Ver CANOTILHO, J.J Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos Discursos Sobre Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

mesmo espaço político de forma a solucionar os conflitos decorrentes da justaposição, concorrência e divergência entre eles (CANOTILHO, 2006), o *tranconstitucionalismo* trata da construção de “pontes de transição” entre ordens jurídicas diversas, buscando um crescimento e aprendizado mútuo entre elas, apontando como requisito indispensável para tanto a permanente reconstrução da “identidade constitucional” de cada uma a partir do reconhecimento de alteridade, sem que isso signifique uma mera convergência entre elas e uma conseqüente negação de identidade própria, mas, sim, a existência de uma prontidão para a abertura recíproca não apenas cognitiva, mas também normativa. (NEVES, 2009).

A partir desse entendimento, a conclusão a que se chega é que o Estado não pode mais ser considerado como o principal *locus* de solução de conflitos constitucionais, uma vez que esses ultrapassam o seu âmbito interno sendo imperativa a abertura à relações interestatais e supranacionais.

Os exemplos mais emblemáticos desses modelos de relações cooperativas desenvolvem-se no âmbito da União Europeia, que ao reconhecer a eficácia imediata ao direito comunitário introduz um instrumento normativo supranacional à ordem jurídica interna de cada país membro, o qual passa também a ser parâmetro de eventual controle das leis e das próprias constituições, estabelecendo assim uma necessária convivência entre diversas ordens jurídico-normativas dentro de um mesmo espaço político e submetidas a uma jurisdição supranacional.

O próprio Tratado que institui a União Europeia, em seu artigo 234⁶ ao determinar a competência do Tribunal de Justiça europeu sugere que haja um diálogo intercortes. A estratégia a ser adotada para a consolidação do novo ordenamento é, portanto, não a de mera subordinação da ordem jurídica nacional à supranacional, mas sim do desenvolvimento de constantes relações paritárias de colaboração. (KOMÁREK, 2005).

⁶ “Art. 234. O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial, sobre: a) A interpretação do presente Tratado; b) A validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições da Comunidade e pelo BCE; c) A interpretação dos estatutos dos organismos criados por ato do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça”.

A nível europeu, parece correto afirmar a opção por uma metódica fundada na imbricação de catálogos reveladora ou criadora de *standards* em contraposição a um modelo hierarquizado fundado em uma *Groundnorm* (TAVARES DA SILVA, 2014), ou seja, não há a primazia entre os ordenamentos, mas sim uma ideia de complementaridade.⁷

Seguindo essa lógica de imbricação e não de hierarquização entre os catálogos, a Constituição da República Portuguesa, em seu art.8º/4 “*As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático*”; e ainda no art.16º determina de forma expressa que “*Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*”, e que “*Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*”.⁸

Portanto, como resultado prático dessas normas tem-se a imposição obrigatória ao órgão responsável pelo exercício da jurisdição constitucional da observância do direito comparado, propiciando o exercício do que alguns estudiosos denominam de diálogo judicial (*judicial dialogue*), que se caracteriza nessa relação de cooperação estabelecida entre ordens jurídicas distintas, quando há uma conversa entre diferentes Tribunais a fim de buscar a melhor solução para a efetivação dos direitos fundamentais, muito comum na prática da União Europeia.⁹

Saindo do contexto europeu, a Constituição da África do Sul no seu art. 39 prevê que na interpretação do *Bill of Rights*, devem ser consideradas as leis internacionais

⁷ Nesse sentido, de acordo com a doutrina impera no “triângulo normativo europeu” o princípio do nível mais elevado de proteção, o qual pode ser entendido como resultado de uma abertura normativa. (TAVARES DA SILVA, 2014).

⁸ Nesse sentido, Jorge Miranda faz uma análise mais completa da Constituição portuguesa e fala em um “jus-universalismo”. Ver: MIRANDA, Jorge. O Estado Constitucional Cooperativo e o Jus-Universalismo da Constituição Portuguesa. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, Jan/Dez 2007, pp. 7-22). Ver também CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I. Coimbra, 2014.

⁹ Ver: GOLUB, Jonathan. *Modelling Judicial Dialogue in the European Community: The Quantitative Basis of Preliminary References to the ECJ*, 1996. ISSN 1028-3625.

e podem ser consideradas leis estrangeiras, bem como que o referido documento não nega a existência de quaisquer outros direitos ou liberdades que sejam reconhecidos ou conferidos pela *common law*, *customary law* ou *legislation*.¹⁰

A previsão contida na Constituição da África do Sul é especialmente importante nesse contexto, pois não se refere apenas a necessidade de observância e integração com as normas internacionais, mas faz também expressa referência as normas estrangeiras, ou seja, oriundas de outros países.

A ideia que fundamenta o exercício do direito comparado é a da busca pelo enriquecimento da compreensão do conteúdo dos direitos fundamentais por intermédio do compartilhamento de experiências entre tribunais constitucionais distintos¹¹, ou seja, no desenvolvimento de uma jurisdição constitucional que não se afigure monopolista, mas sim colaborativa.

Bobeck (2013) ensina que essa prática pode ser vista como uma forma de auto-controle dos próprios tribunais que percebem que não podem decidir sozinhos e buscam no método do direito comparado, ou no uso de precedentes estrangeiros, uma maior fundamentação as suas decisões.

Zagrebelky (2007) denomina esse fenômeno de “cosmopolitismo judicial”, o qual consiste justamente na consideração pelo Judiciário nacional de documentos jurídicos externos, de decisões oriundas de outras cortes, sejam elas de hierarquia superior como tribunais internacionais de proteção dos direitos humanos, ou até mesmo de outras cortes constitucionais estrangeiras.¹²

¹⁰ “39. *Interpretation of Bill of Rights. (1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum – (a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; (c) may consider foreign law; (2) When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport, and objects of the Bill of Rights; (3) The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill.*

¹¹ Nesse sentido, Tushnet (2009) ao falar sobre a importância do estudo do direito constitucional comparado: “*studying comparative constitutional law might improve our ability to make domestic constitutional law*”. Ver ainda: HIRSCHL, Ran. *Comparative matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014 e JACKSON, Vicky. *Comparative Constitutional Law*. Nova York: Foundation Press, 1999.

¹² É importante destacar que apesar da forma positiva em que se está abordando o cosmopolitismo judicial e o uso do direito comparado, ambos são alvos de críticas pela doutrina. Tavares da Silva (2014) destaca que “*o recurso ao direito constitucional comparado por um tribunal constitucional não deve servir um objetivo de universalização de valores, mas antes o aprofundamento das soluções de inclusividade no contexto*

Esse fenômeno também encontra eco em outros lugares do Globo, apesar de em menor escala que no continente europeu. A Constituição Federal Brasileira, à semelhança da Portuguesa, no §2º do artigo 5º adota uma cláusula aberta de direitos fundamentais, prevendo expressamente a observância das normas internacionais nessa matéria.

Conclui-se, portanto, que hoje as relações de cooperação dentro do constitucionalismo e no exercício da jurisdição constitucional é uma realidade concreta e global. A partir disso, teve início o desenvolvimento de uma noção de diálogo, seja ele judicial, ou institucional.

Esse é um fenômeno que não ocorre apenas no âmbito externo ao Estado, restrito as relações internacionais, mas também encontra reflexos na estrutura interna de organização do Poder estatal, no desenho institucional de cada país.

A ideia de cooperação e diálogo transporta-se assim também para o âmbito interno da jurisdição constitucional dos países, surgindo um conceito de diálogo institucional, o qual percebe-se deste trabalho.

Percebe-se então, que os novos desafios impostos ao constitucionalismo do século XXI têm influenciado no desenho institucional da jurisdição constitucional adotado por diversos países, contribuindo sobremaneira para o desenvolvimento de novos modelos fundados nessa lógica da cooperação, superando a tradicional ideia de uma jurisdição pautada na supremacia judicial conforme será analisado.

intercultural, até onde essa inclusividade se revelar possível, ou seja, até onde não redunde em uma neutralização do elemento cultural que dá substância material ao projecto social concreto que aquele órgão judicial tem como missão garantir”.

3. O tradicional modelo de *judicial review* e a supremacia judicial.

Afirmar que a Constituição é um documento jurídico-político dotado de normatividade e superioridade dentro do ordenamento jurídico parece algo óbvio, todavia, essa premissa nem sempre foi verdadeira, mas sim resultado de um processo histórico.¹³

Na América do Norte, desde o início do seu movimento constitucional¹⁴ o caráter jurídico-normativo da constituição foi reconhecido, o que acabou favorecendo a um desenvolvimento mais rápido da jurisdição constitucional¹⁵ ante a necessidade de submeter o poder legislativo a limites precisamente sólidos.¹⁶

O tradicional modelo do *judicial review* americano se formou no silêncio dos textos, tomando corpo lentamente, em um primeiro período que foi até 1789 (ano em que se funda o Tribunal Supremo Federal) o mesmo consistia em mera prática judicial dentro do *common law*; em um segundo período, que vai de 1789 a 1861, impulsionado pela construção do Estado Federal e pelos conflitos em torno da natureza da União criado pela Constituição de 1787, em um terceiro período iniciado em 1865 até os trinta primeiros anos do século XX, quando se estabeleceu como um sistema de revisão frente a todas as leis, inclusive leis federais em consequência do crescimento do capitalismo, das transformações ocasionadas pelo federalismo e pela necessidade de redefinir as relações entre o Estado com a nova ordem industrial e, em um quarto período, de 1954 a 1986, quando se expandiu em resposta aos novos desafios impostos pela busca de justiça social, igualdade e liberdade. (ACOSTA SÁNCHEZ, 1998).

¹³ Nesse sentido, Canotilho (2003) nos ensina que a Constituição é o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política em um determinado sistema político-social. Entre o constitucionalismo antigo e o constitucionalismo moderno vão se desenvolvendo perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas sem o conhecimento das quais não é possível compreender o próprio fenômeno da modernidade constitucional.

¹⁴ A expressão “movimento constitucional” é utilizada no sentido empregado por Canotilho, como um movimento gerador da constituição. (CANOTILHO, 2003).

¹⁵ Para uma maior e mais detalhada compreensão do movimento constitucional norte-americano ver: Griffin, Stephen. *American Constitutionalism. From the theory to the politics.* 1998.

¹⁶ Nesse sentido ver Blaco Valdés, Roberto L. La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesas e norte-americana. *In: Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976* (org. Jorge Miranda), Vol. III, Coimbra, 1998, p.11.

Para muitos, a efetiva consagração desse modelo ocorreu no ano de 1803 com o julgamento do famoso caso *Marbury v. Madison*¹⁷ quando houve a formal proclamação da superioridade das normas constitucionais frente a qualquer outra lei formulada pelo Parlamento, bem como da autoridade dos Tribunais para invalidação das leis consideradas inconstitucionais.

A par das questões políticas envolvidas nesse julgamento, o fato é que ele se tornou o marco da consolidação da supremacia¹⁸ da Suprema Corte americana, que passou a ser então formalmente reconhecida como a detentora da última palavra dentro do processo de interpretação constitucional.¹⁹

Até meados do século XX a ideia que prevalecia na maioria dos países, com a exceção dos Estados Unidos²⁰, era a de que as constituições eram proclamações políticas importantes, mas não possuíam *status* de normas jurídicas. As prescrições constitucionais não podiam ser aplicadas diretamente pelos juízes, nem geravam direitos subjetivos para os cidadãos.

Havia, principalmente nos países da Europa cidental, uma crença na legitimidade do Parlamento para a criação do Direito não existindo razão para submeter as leis por ele criadas à nenhuma espécie de revisão judicial. O controle que existia era um controle político, feito pelo próprio legislativo.²¹

¹⁷ Para uma visão crítica e maiores detalhes sobre o famoso julgamento *Marbury v. Madison* ver: Acosta Sánchez, José. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la Democracia Constitucional*. Madri: Tecnos, 1998. pp. 115 e Urbano, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional. Evolução Histórica e Modelos de Controlo da Constitucionalidade*. Almedina, 2012. pp. 28 a 36.

¹⁸ Neste trabalho quando fala-se em supremacia refere-se à síntese de Ward (2007), segundo a qual supremacia judicial define o *status* que os precedentes merecem, quando desafiados pela atuação superveniente do legislativo.

¹⁹ Griffin (2003) em importante estudo revela que o *judicial review* americano nem sempre esteve associado à ideia de supremacia judicial, tendo sido este elemento incorporado ao modelo posteriormente. Nesse sentido destaca: “*As has so often been noted, Marshall never claimed supremacy for the Court in Marbury. The opinion ends, after all, with Marshall saying that courts have an equal right to the other departament in interpreting the Constitution. The Court committed itself explicitly to judicial supremacy only relatively recently. In Cooper v. Aaron, for example, the Court stated that the “federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution”*”.

²⁰ Miranda (2007) destaca que diferente da França e dos países europeus durante o século XIX, os Estados Unidos vivem quase desde a sua formação sob o princípio da constitucionalidade, isto é, de que as leis e os outros atos do Estado devem ser conformes à Constituição e não devem ser aplicados pelos tribunais no caso de serem desconformes.

²¹ “O controle da conformidade das leis com a constituição começou por ser do tipo político. Á medida que o valor de lei suprema das constituições se ia impondo, os parlamentos iam-se sentido cada vez mais pressionados para permitir que as suas leis fossem objeto de fiscalização. Numa primeira fase, admitiram o controlo da

Portanto, durante muito tempo, na maioria dos países europeus em função da constituição ser vista como mero instrumento político desprovido de normatividade, cabia ao Parlamento a regulamentação das relações entre indivíduo e Estado, usufruindo então de um papel de legislador soberano, eis que seus atos não estavam subordinados a nenhum controle judicial, cabendo ao Poder Judiciário apenas a mera aplicação das leis.

O reconhecimento da constituição como norma jurídica só ocorreu no constitucionalismo do pós-45, com o fim da segunda guerra mundial, quando foram incorporados no texto constitucional direitos fundamentais e princípios relevantes de moralidade política.

Com isso, a partir da metade do século XX a maioria das novas constituições passaram a prever mecanismos de jurisdição constitucional ou procuram fortalecer ou ampliar os já existentes. A maior parte dos países que reestruturam suas ordens jurídicas desde então, seja após libertar-se do jugo de antigas colônias, seja depois da superação de ditaduras internas, optaram pela introdução ou ampliação de instrumentos de controle de constitucionalidade nos seus textos magnos (SARMENTO, 2006).

Ou seja, o desenvolvimento do constitucionalismo e o reconhecimento da constituição como norma jurídica suprema do Estado criaram a necessidade de um controle das normas infraconstitucionais.

Nesse contexto, desenvolveram-se inicialmente dois modelos de controle de constitucionalidade distintos que foram se espalhando pelos diversos países ao longo dos anos que se seguiram. O modelo decorrente do sistema americano ficou conhecido como controle difuso, tendo como principal característica o fato de todos os tribunais e juízes poderem declarar, dentro de um caso concreto, a inconstitucionalidade de uma lei infraconstitucional.

constitucionalidade das leis, mas seriam eles os responsáveis por um tal controle. Era, pois, um controle político, exercido por um órgão político, o parlamento (...). Seja como for, facilmente se constata que o controle político tende a ser pouco efetivo e eficaz. No caso específico do controle atribuído ao parlamento, pode afirmar-se, sem grande margem de erro, que os parlamentares eram “juizes em causa própria” (no fundo era um autocontrole). Por este motivo, o controle das normas acabaria por ser atribuído aos tribunais, tornando-se um controle judicial.” (URBANO, 2012, p.17).

Em oposição a esse modelo, Kelsen desenvolveu uma visão alternativa de controle de constitucionalidade para os sistemas europeus, que ficou conhecido como controle concentrado de constitucionalidade, ou modelo austríaco. Nesse tipo de controle, a proteção da Constituição previa a instituição de um controle abstrato das atividades do legislador, confiado a um único órgão separado dos tribunais ordinários - o Tribunal Constitucional. Ao juiz constitucional cabia manter ou anular o ato normativo do legislador, consoante o considerasse conforme ou desconforme a constituição. (URBANO, 2012).

Já nas últimas décadas do século XX a jurisdição constitucional foi se tornando uma realidade quase universal, passando a existir em países de todos os continentes. Tanto o modelo norte-americano como o modelo austríaco serviram de inspiração para a implementação do controle de constitucionalidade das leis e surgimento de modelos mistos.

Alguns países como o Brasil, por exemplo, desenvolveram sistemas mistos, onde estão presentes características de ambos os modelos, tanto o austríaco como o americano, ou seja, há tanto o controle de constitucionalidade difuso quanto o concentrado²². Já nos países do continente europeu o modelo mais disseminado foi o modelo Austríaco, o que impulsionou a criação de diversos Tribunais Constitucionais em países como Espanha, Itália e Portugal²³.

Assim, na grande maioria dos países desenvolveu-se um sistema de jurisdição constitucional aliado à ideia de supremacia judicial, no qual o Poder Judiciário é quem profere a última palavra no tocante a interpretação constitucional. Na Europa, em especial, a supremacia judicial foi se tornando uma realidade cada vez mais forte, sendo o ativismo judicial um dos responsáveis pelo fortalecimento e desenvolvimento da estrutura judiciária que se tem hoje na maioria dos países.

Diante de tudo isso, pode-se afirmar que uma das características mais evidentes no constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário, ultrapassando a originária ideia de legislador negativo tradicionalmente

²² Para maiores detalhes sobre o controle de constitucionalidade brasileiro ver BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo, Editora Saraiva, 2004.

²³ Para maiores detalhes sobre o controle de constitucionalidade Português ver Canotilho, 2008, capítulo 2.

concebida por Kelsen, dando margem ao surgimento de alguns fenômenos que serão tratados no tópico a seguir.

4. Jurisdição constitucional e democracia: um antigo debate.

A controvérsia acerca da natureza da atividade fiscalizatória exercida pelas Cortes Constitucionais decorre do possível conflito entre duas distintas legitimações: a dita legitimação democrática, tipicamente atribuída ao legislador, e a legitimação jurisdicional para a defesa do ordenamento jurídico constitucional, atribuída ao Juízo constitucional. Discute-se, sobretudo, o porquê da consignação ao Judiciário de tal atribuição fiscalizatória, bem assim quais seriam os objetos e limites do controle jurisdicional (PONTES, 2001, p. 65).²⁴

Os contornos desse debate estão intimamente ligados a noção de democracia, exercendo o seu conceito direta influência nos argumentos de defesa de um ou de outro Poder. Em apertada síntese, pode-se mencionar que aqueles que defendem a atribuição do Poder ao Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade das leis fundamentam-se na regra contramajoritária, ou seja, na necessidade de uma oposição a regra da maioria representada pelo Legislativo, principalmente para defender e proteger os direitos e garantias de minorias sem tanta representatividade, na busca por uma democracia substancial.²⁵

Em contrapartida, existem aqueles que defendem uma outra noção de democracia, fundada justamente nos argumentos de maioria e de representatividade, razão pela qual entendem pela ilegitimidade dos juízes, membros não eleitos pelo povo, para derrubar atos legislativos.

Apesar da discussão sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional ser um debate antigo, não se pode - sob nenhuma hipótese - considera-lo como

²⁴ Sobre o tradicional debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional ver: GARAPON, Antonie. O juiz e a democracia: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Renavn, 2009; Linares, Sebastián. La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes. Madrid: Marcial Pons; MOREIRA, Vital. Princípio da Maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional in Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, 1993. pp. 167-175.

²⁵ Sobre a regra contramajoritária ver: BICKEL, Alexander. The last dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics. New Haven: Yale University, 1986 e WHITE, G. Edward. History and the Constitution. Durham: Carolina Academic Press, 2007.

algo superado, sobretudo porque, na atualidade, os argumentos inseridos na questão estão cada vez mais sofisticados e possibilitam uma discussão além do tradicional binômio *Judiciário x Legislativo* no tocante a detenção da última palavra em matéria constitucional.

Nas últimas décadas vivencia-se uma expansão do tradicional modelo do *judicial review* americano pelo Globo e, conseqüentemente, um reforço e um alargamento do Poder Judiciário, razão pela qual muitos países hoje adotam modelos fundados em uma supremacia judicial, na qual os juízes são os responsáveis por emitir a palavra final na resolução de conflitos constitucionais.

A referida expansão propiciou o desenvolvimento de fenômenos como a judicialização de questões políticas e o ativismo judicial, os quais são atualmente considerados por alguns como uma ameaça ao princípio democrático, a separação de poderes e, até mesmo, a efetividade de direitos fundamentais. Diante disso, acabam por vir novamente à tona antigos questionamentos relativos à legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

A judicialização da Política, aqui entendida como a dependência de Tribunais e dos meios judiciais para abordar/solucionar impasses morais fundamentais, questões de políticas públicas e controvérsias políticas, é um fenômeno mundial. Embora muitas questões de políticas públicas ainda permaneçam além do alcance do Judiciário, é fato incontestável que tem havido uma deferência das outras esferas do Poder no sentido de acolher a intrusão do mesmo em suas prerrogativas, o que acaba por acelerar o processo de judicialização das agendas políticas (HIRSCHL, 2008).²⁶

²⁶ Hirschl faz importante observação sobre um nível diferente de judicialização, o qual denomina de judicialização da 'mega-política' a qual seria mais impactante, e conseqüentemente mais preocupante. De acordo com o autor *"Today, not a single week passes without a national high court somewhere in the world releasing a major judgment pertaining to the scope of constitutional rights or the limits on legislative or executive powers. The most common are cases dealing with procedural justice and criminal 'due process' rights. Aggregate data suggest that approximately two-thirds of all constitutional rights cases in the 'world of new constitutionalism' deal with that type of rights. Also common are rulings involving classic civil liberties, the right to privacy, and formal equality. This ever-expanding body of civil liberties jurisprudence has expanded and fortified the boundaries of the constitutionally protected private sphere (often perceived as threatened by the long arm of the state and its regulatory laws) and has transformed numerous policy areas involving individual freedoms. In recent years we have seen the emergence of another level of judicialized politics: reliance on courts and judges for dealing with what we might call 'mega-politics' – core political controversies that define the boundaries of the collective or cut through the heart of entire nations. This level of judicialization includes several subcategories: judicial scrutiny of executive-branch prerogatives in the realms of macroeconomic planning or national security (i.e., the demise of what constitutional theorists call the 'political question' doctrine); judicialization of electoral processes; judicial corroboration of regime transformation; fundamental restorative-justice dilemmas; and above all, the judicialization of formative*

Com o reconhecimento internacional da importância da proteção dos direitos fundamentais e o consequente entendimento de que a enunciação desses direitos na Carta Magna determina, por si só, um direito subjetivo em favor dos cidadãos, o Estado passou a ser responsável pela realização de políticas públicas que visem à sua efetividade, não mais sendo suficiente apenas que não os viole, mas também que aja de forma a propiciar a sua eficácia.

Assim, o Judiciário passou a ser visto como o principal centro de discussão sobre a efetividade desses direitos, principalmente pela sociedade, que encontrou nas demandas judiciais um meio de coagir o Estado a dar cumprimento e efetividade aos direitos constitucionalmente assegurados. O progressivo aumento dessas demandas fez com que fosse possível uma realização do controle judicial das políticas públicas estatais, favorecendo a judicialização de temas que antes eram reservados ao campo da política.²⁷

Esse cenário também propiciou a ocorrência de outro fenômeno designado como ativismo judicial, ou governo de juízes²⁸, que a par da sua difícil e heterogênea conceituação, deve aqui ser entendido como a excessiva atividade criativa do juiz constitucional.²⁹

Tanto a judicialização de questões políticas como o ativismo judicial podem ser identificados como patologias dentro do sistema da jurisdição constitucional sob o ponto de vista do princípio da separação de poderes (TAVARES DA SILVA, 2014) eis que ocasionam um excesso de autonomia e poder ao Judiciário em detrimento dos demais poderes, facilitando inclusive a usurpação de competências.

collective identity, nation-building processes, and struggles over the very definition or raison d'être of the polity as such – arguably the most troubling type of judicialization from a participatory democracy standpoint. These emerging areas of judicialized politics expand the boundaries of national high-court involvement in the political sphere beyond any previous limit”.

²⁷ Esse é um tema muito discutido no Brasil, onde há um grande número de demandas judiciais - individuais e coletivas - que questionam a efetividade de direitos fundamentais como o direito à saúde, à educação etc. Sobre o assunto ver: VALLE, Vanice Regina Lírio do. Judicialização das políticas públicas no Brasil: Até onde podem nos levar as asas de Ícaro. In **Themis, Revista de Direito da Universidade Nova de Lisboa**, ano XI, nº 20/21, 2011.

²⁸ A criação dessas expressões é respectivamente atribuída à Arthur Schlesinger Jr e Walter Clark.

²⁹ Sobre o ativismo judicial ver URBANO, 2012, p. 87- 101.

Somado a esses fenômenos, outro importante componente que ajudou a reacender o debate³⁰ foi a recente transposição do modelo americano do *judicial review* fundado na supremacia judicial para países da *Commonwealth* tradicionalmente centrados em um modelo de soberania parlamentar, a qual será melhor abordada no tópico a seguir.

Diante das evidentes dificuldades de harmonização do modelo de revisão judicial das leis para países onde até então o Parlamento era soberano, expoentes doutrinadores como Ronald Dworkin e Jeremy Waldron voltaram sua atenção para a análise das vantagens e desvantagens da realização de um controle judicial dos atos do Parlamento e da sua legitimidade democrática.

Dworkin (2006) postula uma “concepção constitucional de democracia”³¹, segundo a qual o regime democrático demanda a tomada de decisões coletivas por instituições que tratem de forma isonômica todos os cidadãos, fato que nem sempre irá ocorrer em procedimentos majoritários. Assim, o Autor defende que o primordial para a legitimidade democrática de uma decisão é o seu conteúdo substantivo, e não propriamente o procedimento em si realizado para a sua elaboração.

Sendo assim, alega a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade das leis realizada pelo Poder Judiciário, eis que esta seria, no seu entender, a instância do Poder mais apta a fornecer a “resposta certa” sobre direitos fundamentais (DWORKIN, 2001).

³⁰ Necessário esclarecer que o controle de constitucionalidade sempre foi alvo de desconfiança sob o ponto de vista da teoria democrática, durante muitos anos importantes estudiosos concentraram esforços tentando buscar uma justificativa capaz de legitimá-lo, como o famoso debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. Todavia o debate de hoje, o qual interessa para o presente trabalho se funda em argumentos mais complexos, por razões didáticas não iremos retomar ao debate mais antigo.

³¹“Se rejeitamos a premissa majoritária, precisaremos de uma explicação diferente, e melhor, do valor e da finalidade da democracia. Vou defender agora uma explicação – que chamo de concepção constitucional da democracia – que efetivamente rejeita a premissa majoritária. Segundo essa explicação, o fato de as decisões coletivas serem sempre, ou normalmente, as decisões que a maioria dos cidadãos e tomariam se fossem plenamente informados e racionais, não é nem uma meta nem uma definição de democracia. O objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito. (...) a concepção constitucional requer esses procedimentos majoritários em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria. Por isso, não opõe objeção alguma ao emprego deste ou daquele procedimento não majoritário em ocasiões especiais nas quais tal procedimento poderia proteger ou promover a igualdade que, segunda essa concepção, é a própria essência da democracia, e não aceita que essas exceções sejam causa de arrependimento moral”. (DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26).

Em contrapartida, Waldron (1999) sustenta que a legitimidade democrática de uma decisão coletiva não pode ser julgada a partir dos seus resultados, como propõe Dworkin, mas sim pelo caráter democrático do procedimento de tomada da decisão. Partindo do princípio da existência de um grande dissenso acerca dos direitos fundamentais dentro da sociedade, entende que não é legítimo que predomine como correta, entre as diversas visões existentes, aquela enunciada pelo Judiciário.

Segundo o Autor o tradicional modelo do *judicial review* aliado à supremacia do Judiciário, não é o meio mais adequado para a tomada de decisão final em uma sociedade livre e democrática. Apesar de criticar severamente essa prática, não ignora a sua existência na maioria dos países, e faz uma distinção entre os diversos sistemas, classificando-os em: sistemas fortes, intermediários e fracos, de acordo com a quantidade de poder que é atribuído ao Judiciário. (WALDRON, 2014).

Neste sentido, é importante a distinção que propõe entre *judicial review* e supremacia judicial. O primeiro, conceitua como uma forma de controle judicial das leis que na sua melhor concretização prática pode operar como um poder modesto de restrição; já a supremacia judicial como a ideia de que os juízes são supremos e até soberanos na política, estando todos os outros poderes políticos a eles subordinados. (WALDRON, 2014, p. 5).

Esclarece, por exemplo, que nos Estados Unidos há uma supremacia judicial não necessariamente pela adoção de um modelo forte de revisão judicial, mas sim pela forma que este vem sendo exercido pela Suprema Corte Americana. (WALDRON, 2014, p. 11).

O raciocínio desenvolvido por Waldron é importante, principalmente, para demonstrar que não deve haver uma vinculação necessária entre *judicial review* e supremacia judicial. Ou seja, para o autor a supremacia judicial e seus efeitos negativos pode e deve ser combatida, sem que para isso tenha-se que abolir a prática da revisão judicial das leis, a qual pode até ser considerada como uma prática boa e necessária.

Com base nesse raciocínio, atualmente o tradicional modelo de *judicial review* aliado a supremacia do Poder Judiciário tem sido um dos maiores alvos de críticas da teoria constitucional, não apenas sob a ótica da legitimidade democrática, mas também pelo seu resultado no que tange a verdadeira efetivação dos direitos fundamentais.

O excesso de poder concedido ao Judiciário passou então a ser visto com maus olhos em razão de fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização política, levando a doutrina a uma busca incessante por formas de combate a essas patologias.

Em face disso, alguns Estados de tradição parlamentar, cientes dessa realidade negativa vivenciada nos demais países, porém convencidos da necessidade de implementação de um sistema de revisão judicial das leis para uma maior efetivação dos direitos fundamentais, buscaram desenvolver modelos alternativos aos até então existentes.

Uma das propostas desses novos modelos é superar o problema da legitimidade democrática do *judicial review* mediante a promoção de um reequilíbrio entre o Legislativo e Judiciário, conforme se lerá nas próximas páginas.

5. A implementação do judicial review nos países da commonwealth e o surgimento de uma nova alternativa ao binômio judiciário v. Legislativo – weak form of judicial review.

A evolução do *judicial review*, na medida em que os Estados foram se confrontando em pleno século XX com o problema da escolha de mecanismos de controle de constitucionalidade para os seus sistemas normativos procurando ajustar os modelos já existentes às suas realidades, permitiu o desenvolvimento de diversos novos modelos (TAVARES DA SILVA, 2014).

Entre 1982 e 1998, países como Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido, que até então viviam sob a égide de um sistema pautado na supremacia do Parlamento, ao adotarem um *Bill of Rights* instituíram um modelo de revisão judicial a partir do tradicional modelo americano, porém, tentando uma nova forma de equilíbrio entre os poderes, até então inexistente.

Esse modelo foi denominado por Tushnet como *weak form of judicial review*, em oposição ao modelo americano que constitui um *strong form of judicial review* no qual a interpretação constitucional efetuada pela Suprema Corte é praticamente irreversível e inalterável por maiorias legislativas ordinárias (TUSHNET, 2009, p. 33).

O novo modelo traduz-se basicamente em uma forma de controle de constitucionalidade onde existem mecanismos de respostas da população àquelas decisões

que lhes parecem erradas, visando com isso diminuir a tensão natural relativa a legitimidade democrática do *judicial review*.

Nele, a interpretação judicial das provisões constitucionais pode ser revisada pelo legislativo em um prazo relativamente curto, usando uma regra de decisão não muito diferente da que é usada no processo legislativo cotidiano (TUSHNET, 2009). Com isso, tem-se um modelo que dissocia a jurisdição constitucional da supremacia judicial, permitindo também ao Legislativo o pronunciamento.

Gardbaum (2013) identifica que este modelo foi feito sob a exata medida para permitir uma maior proteção jurídica aos direitos dentro de países com culturas políticas nas quais há um apego substancial à soberania parlamentar como provedora de uma longa, e, em grande parte, bem sucedida tradição constitucional democrática.³²

Em síntese, o novo modelo de jurisdição constitucional adotado pelos países da *Commonwealth*, advém então da busca pela conciliação entre a necessidade de proteção dos novos direitos fundamentais e a tradição da supremacia parlamentar, o que certamente não há no tradicional modelo norte-americano.

Cada um dos países adeptos desse modelo buscou, em suas especificidades, adotar mecanismos que prometiam a possibilidade de um exercício da jurisdição constitucional pautado no equilíbrio institucional, sugerindo uma responsabilidade conjunta pela decisão final, além de permitir o exercício de um diálogo deliberativo entre o Judiciário e o Legislativo no tocante a aplicação e proteção dos direitos fundamentais (GARDBAUM, 2013).³³

Na prática, pode-se dizer que o marco inicial do denominado sistema brando de constitucionalidade, se deu com o advento da Carta Canadense de 1982³⁴, a qual

³² “Most importantly, while granting courts the power to enforce fundamental rights, it decouples judicial review from judicial supremacy by empowering legislatures to have the final word. This new model was custom-built to permit greater legal protection of rights within political cultures in which there is substantial attachment to parliamentary sovereignty as having provided a long and largely successful tradition of constitutionalist democracy.” (GARDBAUM, 2013, p. 760).

³³ Sobre a evolução do constitucionalismo nos países da Commonwealth ver também: ZINES, Leslie. *Constitutional change in the Commonwealth*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

³⁴ *Constitution Act, 1982*. Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/index.html>>

traz na sua Seção 33³⁵ a previsão da *notwithstanding clause*, o que permite ao Legislativo determinar a aplicação de um diploma normativo expressamente reconhecido pelo Judiciário como inconstitucional e na Seção 1³⁶ com a previsão da possibilidade do Legislador reeditar uma norma que configure e limite direito consagrado nas seções 2 e de 7 a 15 e que já tenha sido objeto de reprovação pelo Judiciário, desde que fundada em justificativa razoável.

A despeito das críticas dirigidas a esses mecanismos, as quais serão abordadas ao longo do presente trabalho, a experiência Canadense chamou a atenção de diversos doutrinadores por todo o mundo, bem como inspirou outros países de tradição parlamentar a adotar esse novo modelo de jurisdição constitucional.

O Reino Unido, por exemplo, com a aprovação do *Human Rights Act* (HRA) em 1998 passou a adotar o mecanismo da *interpretive obligation* e de *declarations of incompatibility*; a Nova Zelândia, também após a aprovação da sua Carta de Direitos Humanos, introduziu mecanismo similar à cláusula interpretativa da Inglaterra.

Logo, apesar de cada país adotar mecanismos diferentes, pode-se dizer que adotam um modelo fraco de controle de constitucionalidade, eis que neles não existe a ideia de supremacia judicial, ou seja, a última palavra em matéria de interpretação constitucional não é dada necessariamente pelo Judiciário, havendo a possibilidade de contradita pelo Legislativo e até mesmo de prevalência da interpretação deste último.

Dessa maneira, a partir da observação dessas novas experiências, dos problemas oriundos da prática do ativismo judicial, da crescente judicialização da Política, das controvérsias sobre a legitimidade da jurisdição constitucional e da incessante busca pela efetividade de direitos, eclodem inúmeras teorias que tentam explicar e fundamentar a existência de um diálogo entre Legislativo e Judiciário no seio da jurisdição constitucional: são as denominadas teorias dialógicas, as quais serão expostas e analisadas na sequência de forma sistemática.

³⁵ “33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.”

³⁶ “1. The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.”

CAPÍTULO 2 – AS TEORIAS DIÁLOGICAS E A CONCRETIZAÇÃO DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL.

6. Teoria dos diálogos institucionais

Antes de iniciar a análise das respectivas teorias, importa esclarecer que apesar das mesmas terem se desenvolvido doutrinariamente em sua maioria e com maior força após a criação do *weak judicial review* como explicado até aqui, algumas delas são anteriores à isso e fruto da análise de sistemas tradicionais, como o do próprio Estados Unidos, conforme será demonstrado na sequência.

É necessário explicar que a referência à “diálogos institucionais”, apesar do reconhecimento da existência de diversas instituições no âmbito estatal, está-se privilegiando especificamente a interação entre as Cortes Constitucionais e o Parlamento, sobretudo porque o cerne do debate acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional restringe-se a essas duas vertentes do Poder, ficando o executivo de fora, pois, segundo a tradicional doutrina, nunca foi considerado forte candidato a detentor da última palavra no processo de interpretação constitucional. Dito isso, explicar-se-á o que as teorias possuem em comum e quais os seus fundamentos basilares.

Como já demonstrado, a ideia de diálogo institucional surge a partir do novo paradigma do constitucionalismo contemporâneo, que tem por objetivo não mais analisar quem deve interpretar a Constituição, mas sim buscar uma teoria que seja construída a partir de uma proposta cooperativa, por intermédio da qual as instituições possam compartilhar fundamentos em comum ao operacionalizar as ordens jurídica e política.

Esse entendimento é consequência da análise do novo modelo de jurisdição constitucional iniciado no Canadá, o qual aponta para a necessidade de reestabelecimento de um equilíbrio entre as instituições por meio da alocação de responsabilidade recíproca entre Tribunais e Parlamento na formulação de políticas e legislação.

Ou seja, as teorias dialógicas partem da premissa de que, muitas vezes, a decisão judicial não será suficiente para a resolução de um conflito sobre direitos, sobretudo nos casos relativos à efetivação de direitos fundamentais, nos quais existem limitações que

ultrapassam a seara da competência judicial, portanto, não pode a decisão judicial ser considerada o fim da linha dentro da jurisdição constitucional, principalmente quando se busca a máxima eficácia de direitos fundamentais.

Em contraste com as teorias de interpretação que propõem critérios que os juízes devem utilizar para resolução de conflitos constitucionais, as teorias de diálogo centram-se no processo institucional por meio do qual as decisões sobre o significado constitucional são feitas, sugerindo que este envolve a elaboração compartilhada do significado constitucional entre o Judiciário e outros atores (BATEUP, 2005).

As teorias que abordam o exercício de um diálogo institucional na resolução dos conflitos constitucionais, buscam em primeiro lugar entender e verificar como essa interação ocorre, qual o seu significado, reforçando o princípio da separação de poderes a partir da percepção de que todas as instituições, cada uma em sua especificidade, são responsáveis por uma parcela da tarefa da interpretação constitucional.

As teorias dialógicas não fornecem respostas certas para os casos difíceis de interpretação, mas despertam um processo no qual todos participam na busca dessa resposta. Rejeita os extremos tanto da atuação judicial como da atuação legislativa, a Corte não impede que a prevalência da legislação, mas induz o Parlamento a assumir a responsabilidade política e apresentar justificativas razoáveis para suas escolhas no tocante à restrição de direitos. (ROACH, 2001).

Nesse sentido, Sustain e Vermule (2002) indicam a necessidade de uma virada institucional no pensamento sobre a interpretação constitucional, chamando a atenção para a necessidade de observação da capacidade das instituições, e dos efeitos dinâmicos de qualquer abordagem específica e de suas consequências.

A partir dessa ideia, as teorias do diálogo institucional sugerem que não deve haver um predomínio de uma instituição sobre a outra quando do exercício da jurisdição constitucional, mas sim uma força tarefa, uma atuação conjunta das mesmas.

Sendo assim, diversas teorias têm se proliferado no sentido de fundamentar à abertura ao diálogo no exercício da jurisdição constitucional, visando, sobretudo o restabelecimento do equilíbrio entre os poderes como fundamento de uma legitimidade democrática, a defesa de um sistema brando de controle de constitucionalidade, e a concretização dos direitos fundamentais.

Buscar-se-á, na continuidade deste capítulo, analisar á luz das teorias dialógicas, algumas práticas do Judiciário e Legislativo, a fim de identificar até que ponto essas teorias podem ser consideradas como efetivadoras de um diálogo concreto e substancial no exercício da jurisdição constitucional, e quais seus contributos no tocante a superação dos problemas relativos a sua legitimidade e no combate ao ativismo.

Entretanto, antes de fazer a exposição de cada teoria e seus efeitos práticos em específico, é imprescindível destacar que há na doutrina uma aparente diferenciação entre tipos de diálogo, gerando uma dicotomia: diálogo formal e diálogo material, a qual passamos a explorar no tópico seguinte.

7. Diálogo formal v. Diálogo material

Para que se possa analisar de forma mais clara e eficaz as teorias dialógicas e suas respectivas práticas se faz necessário, primeiramente, entender o que seria um verdadeiro diálogo e quando este pode ser considerado verdadeiramente promissor no sentido de cumprir os objetivos a que a teoria se propõe.

De início, pode-se afirmar que essa tarefa é árdua, eis que nela residem justamente os maiores alvos das críticas direcionadas as teorias dialógicas conforme veremos na sequência. Apesar de todas as benesses que a ideia de um diálogo constitucional apresenta, a sua prática ainda é um pouco conflituosa, eis que nem tudo aquilo que alguns denominam de “diálogo” deve ser, de fato, assim considerado.

Na definição de Dor (2000), o diálogo material ou substantivo ocorre quando há o comprometimento e engajamento de todos os participantes na busca de uma solução harmoniosa que conterà tanto a interpretação do Tribunal relativa a uma questão constitucional, como o interesse do legislador.

Ou seja, no desenvolvimento do diálogo, em seu sentido material, há a conciliação entre a interpretação judicial e os interesses do legislador, buscando o Tribunal articular as falhas da legislação, e o legislador a incluir nas suas iniciativas a interpretação do Tribunal, buscando soluções para alcançar o seu objetivo à luz dessa interpretação.

Já o diálogo no sentido formal ocorre quando a atuação legislativa pouco, ou nada, acrescenta ao resultado final, servindo apenas para “carimbar” a decisão

judicial, ou seja, quando há a total deferência do Legislativo à decisão judicial.

Tremblay (2005), também em importante análise sobre o tema, ao tratar dos limites da teoria dos diálogos institucionais, apesar de não negar a possibilidade da sua concretização prática, introduz duas concepções genéricas de diálogos: os de conversação e os de deliberação.

Para o Autor, os diálogos pautados em uma conversação são, em síntese, aqueles que ocorrem de uma maneira mais informal e espontânea, no qual há uma troca de ideias, sentimentos ou opiniões sem um comprometimento das partes com um entendimento em comum, um aprendizado, ou descoberta de novas perspectivas, não há, pois, um empenho na argumentação ou um debate forte. Seria, de certa forma, como um diálogo entre amigos após uma refeição.

Em contrapartida, a concepção deliberativa de diálogo, consiste em prática semelhante à conversação, pois também há troca de ideias, sentimentos e opiniões entre duas ou mais pessoas, porém de maneira mais formal e menos espontânea. Na deliberação, as partes possuem um mesmo propósito, buscam por intermédio da troca de argumentos e ideias a resolução coletiva de conflitos ou problemas.

Sendo assim, o diálogo pautado na conversação consistiria em um diálogo meramente formal, o qual, segundo alguns autores, não deve ser considerado como uma forma efetiva de diálogo, eis que não há uma verdadeira inteiração entre os poderes, mas tão somente uma possibilidade de resposta de um ao outro.

Desta forma, pode-se inferir que para que haja a verdadeira concretização dos objetivos propostos pela teoria do diálogo institucional, a simples formulação pautada em um diálogo formal não seria suficiente, fazendo-se necessária a ocorrência de uma deliberação concreta entre os poderes, uma verdadeira deliberação a fim de chegar a consenso no que tange a interpretação constitucional.

Neste estudo não se despreza nenhuma dessas concepções de diálogo, ao contrário, busca-se demonstrar justamente aquelas práticas que mais se coadunam com a concepção de um diálogo material, porém também ressaltando os benefícios daquelas que consistam apenas uma vertente formal.

Feita essa diferenciação, passa-se a expor, de maneira mais específica,

as teorias dialógicas e suas manifestações práticas. Utilizar-se-á, didaticamente, a sistematização das teorias feita por Christine Bateup, sobretudo no que tange a classificação das mesmas, já que nosso objetivo é tentar abordar o maior número possível de teorias e práticas.

A exposição inicia-se pela análise da prática sugerida pela doutrina como dialógica em países que possuem um controle de constitucionalidade forte, ou seja, inicialmente formulado com base em uma supremacia do Judiciário na tarefa de revisão judicial das leis.

Após o que, será mencionado a prática dialógica nos países que adotam um controle fraco de constitucionalidade, onde a ideia de diálogo, *a priori*, é mais evidente pelo fato do próprio modelo constitucional prever mecanismos voltados para esse fim.

8. Teorias dialógicas fundadas no método judicial

As teorias fundadas no método judicial são aquelas que defendem que o diálogo deve ocorrer dentro da decisão judicial. Têm como elemento central a defesa do uso consciente pelo Judiciário de técnicas de tomada de decisões que estimulem e incentivem o debate mais amplo sobre o significado constitucional com - e entre - os poderes políticos.

Para a prática dessa modalidade de diálogo, não há a exigência da existência de mecanismos formais de relação institucional, eis que o diálogo se estabelece não pela observação de um preceito específico prévio, mas pela simples interação entre os distintos ramos do Poder, por essa razão é possível encontrar os maiores exemplos desse tipo de diálogo em sistemas de jurisdição constitucional centrados na supremacia judicial, conforme se lerá a seguir.

Bateup subdivide essas formas de diálogo em duas categorias: as denominadas de aconselhamento judicial (*judicial advice- giving*) e as teorias centradas no processo (*process centered rules*).

Antes de se tratado cada categoria em específico, necessário destacar mais uma vez que o foco, neste caso, está em buscar exemplos da manifestação dessa teoria na jurisdição constitucional de países que adotam um modelo de revisão judicial inspirado no tradicional modelo norte americano, justamente para tentar verificar se neles também há

uma possibilidade de diálogo já que adotam um sistema forte de controle de constitucionalidade, sugerindo o que alguns autores chamam de “enfraquecimento do controle de constitucionalidade” e, fazer o contraponto com a forma de diálogo estabelecida em jurisdições constitucionais que adotam o *weak judicial review*, para verificar onde se assemelham e onde se distanciam .

Reassalte-se, ainda, que o objetivo não é exaurir todas as questões e pormenores práticos e teóricos dos exemplos que serão dados a seguir, mas tão somente abordar as questões referentes ao potencial dialógico dos institutos jurídicos mencionados, que é o que interessa para o alcance do objetivo do presente trabalho.

8.1 Aconselhamento judicial.

As técnicas de aconselhamento judicial consistem em formas proativas de interpretação constitucional e construção de decisões que o Judiciário recomendam o curso de ação do Poder Legislativo e busca aconselhá-lo com o objetivo de evitar futuros problemas constitucionais.

O uso dessas técnicas visa assegurar que os ramos políticos visualizem e entendam a interpretação constitucional feita pelo Judiciário, para que com isso elaborem a legislação de acordo com a mesma, ou ainda alterem a legislação em vigor para evitar discrepâncias (BATEUP, 2005, p.17).

Por não existir uma forma predeterminada para promoção do aconselhamento judicial, nem a necessidade de previsão de um mecanismo específico para tanto, ele se traduz na prática de inúmeras formas. Sendo assim não há como enumerar todas as suas possibilidades práticas de forma exaustiva, razão pela qual foram selecionadas as mais importantes e evidentes.

8.1.1 Constitutional road maps

A doutrina americana reporta-se às decisões judiciais denominadas de *constitutional road maps* mediante as quais o Judiciário pronuncia a inconstitucionalidade de uma lei, mas ao mesmo tempo aponta os caminhos possíveis a serem seguidos pelo Legislativo para a correção da incompatibilidade.

Essa técnica foi utilizada pela Suprema Corte Americana no julgamento do caso *City of Chicago v. Morales*³⁷, no qual foi analisada a constitucionalidade da *Chicago's gang-loitering law*, lei que impedia a congregação pública de membros de gangues e seus associados.

A lei foi considerada inconstitucional por ser vaga e violar o devido processo legal, porém, apesar de declarara inconstitucionalidade, a Suprema Corte proferiu decisão esboçando de forma detalhada as alternativas legais com potencial para sobreviver ao escrutínio judicial.

As diretrizes para a elaboração de um estatuto legal em consonância com a Constituição foram traçadas no voto da Juíza Sandra O'Connor, as quais, em sua maioria, foram seguidas pelo Legislativo na elaboração do novo diploma legal aproximadamente três anos depois, razão pela qual a decisão é apontada pela doutrina como fruto de diálogo.

Apesar de neste caso a decisão da Suprema Corte ter servido de diretriz para a elaboração de um novo diploma legal, nem sempre é o que ocorre. A técnica do *constitutional road map* é alvo de muitas críticas, sendo considerada uma das técnicas mais radicais e perigosas de incentivo pós-invalidação da lei, pois ao derrubar a legislação em análise o Judiciário oferece um roteiro a ser seguido pelo Legislativo para criar um estatuto legal que seja constitucional. (LUNA, 2001).

8.1.2 Sentenças intermedias (declarações de mera incompatibilidade e sentenças apelativas).

No âmbito europeu, em especial no Direito alemão, existem alguns tipos de sentenças oriundas do controle de constitucionalidade que são consideradas como técnicas dialógicas sob o ponto de vista das teorias fundadas no método judicial. Essas sentenças fazem parte do grupo das chamadas “sentenças intermedias” ou “sentenças

³⁷ Oportuno se faz esclarecer que não se adentra nas questões fáticas do caso nem no mérito da decisão por fugir ao escopo do presente trabalho, porém a decisão pode ser consultada na íntegra em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/527/41/case.html>.

normativas”³⁸ as quais são decisões judiciais que se situam entre o considerar e o não considerar a inconstitucionalidade de uma norma, e, nos casos em que é admissível, entre rejeitar a norma considerada inconstitucional e concomitantemente expulsá-la do ordenamento jurídico, e não considerar constitucional e mantê-la (URBANO, 2012, p. 87)³⁹

Apesar de não nos interessar a análise de todos os diversos tipos de sentenças intermedias, é oportuno destacar que as mesmas são uma produção recente da jurisdição constitucional dos países europeus que adotaram o modelo austríaco de controle de constitucionalidade, ou seja, um controle concentrado/abstrato, realizado por um Tribunal criado para esse fim específico e que revelam que a idealização de Kelsen, de criação de um órgão que atue como legislador negativo, vem sendo ultrapassada à medida que os Tribunais Constitucionais não mais se limitam meramente a decidir pela constitucionalidade ou não de uma norma, sobretudo pela evidente complexidade dos problemas constitucionais que exigem decisões mais elaboradas que o esquema “constitucional v. inconstitucional”.

Pois bem. O primeiro tipo de sentença dentro desse universo que pode ser considerada como uma técnica dialógica é a chamada “declaração de mera incompatibilidade”, originária da jurisprudência alemã. Consiste em uma decisão do Tribunal Constitucional onde não há a anulação da lei, mas apenas a declaração de que a mesma é incompatível com a constituição, e a sua conseqüente suspensão até que o Legislativo efetue a correção da norma a fim de torná-la constitucional.

Ou seja, o Tribunal reconhece a inconstitucionalidade da norma, porém sem declarar a sua nulidade, mantendo-a no ordenamento jurídico, mas suspendendo a sua aplicação. Com isso, de acordo com os defensores dessa prática, o Judiciário estaria permitindo ao Legislativo a correção da legislação a tempo de evitar um vácuo legislativo (QUEIROZ, 2012).

Essa prática tem sido muito utilizada pelo Tribunal Constitucional Alemão nos casos em que “a declaração de nulidade haveria de produzir uma situação jurídica insuportável”, especialmente nas seguintes situações: a) quando o juiz reconhece que o legislador não tinha outra alternativa, dado o contexto histórico existente; b) quando a

³⁸ Não há um consenso na doutrina a respeito da denominação desses tipos de decisão, aqui se optou por utilizar essas duas nomenclaturas por serem amplamente difundidas e utilizadas pelos doutrinados portugueses e brasileiros, respectivamente.

³⁹ No contexto brasileiro essas decisões são conhecidas como sentenças interpretativas, ou intermediárias.

inconstitucionalidade não é evidente, designadamente, por motivos de segurança; c) quando a ausência da norma inconstitucional é menos adequada que a sua manutenção; d) quando estão em causa disciplinas discriminatórias (URBANO, 2012, p. 81-82).

Mendes (1990) destaca que essa técnica decisória é utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão principalmente nos casos em que está em jogo o princípio da isonomia, quando uma lei injustificadamente confere benefícios a um determinado número de pessoas ou grupos sociais deixando de englobar outros setores, caracterizando assim uma situação singular complexa, que não pode ser resolvida com a simples declaração de inconstitucionalidade da lei.

Outra importante figura também originária do direito alemão, mas hoje também muito presente no Direito italiano, são as “sentenças apelativas ou exortativas”. Nesse tipo de sentença o Tribunal Constitucional não considera a lei inconstitucional no momento em que profere a decisão, entretanto, alerta o Legislativo para a possibilidade de uma futura inconstitucionalidade e, diante disso, dirige-lhe um apelo para que modificação a legislação a fim de adequá-la a Lei Maior.

Esse apelo visa, sobretudo, evitar uma futura inconstitucionalidade e com base nessa justificativa, o Tribunal oferece ao legislador, com maior ou menor determinação e exigência, possibilidades, orientações para a reparação da norma em tempo útil, fixando em alguns casos um prazo para tanto (URBANO, 2012a).

Diferem das decisões de mera incompatibilidade pois nessas a norma já foi considerada inconstitucional, cabendo ao legislador proceder a imediata adequação para sanar a inconstitucionalidade, enquanto que nas sentenças apelativas a violação ao texto constitucional ainda não foi consumada, ou ainda não há certeza sobre a sua ocorrência (SILVA, 2008).

A doutrina italiana tem, maioritariamente, fundamentado a utilização desse tipo de decisão em um chamado constitucionalismo cooperativo italiano, equivalente a dizer que o Tribunal Constitucional, quando confrontado com a inércia do poder político, tem desempenhado uma função propulsora dos valores constitucionais (SILVA, 2008, p.1119).

O que essas decisões possuem em comum entre si e também com a primeira figura aqui mencionada, do *constitutional road map*, é o fato de conterem em seu

corpo, em menor ou maior grau, orientações para a atividade legislativa visando sanar ou evitar questões de inconstitucionalidade.

Na visão de Gomes Canotilho (2003 p. 1018) esses tipos de decisões são altamente criticáveis pois “a não atribuição dos efeitos da nulidade *ipso jure* não pode implicar a sobrevivência e aplicação da norma considerada inconstitucional, nem os «perigos» das lacunas legislativas se podem sobrepor aos perigos da erosão do princípio da constitucionalidade dos actos normativos”.

8.2 Teorias centradas no processo

Apesar de ser classificada por Bateup como uma forma de diálogo que emana de uma decisão judicial, pode-se dizer que é o contraponto do método do aconselhamento judicial, pois, ao invés de defender a postura provocadora do Judiciário à reposta legislativa como centro do diálogo, preconiza justamente o contrário: uma atuação contida dos Tribunais de forma a deixar um maior espaço para a atuação legislativa.

De acordo com esse grupo de teorias, o Judiciário não deve apontar o caminho a ser seguido pelo Legislativo, criando diretrizes ou dando orientações, é uma atividade que não lhe compete, mas deve possibilitar um “segundo olhar” para a questão.

8.2.1 Minimalismo judicial

A teoria do minimalismo judicial tem se desenvolvido principalmente no contexto norte americano, onde os precedente judiciais possuem muita força normativa. Ela pretende a afirmação do princípio democrático por meio da limitação da atuação judicial no processo de tomada de decisões que envolvam, principalmente, a fixação do conteúdo de direitos fundamentais em temas sensíveis da vida social, como questões relacionadas ao aborto, casamento de homossexuais, dentre outras.

O atual expoente defensor dessa teoria é o americano Cass R. Sustein, que propõe uma limitação da atuação jurisdicional das Cortes, as quais não devem decidir questões que extrapolem o caso concreto que está em análise, visando um “uso construtivo do silêncio”.

Ou seja, o Judiciário não deve tomar decisões abrangentes, de forma

que enclausurem a discussão para sempre, mas sim deve restringir-se às questões daquele caso concreto, permitindo que a discussão profunda e genérica do tema ocorra no âmbito do órgão legislativo, o qual possui legitimação democrática para tanto.

Dessa forma, o minimalismo, em sua forma processual consiste em um esforço para limitar a amplitude e profundidade das decisões judiciais; quando os juízes carecem, e sabem que carecem, de informações relevantes, o minimalismo é uma forma de resposta apropriada, razoável e, até mesmo, inevitável para resolver o problema prático de obter o consenso dentro de uma sociedade heterogênea (SUSTEIN, 1999, p. 5).

Bickel (1962), também um importante nome dos defensores da contenção da atuação judicial, ao falar sobre o exercício pela Suprema Corte do que denomina de “virtudes passivas” faz referência à diversas “técnicas de não decisão” existentes no processo norte americano, mediante as quais pode a Suprema Corte se abster de emitir opinião como por exemplo: *political question, ripness, standing, mootness*, dentre outras.

Acrescenta que a Suprema Corte não tem a obrigação de decidir todo o tempo, e que se assim o fosse poderia levar a um processo manipulativa da democracia, fazendo com que a Corte simplesmente substituisse o legislativo impedindo o exercício do seu juízo de conveniência, tornando-se um *second guesser* (BICKEL, 1962, p.200).

Sob o ponto de vista dialógico, na contenção da atuação judicial o cerne do diálogo está justamente na possibilidade de o legislador lançar um novo olhar para um tema que, possivelmente foi tratado de forma apressada ou sem a profundidade necessária, aumentando assim a responsabilidade do Legislativo no exercício da sua atividade, tomando decisões políticas e elaborando normas com níveis adequados de cuidado e deliberação (BATEUP, 2005).

Nesse mesmo sentido, Bickel (1962, p. 70-71) em clara referência às teorias do diálogo afirma que ao evitar decidir a Corte estimula o colóquio com os outros poderes e a sociedade. O minimalismo judicial seria, portanto, uma forma de participação passiva do Judiciário no diálogo constitucional, permitindo que os juízes abram o diálogo com os poderes políticos a fim de incentivar a resolução política das questões constitucionais que são alvo de conflito.

8.2.2 Modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

A possibilidade de modulação dos efeitos da decisão pelo Tribunal em sede de controle de constitucionalidade, na perspectiva das teorias fundadas no método judicial, também pode ser considerada como um mecanismo dialógico sob o ponto de vista das teorias do método judicial centradas no processo, eis que possibilita a resposta legislativa, entretanto, de forma menos agressiva que as outras técnicas explanadas acima.

Essa possibilidade é prevista expressamente no Direito Português. Os efeitos e o alcance das decisões do Tribunal Constitucional em sede do controle abstrato de constitucionalidade estão previstos no n. 1 e n. 2 do artigo 282 da Constituição Portuguesa, os quais determinam, respectivamente que, “A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repriminção das normas que ela, eventualmente, haja revogado” “Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última”.

Todavia, o n. 4 do referido artigo traz expressamente a possibilidade de fixação dos efeitos da decisão pelo Tribunal, de forma fundamentada, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo o exigir. Os efeitos podem ser fixados de diversas formas, porém a que nos interessa no presente trabalho é a de fixação dos efeitos para o futuro.

De acordo com a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, pode o Tribunal Constitucional declarar a inconstitucionalidade de uma lei mas condicionar a sua nulidade a um determinado transcurso de tempo, ou seja, determinar a sua nulidade *pro futuro*, fixando um prazo determinado para que ela deixe de produzir efeitos, de ser aplicada, possibilitando assim ao legislador a correção do estatuto e evitando o vácuo legislativo.

Inspirado na Constituição Portuguesa, o Brasil, através do artigo 27 da Lei 8.868/99, de 10 de novembro, passou também a regulamentar possibilidade da modulação temporal das decisões proferidas no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade.

A referida lei passou a facultar ao Supremo Tribunal Federal, no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, modular os efeitos da decisão por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. Todavia, atualmente essa modulação se estende também ao controle difuso, conforme se lerá.

A decisão proferida pelo Superior Tribunal Federal no ano de 2004, no julgamento do caso Mira Estrela é tida como paradigmática⁴⁰, por ter sido aplicado o artigo 27 da Lei 8.868/99 no controle de constitucionalidade de um caso concreto. A declaração da inconstitucionalidade se deu no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário 197.917-8 de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando a diminuição do número de vereadores do município de Mira Estrela alegando que o mesmo não era proporcional ao número de habitantes, ainda que estivesse dentro do limite constitucional.⁴¹

O Supremo concordou com a desproporcionalidade e em face disso declarou a inconstitucionalidade da referida norma, todavia, modulou os efeitos da decisão *pro futuro* para salvaguardar os mandatos dos vereadores já eleitos e a validade dos respectivos atos administrativos por eles praticados, evitando assim consequências desastrosas para a administração pública. Fundamentou a necessidade da modulação dos efeitos na proteção da Segurança Jurídica.

Em que pese essa ser uma técnica menos agressiva que as anteriores, vez que o Judiciário, ao menos em tese, apenas possibilita uma reação legislativa a sua decisão sem lhe estipular diretrizes e com isso adentrar em sua liberdade de conformação, na prática, também não há como garantir que haverá a reação legislativa, e é nisso que reside a maioria das críticas a todas esses mecanismos ditos dialógicos, conforme se verá mais adiante.

⁴⁰ RE 197.917-8/SP. Íntegra da decisão disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>.

⁴¹ A Lei Orgânica do município de Mira Estrela estabelecia em 11 o número de vereadores os quais estavam dentro dos limites impostos no artigo 29 da Constituição Federal, estabelecido conforme o número de habitantes.

8.2.3 Ação de inconstitucionalidade por omissão legislativa.

O modelo de controle de constitucionalidade português prevê expressamente a possibilidade do controle das omissões legislativas, por intermédio da disposição contida no artigo 283 da Constituição Federal.⁴²

Inspirado no instituto português o Brasil também trouxe em sua Constituição Federal de 1988 a expressa previsão da possibilidade do controle de constitucionalidade das omissões legislativas (parágrafo 2º do artigo 103), porém, criou ainda uma nova figura específica para esse fim: o mandado de injunção (inciso LXXI do artigo 5º).

Em ambos os sistemas uma omissão legislativa é considerada inconstitucional quando o legislador não cumpre com aquilo que estava constitucionalmente obrigado, ou seja, quando a sua omissão prejudica a exequibilidade de alguma norma constitucional. Para que a omissão ganhe significado relevante deve ter conexão com uma exigência constitucional de ação, não bastando a violação do simples dever legal de legislar. (CANOTILHO,2003).

Miranda (2008), destaca que a omissão pode ser total ou parcial, quando, por exemplo, existe a norma, mas ela é insuficiente ou deficiente⁴³ e que o juízo da inconstitucionalidade por omissão traduz-se num juízo sobre o tempo em que deveria ser produzida a lei, devendo o Judiciário, sem substituir ao órgão legislador, medir e interpretar o tempo decorrido para a elaboração da lei.⁴⁴

⁴² Neste sentido ver o que Tushnet diz sobre esse tipo de concepção de diálogo em: TUSHNET, Mark. Dialogue and Constitutional Duty. Harvard Law School. Public Law & Legal Theory Working Paper Series, paper nº 12-10. p. 4-9.

⁴³ “A inconstitucionalidade por omissão não surge apenas por carência de medidas legislativas, surge também por deficiência delas. Mas isto não significa que, perante um projecto ou uma proposta de lei com vista ao cumprimento de determinada norma constitucional, tenha de se proceder à sua análise para discernir se o sentido de seus preceitos se enquadra ou não no sentido de Constituição. De jeito algum cabe ao órgão de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão debruçar-se, a esse título, sobre o conteúdo de qualquer acto de iniciativa legislativa”. (MIRANDA, 2008, p. 325).

⁴⁴ “A ausência ou a insuficiência da norma legal não pode ser separada de determinado tempo histórico, assinalado pela necessidade de produção legislativa e cuja duração, maior ou menor, ou será prefixada pela própria Constituição ou depende da natureza das coisas (ou seja, da natureza da norma constitucional não exequível por si mesma confrontada com as situações da vida, inclusive situação que, à sua margem, esteja, por acção, o legislador ordinário a criar)”. (MIRANDA, 2008, p. 322).

A ação de inconstitucionalidade por omissão prevista no ordenamento português e brasileiro constitui, portanto, um meio através do qual o Judiciário controla a inércia legislativa, declarando a inconstitucionalidade da sua inércia e solicitando a tomada de providências. Pode-se dizer que seus efeitos práticos, assemelham-se às sentenças apelativas da Alemanha e Itália, todavia, nesse instituto a decisão do Judiciário tem efeito meramente declaratório, dando conhecimento ao Legislativo da sua omissão e enfatizando a necessidade de atuação, sem traçar qualquer diretriz para tanto.⁴⁵

Desta forma, a sentença proferida no controle de constitucionalidade da omissão legislativa por meio da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão possui um caráter apelativo, eis que objetiva chamar a atenção do legislador para a necessidade de elaboração da lei necessária a concretizar determinada norma constitucional. Assim, sob a perspectiva das teorias dialógicas centradas no processo, pode ser considerada como um mecanismo propulsor de interação entre os poderes no seio da jurisdição constitucional.

8.3 Críticas às teorias dialógicas fundadas no método judicial.

Todas essas técnicas de decisão judicial que visam possibilitar uma resposta do Legislativo por meio de uma decisão judicial, embora diferentes em alguns aspectos, possuem um ponto determinante em comum: privilegiam a interpretação do Judiciário.

Sob o ponto de vista da dificuldade da legitimidade democrática da revisão judicial, portanto, essas teorias não seriam suficientes para solucionar as questões, eis que o Judiciário continuaria, na prática, ainda sendo o detentor da última palavra na resolução dos conflitos constitucionais.

Nessa perspectiva, não se verifica uma efetiva deliberação conjunta entre Judiciário e Legislativo na tomada de decisão. O que ocorre é apenas que o Judiciário, mediante a adoção de estratégias específicas busca acionar, ou estimular, a atuação

⁴⁵ Esclarece-se que a aplicabilidade da ação de inconstitucionalidade por omissão possui alguns aspectos controvertidos, porém, como já dito, não constitui nosso objetivo tratar todas as questões controvertidas de cada instituto aqui mencionado, mas apenas identifica-los como mecanismos potencialmente dialógicos de acordo com as teorias.

legislativa. Portanto, pode-se concluir que essas teorias se consubstanciam na prática em um diálogo formal e não material, o que já seria um alvo suficiente para crítica.

Ademais, o fato de privilegiarem claramente o ponto de vista judicial, podem acabar permitindo, de certa forma, que o Judiciário adentre o âmbito de atuação legislativa, sobretudo nas técnicas de aconselhamento judicial.

Ainda que se possa considerar que a decisão judicial nesses casos "apenas fornece diretrizes" para a atuação legislativa, não há como negar que pode acabar condicionando a sua atuação, restando-lhe apenas acatar o que foi direcionado pelo Judiciário, o que do ponto de vista dialógico não parece o ideal.

Mesmo nos mecanismos mais brandos que os de aconselhamento judicial onde há uma interferência direta do Judiciário na conformação legislativa, é inegável que há ainda alguma intromissão, mesmo que em menor escala ou de forma indireta.

Há de se destacar também a falta de previsibilidade das orientações do Tribunal e a sua potencialidade enganosa para o Legislador, suscitada por Carlos Blanco de Moraes (2014, p. 726) ao analisar um recente julgado do Tribunal Constitucional Português no contexto da crise econômica.

O renomado constitucionalista observa que no Acórdão nº 187/2013 o Tribunal Constitucional⁴⁶ ao declarar a inconstitucionalidade da norma da Lei de Orçamento do Estado relativa a tributação dos subsídios de desemprego e doença, à luz do princípio da existência condigna (artigo 2º da CRP) fixou orientação ao legislador no sentido de que no próximo ano, a Lei orçamentária ao tratar da matéria trouxesse uma cláusula de salvaguarda, impedindo a tributação das respectivas prestações de desemprego e doença de forma prejudicial a garantia dos seus valores mínimos.

O legislador na elaboração da Lei Orçamentária do ano de 2014 seguiu a orientação do Tribunal, todavia, ao analisar a constitucionalidade da nova lei, o mesmo Tribunal que havia ditado aquela orientação no Acórdão nº 413/2014⁴⁷, julgou a cláusula insuficiente e violadora do princípio da razoabilidade.

⁴⁶ Íntegra da decisão disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>.

⁴⁷ Íntegra da decisão disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>.

Blanco de Moraes, com base nesse caso concreto, destaca o perigo das orientações perpetradas pelo Judiciário que podem servir de “emboscada” para o legislador. O fato é que, ainda que o Legislativo siga as orientações do Tribunal, não há garantia da constitucionalidade do novo diploma, o que pode acabar resultando em um reforço da postura ativista do Judiciário que interfere no âmbito da liberdade de conformação legislativa ditando orientações que nem ele mesmo segue posteriormente.

Dito isto, evidencia-se que assim como a atitude do Judiciário pode incentivar e encorajar um debate resultando na criação de um novo diploma sem vício, o que seria benéfico, também pode acabar resultando em um sequestro do processo legislativo, dando super poderes ao Judiciário que tanto pode anular como reformar um estatuto legal. (LUNA, 2001).

Bateup sintetiza a crítica afirmando que a prática do aconselhamento judicial simplesmente encoraja os ramos políticos a fazer o que o Judiciário diz e que, na realidade, o aconselhamento seria um aviso de que a legislação não satisfaz seus entendimentos constitucionais; e que embora ainda não tenha sido derrubada será assim no futuro, caso o Legislativo não a adeque ao entendimento do Tribunal.

Outro ponto importante que se verifica em ambas as categorias das teorias fundadas no método judicial, tanto a de aconselhamento como as centradas no processo, é a necessidade de que para que esses mecanismos surtam algum efeito prático, deve haver uma forte vontade de colaboração entre os Poderes. O Judiciário há de se preocupar em avaliar a questão e formular as diretrizes para a atuação legislativa, bem como o Legislativo deve estar aberto ao recebimento dessas orientações e colocá-las em práticas.

Ou então, no que diz respeito à teoria do minimalismo, é necessária uma forte consciência das Cortes para concordar em conter a sua atuação e ainda verificar quando deve ou não assim agir, havendo o risco dessa contenção ocorrer em momentos inoportunos, e vice e versa.

O que esse grupo de teorias revela, sobretudo, é a grande complexidade das decisões judiciais no âmbito do controle de constitucionalidade nos países que seguem um modelo fundado na supremacia do Judiciário, ficando claro que nem sempre os problemas constitucionais serão resolvidos por meio da simples declaração de

constitucionalidade ou inconstitucionalidade, mesmo que acabem no fim resultando em um dos dois efeitos, isso pode ocorrer em diversas intensidades.

Fica claro então que o Judiciário exerce um papel também político, precisando agir com prudência tanto quanto o legislativo, para que suas decisões sejam bem aceitas pela sociedade e produzam os efeitos esperados. (HUBNER, 2008).

Dessa forma, ainda que seja alvo de críticas e talvez não seja a melhor forma de concretizar o diálogo, não se pode desprezar totalmente o conteúdo dessas teorias e nem seus efeitos práticos, pois assim como essas práticas podem ser consideradas prejudiciais do ponto de vista democrático, ao mesmo tempo podem ser consideradas benéficas sob a ótica de concretização de direitos fundamentais, sobretudo em países subdesenvolvidos, ou que enfrentam uma crise de representatividade do Poder Legislativo, pois mediante decisões judiciais este será forçado a agir.

Um importante caso que vem sendo apontado por diversos doutrinadores como um sucesso na efetivação de direitos fundamentais e que segue a lógica dessas teorias é a África do Sul, o qual passamos a explicar.

9. O especial caso da África do Sul

O constitucionalismo Sul Africano tem recebido muita atenção dos estudiosos, sobretudo dos defensores das teorias dialógicas em virtude das inovadoras decisões que vem sendo proferidas pela Suprema Corte desse país.

A implementação de um Estado democrático na África do Sul, notadamente, não foi um processo tranquilo tampouco pacífico em virtude da sua conjuntura histórica. O reconhecimento da autoridade do Poder Judicial para realizar a revisão das leis não foi fruto de um processo gradativo como ocorreu em outros países, mas sim uma imposição brusca e radical.⁴⁸

O constitucionalismo Sul Africano pode ser dividido em duas fases: a primeira que durou de 1910 a 1994, onde a proteção dos direitos fundamentais cabia ao poder político, tendo o judiciário um papel severamente limitado no controle desse processo, e a

⁴⁸ Ver: ROUX, Theunis. *The Politics of Principle: the first South African Constitutional Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

segunda fase, recentemente iniciada, onde a ordem social e jurídica baseia-se na supremacia de uma constituição imposta e protegida judicialmente. (SCHYFF, 2010, p. 34).⁴⁹

A Constituição de 1996 é a quinta adotada pelo país, e é exemplo mundial de uma Constituição de caráter transformador - que estabelece aspirações entendidas como um desafio às práticas de longa data – sendo grande parte do seu texto dedicado a eliminação dos efeitos danosos do *apartheid* (SUSTEIN, 2001).

No tocante ao modelo de *judicial review* adotado, a África do Sul optou por um modelo forte de revisão, reconhecendo a supremacia do Poder Judiciário para a sua decisão, e sendo ele o responsável pela palavra final no tocante a interpretação constitucional. Todavia, a prática tem revelado uma interessante atuação do Tribunal no julgamento de casos que envolvem a efetivação de direitos socioeconômicos.

Famoso exemplo é o julgamento do caso *Grootboom*⁵⁰, no qual estava em questão o direito a moradia de centenas de pessoas, incluindo crianças, que estavam desalojadas. Esse grupo de pessoas recorreu à Corte para requisitar, com base nos artigos 26 e 28 da Constituição, que o Estado Sul Africano providenciasse moradia adequada para eles.

A Corte, ao analisar o caso à luz do artigo 26 que assegura o direito a moradia, entendeu que houve violação ao direito constitucional dos requerentes pois o Estado não havia cumprido com o dever de efetivar progressivamente, dentro dos recursos disponíveis, o acesso à moradia adequada. Destacou que, embora o programa do Governo relativo a moradia fosse razoável em vários aspectos, era falho pois não atendia às necessidades mais urgentes, não prevendo solução para as demandas de curto prazo.

No parágrafo 42 da decisão a Corte enfatizou que a mera edição de leis não é o suficiente para constituir o cumprimento do dever constitucional do Estado, que este tem a obrigação de agir para alcançar o resultado pretendido, e as medidas legislativas, invariavelmente, têm de ser apoiadas por políticas e programas bem dirigidos e adequadamente implementados pelo Executivo. Que as políticas e programas devem ser

⁴⁹ Para um maior aprofundamento sobre o constitucionalismo Sul Africano ver: COCKRELL, Alfred. The South African Bill of Rights and the ‘Duck/Rabbit’, *60 Mod. L. Rev.* 513 (1997); BOUCKAERT, Peter N. The Negotiated Revolution: South Africa’s Transition to Multiracial Democracy, *33 Stanford J. Int. L.* 375 (1997); GOLDSTONE, Richard J. The South African Bill of Rights, *32 Texas Int. L. J.* 1451 (1997).

⁵⁰ Government of The Republic of South Africa and others v. Grootboom and others (CCT 11/00). Íntegra da decisão disponível em: < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html> >.

razoáveis, tanto na sua concepção quanto na sua implementação, sendo a formulação de um programa apenas a primeira etapa para cumprir as obrigações do estado, já que este deve ser razoavelmente implementado, pois, se assim não for, não constituirá o cumprimento das obrigações do Estado.⁵¹

Por fim, o Tribunal emitiu uma ordem declaratória que delimitou as deficiências do programa governamental e sugeriu, em vez de direcionar, medidas para minimizar as falhas. O documento não indicou, entretanto, que tipo de abrigo o Governo deveria construir, deixando essa decisão para o próprio Estado (NGWENA, 2013, p.80).

Por intermédio dessa decisão, a Corte ao mesmo tempo que reconheceu a justiciabilidade dos direitos sociais, preservou certa autonomia do Estado no que respeita a elaboração de políticas públicas, vez que não determinou a exata maneira que o mesmo deveria agir, reconhecendo que essa é uma competência que não compete ao Judiciário.

Esse tipo de decisão, pode ser visto sob o ponto de vista das teorias dialógicas fundadas no método judicial explicadas acima. Nesse sentido, reforçando o potencial dialógico dessas decisões, Dixon (2007) leciona que o Poder Judiciário deve exercer um papel ativo a fim de evitar a inércia dos outros poderes.

Aponta que as possíveis causas da inércia legislativa seriam de duas categorias, os *blind spots*, ou pontos cegos, que são as situações em que não resta claro para o Legislativo os imperativos de sua ação reguladora, como por exemplo quando não reconhecem que determinada forma de aplicação de uma lei pode ser violadora de direitos, e quando a inércia decorre de motivos de conveniência política, quando acredita que o ônus eleitoral da sua ação pode ser maior que o da sua omissão (DIXON, 2007).

Nessa perspectiva de diálogo proposta por Dixon, cabe ao Judiciário provocar o Legislativo por meio da decisão judicial que o obrigue a elaboração de políticas públicas para garantir, tanto quanto possível, a maior eficácia dos direitos fundamentais,

⁵¹ [42] *The state is required to take reasonable legislative and other measures. Legislative measures by themselves are not likely to constitute constitutional compliance. Mere legislation is not enough. The state is obliged to act to achieve the intended result, and the legislative measures will invariably have to be supported by appropriate, well-directed policies and programmes implemented by the executive. These policies and programmes must be reasonable both in their conception and their implementation. The formulation of a programme is only the first stage in meeting the state's obligations. The programme must also be reasonably implemented. An otherwise reasonable programme that is not implemented reasonably will not constitute compliance with the state's obligations.* Government of The Republic of South Africa and others v. Grootboom and others (CCT 11/00).

sem, todavia, adentrar ou comprometer a sua liberdade de conformação, mas de forma que retire o legislativo da sua inércia.

Por decisões como essa, apesar do sistema Sul Africano ter como característica a participação ativa do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, o mesmo vem sendo apontado por alguns estudiosos das teorias do diálogo como um sistema promissor nesse sentido, em virtude do enfraquecimento das decisões judiciais, que apesar de direcionarem a atuação do Legislativo, preservam a sua liberdade de escolha e atuação.

10. As teorias estruturais de diálogo

Nessa categoria alocam-se as teorias que se baseiam no reconhecimento de mecanismos institucionais ou políticos dentro dos sistemas constitucionais que permitam aos atores políticos responder às decisões judiciais em caso de conflito.

Ao contrário das teorias do método judicial, essas não têm como objeto principal a construção da decisão judicial, mas sim as formas pelas quais se estabelecem as relações entre as diversas estruturas do Poder, de maneira que possam oferecer respostas à uma decisão que gere desacordo. Hubner (2008, p. 99) aponta que as teorias estruturais, ao contrário das que se fundam no método judicial possuem um caráter exógeno, logo menos dependente da postura de cada instituição.

Para os que defendem essas teorias, o diálogo surge mediante a utilização de mecanismos de interação entre juízes e os outros atores políticos. Esses mecanismos, são encontrados no modelo do *weak judicial review*, ou sistemas brandos de controle de constitucionalidade, os quais, como já dito, surgiram como uma alternativa ao modelo tradicional pautado na supremacia judicial.

A maioria dessas teorias foram surgindo a partir da necessidade de justificar e fundamentar a previsão de mecanismos contidos no *Bill of Rights* de países tradicionalmente de supremacia parlamentar, a fim de harmonizar este tipo de sistema com a necessidade de proteção aos direitos fundamentais.

De acordo com a sistematização feita por Bateup, existem quatro subcategorias de teorias estruturais: as de construção coordenada, as dos princípios jurídicos, a do equilíbrio e a da parceria. Importante esclarecer que apesar de termos adotado essa

sistematização como nosso referencial teórico por acreditarmos na sua coerência e completude, neste particular ousamos discordar dessa diferenciação.

A diferenciação feita por Bateup reside basicamente nos argumentos de que as teorias de construção coordenada se aplicam apenas ao contexto norte-americano, as teorias dos princípios jurídicos reconhecem uma especial competência ao Judiciário para decidir questões relacionadas à princípios jurídicos, as do equilíbrio por serem neutras, não reconhecem nenhuma capacidade especial a nenhum Poder e contam ainda com a participação da sociedade, e as teorias da parceria.

Sendo assim, todas as subcategorias em que Bateup divide as teorias estruturais de diálogo enquadram-se na ideia geral da construção coordenada, podem até se diferenciar em um ou outro aspecto, mas ainda assim não deixam de fazer parte desta.

Dessa forma, não se deixará de abordar as subdivisões propostas por Bateup, mas ao contrário do que foi feito no tocante as teorias centradas no método judicial, não se mencionará especificamente cada uma delas para depois dar exemplos práticos, mas serão feitas as devidas menções quando da análise dos diferentes sistemas de *weak judicial review* que aqui se apresenta como exemplo das teorias estruturais de diálogo.

Importante se faz esclarecer que essa opção também reside em questões didáticas necessárias para a melhor compreensão do trabalho.

10.1 Teorias de construção coordenada

Tratam-se de teorias que reconhecem que a identificação do sentido constitucional é uma tarefa a ser compartilhada entre as diversas esferas do Poder, ou seja, não é uma tarefa atribuída unicamente ao Judiciário. Assim, o diálogo é algo inerente ao princípio do *check and balances*, não havendo uma única instância detentora da última palavra.

Com isso, a base dessas teorias é o fato de que, da mesma forma que o Tribunal possui mecanismos de controle dos ramos políticos por meio da revisão judicial, também podem ser colocados controles sobre o Tribunal quando os atores políticos estiverem em desacordo com a sua interpretação da Constituição.

Bateup (2005, p. 33), define a teoria da construção coordenada como a mais antiga concepção de interpretação constitucional, fazendo menção ao pensamento dos teóricos americanos de James Madison e Thomas Jefferson; o primeiro por ter reconhecido que, apesar das questões de interpretação constitucional normalmente recaírem sobre o Judiciário no curso normal do Governo, a Constituição não lhe atribui qualquer autoridade específica perante outros braços do Poder, e o segundo por considerar que cada ramo do Governo deve ser “coordenado e independente”, possuindo todos eles responsabilidade pela interpretação da Constituição.

No contexto norte americano, um dos primeiros autores a abordar essa teoria foi Louis Fisher, que teve como principal mérito demonstrar mediante exemplos da história americana, que o processo constitucional é mais complexo do que a simples emissão, pela Corte, da última palavra. A última palavra, segundo essa história confirmaria, não pertence a nenhuma instituição. (HUBNER, 2009, p. 126).

O que há de mais característico nessas teorias é o fato de os outros ramos do Poder, em especial o Legislativo, caso não concordem com a decisão judicial, poderem provocar a Corte, reconhecendo assim que a interpretação constitucional é tarefa que compete a todos os Poderes e não apenas a um ramo em específico.

Vários autores dentro do cenário americano passaram a tratar do assunto, inclusive em forma de críticas, porém por questões didáticas, conforme já mencionado, não se limitará a falar especificamente sobre cada um deles⁵². Todavia, destaca-se a teoria de Barry Friedman, a qual Bateup subclassifica como teoria do equilíbrio, porém aqui é tratada como uma teoria de construção coordenada pelos motivos já acima expostos.

A teoria de Friedman merece ser mencionada pois se diferencia das outras tantas que se encaixam nesta categoria por considerar a importância do papel ativo da sociedade na deliberação sobre direitos.

Para esse Autor, a Constituição é um texto aberto e flexível, que permite

⁵² Outros importantes nomes dessa teoria são Keith Whittington e Mitchell Pickeril. Destaque para a importância do trabalho deste último que realizou importante pesquisa empírica da realidade americana, de caráter revelador e agregador para a teoria da construção coordenada demonstrando que o diálogo entre os poderes é inerente ao princípio do *check and balances* americano, pelo que sugerimos a consulta: PICKERILL, J. Mitchell. *Constitutional Deliberation in Congress: the impact of Judicial Review in a Separated System*. Duke University Press, 2004.

diversas interpretações sujeitas à mudanças constantes. Assim, a interpretação constitucional seria um processo de idas e vindas, em que a Corte devolve o tema para a sociedade e para outros poderes, e vice-versa, metaforicamente, como uma partida de tênis, na qual os parceiros rebatem a bola um para o outro⁵³. (FRIEDMAN, 1993)

Com isso, afasta a ideia de que há uma vontade da maioria definida a ser representada por um dos poderes, sugerindo que na realidade essa vontade sofre constantes mutações⁵⁴, cabendo aos ramos do Poder no processo de interpretação constitucional negociar e definir uma direção em meio ao pluralismo existente na sociedade⁵⁵. Reconhece o diálogo institucional como fruto da separação de poderes, compartilhando dos elementos da teoria da construção coordenada, porém acrescenta a eles a vontade popular.

É justamente no aspecto relativo a grande importância que dá a vontade popular que reside a principal crítica à essa teoria, pois não oferece alternativa à interação constitucional estabelecida entre o Judiciário e os poderes políticos nas questões de menor importância política, nas quais o diálogo com toda a sociedade é improvável de ocorrer (BATEUP, 2006, p. 69).

Seria impensável, na prática, um sistema de jurisdição constitucional no qual os Poderes tivessem que recorrer à opinião popular todas as vezes que fossem realizar a interpretação de qualquer norma constitucional.

Saindo do contexto norte americano, outras teorias estruturais do diálogo emergiram a partir da análise dos novos modelos de jurisdição constitucional adotados por países da *Commonwealth*, como já mencionamos no início deste trabalho. Desta forma, optou-se didaticamente por tratar dessas teorias e suas respectivas especificidades no âmbito da exposição dos sistemas e casos em concreto, o que se passará a fazer.

⁵³ “*Courts serve as society’s tennis partner, always volleying the ball back*”. (FRIEDMAN, 1993, p.669).

⁵⁴ “*The court is free to change its mind. The people are free to disagree with the court. The court is free to disagree with the people. The members of the courts are free to, and usually do, disagree with one another. As disagreement occurs, the document will take one new meanings*”. (FRIEDMAN, 1993, p.651)

⁵⁵ “*This process of constitutional interpretation hardly pits the court against the people. Rather, the court mediate the views of various people. The process is interactive (...) Simply put, our process of constitutional interpretation is a dialogue*”. (FRIEDMAN, 1993, p. 654)

10.1.1 Os mecanismos dialógicos do sistema de revisão judicial canadense e as teorias de princípios jurídicos.

Ao adotar formalmente um sistema de *judicial review*, atribuindo ao Judiciário a capacidade para solucionar casos concretos de incompatibilidade entre legislação e a Carta suscitados por particulares⁵⁶, o Canadá, a fim de evitar a consagração de um modelo fundado na supremacia judicial ao estilo americano que implicasse na perda do poder do Parlamento, incluiu na sua Carta mecanismos que possibilitassem uma limitação do Poder atribuído ao Judiciário e, ao mesmo tempo, preservassem as competências parlamentares.

Esses mecanismos, previstos nas Seções 33 e 1 da Carta Canadense, consistem, respectivamente, na “cláusula não obstante” (*notwithstanding clause*), a qual possibilita que o Legislativo aplique uma lei mesmo quando esta for contrária ao texto constitucional e na possibilidade do Legislativo reeditar uma norma que configure e limite direito consagrado nas seções 2 e de 7 a 15, e que já tenha sido objeto de reprovação pelo Judiciário, desde que fundada em justificativa razoável, bem como na possibilidade de configuração pelo legislativo de direitos e liberdades fundamentais.

O estudo realizado por Bushell e Hogg (1997) é apontado como um marco teórico da experiência canadense, pois a partir de uma pesquisa de mais de 65 casos concretos decididos pela Corte canadense desde a Carta de 1982, os autores verificaram que na grande maioria deles houve, em um prazo razoavelmente curto, uma resposta legislativa à decisão judicial. Diante disso, os autores afirmaram que o sistema canadense propicia a concretização de um verdadeiro diálogo entre os Poderes no exercício da jurisdição constitucional.

A análise dos autores a respeito da implementação da revisão judicial canadense pela Carta de 1982 é bastante otimista, pois consideram que até mesmo naqueles casos em que o legislador aquiesceu à decisão proferida pela Corte houve uma reação dialógica, já que a concordância também pode ser fruto de um diálogo.

⁵⁶ “Art. 24. (1) *Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.* Art. 52. (1) *The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect*”. Canadian Constitutional Act, 1982.

Afirmam que os legisladores canadenses estão engajados na concretização do diálogo com a Corte, eis que buscam fundamentar no preâmbulo das leis promulgadas, tanto das que excedem os limites da Carta como das que substituem as que foram consideradas inconstitucionais, que as mesmas se dirigem a um objetivo “urgente e substancial” e destinam-se a “limitar razoalmente” direitos e liberdades (BUSHELL; HOGG, 1997, p. 101).

Consideram ainda que mesmo quando após a análise judicial a lei não é declarada inválida, há um diálogo em virtude de tal análise despertar o debate público chamando a atenção do legislador ao assunto de forma que possa rever possíveis problemas na lei e eventualmente alterá-la. Ou seja, a decisão judicial não deve ser encarada como um veto, mas como o ponto de partida para uma conversa institucional sobre como conciliar direitos individuais com objetivos de políticas econômicas e sociais (BUSHELL; HOGG, 1997, p. 101-105).

Referido estudo teve grande repercussão na doutrina nacional. Por um lado muitos reforçaram e concordaram com a ideia dos autores, por outro a mesma foi alvo de intensa críticas, sobretudo pela forma abrangente de caracterização do diálogo⁵⁷. O impacto também foi sentido na própria Corte que passou a usar a metáfora do diálogo para justificar suas decisões, algumas delas bastante controversas, conforme se lerá mais adiante.

Portanto, a experiência canadense é um importante exemplo de aplicação das teorias estruturais dialógicas, já que traz a previsão expressa de mecanismos possibilitadores, na visão de alguns, de um diálogo institucional.

Na sistematização feita por Bateup, as teorias que se referem à experiência canadense são teorias de princípios jurídicos. Na classificação da Autora, esse grupo de teorias corresponde àquelas em que há o reconhecimento de que o Judiciário possui

⁵⁷ A repercussão literária do estudo foi tão grande e significativa que após dez anos da sua publicação o mesmo periódico (*Osgoode Hall Law Journal*) lançou uma edição comemorativa contendo uma atualização do texto original e outros artigos em resposta ao mesmo. Ver: HOGG, P. et al, “Charter Dialogue Revisited – Or Much Ado About Metaphors”; HAIGH, R. e SOBKIN, M. “Does the Observer Have an Effect?: An Analysis of the Use of the Dialogue Metaphor in Canada’s Courts”; HUSCROFT, G. “Constitutionalism from the Top Down”; MANFREDI, C. “The Day the Dialogue Died: A Comment on *Sauvé v. Canada*”; MATHEN, C. “Dialogue Theory, Judicial Review and Judicial Supremacy: A Comment on ‘Charter Dialogue Revisited’”; PETTER, A. Taking Dialogue Theory Much Too Seriously (or Perhaps Charter Dialogue Isn’t Such a Good Thing After All); ROACH, K. Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship” e HOGG, P. et al. “A Reply on ‘Charter Dialogue Revisited’”.

uma especial competência institucional voltada para a resolução de questões que envolvem princípios jurídicos, cabendo aos poderes políticos fazer o controle das decisões no caso de erro de interpretação (BATEUP, 2006, p.41).

Ainda que essas teorias reconheçam uma competência de certo modo especial ao Judiciário, a qual pode até mesmo ser considerada como característica inerente ao próprio *judicial review*, tendo em vista que elas também preveem a possibilidade de reação do legislativo à decisão judicial, incluindo a possibilidade de correção dessa decisão, entende-se que não se distanciam das teorias de construção coordenada ao ponto de merecer classificação diferente.

Destaca como primeiro defensor dessa competência especial do Judiciário Alexander Bickel, que considerou o Judiciário como detentor de especial habilidade para preservar, proteger e defender princípios devido ao seu isolamento político, e, por outro lado, o Legislativo como melhor indicado para determinar valores sociais fundamentais pela sua proximidade com as pessoas (BATEUP, 2006, p.41-42).

Nesse sentido, Bushell e Hogg, ao tratar da metáfora do diálogo na experiência canadense também são partidários desse entendimento, eis que afirmaram, alguns anos e muitas críticas após o seu primeiro estudo, que o legislativo pode e deve interpretar a Carta, mas que não deve agir de forma contrária a interpretação proferida pela Corte.⁵⁸

Kent Roach, também é outro importante autor canadense que defende a competência especial do Judiciário para lidar com questões de princípios, todavia ressalta a

⁵⁸ “The key issue, in our view, is not whether the legislative and executive branches do, and should, interpret the Charter (they do and should), but whether they should act on an interpretation of the Charter that conflicts with an interpretation provided by the courts. backdrop of a prior relevant judicial decision, the legislature and the executive may act on their interpretation of the Charter. Why? Because, in doing so, they would not be doing (or refraining from doing) something that the courts have said would unjustifiably infringe the Charter. It would be strange indeed if “the legislative or executive branches could not interpret the Charter and act on that interpretation, where a court has not yet considered what the Charter prohibits (or requires) in the circumstances.” However, where the interpretive task takes place against the backdrop of a prior relevant judicial decision, the legislature and the executive may not act on an interpretation of the Charter which conflicts with an interpretation provided by the courts. Why? Because, in doing so, they would be doing (or refraining from doing) something that the courts have said would unjustifiably infringe the Charter, and under our system of constitutional democracy, that is impermissible”. (BUSHELL; HOGG, 2007, p. 33).

importância do Parlamento, aludindo que a decisão judicial apenas inicia o debate.⁵⁹

Destaca que a atuação da Corte não impede que o Parlamento prevaleça, se este assim quiser, mas reforça a responsabilidade das suas escolhas políticas e o induz a apresentar justificativas razoáveis e aceitáveis para legitimar suas opções que venham a restringir direitos (ROACH, 2001).

Portanto, em suma, as teorias dos princípios jurídicos vivenciadas na experiência canadense são aquelas que defendem a ideia da participação de todos os poderes na interpretação constitucional, sendo esta uma tarefa conjunta, todavia, privilegiam a interpretação judicial, porém com a possibilidade de reação legislativa.

Bateup acrescenta ainda uma subdivisão dentro dessas teorias, tendo em vista que, para alguns autores, o diálogo se consubstancia na realização do controle das decisões judiciais pelos poderes políticos no caso da ocorrência de erro de interpretação e já para outros - que minimizam o papel do controle político sobre o Tribunal - o diálogo surge por intermédio da articulação legislativa que emerge como resposta às decisões judiciais.

Essas subdivisões se traduzem na prática justamente nos dois mecanismos dialógicos expressamente adotados pela Carta canadense, os quais serão explicados a seguir.

10.1.2 Princípios e articulação legislativa da política – seção 1 da Carta Canadense.

As teorias identificadas por Bateup como Teorias de Princípios e Articulação Legislativa da Política, são as que preceituam que a concretização do diálogo ocorre por meio da articulação legislativa. Reconhecem ao Legislativo competência especial para a elaboração de políticas públicas e para conciliar múltiplos objetivos concorrentes na sociedade, pelo que este deve responder às decisões judiciais respeitando a interpretação de princípios feita pelo Tribunal, porém, com uma visão mais ampla dos objetivos políticos (BATEUP, p. 50-51).

Como exemplo dessa teoria pode-se indicar a Seção 1 da Carta

⁵⁹ Para maior clareza e detalhes desse entendimento ver as seguintes obras do referido autor: “The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue, 2001”; e “Constitutional and Common Law Dialogues Between Supreme Court and Canadian Legislatures, 2001”.

Canadense⁶⁰, a qual atribui ao Legislativo a possibilidade de relativização, por meio de lei, de direitos e garantias, desde que seja razoável e “justificada de forma demonstrável em uma sociedade livre e democrática”⁶¹.

O objetivo central para a criação desta norma era garantir que o Legislativo continuasse a ter flexibilidade de escolha quando da aprovação de políticas que eventualmente fossem conflitantes com os novos direitos fundamentais que passaram a ser resguardados pela Carta (HIEBERT, 1990).

Todavia, apesar de a cláusula ser direcionada ao Legislativo, a avaliação das questões que envolvem a sua aplicabilidade como a verificação da legalidade e da legitimidade⁶² acaba por ser feita pelo Judiciário, a quem compete analisar as incompatibilidades entre as leis e os direitos e liberdades assegurados pela Carta.

Dessa forma, a aplicação da Seção 1 da Carta revelou-se de certa forma engenhosa, pois ao mesmo tempo em que confere maior liberdade ao legislador, característica de um *weak judicial review*, a verificação da razoabilidade da sua escolha é feito pelo Judiciário. Sendo assim, ainda que a cláusula seja dirigida ao Legislativo, as implicações da sua aplicação chamaram muita atenção no âmbito da atuação judicial.

Nesse sentido, Elliot (1987, p. 279) aponta que a Seção 1 tornou-se de fato a principal disposição da Carta, e a maneira como a Corte tem lidado com ela diz muito a respeito não apenas do impacto que a Carta pode ter sobre os outros poderes, mas também sobre a própria Corte e como ela percebe seu papel sob a Carta.

Os principais estudos realizados para analisar o comportamento da Corte quando da avaliação da aplicação da Seção 1 pelo Legislativo revelaram que não há uma conduta uniforme, podendo a Corte tanto ter uma conduta mais ativista, quanto mais deferente às opções legislativas.

Estudiosos classificam e dividem a atuação da Corte em três momentos:

⁶⁰ Para entender o histórico evolutivo de criação da referida cláusula ver HIEBERT, Janet. *The Evolution of Limitation Clause*, 28 Osgoode Hall L. J. 103 1990.

⁶¹ “1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. *Canadian Constitution Act*, 1982.

⁶² Sobre a verificação da legalidade e legitimidade ver HIEBERT, J. L. *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review*, p. 137-146.

o primeiro relativo aos primeiros anos de vigência da Carta; o segundo referente a fase iniciada com o julgamento do caso *R v. Oakes*; e o terceiro relativo aos desenvolvimentos mais atuais.

Nos primeiros anos em que vigorou a Carta canadense, percebeu-se que a conduta da Corte no tocante a aplicação da Seção 1 foi bastante abrangente, buscando afirmar o seu papel de guardião de direitos e liberdades, bem como garantir a máxima eficácia dos mesmos. Assim, pode-se dizer que nos primeiros anos a Corte adotou uma postura ativista (ELLIOT, 1987).⁶³

Apesar da postura ativista, a Corte logo nos primeiros anos não realizava de fato a análise da razoabilidade das medidas legislativas restritivas de direito sob seu escrutínio, tentando não enfrentar questões de cunho político, limitava-se a dizer que a restrição de direitos poderia significar, indiretamente, a intenção do legislador de reformar a Carta, o que não podia ser admitido (ELLIOT, 1987).

A adoção desse tipo de postura pela Corte pode ser percebida no julgamento do caso *Ag. Quebec v. Quebec Association of Protestant Schools Boards*⁶⁴ ocorrido no ano de 1984, dois anos apenas após a aprovação da Carta, quando foi discutida e declarada a incompatibilidade do da Seção 73 da Carta de Quebec da Língua Francesa (*Quebec Charter of the French Language ou Bill 101*) com a seção 23 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades.⁶⁵

Em suma, o que dispunha o *Bill 101* era uma restrição ao direito de acesso das crianças a escolas públicas de Língua Inglesa, com exceção das crianças cujo pai ou mãe tivesse estudado em escolas também de Língua Inglesa, dos filhos de imigrantes que já vivessem na província anteriormente à aprovação da lei e que tivessem sido educados em Inglês, ou cuja educação tenha sido em uma língua pouco falada naquele local, ou aquelas

⁶³ No mesmo sentido: “*In its initial judgments under the Canadian Charter of Rights and Freedoms, the Supreme Court of Canada respected the postwar structure of rights protection embedded in its first provision and began to work out the requisite rules of interpretation, legal presumptions, and conceptions of institutional roles. Central to this legal analysis was the Court’s understanding that its responsibility was to secure the rights guarantees as supreme law and to ensure that the limitation function enjoyed normative continuity with the rights.*” (WEINRIB, 2002, p. 122)

⁶⁴ A.G.. (Que.) v. Quebec Protestant School Boards, [1984] 2 S.C.R. Íntegra da decisão disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/26/index.do>>.

⁶⁵ Nesse mesmo sentido, ver também a outros casos como *Hunter v. Southam Inc*; *Re Singh and Minister of Employment and Immigration*; *R v. Big M. Drug Mart Ltd.*

crianças que tivessem irmão já matriculado na mesma escola.

Entendeu a Corte, portanto, que essa norma visava modificar a disposição contida na Carta Canadense, a qual dispunha expressamente sobre a garantia da educação pública em inglês ou francês aos filhos de cidadãos cuja primeira língua que tenham recebido na educação primária seja uma língua minoritária naquele local, não se prestando a analisar a razoabilidade da limitação de direitos alegada pela Província de Quebec⁶⁶.

Dessa forma, o que se percebe é que a Corte sequer chegou a analisar a razoabilidade da medida e as prováveis justificativas do legislador, limitando-se a declarar a incompatibilidade da lei sem tentar sequer interpretá-la de acordo com a Carta.

A segunda fase, de acordo com divisão feita por Elliot, foi inaugurada com o famoso julgamento do caso *R v. Oakes*⁶⁷, em 1986, quando foi introduzida pela primeira vez uma regra para a verificação da razoabilidade da restrição imposta pela medida legislativa, a luz da Seção 1 da Carta Canadense.

A Corte passou então a utilizar o que ficou conhecido como “teste de Oakes” para verificar se a medida legislativa constitui uma restrição a direitos razoável e comprovadamente justificável em uma sociedade livre e democrática, o qual consiste, basicamente, no estabelecimento de um padrão de prova apoiado em severos critérios de verificação da legitimidade, racionalidade, necessidade e proporcionalidade da restrição (TREMBLAY, WEBBER, 2008, p. 2).⁶⁸

⁶⁶ “The limits imposed by s. 73 are not legitimate limits within the meaning of s. 1 of the Charter, to the extent that the latter section applies to rights conferred by s. 23. In view of the period when the Charter was enacted and especially in light of the wording of s. 23, which repeats the unique set of criteria contained in s. 73 of Bill 101, it is apparent that Chapter VIII seemed to the framers as an archetype of the regimes needing reform. Accordingly, the limits which Bill 101 imposes on rights relating to the language of instruction cannot possibly have been regarded by the framers of the Constitution as coming within “such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. Even if enacted after the Charter, the s. 73 limits could not be legitimized by s. 1 of the Charter. Section 73 redefines for Quebec the classes of persons who are entitled to instruction in the minority language, and has the effect of creating an exception to s. 23 and of amending the Charter. Whatever their scope, the limits which s. 1 allows cannot be equated with exceptions to the rights and freedoms guaranteed by the Charter and may not be treated as amendments to the Charter”. (A.G.. (Que.) v. Quebec Protestant School Boards, 1984, p. 67-68).

⁶⁷ O caso teve por objeto a análise de incompatibilidade entre a seção 8 do Narcotic Control Act, que atribuía o ônus ao cidadão preso por porte de droga de prova que a mesma não se destinava ao tráfico, e a seção 11(d) da Carta que dispõe sobre o princípio da presunção de inocência. *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, inteiro teor da decisão disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/117/index.do>.

⁶⁸ Para uma comparação entre o teste de Oakes e a aplicação do princípio da proporcionalidade ver GRIMM, Dieter. Proportionality in Canada and German Constitutional Jurisprudence, *University of Toronto Journal*,

Inicialmente a introdução do “teste de Oakes” parecia ter resolvido as questões e dúvidas relativas a aplicação da Seção 1 da Carta. Todavia, a prática mostrou rapidamente que o teste não resolvera todas as questões, os julgamentos que se seguiram demonstraram ainda existir um forte desacordo entre os membros da Corte sobre a aplicação da cláusula, bem como dificuldades inerentes ao próprio teste. (ELLIOT, 1986).

A aplicação do teste, por acabar induzindo uma postura mais ativista da Corte e limitando a margem de atuação do legislador, foi muito discutida doutrinariamente e também no âmbito da própria Corte (TREMBLAY; WEBBER, 2008)⁶⁹. Alguns membros passaram a ver os desdobramentos da aplicação do teste como uma expansão injustificada do Poder judicial em detrimento dos outros poderes, pelo que começaram então a defender a necessidade de uma atuação mais contida. (WEINRIB, 2002, p. 123)

Diante disso, as análises mais recentes dos estudiosos a respeito da aplicação da seção 1 da Carta canadense passaram a demonstrar a adoção de uma conduta mais deferente da Corte para com as medidas legislativas. Neste sentido, Dixon (2009) ao analisar inúmeros julgados, sugere a existência de uma maior contenção da Corte ao lançar o que chama de “segundo olhar” (*second look cases*) sobre o caso, ou, no segundo “round” do diálogo.

O que se percebe é que na prática a aplicação da Seção acaba sendo mais problemática do que a teoria imaginava quando da sua criação. Há uma dificuldade latente em estabelecer os limites de interferência do Judiciário na liberdade de atuação do legislativo, já que o mesmo acaba tendo que realizar uma análise do mérito das escolhas políticas do Legislativo que justifiquem a restrição ou limitação de direitos e liberdades.

Por outro lado, se a Corte adota uma postura mais passiva optando por não interferir na atuação legislativa e acatar suas escolhas, ou até mesmo deixar de adentrar na análise do seu mérito, aí também há riscos. Para Weinrib (2002) a postura deferente da Corte é contrária aos objetivos da Carta, ignorando a reconstrução dos papéis institucionais proposta por ela, bem como a hierarquia especial dada aos direitos e liberdades nela

Vol. 57, N 2, Spring 2007, pp. 383-397; e TAVARES DA SILVA, Suzana. O tretaema do Controlo Judicial da Proporcionalidade in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXXVIII, Tomo II, 2012, pp. 639-677.

⁶⁹ Para uma melhor compreensão acerca da aplicação do teste de Oakes, ver: CHOUDHRY, Sujit. *So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionally Analysis under the Canadian Charter's Section 1*. *Supreme Court Law Review*, Vol. 34, N 2d, pp. 501-525, 2006.

previstos, assim defender a contenção da Corte seria ceder a primazia dos direitos e liberdades à Política, enquanto que os legisladores devem estar preparados para arcar com as responsabilidades das suas escolhas.⁷⁰

No tocante a utilização da Seção 1 da Carta pelo Legislativo, Tushnet (2009) destaca que a mesma também se revela, na prática, de certa forma problemática. O que a experiência canadense mostrou foi que, muitas vezes, o legislativo utiliza-se da prerrogativa concedida pela Carta para reeditar a mesma medida legislativa restritiva de direitos já apreciada e reprovada pelo Judiciário sem alterações substantivas, apenas, por exemplo, incluindo no preâmbulo da lei justificativas usadas por juízes em votos dissidentes, que aprovaram a medida, estratégia que ficou conhecida como “*in you face response*”.

Exemplo clássico dessa prática do legislador foi o que ocorreu no caso *R v. O'Connor*⁷¹, onde foi discutida pela Suprema Corte Canadense a possibilidade do acusado em processo penal de obter acesso às informações médicas das vítimas.

O entendimento que prevaleceu na Corte, em uma votação não unânime, foi o de que o réu teria direito ao acesso de registros possivelmente relevantes para a resolução do caso, e mediante análise do juiz que deveria fazer um balanço entre o direito de defesa do acusado e o direito a privacidade das vítimas. Os votos dissidentes defendiam a exigência de que para que o acusado tivesse acesso às informações médicas das vítimas comprovasse antecipadamente, de forma substancial e robusta, a imprescindibilidade das

⁷⁰ “*I develop a critique of the deferential approach to judicial review under the Charter. First, it disregards the prolonged, well-informed and remarkably participatory debate that led to the Charter’s adoption. Particularly it disregards its fully and publicly articulated remedial purpose: to withdraw certain interests, denominated as constitutional rights and freedoms, from the give and take of the ordinary political process. Second, it fails to take seriously the written product of that debate. The deferential approach in effect creates a hierarchy of rights lacking any discernible basis in the text and ignores the differentiation between rights that the text does make. It also disregards the carefully chosen terms of the limitation formulation, drafted in publicly televised, parliamentary proceedings. That text was expressly designed to include the technical legal language of the postwar instruments in order to deliver the effective regime of rights-protection desired by Canadians generally and, in particular, sought by those to whom the previous lack of rights-protection mattered most. Disregard of remedial purposes and text leads to the third failing: insensitivity to the Charter’s reconstruction of institutional roles. The advocates of deference cede the primacy of guaranteed rights and freedoms to ordinary politics on the ground that the representative, accountable legislatures must take responsibility for the political choices required. In effect, the polity reverts to the legislative policy-making role that the Charter was designed to redesign.*” (WEINRIB, 2002, p. 123).

⁷¹ *R v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411. Íntegra da decisão disponível em: <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/en/item/1323/index.do?r=AAAAAQajUiB2LiBP4oCZQ29ubm9yIFsxOTk1XSA0IFMuQy5SLiA0MTEB>.

informações.

O Parlamento canadense respondeu ao julgamento da Corte com a edição de uma nova lei que visando resguardar o direito à privacidade das vítimas, consequentemente restringindo o direito de defesa do réu, estabelecia um procedimento mais rígido para que o mesmo tivesse acesso às informações, para fundamentar a restrição seguiu os argumentos dos votos dissidentes.

Essa lei foi objeto de análise pela Suprema Corte no caso *R. v. Mills*⁷² no qual a Corte, em total deferência ao entendimento do Legislativo, considerou que a limitação ao direito de defesa do acusado era legítima, modificando seu entendimento anterior mesmo sem nenhum fato novo para tanto⁷³.

Para Kent Roach (2001) a resposta legislativa representou o seu desacordo com a decisão judicial, utilizando-se da lógica dos votos dissidentes para impor o seu entendimento sobre a Corte, exemplificando, assim, o uso da “*in your face response*” amparado pela prerrogativa da Seção 1 da Carta.

Para alguns essa prática é vista como uma forma de diálogo⁷⁴, todavia não é isenta de críticas como se verificará adiante, pois pode acabar significando na prática mais um retorno ao sistema de supremacia parlamentar do que propriamente um sistema dialógico.

10.1.3 Princípios e controle político sobre a corte - aplicação prática da seção 33.

A previsão contida na Seção 33 da Carta Canadense exemplifica a segunda subcategoria das teorias de princípios jurídicos, segundo a qual o diálogo se consubstancia na realização do controle das decisões judiciais pelos poderes políticos no caso da ocorrência de erro de interpretação.

⁷² *R v. Mills*, 1999] 3 S.C.R. 668. Íntegra da decisão disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1751/index.do>.

⁷³ Para uma crítica mais aprofundada do caso ver CAMERON, Jamie. Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: A comment on *R. v. Mills*. *Alberta Law Review*, Vol. 38, N 4, 2001.

⁷⁴ Ver DIXON, Rosalind. The Supreme Court of Canada, Charter Dialogue and Deference, *U. of Chicago Public Law*, Working Paper N. 284.

A seção 33 ficou conhecida como *notwithstanding clause* ou *overriding* por permitir ao Parlamento a reedição de um texto legal limitador de direitos consagrados na Carta nas seções 2, e de 7 a 15, mesmo quando já tenha sido objeto de reprovação pelo Judiciário, pelo prazo máximo de cinco anos.⁷⁵

A referida cláusula do *overriding*, apesar de inovadora e do seu aparente potencial promissor na reconfiguração dos papéis institucionais, na verdade encontrou pouca aplicação concreta, sendo poucas vezes invocada pelo legislativo. Roach (2001), por exemplo, defende ser preferível a utilização da Seção 1 para reeditar uma norma já reprovada pelo Judiciário do que fazer uso da Seção 33 que pode representar uma resposta agressiva, como se o Legislativo estivesse gritando para ganhar um debate.

Ao mesmo tempo em que a Seção 33 torna a decisão judicial “provisória”, podendo ser ultrapassada pelo Legislativo possibilitando assim um suposto diálogo, é difícil imaginar na prática essa concretização. O custo político a ser suportado pelo legislador nessa situação é muito alto, e nem sempre o mesmo pode estar disposto a suportá-lo.⁷⁶

Combater a decisão judicial por meio da imposição da lei, conforme possibilita a Seção 33 parece não ter sido o caminho escolhido pelo legislador canadense, já que a prática revela o pouco uso da referida cláusula em detrimento da Seção 1.

Apesar de não ter sido muito utilizada pelo Legislativo em razão do seu alto custo político, a Corte em alguns casos utiliza-se da possibilidade do legislador derrubar

⁷⁵ **33.** (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. **Marginal note: Operation of exception** (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. **Marginal note: Five year limitation** (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. **Marginal note: Re-enactment** (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). **Marginal note: Five year limitation** (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4). Canadian Constitutional Act, 1982.

⁷⁶ É justamente o alto custo político da utilização da Seção 33 que faz com que o legislativo opte por responder de outra forma à decisão judicial no caso de discordância, fazendo uso assim da Seção 1, na forma da “in your face response” conforme falamos no tópico anterior. Para uma crítica mais detalhada do assunto ver TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University, 2009, p. 45-47.

a decisão judicial contida na Seção 33 para justificar suas decisões, sejam elas mais ativistas ou mais contidas, como se percebe no julgamento *Vriend v. Alberta*⁷⁷.

O caso, em suma, tratava de um professor universitário, Delwin Vriend que fora demitido após ter revelado sua opção sexual, assumindo ser homossexual. Inconformado, Vriend alegando a incompatibilidade da Individual Rights Protection Act (IRPA) da província de Alberta, local onde ocorreu a demissão, com a Carta canadense, recorreu ao Judiciário para anular o ato. A referida lei trazia em seu texto de forma expressa os motivos pelos quais era vedada a discriminação de qualquer cidadão, como raça, cor, sexo, cor da pele, estado civil, crença religiosa, dentre outros, mas não fazia menção à orientação sexual, motivo pelo qual Vriend alegou a sua incompatibilidade.

O caso foi inicialmente apreciado pelo Conselho de Direitos Humanos de Alberta (*Alberta Human Rights Board*), que entendeu que a demissão não era nula, eis que a orientação sexual não era prevista legalmente como motivo de vedação à discriminação. A *Court of Queen's Bench* (Tribunal Superior, equivalente a segunda instância recursal) de Alberta, ao apreciar o recurso do professor, considerou nula a demissão, afirmando que embora a orientação sexual não estivesse expressamente prevista na IRPA, deveria ser considerada como se ali estivesse inserida em função do princípio da igualdade assegurado pela Carta.

A decisão foi revista e modificada pela *Alberta Court of Appeal*, por entender que a IRPA, lei em análise no caso, era uma norma neutra, não se dirigia de maneira específica nem a heterossexuais nem a homossexuais, e, por isso, não haveria qualquer incompatibilidade com a Carta.

O caso foi levado a julgamento pela Suprema Corte canadense que afirmou a incompatibilidade da IRPA com a Carta, e ao mesmo tempo que declarou a incompatibilidade da lei em razão da mesma ser omissa por não incluir a previsão da proibição de discriminação por motivo de orientação sexual, justificou expressamente sua conduta na metáfora do diálogo.

A Corte em sua decisão, mais especificamente dos parágrafos 134 a 138, invocou a possibilidade de superação da decisão judicial pelo Legislativo por meio do uso

⁷⁷ *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493. Íntegra da decisão disponível em: <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1607/index.do>.

da *notwithstanding clause* prevista na Seção 33 da Carta, afirmando ser um mecanismo propiciador do diálogo, justificando assim a legitimidade democrática da sua decisão e do exercício do *judicial review*.

Sendo assim, ainda que não tenha sido muito utilizada para o objetivo inicial a que se propôs, não se pode ignorar o papel da Seção 33 na Carta canadense, principalmente pelo que a sua falta de utilização revela⁷⁸.

10.1.4 Críticas as teorias estruturais dos princípios jurídicos.

Apesar do aparente potencial dialógico das teorias dos princípios jurídicos por possibilitarem por meio de mecanismos específicos que o Legislativo responda, ou reaja a decisão judicial, as mesmas não são isentas de críticas.

Assim como as teorias dialógicas fundadas no método judicial abordadas anteriormente, as teorias dos princípios jurídicos com mecanismo de articulação legislativa da política, traduzidas na prática na Seção 1 da Carta Canadense privilegiam a interpretação do Judiciário em detrimento do posicionamento legislativo, o que não resolve o problema da legitimidade democrática inerente a *judicial review* (BATEUP, 2006).

Como dito, as teorias estruturais dos princípios jurídicos estabelecem uma metodologia dialógica que reconhece um papel privilegiado concedido ao Judiciário para lidar com questões de princípios, fundada no seu suposto isolamento político que lhe atribui vantagem como deliberador moral. Todavia, a prática demonstra que esse pressuposto isolamento político não necessariamente refletirá nas decisões da Corte.

Embora o sistema canadense seja apontado como o marco inicial das teorias dialógicas, o que a experiência revela com a prática da metodologia de diálogo nele prevista é que, apesar da possibilidade de resposta legislativa e de uma, ainda que apenas

⁷⁸ Para Hiebert o fato da quase inexistente utilização da Seção 33 pelo legislativo, revela a relutância do parlamento canadense em tomar decisões que possam por em risco a sua imagem de órgão comprometido com a proteção dos direitos e liberdades assegurados pela Carta, por acreditarem que a derrubada de uma decisão judicial pode acarretar o repúdio da população. Destaca que essa situação ficou evidente nas eleições federais de 2014, quando o Governo liberal marcou pontos políticos preciosos ao criticar veementemente Stephen Harper, líder do partido conservador, o qual não descartava o uso da cláusula não obstante, pois a maioria dos canadenses interpretam o uso da mesma como uma violação aos direitos protegidos na Carta, o que expressa um ceticismo acerca da legitimidade dos desacordos políticos com as interpretações judiciais, apesar de tais divergências serem constitucionalmente permitidas. (HIEBERT, 2006, p. 20).

formal, maior liberdade de atuação parlamentar expressamente conferida pela Seção 1 da Carta, ao fim e ao cabo, quem irá decidir de fato é a Corte, já que a ela incumbe a análise da proporcionalidade da medida legislativa.

A utilização pelo Legislativo dos mecanismos normativamente previstos no sistema canadense como propiciadores de um diálogo com a Corte, acarretam um alto custo político. Em um primeiro plano, pode-se observar que o uso dos mesmos de forma regular pode acarretar prejuízo ao significado, e até mesmo reduzir a importância, do instituto da revisão judicial, enviando um claro sinal de que as opiniões judiciais muitas vezes não são dignas de respeito, já que podem facilmente ser suplantadas pela iniciativa parlamentar.

Somado a isso, tem-se em segundo plano o alto nível de apoio popular que o sistema judicial recebe que faz com que mesmo que a utilização dos mecanismos não ataque diretamente o Judiciário como instituição em si, haja uma provável exigência pública do cumprimento das decisões judiciais em desfavor de mecanismos de *overriding*, pelo menos em relação aqueles casos de maior relevância.

Esses dois aspectos elevam demasiadamente os custos políticos da atuação legislativa, influenciando para que mecanismos como o previsto na Seção 33, que resultam em uma substituição de decisão judicial, sejam pouco, ou quase nada, utilizados na prática (BATEUP, 2009, p. 566).

Ainda, supondo uma hipotética utilização da previsão contida na Seção 33, fundada em um controle das decisões judiciais pelo Legislativo quando considerar que houve erro no julgamento feito pelo Judiciário, poderia se assemelhar muito mais a um modelo de supremacia parlamentar do que um mecanismo propiciador de um diálogo substancial entre ambos os poderes⁷⁹.

Tushnet (2009) alerta, dessa maneira, para o fato de que, sob o ponto de vista prático, o sistema canadense em muito pouco se difere do modelo tradicional americano, onde há uma prevalência das decisões judiciais.

Alguns críticos também apontam para o fato de que a existência formal da “cláusula não obstante” no sistema pode levar a uma atuação irresponsável do Judiciário

que, ciente da possibilidade de correção e superação da sua decisão pelo Poder Legislativo, não se esforçará na busca por emanar as melhores decisões.⁸⁰

Outro ponto importante de crítica, o qual é fortemente destacado por Bateup (2006, p.49), é o fato de essas teorias possuírem uma contradição intrínseca muito forte: ao mesmo tempo que defendem uma competência privilegiada do Judiciário para lidar com questões de princípios, propõem que a supervisão política é necessária para se proteger contra a possibilidade de erro judicial.

É questionável a maneira como o legislador chegará a conclusão que o Judiciário incorreu em erro já que não há nenhuma teoria interpretativa que explicitamente de forma objetiva como isso deve ser verificado na prática, deixando uma margem de apreciação muito ampla e subjetiva, parecendo muito mais uma forma de simples superação da decisão judicial do que uma efetiva correção.

Sendo assim, não se vislumbra na prática canadense a efetivação de um verdadeiro diálogo sob o ponto de vista material, podendo-se aferir apenas a possibilidade de uma conversação entre os poderes, onde o Judiciário “fala” e o Legislativo “escuta”, ou vice-versa, sugerindo mais uma ideia de monólogo do que propriamente de diálogo, já que na realidade não há um efetivo debate nem a construção conjunta de uma decisão.

Porém, apesar das críticas, se reconhece a importância da prática deflagrada pelo sistema canadense, que mesmo que apenas formalmente, possibilita uma interação legislativa no processo de controle de constitucionalidade mediante a utilização de mecanismos criados propriamente para esse fim específico, o que até então não existia na jurisdição constitucional.

⁸⁰ Nesse sentido ver: PETTER, Andrew. Taking Dialogue theory much too seriously (or perhaps charter dialogue isn't such a good thing after all). *Osgoode Law Journal*, v. 45, n.1, p147-167, 2007. A crítica desenvolvida por Andrew Petter faz parte das que se seguiram após o estudo desenvolvido por Petter Hogg e Alisson Bushell. Para o Autor a tese dos mesmos é desprovida de conteúdo normativo e subestima a influência que as decisões judiciais exercem no processo de tomada de decisões políticas e em todos os outros aspectos da vida políticas. O Autor critica veementemente a metodologia adotada pelos dois autores no tocante a análise jurisprudencial que os levou a concluir pela existência do diálogo no sistema canadense, dentre outros importantes aspectos, por isso sugerimos a leitura.

11. As teorias dialógicas da parceira

Agrupam-se nessa categoria de teorias estruturais do diálogo aquelas que apostam nos mecanismos institucionais como a melhor forma de promoção do diálogo, reconhecem o papel igualmente importante tanto dos atores judiciais como dos não judiciais no processo de tomada de uma decisão constitucional

De acordo com essas teorias, tanto o Judiciário quanto o Legislativo devem ter seu papel reforçado dentro do processo de interpretação constitucional, sendo reconhecidas as capacidades e competências específicas de cada um, de modo que repartam a responsabilidade das decisões.

Ao contrário das teorias dos princípios jurídicos, para essas teorias não há um polo privilegiado, reconhecem as diferentes competências de cada braço do poder, porém defendem uma atuação colaborativa entre eles na interpretação constitucional, sem qualquer hierarquia.

Bateup (2006, p. 71) destaca as ideias de Janet Hiebert como expoente dessas teorias, eis que a referida Autora ao analisar a experiência Canadense na aplicação da Carta de 1982, critica a passividade do Legislativo em face da intervenção judicial em assuntos de política pública, argumentando que a interpretação constitucional deve ser uma responsabilidade compartilhada entre os Tribunais e o Parlamento.

Hibert (2002) defende uma “abordagem relacional” mediante a combinação entre a perspectiva judicial e legislativa para as interpretações da Carta. Alega que o fato de estarem separados, Legislativo e Judiciário, porém interligados dentro da ordem constitucional, faz com que ambos estejam aptos a se engajar em um diálogo, no qual cada um deve ter certo grau de modéstia sobre suas próprias conclusões, e ouvir o outro a fim de um aprendizado recíproco, e conforme necessário, modificar seu ponto de vista.

Nesse sentido, crítica a teoria dialógica de Bushell e Hogg, sobretudo por atribuírem à Corte um papel corretivo, incompatível com a ideia do compartilhamento de responsabilidade inerente ao diálogo. Para a Autora não deve ser atribuído à Corte o papel de conduzir o diálogo, mas sim reconhecidas as capacidades diferentes de cada instituição do Poder, as quais enxergam os problemas por prismas diferentes.

Demonstra por meio desse entendimento que o Judiciário não seria a instância mais bem posicionada para avaliar a escolha dos meios feita pelo legislador para alcançar seus objetivos, mas sim para fiscalizar a qualidade da deliberação e o empenho despendido para fazer o balanceamento entre direitos e seus limites.

Essa fiscalização acabaria por aumentar a responsabilidade do Legislativo, já que precisará convencer o Judiciário da necessidade da limitação imposta e do seu cuidado e compromisso com a proteção dos direitos.⁸¹

11.1 Críticas à teoria da parceria

No tocante a legitimidade democrática da revisão judicial das leis, pode-se dizer que essas teorias, comparadas as demais até aqui expostas, demonstram maior aptidão para solucionar o problema, pois oferecem uma resposta satisfatória a objeção contramajoritária ao não reconhecerem nenhuma posição superior ao Judiciário em relação aos demais poderes, mas sim reforçando a ideia de separação de poderes e funções específicas, sendo estas igualmente importantes no processo de interpretação constitucional.

Do ponto de vista teórico a ideia parece ideal, sobretudo por reforçar o princípio da separação de poderes, aumentando a responsabilidade institucional e respeitando as competências técnicas e específicas de cada braço do Poder, como se idealiza. Todavia, a sua dificuldade prática é tão evidente que não conseguimos sequer vislumbrar um exemplo concreto da efetivação dessa teoria.

Apesar disso, deve ser considerada e reconhecida a sua importância por servir como um objetivo a ser alcançado, como um ponto de referência que se deve buscar implementar na prática, apesar das latentes dificuldades.

Para Bateup essas teorias seriam praticamente perfeitas, se comparadas com as outras para alcançar os objetivos a que as teorias dialógicas se propõem, porém pecam por não considerar a necessidade da participação social no diálogo. Diante disso, a Autora propõe uma outra metodologia que a seu ver seria a ideal, a qual passamos a expor.

⁸¹ “*The extent to which Parliament will be able to convince the judiciary about the merits of how it believes Charter conflicts should be resolved may be a direct reflection of the extent of its commitment to careful and principled judgment. To a considerable degree, Parliament is likely get the kinds of judicial rulings it deserves*”. (HIEBERT, 2002, p. 227).

12. Fusão dialógica

A metodologia de diálogo ideal proposta por Bateup consiste na fusão entre os elementos das teorias da parceria e do equilíbrio, que resultaria na forma mais promissora do diálogo constitucional por permitir uma compreensão mais abrangente dos diferentes aspectos institucionais e sociais, possibilitando a participação de diferentes atores no processo de interpretação constitucional. (BATEUP, 2006, p. 77).

Na concepção da Autora a fusão dialógica seria o modelo ideal de diálogo, pois por meio dos elementos próprios da teoria da parceria, se resolveriam as controvérsias acerca da legitimidade democrática do *judicial review*, reforçando a competência e atuação das instituições, aumentando a responsabilidade das mesmas pelas suas decisões e atividades, e, por outro lado, por meio dos elementos das teorias do equilíbrio, se promoveria a inclusão da sociedade no debate, reconhecendo o papel do Judiciário como mediador da discussão, sem no entanto atribuir-lhe o poder da palavra final.

Como aprimoramento das outras teorias, a fusão dialógica propõe a noção do papel do Judiciário como um facilitador do debate na sociedade sobre os principais temas do constitucionalismo para que mediante dele, se alcance um resultado mais duradouro e aceitável no seio social.

Sendo assim, em síntese, o que Bateup propõe é que a crítica inicialmente feita à teoria do equilíbrio, relativa a existência de problemas constitucionais menos relevantes em que não seria necessário - nem recomendável - a abertura de um debate no seio social, seria superada pela metodologia da teoria da parceria, surgindo assim um modelo mais “correto” de diálogo.

Sob essa perspectiva, a revisão judicial das leis teria, como consequência, dois aspectos distintos dentro da sociedade moderna. Em primeiro lugar, seria um mecanismo auxiliador na produção de respostas mais duráveis e amplamente aceitáveis em relação a questões constitucionais que envolvam diálogo com a sociedade como um todo, e em segundo, também auxiliaria na promoção de uma melhor resolução institucional de questões constitucionais no âmbito de casos individuais. (BATEUP, 2006, p. 78).

12.1 Críticas à teoria da fusão dialógica

Aqui, repetem-se as críticas feitas no tópico acima acerca da teoria da parceria, acrescentando-se a essas as atinentes à inclusão da participação da sociedade como participantes do diálogo.

A ideia de Bateup parece, sob o ponto de vista da legitimidade democrática do controle de constitucionalidade, ideal para superar todas as desconfianças, pois combina os melhores elementos da teoria da parceria, e ainda inclui a participação social, que nesse viés, é de fundamental importância.

De todas as teorias até aqui expostas, parece ser a única a prever a concretização de um diálogo material, facilitando a ocorrência de um verdadeiro debate entre os participantes do processo de interpretação constitucional a fim de encontrar um consenso.

Todavia, as dificuldades residentes na implementação dessa concepção teórica na prática são inúmeras, primeiramente pela limitação dos prováveis meios para inclusão da sociedade no debate e depois pelos riscos que essa inclusão pode oferecer.

Incluir a sociedade civil em um debate atinente a realização de políticas públicas para a efetivação de direitos fundamentais pode ser extremamente perigoso, pois a pressão social pode levar a tomadas de decisões irresponsáveis pelos entes públicos, bem como pode acabar privilegiando uma ou outra parcela da população que esteja ativa no debate, em detrimento de outra. Com isso, pode haver o favorecimento dos interesses de grupos minoritários, o que nem sempre pode ser considerado favorável do ponto de vista democrático.

Neste sentido, ainda que a metodologia proposta por Bateup seja aparentemente a mais promissora para resolver o conflito que ronda a legitimidade democrática do controle judicial das leis, não se pode tomá-la como uma verdade absoluta, sendo necessário criterioso cuidado na sua análise.

13. Os mecanismos estruturais de diálogo no sistema britânico e neozelandês

Como já se abordou brevemente no início do presente trabalho, o novo modelo canadense de revisão judicial das leis, por ser uma alternativa à tradicional forma de supremacia judicial, acabou por influenciar outros países da *Commonwealth*, de tradição

parlamentar, justamente pela sua promessa de conciliação entre a supremacia legislativa e a revisão judicial no tocante a proteção de direitos fundamentais.

Assim, inspirados nesse novo modelo de *judicial review* países como o Reino Unido e Nova Zelândia ao reconhecerem a necessidade de uma tutela especial aos direitos fundamentais, adotaram sistemas que também possuem mecanismos que propiciam uma forma “fraca” de revisão judicial.

O ponto em comum que ambos os sistemas possuem é o fato que o Judiciário não detém poder para invalidar a legislação, ou seja, permanecem, pelo menos em teoria, em um sistema onde a supremacia parlamentar ainda se faz presente. Todavia, diante da necessidade de assegurar a eficácia dos direitos fundamentais que passaram a fazer parte do *Bill of Rights*, acabaram por introduzir em seu sistema alguns mecanismos que mitigaram essa supremacia, condicionando o legislador a observação de tais direitos.

Ambos os sistemas possuem assim a figura do mandado interpretativo, que em suma, permite ao Judiciário o exercício da revisão das leis, ainda que não possa invalidá-las, e lhe impõe a tarefa de, no momento que for analisar a legislação, interpretá-la conforme os preceitos do *Bill of Rights*.

Apesar de ser o mesmo mecanismo, ele se desdobra na prática de maneiras diversas em cada país em face das suas peculiaridades, razão pela qual se analisará ambos os sistemas de forma autônoma.

13.1 O mandado interpretativo e a declaração de incompatibilidade no reino unido (seção 3 e 4 (2) do human rights act, 1998).

Como se sabe, o Reino Unido é considerado o berço da soberania parlamentar, onde até recentemente cabia a este órgão a apreciação e resolução de problemas constitucionais, tendo o Judiciário pouca, ou quase nenhuma, expressão nesse sentido.

O reconhecimento da competência do Judiciário para a realização da revisão das leis foi um processo gradativo. Após a Revolução Gloriosa e a promulgação do *Bill of Rights* ambas as Casas do Parlamento inglês (*House of Common* e *House of Lords*)

passaram a deter competência exclusiva para receber e apreciar as petições advindas dos tribunais inferiores.⁸²

Posteriormente, já exercendo a Câmara dos Lordes tal função de modo exclusivo, veio a lume o *Appellate Jurisdiction Act* (1876), por intermédio do qual foi criada a figura dos lordes de apelação (*Lords of Appeal in Ordinary* ou *Law Lords*), juízes altamente qualificados que deveriam se dedicar exclusivamente às questões judiciais submetidas ao Parlamento. Tais juízes passaram a integrar o que veio a ser denominado Comissão de Apelação da Câmara dos Lordes (*Appellate Committee*) e, exercendo apenas a função jurisdicional, deixaram de participar das votações do Parlamento (não obstante tenham permanecido como membros de tal Poder). (LARANJEIRA, 2013).

Nesse contexto, na estrutura constitucional inglesa cabia ao Parlamento não apenas a função legislativa que lhe é inerente, mas também a atuação como órgão de cúpula judicial. Essa concepção era decorrente da inexistência de uma constituição escrita formalmente superior as demais normas⁸³, razão pela qual o legislador acabava por ter uma autonomia ilimitada para editar, modificar e anular as leis.

O ponto inicial de mudança dessa estrutura foi a adoção do *Human Rights Act, 1998*⁸⁴, que entrou em vigor em 2 de outubro de 2000 e introduziu no ordenamento jurídico interno os princípios fundamentais já enunciados pela Convenção Europeia de Direitos do Homem.⁸⁵ A adoção desse documento representou uma mudança significativa na cultura legal do país, porque as autoridades públicas passaram a ser obrigadas a obedecer novas normas, antes consideradas apenas no âmbito internacional, e com isso quaisquer ações do Governo ou outros organismos públicos que não cumprissem

⁸² Para um maior aprofundamento sobre a história, estrutura e composição do Parlamento britânico ver: LEYLAND, Peter. *The Constitution of the United Kingdom: a contextual analysis*. Oxford, 2007. p. 81-114.

⁸³ Necessário destacar que embora não exista um documento formal intitulado de Constituição, atribui-se esse mesmo sentido ao “(...) conjunto de práticas, instituições e remédios processuais que determina a estruturação política do Estado, com o adequado controle e distribuição do poder, além do apontamento de garantias fundamentais em favor dos cidadãos (...)” (CYRINO, 2007).

⁸⁴ É importante esclarecer que antes da adoção do HRA, o Reino Unido já havia ratificado a Convenção Europeia de Direitos do Homem em 1951, o que acarretou severos conflitos de normas. A necessidade de conciliação desses conflitos normativos pode ser considerada como um dos motivos que ensejaram a adoção do HRA.

⁸⁵ A adoção desse documento foi também decorrente de importantes conflitos políticos que acabaram por enfraquecer a ideia de supremacia parlamentar até então intocável, sobretudo, pelas constrições decorrentes da entrada na União Europeia, que obrigou o país a estabelecer um documento legal de proteção de direitos fundamentais com *status* qualificado. Nesse sentido, ver: TUSHNET, 2008, p. 28.

com a Convenção passaram a poder ser consideradas como ilegais também no âmbito interno (LEYLAND, 2007).

A partir de então, passou-se a travar debates atinentes a necessidade de ampliação de um sistema de revisão judicial das leis, a fim de dar eficácia ao documento e consolidar a sua hierarquia qualificada perante as demais leis.⁸⁶

A mudança do sistema onde até então o controle das leis era feito por um órgão político, parte do próprio Parlamento, se consolidou com a aprovação do *Constitution Reform Act* em 2005, o qual passou a prever a criação da Suprema Corte que foi instalada mais recentemente no ano de 2009 e marcou a consolidação de um órgão judicial independente do legislativo.⁸⁷

O HRA ao introduzir no ordenamento jurídico interno os princípios e direitos previstos na Convenção Europeia, na Seção 3⁸⁸, determinou, que tanto quanto fosse possível, a legislação primária e a legislação subordinada devem ser interpretadas visando a compatibilidade com os preceitos da Convenção.

Ou seja, o mandado interpretativo consiste na imposição as Cortes do dever de se esforçarem para interpretar as leis de acordo com o HRA. Também é denominado por alguns doutrinadores de poder interpretativo (*interpretative power*) visto que possibilita

⁸⁶ Sobre o impacto do HRA na cultura britânica, Gadbaum (2001, p. 732) destaca: “*There is no doubt that in the British legal and constitutional context, the mere existence of a set of codified constitutes a radical change in legal and political culture, independent of the exact form and legal status that they possess. This is because it replaces the existing conception of civil liberties as residual in nature – citizens are free to do whatever statute, common law and delegated legislation do not prohibit them from doing – with a primary or affirmative set of rights that limit what citizens may be prohibited from doing in the first place.*”

⁸⁷ Leyland (2007, p. 154) esclarece que a Suprema Corte britânica não foi criada com o objetivo de ser um Tribunal constitucional, em suas palavras: “*The Supreme Court will not be established as a constitutional court although, of course, it will have to preside over cases that raise constitutional issues, and it will take over from the Judicial Committee of the Privy Council jurisdiction over ‘devolution issues’ arising from the Scotland Act 1998, Government of Wales Act 1998, and Northern Ireland Act 1998.*”

⁸⁸ *Interpretation of legislation. (1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights. (2) This section— (a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted; (b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility. (HRA, 1998)*

a modificação do significado das leis inicialmente conferido pelo Palamento, a fim de compatibilizá-las com a Convenção.⁸⁹

Todavia, quando não for possível uma interpretação compatível, a lei não pode ser invalidada, permanecendo em pleno vigor, podendo ser aplicada e invocada em qualquer procedimento legal. O que deve existir nesses casos é a emissão de uma declaração de incompatibilidade, onde a Corte pronunciará o seu entendimento, mas este não terá nenhum efeito direto ou concreto sobre a validade da norma⁹⁰.

A manifestação do Judiciário por meio da declaração de incompatibilidade, apesar de não acarretar a nulidade da lei, ao tornar público o conflito da mesma com os direitos assegurados pelo HRA, gera um inegável constrangimento político. Porém, o Parlamento continua a ser soberano, eis que é ele que decide se a norma, ainda que declaradamente incompatível, continuará vigente como antes (CYRINO, 2007).

Tendo em vista o constrangimento político causado pela declaração de incompatibilidade, alguns autores defendem ser esse um mecanismo propulsor de uma resposta do Parlamento às decisões da Corte, de forma a alterar a lei para eliminar a incompatibilidade apontada pelas Cortes, bem como de uma maior responsabilidade para com a observância dos direitos do HRA quando da formulação das leis, a fim de evitar uma futura incompatibilidade.

Um reconhecido e importante exemplo dessa prática ocorreu no julgamento do caso *A and Others v. Secretary of State for the Home Department*⁹¹, onde o Governo britânico foi acusado de minar direitos individuais por meio da criação da lei Anti terrorismo, crime e seguranças de 2001, por permitir a detenção por tempo indeterminado de estrangeiros suspeitos da prática de terrorismo.

⁸⁹ “This section confers an interpretative power which allows the courts to consider legislation and transform it by stretching its meaning, where it is possible to do so, in order to achieve Convention compatibility. This marks a significant shift of power from Parliament to judges, since the courts are able to rewrite sections of Acts by reading into them words that are not there, and by doing so, remove potential conflicts with the Convention.” (LEYLAND, 2007, p. 171).

⁹⁰ 4 (2) *If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.* (HRA, 1998).

⁹¹ *A and Others v. Secretary of State for the Home Department* (2004) UKHL. Íntegra disponível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth-1.htm>.

Nesse caso, um grupo de suspeitos que estava detido em Belmarsh há três anos, suscitou o conflito da lei com os direitos e garantias assegurados no HRA. O Comitê Judicial da Câmara dos Lordes emitiu uma declaração de incompatibilidade da referida legislação, porém como a mesma não provoca a nulidade os suspeitos continuaram detidos. Contudo, a condenação da legislação ocasionou uma resposta do Governo.

A declaração de incompatibilidade acabou persuadindo o Governo a editar uma nova lei, utilizando uma outra abordagem para controlar os suspeitos de terrorismo, de forma a superar a incompatibilidade verificada e dessa maneira foi editada a lei de Anti Terrorismo de 2005 (*Prevention of Terrorism Act 2005*).

Nesse sentido, a declaração de incompatibilidade pode ser lida sob a ótica das teorias dialógicas⁹², eis que quase sempre que for emitida ensejará uma resposta do Governo ou do Parlamento no sentido de modificar a lei para eliminar a incompatibilidade, diante de uma provável pressão pública intensa nesse sentido e pelo próprio interesse público em fazê-lo.

Ademais, o Governo e o Parlamento dificilmente irão ignorar o conflito revelado entre a legislação e o HRA, também considerando que a vítima da violação mantém o direito de recorrer ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem alegando uma violação a Convenção Européia pelas normas internas (DEBELJAK, 2002, p.317).

Sob essa perspectiva, a declaração de incompatibilidade seria um instrumento ideal para possibilitar um diálogo entre o Judiciário e o Parlamento na tarefa da interpretação e execução dos direitos fundamentais. O HRA confere uma voz formal ao Judiciário, a qual pode ser colocada em prática mediante a utilização deste instrumento com o objetivo de envolver o legislativo no debate (SCHYFF, 2010, p. 188).

Complementando essa ideia, Seção 10⁹³ do HRA, prevê mecanismos que possibilitam uma alteração da legislação de forma mais rápida que pelo procedimento

⁹² “The notion of declarations of incompatibility is congruent with the principle of democratic inclusion. The deliberative process continues via an inter-institutional dialogue, ensuring that no arm of government has a monopoly on the final resolution of the defining commitments of society. (...) According to the Human Rights White Paper (UK), a judicial declaration of incompatibility is part of an inter-institutional dialogue. A declaration of incompatibility ‘will almost certainly prompt the Government and parliament to change the law’ and ‘the Government would have to consider, and in most cases would consider the position pretty rapidly’”. (DEBELJAK, 2002,p.317).

⁹³ “Section 10 (Power to take remedial action) (1) This section applies if— (a) a provision of legislation has been declared under section 4 to be incompatible with a Convention right and, if an appeal lies— (i) all persons

comum, denominados *remedial actions*. A Seção 19⁹⁴, ainda estabelece uma forma de controle prévio da legislação a ser realizado pelo Ministro.

Em razão disso, o sistema de revisão judicial das leis instituído no Reino Unido vem sendo apontado por alguns doutrinadores como um sistema dialógico. Contudo, por óbvio, há objeções conforme se passará a demonstrar.

13.1.1 Críticas à experiência britânica

Apesar de ainda ser muito cedo para proferir um pronunciamento firme sobre a nova prática implementada no Reino Unido pelo HRA (HIEBERT, 2006), já se consegue vislumbrar na doutrina algumas críticas valiosas a seu respeito.

Em suma, as dúvidas sobre a sustentabilidade deste modelo residem na imprevisibilidade do comportamento político, que ao mesmo tempo pode favorecer um recuo ao antigo modelo da soberania parlamentar, como pode também acabar se aproximando ao tradicional modelo norte-americano, onde há uma evidente supremacia judicial.

who may appeal have stated in writing that they do not intend to do so; (ii) the time for bringing an appeal has expired and no appeal has been brought within that time; or (iii) an appeal brought within that time has been determined or abandoned; or (b) it appears to a Minister of the Crown or Her Majesty in Council that, having regard to a finding of the European Court of Human Rights made after the coming into force of this section in proceedings against the United Kingdom, a provision of legislation is incompatible with an obligation of the United Kingdom arising from the Convention. (2) If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility. (3) If, in the case of subordinate legislation, a Minister of the Crown considers— (a) that it is necessary to amend the primary legislation under which the subordinate legislation in question was made, in order to enable the incompatibility to be removed, and (b) that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the primary legislation as he considers necessary. (4) This section also applies where the provision in question is in subordinate legislation and has been quashed, or declared invalid, by reason of incompatibility with a Convention right and the Minister proposes to proceed under paragraph 2(b) of Schedule 2. (5) If the legislation is an Order in Council, the power conferred by subsection (2) or (3) is exercisable by Her Majesty in Council. (6) In this section “legislation” does not include a Measure of the Church Assembly or of the General Synod of the Church of England. (7) Schedule 2 makes further provision about remedial orders.” Human Rights Act, 1998.

⁹⁴ *“Section 19 (Statements of compatibility) (1) A Minister of the Crown in charge of a Bill in either House of Parliament must, before Second Reading of the Bill— (a) make a statement to the effect that in his view the provisions of the Bill are compatible with the Convention rights (“a statement of compatibility”); or (b) make a statement to the effect that although he is unable to make a statement of compatibility the government nevertheless wishes the House to proceed with the Bill. (2) The statement must be in writing and be published in such manner as the Minister making it considers appropriate.” Human Rights Act, 1998.*

Neste sentido, as críticas se assemelham às críticas já disparadas contra o sistema canadense⁹⁵, o que nos conduz a percepção de que talvez seja uma característica comum a todos os modelos, concluindo que, por melhor e mais elaborado que seja o sistema de revisão judicial das leis, sua concretização sofrerá dificuldades por questões de cunho subjetivo, tendo a cultura local de cada país grande influência nessa prática.

Ou seja, o grau de comprometimento de cada braço do Poder, seja com a busca pela efetivação de direitos ou com a preservação da soberania parlamentar irá influenciar diretamente na forma de utilização dos mecanismos dialógicos colocados a disposição.

É importante notar que o HRA ao mesmo tempo que preserva a supremacia da legislação, já que a mesma não pode ser invalidada por outro órgão que não o próprio Parlamento, acaba por conferir um papel de destaque ao Judiciário no processo de interpretação e efetivação dos direitos fundamentais.

A Seção 3 ao instituir o mandado interpretativo atribui grande influência ao entendimento do Judiciário na definição do sentido das leis, ao passo que a declaração de incompatibilidade, apesar do seu potencial dialógico demonstrado acima, na prática, também faz com que prevaleça esse entendimento, já que a tendência é que os outros órgãos sigam a interpretação judicial no sentido de modificar a lei garantindo a preservação dos direitos fundamentais assegurados pelo HRA e pela CEDH (DEBELJAK, 2002).

Hiebert (2004, p. 1983) ao tratar da experiência britânica, chama a atenção para o fato de que, apesar da clara intenção dos proponentes do HRA de manter o princípio da soberania parlamentar, não houve muita discussão sobre como esse princípio iria se relacionar com os julgamentos do Judiciário sobre direitos.

Revela que as pesquisas realizadas por meio da análise de debates parlamentares, deliberações políticas e comentários acadêmicos sobre o assunto, demonstram pouca consideração dos critérios, condições e circunstâncias em que o Governo deve explicitamente discordar das interpretações do HRA feitas pelo Judiciário.

O que se percebe da análise do sistema de revisão judicial das leis desenvolvido pelo Reino Unido é que, muito embora o Judiciário não detenha a última

⁹⁵ Ver tópico 10.1.4.

palavra, não podendo invalidar a legislação, o mandado interpretativo lhe confere um poder de interpretação muito amplo, podendo mudar o sentido da lei inicialmente conferido pelo legislador, o que pode contribuir para uma forma de supremacia judicial.

Além do que, o amplo uso do mesmo pode acabar levando os juízes a não exprimirem as suas verdadeiras opiniões sobre a legislação, camuflando assim uma falsa compatibilidade, o que não é desejável sob o ponto de vista constitucional, sobretudo quando se busca uma efetiva proteção de direitos.

Neste sentido, seria preferível que o mandado interpretativo fosse visto apenas como uma diretriz, uma tentativa e não uma obrigação, e que os juízes procurassem usar, em todas as vezes que entenderem que uma legislação não é compatível com a declaração de direitos, seu poder de declaração. Entretanto, não há como determinar que o Judiciário aja dessa forma, pelo que a declaração de incompatibilidade pode ser utilizada frequentemente, ou como uma medida de último recurso.

Os teóricos que acreditam na possível existência de um diálogo no sistema britânico, tendem a considerar que o uso frequente da Seção 3 pelas Cortes, ou seja, o amplo exercício do poder interpretativo, sob o ponto de vista democrático é menos desejável do que a emissão de declarações de incompatibilidade, pois ele dá ao Judiciário a última palavra, ao menos que seja, ou até que seja, revista pelo Parlamento (BATEUP, 2009, p. 547).

Diante do exposto, percebe-se que a materialização de um diálogo, na forma esperada dentro do sistema britânico irá depender efetivamente do comportamento do Judiciário por meio das suas escolhas, já que pode optar por exercer o mandado interpretativo a qualquer custo, mudando fundamentalmente o sentido da legislação, bem como pode optar pela emissão da declaração de incompatibilidade, deixando espaço para a atuação Parlamentar no sentido de superar a deficiência da lei. Ou seja, mais uma vez revela-se na prática dialógica, a importância das escolhas feitas pelas instituições no momento da sua atuação.

Ademais, é duvidoso se pode-se afirmar que, na melhor das hipóteses quando o Judiciário declara uma lei incompatível e o Parlamento responde a essa declaração, há um diálogo do ponto de vista material, eis que não se verifica a interação entre os Poderes

no momento da tomada de decisão, o compartilhamento de suas visões para a construção do sentido constitucional.

O que há é mais uma atuação singular de cada um. O Judiciário tendo que interpretar a legislação de acordo com o HRA sem poder invalidá-la, e o Legislativo tendo que responder a essa interpretação quando a mesma for contrária aquela por ele realizada inicialmente, seja no sentido de modificar a legislação superando a incompatibilidade apontada pelo Judiciário, ou fazer prevalecer o seu entendimento, se assim achar correto.

Todavia, ainda que recente, a prática tem demonstrado que na quase totalidade dos casos em que houve uma resposta do Parlamento a uma declaração de incompatibilidade a mesma foi no sentido de acolher a opinião judicial para modificar a lei⁹⁶, o que demonstra uma tendência desse sistema em acolher a decisão judicial, ainda que a mesma não tenha formalmente o poder de invalidar a lei.

13.2 O mandado interpretativo na experiência neozelandesa

A Nova Zelândia, assim como o Reino Unido, também possui um constitucionalismo de tradição parlamentar. A adoção de um documento formal que visasse à proteção de direitos fundamentais só ocorreu em 1990, com a aprovação do New Zealand Bill of Rights Act (NZBORA).

A principal característica que difere o sistema Neozelândes dos demais é o fato de que o NZBORA não possui uma hierarquia superior as demais leis ordinárias do país, ou seja, é um diploma desprovido de qualquer supremacia ou rigidez dentro do ordenamento jurídico. Essa característica faz com que o mesmo, pelo menos teoricamente, possa ser revogado integralmente ou em parte, por qualquer maioria legislativa posterior (TUSHNET, 2009, p. 25).

⁹⁶ “Greater doubts about the behavioral assumptions underpinning weak-form dialogue theory emerge when we consider the responses that these declarations have elicited from the political branches of government. If Parliament were responding in the manner advocated by weak-form dialogue theorist, we would expect to see disagreement with judicial declarations being regularly expressed or, at the very least, on occasion. Contrary to these expectations, however, the British Parliament has almost universally responded to judicial declarations of incompatibility by amending or repealing the relevant primary legislation in accordance with the court’s ruling.” (BATEUP, 2009, p. 549).

Além de possuir *status* de lei ordinária, o NZBORA exclui expressamente a possibilidade de anulação das leis pelo Judiciário⁹⁷, e determina que este, sempre que for interpretar qualquer dispositivo legal, o faça em conformidade com o *Bill of Rights*⁹⁸. As seções 4 a 7 trazem provisões que evitam o engajamento do Judiciário em uma revisão substantiva dos atos do Parlamento, ratificando a supremacia parlamentar como um princípio constitucional da Nova Zelândia (HIEBERT, KELLY, 2015, p. 62).

Ao contrário do que ocorre no modelo britânico, na Nova Zelândia o Judiciário não pode emitir qualquer declaração de incompatibilidade, o que para alguns doutrinadores, afasta a caracterização desse sistema como um *judicial review*, já outros o caracterizam como um sistema “super fraco” de revisão judicial.

Diante disso, parece inicialmente que o NZBORA não possui então qualquer influência importante dentro do ordenamento jurídico daquele país, entretanto, ao contrário do que parece o mesmo foi responsável por profundas mudanças na legislação interna, justamente por funcionar como um documento interpretativo geral servindo de diretriz para a atuação do legislativo.

Neste sentido, Gardbaum (2001, p. 728) ensina que embora o NZBORA possua um *status* jurídico de um estatuto legal comum, é um documento geral que determina como deve ser dado o sentido a todas as outras leis ordinárias não por meio da disposição de um conjunto de regras interpretativas, mas sim pela enunciação de direitos substantivos.

Assim, o NZBORA protege os direitos nele contidos por meio do dever de interpretação que coloca sobre os tribunais nos termos da Seção 6 e, pelo consequente custo político que impõe ao legislador de adotar uma medida que viole claramente um direito protegido, ou que não possa ser lida como consistente com ele. (GARDBAUM, 2001, p. 729).

⁹⁷ “Section 4 (Other enactments not affected) No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights),— (a)hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or (b)decline to apply any provision of the enactment— by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights.” *New Zealand Bill of Rights Act, 1990.*

⁹⁸ “Section 6 (Interpretation consistent with Bill of Rights to be preferred) Wherever an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in this Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning.” *New Zealand Bill of Rights Act, 1990.*

No julgamento do caso *R v. Hansen*⁹⁹, a Suprema Corte esclareceu a correta abordagem metodológica do *judicial review* a ser utilizada para reforçar os direitos previstos no NZBORA, afirmando que primeiramente a Corte deve buscar o significado original que o Parlamento pretendeu atribuir a medida legislativa, após analisar se o mesmo é compatível com o NZBORA, se houver uma aparente inconsistência, deve averiguar se a mesma é razoável ao abrigo do que dispõe a Seção 5. Se entender pela desarrazoabilidade, então deve buscar uma interpretação diferente que se coadune com a declaração de direitos, e, por fim, quando isto não for possível deverá prevalecer então o significado original atribuído pelo Parlamento. (HIEBERT; KELLY, 2015, p.63).

Essa metodologia resulta de uma cultura judicial fortemente influenciada pelo princípio da supremacia legislativa. Nesta perspectiva, o NZBORA introduz um importante instrumento processual na Seção 7¹⁰⁰, mediante o qual o Procurador Geral é obrigado a examinar todas as propostas de lei, e informar ao Parlamento quando for detectada qualquer incompatibilidade entre uma disposição legal e os direitos e garantias assegurados pela Declaração.

O fundamento de tal medida parece consistir justamente em evitar a aprovação de medidas legislativas incompatíveis com o *Bill of Rights*, estabelecendo uma forma preventiva de controle, ainda que não tenham o condão de impossibilitar a aprovação da lei mesmo quando incompatível, mas servindo de alerta ao Parlamento, e, assim, aumentando a sua responsabilidade pois arcará com os custos políticos de suas decisões.

Em que pese o NZBORA proíba o Judiciário de emitir qualquer pronunciamento formal sobre a incompatibilidade de medidas legislativas, o *New Zeland Human Rights Act*, adotado em 1993, prevê a possibilidade de uma declaração judicial de inconsistência como remédio apropriado para os casos de discriminação.

Assim, somente nos casos em que se discute o direito a igualdade, o

⁹⁹ *R v. Hansen* (2007) NZSC 7. Íntegra disponível em: <http://www.nzlii.org/cgi-bin/sinodisp/nz/cases/NZSC/2007/7.html?query=hansen%20nzsc>.

¹⁰⁰ “Section 7 (Attorney-General to report to Parliament where Bill appears to be inconsistent with Bill of Rights) Where any Bill is introduced into the House of Representatives, the Attorney-General shall,— (a) in the case of a Government Bill, on the introduction of that Bill; or (b) in any other case, as soon as practicable after the introduction of the Bill,— bring to the attention of the House of Representatives any provision in the Bill that appears to be inconsistent with any of the rights and freedoms contained in this Bill of Rights.” *New Zeland Bill of Rights Act, 1990*.

Judiciário, quando não encontrar uma interpretação da lei que seja razoável e compatível com os direitos assegurados *Bill of Rights* poderá emitir um documento formal que ateste a inconsistência, no intuito de dar ciência ao Parlamento da incompatibilidade. Em todas as outras questões relativas a direitos fundamentais, é vedado ao Judiciário comportamento semelhante.¹⁰¹

O modelo Neozelandês, assim como os demais que adotam uma forma fraca de revisão judicial das leis, é considerado por alguns estudiosos como dialógico por não ser a interpretação judicial considerada conclusiva, ou definitiva, mas sim possibilitadora de uma interação legislativa, pois por meio do poder de interpretação atribuído ao Judiciário, o legislativo se sentiria constangido a adotar medidas favoráveis a proteção de direitos, evitando uma futura incompatibilidade das leis com o NZBORA.

13.2.1 Críticas ao modelo neozelandês

A principal crítica ao modelo neozelandês reside na dúvida se o mesmo pode ser caracterizado como um *judicial review*, perante a evidência da supremacia parlamentar e da falta de possibilidade do Judiciário de sequer emitir uma declaração de incompatibilidade das leis, sugerindo assim a ausência de uma forma concreta de controle judicial.

O que se percebe da análise desse sistema é que o mesmo, apesar de ter favorecido a implementação de uma cultura de proteção de direitos fundamentais na Nova Zelândia por meio da adoção do NZBORA e da previsão do mandado interpretativo que, de alguma forma, influencia o Parlamento a editar leis compatíveis com a declaração restringindo o antes ilitimidado poder de criação deste órgão, não há como se falar, concretamente, na existência de um “diálogo institucional”.

Apesar de alguns doutrinadores otimistas apontarem a prática do mandado interpretativo na experiência neozelandesa como uma forma de diálogo entre os

¹⁰¹ É necessário que esclarecer que muito tem sido discutido sobre a possibilidade de uma emissão formal de declaração de incompatibilidade pelo Judiciário no sistema Neozelandês. Há estudiosos que defendam a necessidade de uma mudança legislativa nesse sentido, todavia os entendimentos jurisprudências mais recentes indicam que as perspectivas para a adoção dessa possibilidade formal ainda são precárias. Ver GINSBURG, Claudia. *On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights*. Victoria University of Wellington Law Review 40: 613-47, 2009.

poderes, existem muitas críticas a tal afirmação, sob o argumento de que o que há, na realidade, é total a prevalência do Poder Legislativo.

O NZBORA emerge como um documento de caráter essencialmente interpretativo, baseado em uma implementação parlamentar. Essa característica interpretativa, apesar de reforçada pela abordagem judicial, ainda está muito ligada a supremacia parlamentar profundamente enraizada no constitucionalismo neozelândes, e a essa forma de envolvimento Parlamento não pode, nem na melhor das hipóteses, ser vista como uma forma de diálogo. (HIEBERT; KELLY, 2015).

A falta de mecanismos formais ao alcance do Judiciário para poder declarar a incompatibilidade de uma medida legislativa com a declaração de direitos, reduz em grande escala a possibilidade da ocorrência de um diálogo entre os poderes políticos.

Nesse sentido, Geiringer (2009, p. 647-647) aduz que a experiência Neozelandesa demonstra que a maioria dos juízes não se sentem confortáveis quando colocados a exercer o papel de críticos do legislativo, justamente pela arraigada cultura parlamentar presente neste modelo, e que a melhor e mais rápida forma de mudar essa mentalidade seria por meio da atribuição de uma poder formal para declarar a inconsistência das leis.

Sendo assim, a possibilidade de um efetivo diálogo entre os Poderes dentro do sistema da Nova Zelândia na forma em que hoje se afigura, é escassa e limitada, já que a supremacia parlamentar ainda é muito forte e evidente.

CAPÍTULO 3 – AS TEORIAS DIALÓGICAS NO SISTEMA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: UMA POSSIBILIDADE?

Da exposição feita no capítulo anterior podemos concluir que não há uma forma pré definida para a ocorrência do diálogo, podendo ele se manifestar por meio das mais diversas práticas e sob perspectivas teóricas diferentes, a depender da cultura histórica e política do país em que está inserido.

Apesar de ser um tema ainda pouco explorado pela doutrina brasileira, que ainda se centra primordialmente nos estudos das teorias interpretativas, nos parece importante verificar se há a possibilidade da aplicação das teorias dialógicas no Brasil, mais ainda, se podemos identificar algum indício da sua prática nos julgados do STF.

Por isso, na sequência, se buscará por meio da análise de alguns casos concretos, constatar como e em que medida os diálogos institucionais se manifestam no sistema brasileiro, a fim de revelar quais os traços das teorias dialógicas presentes nesse sistema.

Oportunamente, se esclarece que os casos selecionados para análise são resultado do controle concentrado de constitucionalidade, quando o Supremo Tribunal Federal exerce seu papel de guardião da constituição¹⁰². Fez-se essa opção por ser este tipo de controle, o ponto de maior relevância e confronto entre a atuação do STF e sua relação com o Legislativo, pois é onde há uma análise judicial direta e abstrata da atuação legislativa que dá origem a uma decisão judicial com efeitos *erga omnes*.

A análise de casos ocorridos no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade torna-se ainda mais interessante do que a de casos derivados do controle difuso se levarmos em conta que, neste último, a reação legislativa é disciplinada pela própria Constituição Federal, por meio do inciso X, do artigo 52, que atribui ao Senado a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional, não havendo,

¹⁰² O art. 102 da Constituição Federal Brasileira atribui expressamente ao STF o papel de guardião da Constituição, cabendo-lhe julgar originariamente ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

portanto, grandes controvérsias a esse respeito.¹⁰³

Deve ser esclarecido ainda que, apesar de no capítulo anterior ter-se feito referência as teorias que prescrevem a realização de um diálogo social, no presente capítulo a análise se centrará apenas em casos onde os atores participantes do processo de interpretação constitucional são os poderes institucionalizados, excluindo-se os casos onde se fala na inclusão da sociedade. Destaca-se isso porque hoje a realização de audiências públicas e a convocação de “amigos da corte” durante o processo constitucional tem sido uma prática comum, porém complexa, utilizada pelo Supremo Tribunal brasileiro¹⁰⁴.

Portanto, entende-se que seria temerário invocar aqui casos envolvendo esses mecanismos populares sem tratá-los com a devida profundidade, dando atenção a todos os aspectos controversos que a análise requer. Por esses motivos, a análise centra-se apenas em casos onde figuram como atores o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Ressalta-se que o objetivo do estudo não é analisar de forma exaustiva a jurisprudência brasileira, até mesmo porque, para tanto seria necessário um trabalho dedicado inteiramente à esse objetivo. Pretende-se verificar e ilustrar como as teorias dialógicas podem ser encontradas na prática brasileira por meio de importantes julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, identificando os elementos dialógicos neles presentes e as correspondentes teorias.

Para fazer a análise dos casos e identificar seus aspectos dialógicos, será utilizado como base, além das teorias expostas no capítulo anterior, a descrição de diálogo convencional proposta por Tushnet (2012, p. 3-13), a qual se estrutura da seguinte forma:

1º O legislador promulga uma lei → 2º o estatuto enfrenta um desafio no Tribunal Constitucional → 3º O Tribunal invalida o estatuto → 4º o Tribunal na decisão

¹⁰³ Necessário destacar eu há uma divergência na doutrina brasileira acerca da discricionariedade do poder atribuído ao Senado por força do art 52, X da CF/88. Nos filiamos a doutrina minoritária, segundo a qual o Senado possui a faculdade de suspender a lei, e não a obrigação, já que a decisão judicial exarada no exercício do controle de constitucionalidade difuso possui efeitos *inter partes*. Sob essa lógica, pode-se enxergar tal previsão constitucional como um mecanismo dialógico, pois não deixa ser um instrumento de reação legislativa à decisão judicial, que complementa o controle judicial, e, de certa forma, estendendo os efeitos da sua decisão.

¹⁰⁴ Exemplo emblemático dessa prática é a ADI 3.510 onde foi apreciada a inconstitucionalidade da Lei de Biosegurança, em especial no tocante a possibilidade de pesquisas utilizando células tronco, e o STF reconhecendo a complexidade do tema convocou a realização de audiências públicas, onde foram ouvidas várias entidades organizadas da sociedade civil, e a participação de diversas pessoas na qualidade de “amigos da corte”, para compartilhar conhecimento técnico que o Tribunal assumir não possui para julgar o caso.

indica algumas formas específicas em que o estatuto é incompatível com a Constituição, ou oferece a melhor interpretação das disposições constitucionais → 5º O legislativo responde revendo o estatuto e corrigindo as deficiências apontadas pelo Tribunal, ou reedita o estatuto sem alterações → 6º O estatuto é novamente desafiado → 7º O Tribunal lida com o desafio e se abre para um novo debate defendendo o estatuto, ou verifica se as modificações do estatuto foram suficientes para torna-lo compatível, ou estão aquém e ensejam uma nova invalidação.

Ou ainda: 1º A Constituição impõe ao legislador o dever de legislar sobre um tópico específico → 2º O Tribunal identifica falhas na atuação legislativa entendendo que a mesma é insuficiente para satisfazer o seu dever, ou verifica a ausência de atuação → 3º indica ao legislativo as falhas ou a omissão, exigindo a tomada de medidas no sentido de cumprir o seu dever constitucional.

Dito isso, passa-se a análise dos casos concretos.

14. Julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2.797/df – a súmula 394 do STF e a lei nº 10.628/2002.

a) Breve resumo do caso.

A antiga Súmula¹⁰⁵ 394 do STF, editada em 3 de abril de 1964, a qual dispunha que "cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício" foi cancelada, por unanimidade, em sessão plenária da Corte realizada em 30/04/2007.

Os argumentos para o cancelamento do referido verbete giraram basicamente em torno da defesa de que a prerrogativa de foro visa garantir o exercício do

¹⁰⁵ A Súmula é um instituto jurídico muito presente no Direito brasileiro que consiste em um verbete que registra a interpretação pacífica ou majoritária de um determinado Tribunal, a partir do julgamento de variados casos concretos, a fim de tornar público a sociedade o seu entendimento e promover uma uniformização das decisões judiciais. Em regra não possui efeito vinculante, servindo apenas de diretriz, porém quando for votada e aprovada pelo STF, por pelo menos 2/3 do plenário, se torna um entendimento obrigatório a ser observado por todos os outros Tribunais e juízes, bem como pelos entes da Administração Pública, conforme determina o Artigo 103-A da Constituição Federal de 1988.

cargo e não o seu ocupante, sendo assim, uma vez que o indivíduo deixa o cargo não deve fazer jus ao privilégio, eis que o mesmo é inerente ao cargo e não um direito subjetivo, assim, atribuir o privilégio quando já não mais há o exercício da função violaria o princípio da igualdade.

Foi então consolidado pela Corte o entendimento de que deixando o cargo definitivamente, independentemente do motivo, o ex-titular não terá direito a processo e julgamento em órgão jurisdicional distinto daquele que teria qualquer outro cidadão.

Apesar da sedimentação desse entendimento no âmbito do STF, em dezembro de 2002 foi promulgada a Lei nº 10.628/2002, que alterou o artigo 84 do Código de Processo Penal brasileiro para inserir o §1º, com a seguinte redação: “a competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.”

Foi arguida a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo legal por meio de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Ao fim do julgamento, foi declarada a inconstitucionalidade material e formal da lei, essa última com base no argumento de que uma lei ordinária não poderia vir a superar uma interpretação constitucional já realizada pelo Supremo.

Os aspectos relevantes do caso para a análise pretendida residem justamente na tentativa do Legislativo de superar uma interpretação constitucional já consolidada pela Suprema Corte, e não tanto no mérito relativo a constitucionalidade material da norma.

O caso é emblemático no cenário brasileiro por ter despertado um interessante debate acerca da possibilidade de reação legislativa a uma interpretação constitucional proferida pelo STF, o que em muito contribui para a nossa análise sobre a possibilidade de um diálogo institucional no sistema brasileiro.

Passa-se então a exposição das importantes variáveis do debate de acordo com os votos proferidos pelos Ministros na ocasião do julgamento.

b) Debate acerca da possibilidade de reedição de uma lei anteriormente declarada inconstitucional pelo STF.

O relator do caso, Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, o qual foi seguido pela maioria, iniciou a fundamentação da inconstitucionalidade do dispositivo legal sob análise naquela ocasião afirmando que o mesmo constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394. Destacou, que a redação legal se aproxima substancialmente da que foi proposta em seu voto vencido pela maioria na ocasião da deliberação sobre o cancelamento do verbete.

Afirmou que o cancelamento da Súmula decorreu de interpretação direta e exclusiva da Constituição, e não pela inexistência de lei ordinária que o regulasse. Diante disso, formulou então a seguinte indagação: lei ordinária é instrumento normativo apto à alterar jurisprudência assente do STF fundada em interpretação direta e exclusiva da Constituição?

Argumentou construindo uma resposta negativa à indagação, embora reconhecendo que as decisões da Corte em sede de controle concentrado não vinculam o Poder Legislativo, mas tão somente os demais órgãos do Judiciário e o Poder Executivo. Assim, concluiu que a edição de uma lei no sentido contrário de uma decisão do Tribunal não infere necessariamente um descumprimento dessa decisão, estando o Legislativo livre para agir nesse sentido, todavia, a medida editada será inevitavelmente considerada inconstitucional, a menos que a Corte recue em seu posicionamento anterior sobre o assunto.

Neste ponto, o Ministro propôs uma reflexão diferenciando a inconstitucionalidade material e formal da lei. No seu entender, se a lei reeditada pretender impor com seu objeto imediato uma interpretação da Constituição ela será eivada de uma inconstitucionalidade formal, pois uma lei de hierarquia inferior não pode ditar a interpretação de uma norma hierarquicamente superior.

Porém, quando a lei editada pelo legislativo for de conteúdo similar ao de uma outra já declarada inconstitucional, deverá ser feita análise acerca da inconstitucionalidade material, pois a Corte não está vinculada ao seu entendimento anterior, podendo mudar de opinião sobre o assunto em um novo debate.

Neste sentido, merece destaque o seguinte trecho do voto:

“Admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição – como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia –, só constituiria a Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário ao contrário, submetido aos seus ditames.”

O Ministro Eros Grau, em voto divergente, discordou do entendimento traçado no voto do relator no aspecto da inadmissibilidade da interpretação constitucional por lei ordinária, afirmando que todo ato legislativo em alguma medida envolve a interpretação da Constituição por parte de quem legisla.

Concluiu pela inexistência de inconstitucionalidade formal da Lei nº 10.628/02, com base no fundamento de que o Poder Legislativo não fica vinculado por um dever de não legislar em razão da Corte ter conferido alguma interpretação constitucional. Sendo então admissível que o Legislativo reedite uma lei contrária a interpretação constitucional já proferido pelo STF, todavia, esta lei fatalmente sucumbirá à análise da inconstitucionalidade material, já que a última palavra deverá ser dada pela Corte.

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou a divergência, lançando argumentos diferentes que enriqueceram o debate, os quais são de grande importância para a análise que se fará s na sequência, razão pela qual transcreve-se aqui alguns dos principais trechos:

(...) Penso que não é possível admitir que o legislador ordinário tenha a sua liberdade totalmente tolhida pelas declarações de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do Tribunal. É adequado e prudente, inclusive, que tais atos legislativos sejam apreciados a partir de um dado contexto institucional.

É de se ressaltar que, se de um lado, a Constituição atribui a este Supremo Tribunal Federal a tarefa de guarda da integridade da ordem jurídico-constitucional, de outro, é assente que o seu texto esta sujeito a uma sociedade aberta de intérpretes (HARBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*:

contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997), os quais podem, de acordo com as alterações histórico-culturais, exercer alternativas plurais de interpretação.

(...)

Não é possível presumir, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados simplesmente porque eles contrariam a “última palavra” conferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Que pretendo ressaltar, pelo contrário, é o fato de que se o legislador federal (re)incide, cria ou regula essa matéria constitucional de modo inteiramente diverso, o “diálogo”, o debate institucional deve continuar.

Os demais ministros seguiram o voto do relator sem acrescentar grandes argumentos ao debate. Desta feita, restou consignada no julgado a inconstitucionalidade da lei.

c) Análise do caso pelo prisma das Teorias do Diálogo Institucional.

Inicialmente, merece ser pontuado que, como destacado no voto do Ministro Relator, a lei da qual foi apreciada a constitucionalidade pelo STF trata-se de expressa reação legislativa a interpretação constitucional anteriormente proferida.

Como viu-se no capítulo anterior, para alguns estudiosos como Peter Hogg e Allisson Bushell, a simples possibilidade de reação legislativa à decisão judicial resultante do controle de constitucionalidade deve ser considerada como uma prática dialógica.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que o STF apesar de ter considerado a inconstitucionalidade da lei, não descartou a possibilidade da reação legislativa à sua decisão pretérita admitindo que a mesma não vincula a atuação legislativa, o que demonstra a existência de um espaço para a possibilidade do diálogo no sistema brasileiro, ainda que este em muito se diferencie estruturalmente do sistema Canadense, o qual foi o objeto de estudo desses Autores.

Aplicando a descrição dialógica proposta por Tushnet, pode-se dizer que o caso enquadra-se no conceito de diálogo, pois o legislador pretendeu a modificação do

entendimento da Corte por meio da edição de um estatuto legal com objeto semelhante ao de uma Súmula já cancelada - prática que pode ser comparada a “*in your face response*” comum no sistema canadense¹⁰⁶ - e o Tribunal enfrentou a questão por meio de um novo debate, porém permaneceu firme no seu entendimento anterior.

Portanto, em que pese a Constituição Federal brasileira não trazer expressamente em seu texto a previsão de um mecanismo específico que possibilite ao legislativo superar uma decisão do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁷ proferida no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, o fato de as decisões do Supremo nesta espécie de controle de constitucionalidade não vincularem o Poder Legislativo¹⁰⁸, possibilitam, ou pelo menos não impedem, a reedição de uma norma já consagrada inconstitucional.

Sendo assim, pode-se afirmar que apesar do Brasil adotar um modelo forte de controle de constitucionalidade, e a Constituição Federal conceder expressamente a guarda da Constituição ao Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de um diálogo institucional com o Poder Legislativo – sob a perspectiva de algumas teorias dialógicas – não é algo impensável.

Importante frisar a questão da adoção de um sistema forte de controle de constitucionalidade, já que conforme lecionado por Tushnet (2009), esses sistemas seriam menos propícios ao diálogo já que seus mecanismos de modificação da decisão judicial seriam mais difíceis e demorados, como a Emenda Constitucional, por exemplo. Contudo, no presente caso vê-se que essa possibilidade pode ocorrer por meio de lei ordinária, e de forma relativamente célere se considerado que entre a revogação da Súmula 394 e a edição da lei se passaram apenas dois anos.

¹⁰⁶ Ver tópico 10.1.2

¹⁰⁷ Apenas a título de conhecimento entendemos necessário mencionar que no ano de 2011 foi proposto um Projeto de Emenda a Constituição conhecido como PEC 33, o qual pretendia modificar o enunciado do artigo 102 da CF para alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade das leis, condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo STF à aprovação pelo Poder Legislativo e submeter ao Congresso Nacional as decisões sobre inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. As alterações pretendidas com o projeto, especialmente as duas últimas que alargam a competência do Legislativo, sugerem a introdução de um modelo de controle de constitucionalidade semelhante ao *weak form*. A PEC foi arquivada no dia 31/01/2015, com o fim da legislatura em que foi proposta nos termos do art. 105 do regimento interno da Câmara dos Deputados.

¹⁰⁸ O parágrafo único do artigo 28 da Lei nº 9. 868 de 10 de novembro de 1999, dispõe que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, não incluindo nesse rol o Poder Legislativo.

Pois bem, da leitura do item b) acima, percebe-se uma divergência de opinião dentro da própria Corte a respeito do tema, alguns ministros, a maioria deles, adotaram um pensamento mais conservador e defensor da supremacia judicial no sentido de considerar a reação legislativa abusiva. Outros, principalmente o ministro Gilmar Mendes, optaram por um posicionamento mais tendente ao diálogo, reconhecendo a importância de uma postura mais aberta do Judiciário nesse sentido.

Apesar do voto vencedor ter concluído pela inconstitucionalidade formal da lei, a análise do mérito não deixou de ocorrer. Todos os ministros engajaram-se a debater o tema tratado pela lei e pela antiga Súmula novamente, reacendendo o debate dois anos depois. Em que pese o entendimento da Corte ter permanecido o mesmo, deve-se reconhecer os benefícios da reedição da lei no sentido de possibilitar um “segundo olhar” sobre o tema.

Nesse aspecto do caso, percebe-se a ideia desenvolvida por Kent Roach¹⁰⁹ – a qual se enquadra no grupo das teorias de princípios jurídicos – em que a decisão judicial deve ser considerada como o início do debate, o qual prossegue mediante a resposta legislativa por meio da edição de leis ordinárias reativas à essa decisão, e que assim possibilitam que o tema volte a ser debatido pelo Judiciário e também pelo Legislativo.

Para o autor a devolução do debate ao Judiciário por meio da resposta legislativa é uma forma mais desejável de atuação do legislador ao invés da , ou total deferência às decisões judiciais ou ainda da superação da decisão e imposição do seu entendimento, como o sistema canadense possibilitar com a cláusula 33. Todavia, também atenta para o lado negativo dessa prática, como já se viu anteriormente.

O caso traduz exatamente as críticas dirigidas à essa teoria e sua respectiva prática, pois viu-se que o legislativo pode simplesmente reeditar uma norma já considerada inconstitucional, sem, no entanto, se preocupar em justificar a sua escolha, tampouco demonstrar a necessidade da medida, mas apenas repetindo o conteúdo tal e qual ao da norma anterior, contrariando a expectativa de uma melhor e mais responsável atuação.

É necessário perceber também a postura ativista da Corte, tendo em vista que o entendimento que prevaleceu nesse caso foi pela impossibilidade de reedição de

¹⁰⁹ Ver também além das obras já anteriormente citadas: ROACH, Kent. Constitutional and Common Law Dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures. Canadian Bar Review, p. 481-533, 2001. █

uma norma já declarada inconstitucional com uma clara intenção de preservar e reafirmar o seu poder¹¹⁰, o que evidencia mais uma dificuldade prática da aplicação das teorias dos princípios jurídicos, dependentes da boa disposição do Judiciário para abertura do debate, e até para uma eventual deferência à escolha legislativa.

Em todo caso, fato é que não se pode considerar que no presente caso houve um diálogo sob o ponto de vista material, concluindo, conseqüentemente que as teorias dialógicas dos princípios jurídicos na prática, não se revelam apropriadas para a sua consecução. Todavia, vislumbra-se a tentativa de uma resposta legislativa ao protagonismo Judicial, que pode, sob o ponto de vista formal, ser considerada como um diálogo, principalmente por ter levado o tema a ser debatido novamente pela Corte, apesar da sua postura mais conservadora, conforme propõe Tushnet.¹¹¹

Essa reação legislativa, ao contrário do que pode parecer em um primeiro momento, não é algo tão raro no sistema brasileiro e pode ser encontrada também em diversos outros casos, como verá na sequência.

15. Julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.543/DF e a lei 13.165/2015.

a) Breve resumo do caso:

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543/DF proposta pela Procuradoria Geral da República o Supremo Tribunal apreciou a incompatibilidade do artigo 5º da Lei 12.034/2009 com o *caput* do artigo 14 da Constituição Federal brasileira, que assegura o voto direto e secreto.

O supracitado dispositivo legal previa a criação do voto impresso a partir do processo eleitoral de 2014 e possuía a seguinte redação:

5º Fica criado, a partir das eleições de 2014, inclusive, o voto impresso

¹¹⁰ Neste sentido, Barroso (2009) destaca que o primeiro impulso natural do poder é a auto-conservação, sendo intuitivo que os representantes do poder em suas relações entre si ou com outros atores políticos, sejam eles institucionais ou sociais, procure demarcar e preservar seu espaço de atuação e sua autoridade.

¹¹¹ Ver tópicos 10.1.2, 10.1.3 e 10.1.4 que abordam as teorias dialógicas de princípios jurídicos, sua concretização no sistema canadense e respectivas críticas.

conferido pelo eleitor, garantido o total sigilo do voto e observadas as seguintes regras:

§ 1º A máquina de votar exibirá para o eleitor, primeiramente, as telas referentes às eleições proporcionais; em seguida, as referentes às eleições majoritárias; finalmente, o voto completo para conferência visual do eleitor e confirmação final do voto.

§ 2º Após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital.

§ 3º **O voto deverá ser depositado de forma automática, sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.** (grifou-se)

§ 4º Após o fim da votação, a Justiça Eleitoral realizará, em audiência pública, auditoria independente do software mediante o sorteio de 2% (dois por cento) das urnas eletrônicas de cada Zona Eleitoral, respeitado o limite mínimo de 3 (três) máquinas por município, que deverão ter seus votos em papel contados e comparados com os resultados apresentados pelo respectivo boletim de urna.

§ 5º É permitido o uso de identificação do eleitor por sua biometria ou pela digitação do seu nome ou número de eleitor, desde que a máquina de identificar não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica.

O Supremo considerou a lei inconstitucional com base em diversos argumentos, alegando, resumidamente, que a criação do voto impresso representaria um retrocesso para o sistema eleitoral brasileiro que atualmente conta com um moderno e eficiente aparato de votação eletrônica e seria uma ameaça ao sigilo garantido constitucionalmente, afirmando a proibição de qualquer tipo de identificação do eleitor no exercício do voto ou no próprio voto.

A ação foi julgada procedente por unanimidade nos termos do voto do Ministro Relator, porém, é interessante destacar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual aduziu expressamente a importância de que o Judiciário conserve uma postura de humildade institucional, sendo deferente às escolhas políticas do Legislador que não sejam claramente irrazoáveis. Em resposta, o Ministro Luiz Fux afirmou que, muito embora

concorde com a deferência que deve ser dada ao Legislativo, em certos casos, é preciso que o Supremo exerça a função contramajoritária, ou seja, contra a Casa do Povo, principalmente naquelas hipóteses em que há uma ameaça a direito fundamental.

Pouco mais de um ano após o referido julgamento, o Legislativo promulgou a Lei nº 13.165/2015, conhecida como “lei da minireforma eleitoral” por introduzir significativas alterações ao Código Eleitoral, a qual em seu artigo 2º deu nova redação ao Artigo 59-A do referido Código, nos seguintes termos:

Art. 59-A. No processo de votação eletrônica, a **urna imprimirá o registro de cada voto, que será depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.** (grifou-se)

Parágrafo único. O processo de votação não será concluído até que o eleitor confirme a correspondência entre o teor de seu voto e o registro impresso e exibido pela urna eletrônica.

Da simples leitura do dispositivo acima, percebe-se que o que o Legislativo fez foi reeditar uma norma com igual objeto ao da anteriormente declarada inconstitucional pela Corte. Entretanto, algumas alterações no texto são notórias, sobretudo no tocante a retirada da previsão de um número único de identificação do voto associado à própria assinatura digital e da auditoria pela Justiça Eleitoral.

Percebe-se então, mais uma vez a ocorrência de uma reação legislativa por meio da edição de lei ordinária, tendo em vista o desacordo do legislador com o entendimento proferido pela Corte.

b) Análise do caso pelo prisma das Teorias do Diálogo Institucional.

Observa-se claramente no presente caso a possibilidade concreta do Legislativo brasileiro reeditar uma norma de igual objeto e com redação semelhante e igual objeto de outra já declarada inconstitucional pelo STF.

O caso é similar ao antes descrito, porém naquele a norma anterior que estava sendo reeditada não era uma lei ordinária criada pelo legislativo, mas sim uma Súmula editada pela própria Corte. Neste caso já se nota duas normas editadas pelo mesmo órgão,

com o mesmo objeto e em um lapso temporal relativamente curto; a primeira já considerada inconstitucional e a segunda até o momento válida.

Se observar-se o caso pela vertente do conteúdo daquelas teorias dialógicas que consideram a reedição de norma idêntica como uma forma de diálogo, chegar-se-á a conclusão que esse pode ser mais um exemplo de diálogo no seu sentido formal, assim como o narrado acima.

O caso encaixa-se perfeitamente na descrição convencional de diálogo sintetizada por Tushnet, eis que respeita a execução de todos os passos descritos pelo autor, todavia, conceber a resposta legislativa neste caso como uma forma de diálogo pode ser considerado como algo positivo ou não, a depender do ponto de vista adotado.

Pode-se considerar a reação legislativa tanto como uma afronta à decisão judicial na tentativa de manter uma legislação flagrantemente inconstitucional em vigor, protegendo seus próprios interesses políticos, ou podemos interpretar a reação legislativa também como uma manifestação de deferência à decisão judicial, sendo uma revisão da lei anterior.

Menciona-se isso porque não se pode ignorar o fato de o texto da segunda lei ser muito mais sucinto que o da primeira, sobretudo por ter sido retirada da sua redação alguns aspectos específicos que foram impugnados pelo Supremo. Nesse aspecto, se adotada uma visão positiva, poder-se-ia dizer que o resultado esperado pelos defensores dessa prática foi atingido, ocasionando uma atuação mais responsável do Legislativo, o qual teria levado em conta as observações do Judiciário para a elaboração de uma medida mais satisfatória que a anterior.

Se observada a reação legislativa sob esse entendimento, poder-se-á dizer que houve no presente caso - conforme o sentido empregado por Tremblay (2000) - uma “conversa” entre entre Judiciário e Legislativo, que resultou em uma medida legislativa criada mediante o compartilhamento das visões de ambos os Poderes.

Entretanto, é necessário destacar que a intenção do Legislativo não resta clara, pois ao mesmo tempo que modificou em alguns aspectos o texto anteriormente editado, também manteve o seu principal objeto, o qual já havia sido flagrantemente considerado inconstitucional pela Corte.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que se pode vislumbrar a ocorrência de um diálogo, também se pode encarar o tipo de resposta legislativa dada neste caso como uma atuação abusiva, a qual não poderá ser entendida como dialógica.

Essa ambiguidade demonstra que nem toda forma de resposta legislativa deve ser encarada sob o ponto de vista dialógico, sob pena de enfraquecimento das próprias teorias dialógicas, do esvaziamento do seu potencial. É nesse aspecto, que a descrição convencional de diálogo apresenta falha.

O que o diálogo institucional - entendido na sua melhor forma - preceitua não é uma imposição de pontos de vista, muito menos a simples deferência de um Poder para com o outro, mas, sim, uma efetiva troca de argumentos, por isso, é preciso que haja uma análise qualitativa das respostas legislativas para só assim poder enquadrá-las como uma manifestação dialógica, e não apenas considerar que o simples fato da sua possibilidade existir já é uma evidência de diálogo (PETTER, 2007).

Como já analisado anteriormente em tópico específico, a metodologia de diálogo que verificamos nos dois casos expostos até aqui é alvo de muitas críticas, porém também possui alguns aspectos positivos, que não podem ser desconsiderados, os quais ficam melhor evidenciados por meio da análise do caso que a seguir será exposto.

16. Julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.772/DF – a súmula 726 do STF e a lei nº 11.301/2006.

a) Breve resumo do caso:

Trata-se da análise da constitucionalidade da Lei nº 11.301/2006, que alargou o conceito de funções de Magistério para efeitos de aplicação do parágrafo 5º do artigo 40, e do parágrafo 8º do artigo 201 da CF/88, mediante Ação Direta de Constitucionalidade proposta pelo Procurador Geral da República.

Em suma, o que a lei questionada apresentou foi uma introdução de um parágrafo segundo na Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) com a seguinte redação: “Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em

estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.”

Os respectivos dispositivos constitucionais tratam da aposentadoria especial para professores, prevendo uma redução do tempo de serviço exigido para tanto. Sobre esse aspecto, o STF já havia editado a Súmula 726, com a seguinte redação: para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.

O referido verbete foi resultado do julgamento da ADI 2.253, onde ao interpretar a Constituição o Supremo Tribunal firmou o entendimento de que as funções de magistério referidas pela Carta Magna seriam apenas as da própria atividade fim do professor, ou seja, definiu a docência como atividade exclusiva de sala de aula.

Desta forma, mais uma vez o Legislativo editou lei contrária à interpretação constitucional já exarada e sumulada pela Corte. Contudo, nessa ocasião o resultado prático foi diferente dos verificados nos casos acima.

Primeiro, não houve debate acerca da possibilidade da edição de uma lei contrária a decisão já proferida pelo STF, mas sim uma mudança no entendimento anteriormente traçado após um intenso debate sobre o assunto.

Poderia o Supremo Tribunal ter declarado a inconstitucionalidade da norma sem muita dificuldade, bastava manter o posicionamento anterior relativo a impossibilidade de alargamento do benefício da aposentadoria especial aos profissionais “especialistas em educação”, entretanto, optou por modificar seu entendimento parcialmente e adaptá-lo para julgar a ação parcialmente procedente, mantendo a validade da lei e traçando a correta interpretação da mesma, nos seguintes termos:

I – A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar.

II – As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira de magistério, desde que exercidos em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos

os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal.

b) Análise do caso pelo prisma das Teorias do Diálogo Institucional

Vê-se no presente caso um posicionamento da Corte totalmente contrário ao demonstrado anteriormente. Aqui o STF admitiu a superação da sua decisão por lei ordinária, esforçando-se ainda para traçar um entendimento compatível da lei com a Constituição, quando poderia tê-la simplesmente anulado.

Neste caso, constata-se o benefício da prática legislativa, que mesmo ciente do entendimento já fixado pelo Judiciário, forçou a reedição da lei como forma de levantar novamente o debate acerca do tema, o qual resultou positivo no tocante a efetivação de direito fundamental, ampliando o rol de beneficiados com a aposentadoria especial dos professores.

Percebe-se, neste ponto, que o resultado benéfico esperado da prática das teorias dialógicas dos princípios jurídicos pautadas em uma articulação legislativa, no sentido de propiciar um novo debate sobre determinado tema por meio da edição de uma lei ordinária, é possível, todavia, fica claro que, para que haja esse efeito positivo, é necessária uma abertura da Corte, uma aceitação ao novo enfrentamento e possibilidade de modificação do antigo posicionamento.

O caso revela, portanto, uma importante crítica das teorias dialógicas: nenhuma delas prevê uma forma de diálogo que na prática deva e possa ocorrer independente da vontade das instituições. No mesmo sentido, a descrição convencional de diálogo exposta por Tushnet, para que resulte positiva necessita da vontade política dos agentes.

Por outro lado, mais uma vez percebe-se que mesmo não havendo no sistema brasileiro qualquer previsão expressa de um mecanismo estrutural dialógico, esse diálogo pode ocorrer como fruto do próprio princípio da separação de poderes, evidenciando assim o que preceituam as teorias de construção coordenada, já tratadas no tópico 10.1, ou seja, que o diálogo pode se materializar mesmo em um sistema onde há uma supremacia judicial expressa pela própria Constituição.

Mediante a leitura do presente caso, percebe-se ainda que as respostas proferidas no âmbito da interpretação constitucional estão sujeitas à constantes mudanças, que não há uma resposta definitiva, sendo então importante a interação entre os Poderes justamente para possibilitar a construção de novas respostas condizentes com a realidade e mais aceitáveis no seio social, conforme a ideia do diálogo institucional pressupõe.

Neste sentido, revela-se a pertinência dos ensinamentos de Waldron, da necessidade de um modelo de controle judicial das leis onde não haja invariavelmente a predominância do Judiciário, sendo necessário o debate acerca das questões constitucionais mais complexas e não a simples prevalência do entendimento judicial.¹¹²

Outro ponto do caso que merece destaque é a prática da “interpretação conforme” utilizada pelo Supremo. Vê-se que houve uma busca por uma interpretação compatível com a Constituição, a fim de manter a validade da medida editada pelo Legislativo, porém com uma relativa alteração do sentido original conferido pelo legislador.

Nesse aspecto, a técnica decisória utilizada pela Corte se assemelha ao mandado interpretativo presente em alguns ordenamentos como já abordou-se¹¹³, onde o Judiciário possui o dever de buscar uma interpretação legal compatível com o *Bill of Rights*.

O que as difere, em suma, é o fato de que o Tribunal brasileiro não possui a “obrigação” de dar uma interpretação conforme a Constituição, podendo declarar a lei inconstitucional e proceder a sua consequente invalidação quando entender que não é possível adequar a interpretação aos preceitos constitucionais, ao contrário do que ocorre no Reino Unido e Nova Zelândia onde o Judiciário não pode anular a lei quando não conseguir vislumbrar nenhuma interpretação harmonizável com a Constituição.

Dito isso, percebe-se que nesse caso não houve uma simples deferência do Judiciário ao ato legislativo, havendo a reinvenção do debate com a adoção de novos posicionamentos, buscando o Tribunal não apenas a simples invalidação do dispositivo legal, mas sim se esforçando para encontrar a sua melhor interpretação de acordo com os preceitos constitucionais preservando a norma editada pelo legislador.

Sob esse ponto de vista, essa prática interpretativa pode ser vista como

¹¹² Sobre os ensinamentos do autor leia-se tópico 4.

¹¹³ Ver tópico 13.

dialógica, eis que houve uma reação legislativa à decisão judicial inicial, um novo debate, a modificação do entendimento pelo Judiciário que resultou na manutenção da nova lei com um sentido em conformidade com os preceitos constitucionais.

Tushnet, ao detalhar a descrição convencional de diálogo, menciona a possibilidade de o Judiciário de defender o estatuto legal, compatibilizando-o com as normas constitucionais. Nessa perspectiva, a interpretação conforme, pode ser vista como uma medida de defesa da lei, da sua soberania e respeito a atuação do Legislativo,

Na ótica dos diálogos, pode-se dizer que houve um “debate” entre o Legislativo e Judiciário, provocado por meio das decisões judiciais e reedição da medida legislativa, com a sua subsequente análise judicial.

Estão presentes, portanto, todos os passos da descrição de diálogo elaborada por Tushnet. Entretanto, deve-se ressaltar, que ao mesmo tempo que a postura judicial nesse caso pode ser considerada como dialógica, pois admitiu a nova medida legislativa mesmo que contrária ao seu posicionamento, também pode ser considerada uma conduta ativista eis que modificou o sentido original que o Legislador pretendeu conferir a lei. Sobre esta prática, é necessário observar alguns aspectos específicos.

O princípio da interpretação conforme a Constituição, possui unicamente a função de operar como método “complementar” de interpretação face a outros critérios ou métodos interpretativos, limita-se a “desenvolver” e “complementar” as regras de hermenêutica, apresenta-se basicamente como um postulado inserido num processo de controle de normas (QUEIROZ, 2010).

É no domínio do controle de constitucionalidade que este princípio ganha mais autonomia: antes de declarar uma lei inconstitucional, o juiz ou juízes encarregados do controle têm o dever de, em via interpretativa, buscar um sentido que, ainda estribado no seu enunciado linguístico e ainda respeitador do texto constitucional, permita salvar a mesma (URBANO, 2010, p. 414).

Todavia, o problema deste postulado está na sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, que muitas vezes usa dessa justificativa para legitimar uma postura extremamente ativista e violadora do princípio da separação de poderes, extrapolando os limites de sua competência e reduzindo significativamente a margem de atuação do legislador e podendo ainda falsear a sua vontade original.

Portanto, para que se possa encarar essa prática como benéfica e sob o ponto de vista dialógico, é necessário que ela seja limitada, a interpretação proferida pelo Tribunal ainda tem que ter alguma sustentação no texto original, tem que ser uma interpretação plausível (URBANO, 2014, p. 417).

Apesar disso, é possível avistar uma deliberação entre os Poderes sugerindo a concretização de um diálogo mais próximo ao ideal esperado, entretanto, não se deve afirmar que houve a concretização de um diálogo material como a teoria idealiza, mas acredita-se que essa é a prática mais próxima do mesmo dentre as já analisadas até aqui, porém a mesma também apresenta falhas e alguns riscos.

17. Julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 3.382/MT.

a) Breve resumo do caso.

A Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade questionando a inatividade do legislador quanto ao dever de elaborar lei complementar a que se refere o §4º do artigo 18 da Constituição Federal.

O referido dispositivo constitucional dispõe que a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. Ou seja, impõe ao legislador o dever de editar lei complementar para definição do prazo.

A redação do dispositivo foi dada pela Emenda Constitucional nº 15/1996¹¹⁴, e a ação foi julgada procedente em 2007. O STF entendeu que o legislador encontrava-se em mora há mais de dez anos, descumprindo o seu dever constitucional de legislar, considerando portanto a omissão inconstitucional e determinando um prazo de 18 meses para suprir a omissão.

¹¹⁴ Antes da EC 15/1996 qualquer alteração dos entes federativos municipais era feita por um processo simples através de lei estadual, assim a emenda constitucional visou na realidade dificultar essas alterações.

Diversas ações também foram propostas questionando a criação de alguns municípios mesma na ausência da lei¹¹⁵, o STF julgou as respectivas leis estaduais que os criam inconstitucionais, porém sem declarar a sua nulidade, modulando os efeitos da decisão no sentido de garantir a validade da lei por um período de vinte e quatro meses, tempo superior ao que fixou para que o Legislativo sanasse a omissão, portanto.

Relevante destacar que no acórdão a Corte ponderou que a inércia legislativa acabou dando ensejo à consolidação e conformação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar, determinando assim que quando da edição da lei o Legislativo contemplasse as situações imperfeitas decorrentes desse estado de inconstitucionalidade gerado pela sua omissão, esclarecendo ainda que o prazo de dezoito meses não se trata de uma imposição de limite temporal para atuação legislativa, mas apenas da fixação de um parâmetro razoável.

A resposta legislativa veio por meio da edição da Emenda Constitucional nº 57/2008 a qual convalidou os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.

Dessa forma, o Legislativo cumpriu com a determinação do STF relativa ao tratamento das imperfeições geradas pela sua omissão, propondo a respectiva solução. Entretanto, no tocante a edição da lei complementar para a fixação do prazo exigido pelo dispositivo constitucional, há um embate contínuo com o Poder Executivo.

A primeira tentativa de legislar sobre o assunto ocorreu com o Projeto de Lei do Senado Federal – PLS nº 98/2002, o qual foi objeto de veto político do Executivo sob o argumento de contrariedade ao interesse público. A segunda tentativa se deu pelo PLS nº 104/2014, o qual também foi vetado pelo Executivo com base no mesmo argumento, e há uma terceira tentativa ainda em tramitação que é o PLS nº 199/2015.

As razões que levaram o Executivo a barrar a promulgação da lei foram de ordem orçamentária, já que a criação de novos entes federativos representaria o aumento das despesas com a estrutura da administração pública, razões essas expressas na Mensagem

¹¹⁵ Ver ADI 2.240/BA; ADI 3.316/MT; ADI 3.489/SC; ADI 3.689/PA.

nº 505 de 12 de dezembro de 2013¹¹⁶ emitida pela Presidente da República na ocasião do veto.

A questão ainda está pendente de regulamentação, mesmo após o esgotamento do prazo fixado pelo STF, todavia, não por falta de iniciativa do Legislativo como se pode ver, mas sim por contrariar os interesses do Executivo que por isso vem dificultando a promulgação da medida.

b) Análise do caso pelo prisma das Teorias do Diálogo Institucional.

No caso narrado encontram-se diferentes pormenores que podem indicar a presença de teorias dialógicas na prática brasileira, sendo assim, far-se-á a análise pontual de cada um.

O STF ao realizar o controle de constitucionalidade da omissão legislativa neste caso, considerou a falta de ação do legislador como uma conduta incompatível com o seu dever constitucional de legislar, e determinou um prazo para que suprisse essa omissão. Neste aspecto, se evidencia a ideia do Judiciário como ente propiciador do diálogo, provocando o Legislativo a agir por intermédio da decisão judicial, exatamente como alguns teóricos sugerem.

Como abordou-se no tópico 8.2 a decisão que emana do controle de constitucionalidade da omissão legislativa pode ser considerada como um mecanismo dialógico por si só, sob o ponto de vista das teorias dialógicas centradas no processo. A mesma também é facilmente enquadrada na concepção convencional descrita por Tshuhnet.

No caso em análise pode-se ainda identificar a presença da concepção dialógica desenvolvida por Dixon, segundo a qual o Judiciário deve agir no sentido de superar a inércia do Legislativo, porém sem comprometer a sua liberdade de conformação¹¹⁷. Ou seja, no presente caso verifica-se a presença das teorias fundadas no método judicial onde o Judiciário atua como o ente propiciador do diálogo, o qual ocorre dentro da própria decisão judicial.

Seguindo essa linha de raciocínio, é possível notar que o próprio STF

¹¹⁶ Íntegra disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2013/Msg/Vet/VET-505.htm.

¹¹⁷ Falamos mais especificamente dos ensinamentos de Dixon no tópico 9.

ao pronunciar que o prazo fixado na decisão não objetiva estabelecer um limite temporal para condicionar a ação legislativa, mas tão somente uma estipulação de lapso temporal razoável, preocupou-se em deixar clara a necessidade de manutenção de certa liberdade de atuação daquele Poder.

Todavia, por outro ângulo, o Tribunal determinou que o Legislativo quando fosse suprir a omissão e regular a matéria a fim de cumprir o seu dever constitucional, necessariamente cuidasse das situações imperfeitas ocasionadas pelo seu estado de inércia. Neste particular, encontra-se presente na prática a teoria do aconselhamento¹¹⁸ onde o Judiciário profere um direcionamento à atuação do Legislativo.

Neste caso, o aconselhamento foi realizado de uma forma contida, o Supremo indicou a necessidade de solução das questões, mas não determinou como e quais as medidas a serem adotadas, deixando a escolha a cargo do Legislativo. Neste ponto, a conduta do Judiciário merece ser observada sob o aspecto positivo das teorias do aconselhamento, o qual reside na busca de evitar futuros problemas constitucionais por meio da orientação do Legislativo por meio de decisões judiciais.

Nota-se que ao mesmo tempo em que o STF controla a sua atividade no sentido de não comprometer a liberdade do legislador ao fixar o prazo para a sua atuação, entende necessário traçar algumas diretrizes para a superação da inconstitucionalidade constatada. Neste caso em particular, como se disse, a atuação do Judiciário foi de certa forma contida, porém, a prática reflete a procedência das principais críticas dirigidas à essa forma de diálogo, a qual, para sua materialização, depende fortemente da consciência e vontade do Judiciário.

Outro aspecto relevante que também pode ser entendido como parte da trama dialógica presente no caso, diz respeito a modulação temporal dos efeitos da decisão quando da apreciação da constitucionalidade das leis dos municípios que já haviam sido criados.

O STF poderia simplesmente ter deixado os efeitos de nulidade da declaração de inconstitucionalidade se perpetuarem, porém, tendo em mente os prejuízos que isso poderia acarretar optou por estabelecer efeitos *pro futuro*, permitindo ao Legislativo

¹¹⁸ Ver tópico 8.1.

a resolução do problema por uma via menos danosa.

A modulação dos efeitos temporais da sentença também é uma prática que se coaduna com as teorias dialógicas fundadas no método judicial, conforme já se falou no tópico 8.2.2, pois, por meio dela o Judiciário condiciona os efeitos práticos da sua decisão, dando a oportunidade ao legislativo de corrigir ou reeditar a lei, assim, dode-se dizer que por intermédio dela o Judiciário instiga o legislador ao diálogo.

No tocante a resposta legislativa presente neste caso, inicialmente vale destacar que a mesma se deu em um intervalo de tempo razoável, e que o Legislativo buscou acatar a orientação da Corte, todavia foi impedido de fazê-lo em sua completude pelos interesses do Executivo, o que acaba por retratar bem na prática mais uma das dificuldades da consolidação das teorias dialógicas.

Pelo exposto, depreende-se que o sistema brasileiro não é alheio às teorias dialógicas, pelo contrário, muitas delas estão presentes em seu cotidiano. A expressa supremacia judicial e falta de familiaridade com um sistema parlamentar – que inicialmente poderiam gerar dúvidas quanto a possibilidade do diálogo – não se traduzem, portanto, em uma impossibilidade completa de aplicação das teorias dialógicas à realidade brasileira.

Por óbvio, as suas manifestações práticas são peculiares e fortemente influenciadas pela cultura e história do país, uma democracia recente e com um Legislativo que enfrenta grande crise de representatividade, o que faz com que, em regra, o entendimento que prevaleça seja o do Judiciário.

Ainda assim, constata-se uma inclinação do Legislativo para reagir às decisões judiciais e não simplesmente acatá-las em sinal de uma total deferência à um entendimento superior. Os ganhos e as perdas dessa reação irão depender do caso concreto, dos interesses que estão em jogo, podendo ser uma prática temerária ou positiva, como já verificou-se ao longo desse trabalho.

18. Diálogo institucional: síntese dos aspectos controversos e algumas considerações acerca da sua consecução prática.

De todo o exposto até aqui, resta-no os seguintes questionamentos:

Pode-se considerar o diálogo institucional como uma possibilidade prática viável? Essa prática tem, de fato, o condão de dirimir os conflitos relativos a legitimidade democrática do *judicial review*? Pode ser considerado como um instrumento de combate ao ativismo judicial ou seria mais uma forma de dissimulação desse fenômeno?

Apresentar respostas exatas a essas questões ultrapassa a pretensão deste trabalho, até mesmo porque se reconhece que não há apenas uma via de conclusão para as mesmas em virtude da complexidade que elas envolvem. Contudo, objetiva-se fazer uma reflexão acerca desses questionamentos como resultado do presente trabalho de forma a contribuir para o incremento do debate acadêmico.

No que diz respeito à resolução dos conflitos ligados à legitimidade democrática do *judicial review*, acredita-se que esta prática está longe de apresentar uma solução definitiva, sendo um tanto pretenciosa nesse sentido, pois, como já tratado no tópico 4, a discussão relativa a dificuldade democrática do *judicial review* é algo que lhe acompanha a contar do seu surgimento, desde sempre os estudiosos tentam justificar, baseados em um tradicional conjunto de argumentos, as razões pelas quais juízes não eleitos pelo povo podem e devem realizar um controle dos atos do legislativo com poder para declarar a sua inconstitucionalidade e também anulá-los.

Não se quer com isso dizer que não há uma solução para o conflito, mas sim que as teorias dialógicas ao mesmo tempo que buscam e propõem uma solução, quando materializadas na prática, não eliminam totalmente alguns dos velhos problemas.

Como viu-se, a promessa da teoria dos diálogos institucionais é proporcionar um reequilíbrio entre os Poderes, reconhecendo a importância e competências específicas de cada um no âmbito da jurisdição constitucional, sugerindo uma atuação conjunta mediante verdadeira deliberação entre os braços do Poder para chegar em um consenso que seja melhor para a sociedade, proporcionando assim um resultado mais eficaz e duradouro.

Do ponto de vista teórico, a ideia parece suficiente para solucionar o problema, principalmente nas concepções dialógicas desenvolvidas por Hiebert¹¹⁹ e Bateup¹²⁰, que ideliizam a realização de um diálogo material, sem a predominância de

¹¹⁹ Ver tópico 11 que trata da teoria da parceria.

¹²⁰ Ver tópico 12 que trata da fusão dialógica.

nenhum dos poderes, mas sim de uma verdadeira atuação conjunta.

Porém, da análise dos exemplos práticos de cada teoria e da aplicação das mesmas nos casos concretos no sistema brasileiro, é fácil concluir que o exercício da jurisdição constitucional, na grande maioria das vezes, para não dizer em todas elas, resultará na prevalência do entendimento de um dos atores envolvidos; por vezes será o Legislativo o protagonista, e, por outras, o Judiciário. Apesar de todos os esforços teóricos, a prática revela que sempre haverá uma última palavra, o que é algo inerente ao próprio sistema de revisão constitucional das leis.

Acredita-se, portanto, que não se deve desconsiderar a real existência de uma última palavra já que ela sempre irá existir, mas sim enxergá-la e estimular que ela seja “provisória”, no sentido de que pode ser constantemente reformulada e alterada mediante a interação entre os Poderes por meio do aprofundamento do debate e maior possibilidade de troca de argumentos, buscando sempre o melhor entendimento no âmbito da interpretação constitucional.

A existência da última palavra, portanto, deve estar relacionada a preponderância e maior efetividade dos direitos fundamentais, e não necessariamente atrelada a prevalência uniforme do entendimento de um único braço do Poder. Esse é o principal contributo a ser extraído das teorias dialógicas no tocante a resolução da disputa entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo pela última palavra na seara constitucional.

Em contrapartida, observa-se que apesar das teorias dialógicas proclamarem a realização de um controle das leis realizado em conjunto, nenhuma delas prescreve uma forma de diálogo que seja concomitante com o processo de tomada de decisão, de forma que a mesma seja proferida com o comum acordo de ambos os Poderes. O que vê-se é que as formas de diálogo prescritas pelas teorias estudadas se referem mais à possibilidade de superação de um ato já concretizado seja pelo Judiciário ou pelo Legislativo, do que verdadeiramente a construção de uma decisão comum.

Assim, esse é o primeiro aspecto que entende-se que deve ser desmistificado, pois percebe-se que a ideia de uma “decisão conjunta”, de uma deliberação antes da tomada de decisão, e, conseqüentemente, a concretização de um diálogo no sentido que a doutrina descreve como material, na prática, é quase que inviável.

Assim, acertada é a proposição de Aharaon Barak (2008, p.16) de que

a tensão entre o Judiciário e os outros ramos do Poder é algo natural e até desejável, pois se todas as regras e decisões proferidas pelos Tribunais forem aceitas com tranquilidade pelos outros Poderes, é sinal que este não está cumprindo corretamente com a sua função na democracia.

O Autor ressalta que junto à essa tensão, há também um constante diálogo entre o Judiciário e Legislativo, o qual não decorre de reuniões e debates entre eles, mas sim da realização por cada qual da sua respectiva função constitucional. (BARAK, 2008, p. 236).

Neste sentido, é importante a constatação de que no Brasil, um país com um modelo forte de controle de constitucionalidade e onde a supremacia judicial é evidente, vez que a própria Constituição entitula como o detentor da última palavra em matéria constitucional o Supremo Tribunal Federal, nada impede que o Legislativo reaja ou até mesmo desafie as decisões proferidas pelo Judiciário no âmbito do controle de constitucionalidade.

Assim, percebe-se que ao contrário do que muitos estudiosos pressupõem, a ideia de diálogo não está necessariamente vinculada à um sistema fraco de revisão judicial das leis, ou à uma total inexistência de supremacia judicial, podendo o mesmo existir e ser conciliável mesmo nos sistemas mais rígidos.

Portanto, a ideia de diálogo institucional não extingue necessariamente a supremacia judicial, o que pode é mitigá-la em alguns casos, impondo limites mais rígidos a atuação judicial justamente por meio da possibilidade de reação legislativa.

Com isso, pode-se dizer que a forma mais viável de se entender o diálogo institucional é como algo decorrente da reformulação do próprio princípio da separação de poderes, segundo a qual cada ramo do Poder realiza uma função que lhe é própria sem interferir na atuação do outro. Todavia essa atuação não deve ser estanque, não existindo uma fronteira intransponível entre as atividades inerentes à cada um dos Poderes.

Ou seja, apesar de cada Poder ter de observar seus limites e respeitar a atuação dos outros, devem compreender a necessidade de cooperação e buscar uma atuação conjunta e complementar.

Apesar disso, a prática nos revela que nem toda reação legislativa deve

ser interpretada sob o ponto de vista dialógico, muitas vezes ela também representará mais uma disputa de poder do que uma tentativa de debate ou de correção da decisão judicial.

Sendo assim, entender toda e qualquer reação legislativa como dialógica pode ser perigoso e temerário, pois em muitos casos essa reação pode significar mais um disputa de poder do que necessariamente uma tentativa de debate. Assim, em algumas situações o termo “diálogo” pode não ser propriamente a melhor forma de caracterizar essas reações.

Em muitos casos e exemplos concretos das teorias, viu-se que há na realidade, mais uma “interação” entre os Poderes do que necessariamente um “diálogo”, por conseguinte, a maioria das teorias dialógicas na forma em que são concebidas se revelam muito otimistas, pode-se dizer que até um pouco romantizadas sob o ponto de vista prático.

Desta forma, assim como as reações legislativas não devem em sua totalidade serem encaradas como uma prática dialógica, o mesmo deve ser observado quanto a conduta do Tribunal, sendo este um ponto importante a ser observado.

As teorias dos diálogos institucionais, inicialmente, se apresentam como uma forma de combate ao ativismo judicial, entretanto, quando analisamos algumas das suas metodologias podemos ver que em muitos casos elas podem acabar servindo de reforço, e até incentivo de uma prática ativista.

Como já foi dito, o ativismo judicial se manifesta quando as decisões da jurisdição constitucional tomam uma densidade política mais ampla, passando a Corte a não mais apenas declarar normas inconstitucionais, atuando como legislador negativo na forma em que foi originariamente pensada, mas ao mesmo tempo começa a exigir determinadas posturas dos outros Poderes atuando como um legislador positivo (AGRA, 2006).

Dessa forma, algumas técnicas dialógicas de decisão judicial podem representar mais uma dissimulação ou camuflagem do ativismo do que o seu verdadeiro combate, já que alimentam uma conduta pró-ativa do Judiciário no sentido de provocar o Legislativo, aconselhá-lo, ou qualquer outra forma de tirá-lo da inércia.

Podem, nessa perspectiva, ser consideradas tanto como uma conduta dialógica, como uma conduta ativista, pois a linha divisória entre a simples instigação e a

interferência no poder de atuação do Legislativo é muito tênue.

Por isso, não se pode afirmar com certeza, que as teorias dialógicas servem de combate ao ativismo judicial, já que muitas vezes podem servir de fundamento para o Judiciário justificar decisões que extrapolam seu âmbito de atuação e adentram na esfera do Legislativo. Portanto, é essencial prestar atenção na forma com que o Judiciário é incentivado a agir como um propiciador do diálogo, sem perder de vista a existência de limites à essa prática.

Apesar disso, não se pode desconsiderar que em muitos casos, ainda que o Judiciário, ao exercer o seu papel proposto pelas teorias dialógicas, acabe incorrendo em uma prática ativista o resultado obtido pode ser benéfico, como vimos por exemplo no caso da África do Sul e até mesmo no sistema brasileiro, o que revela que nem sempre o ativismo judicial deve ser visto como algo totalmente negativo¹²¹.

No tocante a efetivação do diálogo no seu sentido material, a proposta de que a última palavra seja fruto de um intenso e efetivo debate entre os atores participantes do processo de interpretação constitucional, que seja construída de forma conjunta por eles por intermédio de uma troca de argumentos para chegar a um consenso razoável e durável no seio da sociedade, não se realiza com clareza em nenhuma das práticas identificadas como dialógicas - pelo menos nas que temos conhecimento até aqui.

Por isso, percebe-se que a ideia de concretização de um diálogo material está muito distante de uma realidade palpável, pois para que isso ocorra há a necessidade de que todos os braços do Poder estejam dispostos a entrar em um efetivo debate, contribuindo cada um com suas competências técnicas para a criação de uma solução conjunta, construindo decisões no âmbito da jurisdição constitucional mediante deliberação, de uma concreta troca de argumentos, o que nem sempre será possível.

Este fato revela que, para que o diálogo se concretize há muito mais a necessidade de uma vontade política das instituições, do que necessariamente uma prescrição normativa ou de uma redifinição do desenho institucional por meio de modificações no texto constitucional. Portanto, ao mesmo tempo que o diálogo pode ocorrer em qualquer sistema

¹²¹ Aharon Barak destaca que nem sempre o ativismo judicial estará ligado a intenção de expansão do Poder judicial, muitas vezes ele pode ser necessário para a proteção dos direitos humanos, e ainda pode ser a forma do Judiciário lidar com o poder dos outros ramos políticos. Ver: BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton University Press, 2008. pp. 263-271).

de jurisdição constitucional, a sua efetividade também será diretamente influenciada pela cultura política e histórica de cada país.

Apesar da concretização do diálogo no seu sentido material como preleciona a melhor doutrina ser uma realidade um tanto distante, não se pode ignorar os benefícios do diálogo formal que se manifesta nessas práticas, principalmente no que se refere ao papel que exercem no sentido de provocar uma mudança de mentalidade dos próprios entes detentores do Poder, bem como no aumento da responsabilidade da sua atuação.

Nessa linha de raciocínio, Petter Andrew (2007, p.167) afirma que o apelo às teorias dialógicas deriva mais do seu poder como uma metáfora do que da sua força como argumento, pois ao retratar a revisão judicial como contributiva para o envolvimento deliberativo, a metáfora do diálogo reformula o papel dos juízes, que passam a ser vistos como advogados de um processo democrático não como árbitros dentro de um processo autoritário.

Apesar dos pontos controversos foram apontados a respeito da sua prática, as teorias dialógicas são de grande valia para o desenvolvimento da justiça constitucional, significando a busca pela superação dos problemas ligados a expansão desordenada do Poder Judiciário, bem como a maior e mais eficaz efetivação dos direitos fundamentais, como determina a nova ordem mundial.

Pode-se dizer, que ainda que as teorias possuam as suas dificuldades práticas, elas direcionam os atores constitucionais para uma atuação mais consciente, reforçam o seu papel institucional e apontam algumas das principais falhas dos sistemas tradicionais de revisão judicial. Assim, o diálogo institucional deve ser visto como um ideal a ser alcançado através do aperfeiçoamento da sua prática atual e, sobretudo, por meio do reforço do princípio da separação de poderes no âmbito da jurisdição constitucional.

CONCLUSÃO

No decurso deste trabalho verificou-se como as mudanças da sociedade global implicaram a (re)definição de um novo paradigma constitucional pautado em relações de cooperação, o qual impôs a busca por um novo modelo de jurisdição constitucional, originário da expansão do *judicial review* para os países da Commonwealth.

Viu-se que o ativismo judicial e a judicialização da política decorrentes dessa expansão passaram a ser vistos como patologias do sistema e acenturam novos debates acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário para realizar o controle de constitucionalidade dos atos legislativos, incentivando então a criação de um sistema de controle fraco de constitucionalidade originário do Canadá.

Dentro desse contexto falou-se do surgimento da ideia de um diálogo institucional no âmbito do controle de constitucionalidade e pautamos a diferença entre diálogo material e diálogo formal. Após, fez-se uma análise das teorias dialógicas, explorando seus conceitos, exemplos práticos e principais pontos de crítica.

Por intermédio dessa investigação percebe-se que nenhuma das teorias consubstancia um modelo perfeito sob o ponto de vista prático, no sentido de promover um diálogo verdadeiro assente em uma efetiva deliberação entre os Poderes. Para além disso, que alguns acabou-se por registrar que os conflitos relativos à legitimidade democrática do *judicial review*, na prática, permanecem.

Todavia, constatou-se também que as teorias dialógicas são valiosas, pois ao contrário das conhecidas teorias interpretativas, que buscam disciplinar qual a melhor forma de os juízes procederem à leitura constitucional, estas buscam evidenciar o papel institucional do Judiciário aliado ao reforço da importância da atividade legislativa, visando a produção de decisões no âmbito da justiça constitucional que não sejam fruto de um “monólogo”, mas sim da interação institucional.

Concluí-se, então, que o potencial das teorias dialógicas consiste justamente na estimulação da busca por melhores padrões de interação entre os Poderes, sendo todas elas de uma importância ímpar por tentarem evidenciar como deveria funcionar um desenho institucional ideal no âmbito da interpretação constitucional e controle das leis,

reforçando o papel de cada braço do Poder nessa empreitada conforme suas próprias funções e capacidades.

Os resultados deste trabalho não são, portanto, uma resposta exata, tampouco definitiva aos atuais problemas enfrentados pela jurisdição constitucional, mas servem de ponto de partida para uma reflexão sobre os pontos positivos e negativos das mais modernas teorias sobre o *judicial review*.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA SÁNCHEZ, José. (1998) *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la Democracia Constitucional*, Madri: Tecnos.

AGRA, Walber de Moura. (2006) Pós-modernidade, crise do estado social de direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional. In: *Constitucionalismo e Estado*. Almeida Filho, Agassiz (coord). Rio de Janeiro: Forense.

BARAK, Aharon. (2008) *The Judge in a Democracy*. Princenton: Princenton University Press.

BARROSO, Luís Roberto. (2004) *O Controle de constitucionalidade, no direito brasileiro. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo, Editora Saraiva.

_____. (2012) Democracia, Constituição e Supremacia Judicial: Direito e Política no Debate Contemporâneo. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Dr. Jorge Miranda*, vol II, Coimbra Editora. pp.425-452.

BASTOS, Celso Ribeiro. (2010) *Curso de Direito Constitucional*. 22ª edição, São Paulo: Saraiva.

BATEUP, Christine. (2006) “The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue”, *Brooklyn Law Review*, v.71, p.1.109-1.180. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=852884>.

_____. (2009) “Reassessing the Dialogic Possibilities of Weakform Bill of Rights”, *Hastings International and Comparative Law Review*, v. 32, n. 2, p. 527–599. Disponível em: < https://works.bepress.com/christine_bateup/1/>.

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

BINENBOJM, Gustavo. (2004) *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar.

BLACO VALDÉS, Roberto L. (1998) La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesas e norte-americana. *In: Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976* (org. Jorge Miranda), Vol. III, Coimbra.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. (2009) As sentenças com efeitos aditivos. *In: As sentenças intermédias da justiça constitucional. Estudos luso-brasileiros de Direito Público*, Lisboa.

BOUCKAERT, Peter N. (1997) “The Negotiated Revolution: South Africa’s Transition to Multiracial Democracy”, 33 *Stanford J. Int. L.* 375.

BRITO, José de Souza e. (1995) *Jurdição Constitucional e Princípio Democrático. In: Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*, vários autores, Coimbra: Coimbra editora.

BUSHELL, Allison A.; HOGG, Peter W. (1997) “The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter os Rights isn’t such a bad thing after all)”, *Osgoode Hall Law Journal*, v.35, n. 1. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1612&context=ohlj>.

_____. (2007) “Charter Dialogue Revisited – or ‘Much Ado About Metaphors”, *Osgoode Hall Law Journal*, v. 45, n. 1 . Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1254&context=ohlj>.

CANOTILHO, J. J. G. (2003) *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7º edição, Coimbra: Almedina..

_____. (2006) “Brançosos” e interconstitucionalidade itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina.

_____; MOREIRA, V. (2007) *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, v. 1

CAMERON, Jamie. (2001) “Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation: A comment on R. v. Mills”, *Alberta Law Review*, Vol. 38, N 4.

CAPPELLETTI, Mauro. (1982) La necesidad y la legitimidad de la Justicia Constitucional. In: *Tribunales Constitucionales y derechos fundamentales*, vários autores, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

CHOUDHRY, Sujit. (2006) “So What is the Real Legacy of Oakes? Two Decades of Proportionally Analysis under the Canadian Charter’s Section 1”. *Supreme Court Law Review*, Vol. 34, N 2d, pp. 501-525.

COCKRELL, Alfred. (1997) “The South African Bill of Rights and the ‘Duck/Rabbit’ ”, *The Modern Law Review*, vol.60, 513-537.

COSTA, J M. M Cardoso da. (2006) Constituição e Justiça Constitucional. In: *Anuário Português de Direito Constitucional*. p.110-120.

CYRINO, André Rodrigues. (2007) “Revolução na Inglaterra?: Direitos Humanos, corte constitucional e declaração de incompatibilidade das leis: novel espécie de judicial review?”, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 62, p. 27-44.

DEBELJACK, Julie. (2002) “Rights Protection Without Judicial Supremacy: A Review of the Canadian and British Models of Bills of Rights”, *Melbourne University Law Review*, vol. 26, pp. 285-324. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2239447.

DIXON, Rosalind. (2007) “Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, v.5,n.3, p. 391-418. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1156226>.

DOBNER, Petra; LOUGHLIN, Martin (ed). (2009) *The Twilight of Constitutionalism?*. Oxford: Oxford University Press.

DOR, Gal. (2000) “Constitutional Dialogues in action: Canadian and Israeli experiences in comparative perspective”, *Indiana International and Comparative Law Review*, v.11, p.1-36. Disponível em: <https://journals.iupui.edu/index.php/iiclr/article/view/17712/17895>.

DWORKIN, Ronald. (2006) *O Direito da Liberdade*. São Paulo: Martins Fontes.

_____. (2001) *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon Press.

ELLIOT, Robert M. (1987) “The Supreme Court of Canada and Section 1 – The Erosion of the Common Front”, *Queen's Law Journal*, vol. 12, 277-340. Disponível em: [file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/12QueensLJ277%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/12QueensLJ277%20(1).pdf).

FRIEDMAN, Barry. (1993) “Dialogue and Judicial Review”, *Michigan Law Review*, v. 91.

FALLON, Richard H. (2008) “The Core of an Uneasy Case for Judicial Review”, *Harvard Law Review*, v.121, n.7, p. 1.693-1736.

GARDBAUM, Stephen. (2001) “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, v. 49, n.4. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=302401.

_____. (2010) “Reassessing The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, No. 2. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1580169.

GEIRINGER, Claudia. (2009) “On a Road to Nowhere: Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights Act”, *Victoria University of Wellington Law Review*, 40, paper n° 105/2014. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2382974###.

GRIFFIN, Stephen. (1998) *American Constitutionalism. From the theory to the politics*. Princeton: Princeton University Press.

_____. (2003) “The age os Marbury: judicial review in a democracy or rights”. *Tulane University School of Law: Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, p. 18. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=441240>.

GRIMM, Dieter. (2007) “Porportionality in Canada and German Constitutional Jurisprudence”, *University of Toronto Journal*, Vol. 57, N 2, pp. 383-397. Disponível em: <https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/albers-marion/seoul-national-university/course-outline/grimm-2007-proportionality-in-canadian-and-german-constitutional-jurisprudence.pdf>.

GOLDSTONE, Richard J. (1997) “The South African Bill of Rights”, *Texas International Law Journal*, 32, p. 1451.

HAIGH, R. e SOBKIN, M. (2007) “Does the Observer Have an Effect? : An Analysis of the Use of the Dialogue Metaphor in Canada’s Courts”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 45, No. 1, pp. 67-90.

HÄRBELLE, Perter. (2002) *Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. (trad. de Gilmar Ferreira Mendes) . Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

_____. (2006) “Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo”, *Anuário Português de Direito Constitucional* (trad. de J.M Cardoso da Costa.) pp. 37-62.

HIEBERT, Janet L.. (1990) “The Evolution of Limitation Clause”, *Osgoode Hall Law Journal*, v.28, n^a 103. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1779&context=ohlj>

_____. (1996) *Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review*. Montreal: McGill-Queen's University Press.

_____. (2006) “Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?”, *The Modern Law Review*, vol. 69, pp.7-28.

_____ ; KELLY, James B. (2015) *Parliamentary Bills of Rights: The experiences of New Zealand and The United Kingdom*. Cambridge University Press.

HIRSCHL, Ran. (2008) “The judicialization of mega-politics and the rise of political courts”, *Annual Review of Political Science*, v.11. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138008.

_____. (2014) *Comparative matters: the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press.

HUBNER, Conrado. (2008) *Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva.

HUSCROFT, G. (2007) “Constitutionalism from the Top Down”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 45, No. 91. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1099535.

JACKSON, Vicki. (1999) *Comparative Constitutional Law*. Nova York: Foundation Press.

KOMÁREK, Jan. (2005) “Inter-court constitutional dialogue after the enlargement: implications of the case of professor Köbler”, *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, v.1, p.75. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=934357>.

LARANJEIRA, M. F. B. (2013) “Separação de poderes, supremacia do parlamento e controle de constitucionalidade”, *Revista da Advocacia-Geral da União*, v. 13, n. 38, p. 303 – 339.

LEYLAND, Peter. (2007) *The Constitution of the United Kingdom: a contextual analysis*. Portland: Hart Publishing.

LUNA, Erik. “Constitucional Road Maps”. (2001) *Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 90, nº 4. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7061&context=jclc>.

MACHADO, Jonatas. (2011) “Os Direitos Humanos como novo Paradigma do Direito”, *Boletim da Ordem dos Advogados*, nº 75, p.33.

MATHEN, C. (2007) “Dialogue Theory, Judicial Review and Judicial Supremacy: A Comment on ‘Charter Dialogue Revisited’”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 45, n.125 . Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2221383.

MENDES, Gilmar Ferreira. (1990) *Controle de Constitucionalidade: aspectos políticos e jurídicos*. São Paulo: Saraiva.

MILLER, Russel. (2004) “Lords of Democracy: The Judicializations of ‘Pure Plotics’ in the United States and Germany”, *Washington and Lee Law Review*, vol 61, p. 587. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1973567.

MIRANDA, Jorge. (2007) O Estado Constitucional Cooperativo e o Jus-Universalismo da Constituição Portuguesa. In: *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, pp. 7-22.

_____. (2008) Manual de Direito Constitucional. 1º edição, Coimbra: Coimbra Editora.

MEUWESE, Anne; SNEL, Marnix. (2013) “Constitucional Dialogue: an overview”, *Utrecht Law Review*, v. 9, issue 2. Disponível em: <http://www.jourlib.org/paper/2411966#.V3z7nmgrLIU>.

NEVES, Marcelo. (2013) *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes.

NGWENA, Charles. (2013) “Escopo e limite da judicialização do direito constitucional à saúde na África do Sul: avaliação de casos com referência específica à justiciabilidade da saúde”, *Revista de Direito Sanitário.*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 43-87. Disponível em: [file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/63991-129479-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/63991-129479-1-PB%20(1).pdf).

PALMA, Maria Fernanda. (2000) “Constitucionalidade e Justiça: Novos desafios para a Justiça Constitucional”, *Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano I, nº 1.

PETTER, Andrew. (2007) “Taking Dialogue theory much too seriously (or perhaps charter dialogue isn’t such a good thing after all)”. *Osgoode Law Journal*, v, 45, n.1, p. 147-167. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1259&context=ohlj>.

PICKERILL, J. Mitchell. (2004) *Constitutional Deliberation in Congress: the impact of Judicial Review in a Separated System*. Duke University Press.

PONTES, Kassius Diniz da Silva. (2001) A legitimidade de Jurisdição Constitucional face ao princípio democrático. In: *Estudos de Direito Público: Desafios e Utopia*. Porto Alegre. pp .65/84.

QUEIROZ, Cristina M.M. (2010) “O Princípio da Interpretação Conforme a Constituição. Questões e Perspectivas”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, 2010. pp. 313-328.

ROACH. Kant. (2001) “Constitutional and Common Law Dialogues between the Supreme Court and Canadian Legislatures”, *Canadian Bar Review*, vol. 80, pp. 481-533. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2129849.

_____. (2004) “Dialogic Judicial Review and its Critics”. *Supreme Court Law Review* (2nd), Vol.23,pp 49-104. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1144790.

_____. (2006) “Dialogue or Defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States”, *International Journal of Constitutional Law*, v.4, n.2, p. 347 a 370. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1619582.

ROUX, Theunis. (2013) *The Politics of Principle: the first South African Constitutional Court*. Cambridge: Cambridge University Press.

SARMENTO, Daniel. (2006) “Ubiquidade Constitucional: Os dois lados da moeda”, *Revista de Direito e Estado*, Ano 1, nº 2, p. 83-118.

SCHYFF, Gerhard van der. (2010) *Judicial Review of Legislation: a comparative study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice. Editora: Springer.

SILVA, Pedro Cruz e. (2008) “Sentenças aditivas do Tribunal Constitucional e o Princípio da Igualdade”, *O Direito*, Ano 140º, V, pp. 1113-1136.

SILVA, Virgílio Afonso da. (2009) “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública”, *Revista de Direito Administrativo*, v. 250.

SUSTEIN, Cass. (1999) *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press.

_____. (2001) *Leaving things undecided. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University.

_____; VERMEULE, Adrian. (2002) “Interpretation and institutions”, *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 28, 2002. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1159&context=public_law_and_legal_theory.

TAVARES DA SILVA, Suzana. (2012) O Tretalema do Controlo Judicial da Proporcionalidade. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol LXXXVIII, Tomo II, pp. 639-677.

_____. (2014) *Direitos fundamentais na arena global*. 2º ed, Coimbra: Coimbra University Press.

TREMBLAY, Luc; WEBBER, Grégoire C. N. (2008) “Introduction: La Fin de Oakes?”, *Oakes.book* Page 1 Lundi, 8. Disponível em: <file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/SSRN-id1434125.pdf>.

TUSHNET, Mark. (2009) *Weak Courts, Strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University

_____. (2012) “Dialogue and Constitutional Duty”, *Harvard Public Law Working Paper*, No. 12-10. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2026555.

URBANO, Maria Benedita. (2010) “Interpretação conforme com a constituição e activismo judicial: associação lógica ou activismo interpretativo?”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, VII, pp. 411- 418.

_____. (2012) *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina.

_____. (2012a) Sentenças intermedias: para além de Kelsen mas ainda aquém de uma nova teoria da separação dos poderes. *In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol.II, Coimbra: Coimbra Editora, p. 692 a 719.

VALLE, Vanice Lírio do. (2011) “Judicialização das Políticas Públicas no Brasil: Até onde nos podem levar as asas de Ícaro”, *Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano XI, nº 20/21, p.185-210.

WALDRON, Jeremy. (1999) *Law and Disagreement*. Oxford: Clarendon Press.

_____. (2006) “The core of the case against judicial review”, *Yale Law Journal*, n.6, v. 115. Disponível em: http://cddl.l.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf.

_____. (2014) “Judicial Review and Judicial Supremacy”, *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, nº 14-57. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2510550.

WARD, Kenneth. (2007) *Legislative override as a check on judicial review*. Texas State University. Disponível em: http://works.bepress.com/kenneth_ward/1.

WEINRIB, L. E. (2002) The Supreme Court of Canada and Section One of the Charter. *In: Review Constitutional Studies*, Vol. &, N 2. Disponible en: <http://ualawccsprod.srv.ualberta.ca/ccs/images/journals/review/Review6.2.pdf>.

WHITE, G. Edward. (2007) *History and the Constitution*. Durham: Carolina Academic Press.

ZAGREBELSKY, Gustavo. (2007) *Jueces Constitucionales in Teoria del neoconstitucionalismo* (Edición de Miguel Carbonell). Madrid: Editorial Trotta.