

DELIBERAÇÃO DEMOCRÁTICA E CONSTITUCIONALISMO POPULAR ***DEMOCRATIC DELIBERATION AND POPULAR CONSTITUTIONALISM***

José Nunes de Cerqueira Neto¹

RESUMO: O debate constitucional nos últimos anos tem mudado. De uma perspectiva centrada nas cortes, diversas teorias têm surgido para dizer que a interpretação constitucional não é atividade exclusiva dos tribunais. É preciso considerar alternativas, judiciais ou não judiciais, de revisão constitucional. Não parece claro, quando se centraliza o pensamento constitucional de uma comunidade em torno da atividade judicial, que a cidadania ganha mais do que perde. A perspectiva “judicialista” pode contar contra a própria cidadania. É preciso ficar atento a tentativas (mais populares) de aproximar o significado da constituição e a própria cidadania. É por essas linhas que esse trabalho se justifica.

Palavras-chave: democracia; deliberação; constitucionalismo popular.

ABSTRACT: The constitutional debate in recent years has changed. From an perspective centered in the courts, many theories have emerged to say that constitutional interpretation is not exclusive activity of the courts. It is necessary to consider alternatives, judicial or non-judicial, constitutional review. Seems unclear when it centralizes the constitutional thought of a community around the court activity, that citizenship gains more than he loses. The prospect of supremacy can count against citizenship itself. It is necessary to be aware of (most popular) attempts to approximate the meaning of the constitution and citizenship itself. It is these lines that this work is justified.

Keywords: democracy; deliberation; popular constitutionalism.

¹ Mestrando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). E-mail: nunescnt@gmail.com

1. Introdução

Ronald Dworkin foi um autor muito influente na defesa de um papel ativo ao Poder Judiciário. Sua proposta era de que a Suprema Corte funcionaria como o “foro dos princípios” e isto levou muitos teóricos a defenderem um modelo de supremacia judicial. Dworkin acreditava que os Estados Unidos eram uma sociedade mais justa e democrática com um modelo de revisão judicial forte (Dworkin, 2006), em que as questões fundamentais de uma comunidade devem ser discutidas no tribunal, em detrimento das características de barganhas da política de grupos de interesse.

Nas últimas décadas alguns autores se dedicaram a essa questão de uma forma renovadora. Cass Sunstein, por exemplo, foi um autor importante na doutrina norte-americana por quebrar uma longa tradição teórica centrada na figura dos tribunais. Desde Bickel (1962) o pensamento constitucional tem sido pautado pela atuação dos juízes da Suprema Corte.

Sunstein se contrapõe à perspectiva de Dworkin ao dizer que, no fim das contas, os maiores exemplos de deliberações fundadas nos princípios partiram do Parlamento norte-americano ou do Presidente. Alguns exemplos disso, para ficar no século vinte da política americana, se devem ao movimento trabalhista, ao New Deal, ao movimento ambientalista e feminista, e ao movimento contra o excesso de regulação (Sunstein, 2009, p. 187).

O que Sunstein tenta dizer, a partir disso, é que a postura de desconfiança sobre a deliberação constitucional no Parlamento, e a crença exacerbada na capacidade deliberativa dos tribunais, acaba por desistir, muito rapidamente, e com muito poucas razões, das possibilidades da política democrática (Sunstein, 2009, p. 188).

2. A dignidade de cortes e parlamentos

Alguns autores há desde muito têm se dedicado a compreender a relação entre Judiciário e Legislativo de forma mais harmoniosa. O trabalho de John Hart Ely (1980), por exemplo, talvez um dos mais influentes da doutrina constitucional norte-americana no último século, procurou situar o papel da corte como responsável por policiar o processo político

majoritário. A dificuldade com esse tipo de visão é por ainda trabalhar o resultado do processo legislativo como algo secundário, quando pode ser fundamental considerar a deliberação que levou àquele resultado (Sunstein, 1985).

Poucos trabalhos estiveram empenhados em apresentar um retrato idealizado de legislador, como o fez Ronald Dworkin em relação aos juízes, ao descrever o juiz Hércules. Alguns autores levantam a necessidade de se apresentar uma leitura dignificada da figura dos parlamentos, sustentando que o debate e a deliberação nesta arena podem ser produtivos para o florescimento de bons argumentos, sobretudo em situações de profundo desacordo moral. Talvez o maior engajamento neste sentido esteja em Jeremy Waldron, que observa que

Nosso silêncio nessa questão é ensurdecedor se comparado com a loquacidade sobre o tema dos tribunais. Não há nada sobre legislaturas ou legislação na moderna jurisprudência filosófica que seja remotamente comparável à discussão da decisão judicial. Ninguém parece ter percebido a necessidade de uma teoria ou de um tipo ideal que faça pela legislação o que o juiz-modelo de Ronald Dworkin, "Hércules", pretende fazer pelo raciocínio adjudicatório. (Waldron, 2003, p. 01)

Para Waldron, não apenas não temos um modelo de legislador, como a atividade legislativa costuma ser vista como palco de negociações e jogos de interesses. Essa linha de pensamento parece desafiar seriamente a possibilidade de o parlamento promover bons argumentos de princípios. Ou seja:

Não apenas não temos os modelos de legislação normativos ou aspiratórios de que precisamos, mas a nossa jurisprudência está repleta de imagens que apresentam a atividade legislativa comum como negócio, troca de favores, manobras de assistência mútua, intriga por interesses e procedimentos eleitoreiros - na verdade, como qualquer coisa, menos decisão política com princípios. (Waldron, 2003, p. 02)

Ademais, não parece claro, quando se centraliza o pensamento constitucional de uma comunidade em torno da atividade judicial, que a cidadania ganha mais do que perde. Vale dizer, quando o Judiciário se torna o espaço privilegiado para disputas e discussões políticas,

isso pode sugerir que há algo de errado com a capacidade de mobilização e manifestação popular daquela sociedade, e que a perspectiva “judicialista” pode contar contra a própria cidadania. No mesmo sentido, Antoine Garapon reflete que

ao recorrermos ao direito para tudo, arriscamo-nos a considerar os atores da vida democrática como técnicos encarregados de produzir normas, em interação com grupos de pressão sempre mais especializados na defesa de seus interesses. Ao submetermos tudo ao juiz, ligamo-nos a novos sacerdotes que tornam o objetivo da cidadania sem efeito. Isso desvaloriza o papel do cidadão, confinado a ser um consumidor, um telespectador ou um litigante. (Garapon, 1999, p. 61-62)

3. Nem todo o poder aos juízes, nem aos legisladores: outras vias de diálogo possíveis

Atentos essas questões é que o debate constitucional nos últimos anos tem mudado. De uma perspectiva centrada nas cortes, diversas teorias têm surgido para dizer não o contrário, que a interpretação constitucional deva se centrar na figura dos parlamentos, como parece ser a proposta de Waldron; mas alternativas, judiciais ou não judiciais, de revisão constitucional. Ou, mais que isso, tentativas (mais populares) de aproximar o significado da constituição e a própria cidadania. É por esses caminhos que esse texto se justifica.

Mesmo a Suprema Corte dos Estados Unidos, tradicionalmente identificada com o modelo de supremacia judicial, vem se abrindo para a possibilidade de a discussão ser resolvida em outras esferas. Por diversas vezes aquela corte tem se colocado numa postura de auto-contenção, em que é dada à sociedade outras vias de diálogo possíveis, entendendo-se esse cenário como um diálogo social, para usar o termo de Christine Bateup (2007).

O Supremo Tribunal Federal não parece estar caminhando nesse sentido. Ao contrário, tem cada vez mais afirmado sua soberania. Mas a proposta é que o Brasil também possa construir um entendimento renovado sobre suas próprias práticas.

É nesse sentido, notadamente, a proposta de Cass Sunstein (2001). Este autor defende que, verdadeiramente, diversos atores participam (e devem mesmo participar²) do processo de identificação dos sentidos da constituição. E isso acaba levando, muitas vezes, a

² Esse também é o entendimento e a proposta de Habermas (2002), que se empenha em demonstrar que a interpretação constitucional não é uma atividade exclusiva do aparato estatal, tanto numa perspectiva teórica como prática, pois envolve toda a comunidade política. Cada cidadão pode ser considerado um intérprete constitucional indireto ou considerado no longo prazo.

Suprema Corte a adotar uma postura de auto-contenção em situações de profundo desacordo.

A proposta de Sunstein está atenta a um maior diálogo social e institucional. Ela foge um pouco da perspectiva de uma instituição agindo com a prerrogativa de dar a última palavra sobre a constituição e abre seu significado entre os diversos meios institucionais ou atores provenientes da sociedade civil, que podem (e muito) contribuir para a qualidade do processo deliberativo.

Uma postura minimalista de atuação judicial, em algumas situações, pode representar um ganho democrático significativo. Pensando em como esse entendimento poderia ser aplicável ao caso brasileiro, parece ser interessante a perspectiva de Daniel Sarmiento:

Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia de funcionamento da própria democracia (...) Mas, em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de auto-contenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de expertise do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandam profundos conhecimentos técnicos fora do direito (Sarmiento, 2009, p. 137-138).

A partir dessa leitura, é preciso ver com ressalvas o modelo (forte) de controle de constitucionalidade que o Supremo Tribunal Federal tem exercido (e imposto) na prática judicial brasileira. O contexto de supremacia judicial, nesse plano, tem obstruído as possibilidades de diálogos entre os órgãos do Estado e uma postura de auto-contenção da corte. Nesta linha, Daniel Sarmiento pontua:

vejo com reticências e sedimentação, na nossa cultura jurídica, da visão de que o grande – senão o único – intérprete da Constituição seria o Poder Judiciário. Esta leitura descarta a autocontenção judicial bem como tende a desprezar a possibilidade de que sejam travados construtivos diálogos interinstitucionais entre diversos órgãos estatais para a definição da melhor interpretação dos ditames constitucionais (Sarmiento, 2009, p. 138).

Não obstante, o que parece faltar ao tribunal brasileiro é compartilhar de uma doutrina sobre o que se tem chamado de auto-contenção, minimalismo ou deferência. Não é objetivo desse trabalho defender um modelo minimalista para o tribunal brasileiro, mas apenas considerar que, em determinados casos, como nas situações apresentadas por Daniel Sarmiento, pode ser importante o STF adotar uma postura de maior deferência, em relação ao Poder Legislativo especialmente.

Notadamente, esta proposta vai na contramão do que os próprios Ministros do STF têm entendido sobre suas funções. Eles frequentemente argumentam que a força que o tribunal tem adquirido nos últimos anos muito se deve às omissões dos legisladores. E por isso não caberia se falar em “deferência” judicial.

No entanto, é preciso considerar que determinadas questões, estritamente políticas, devem ser decididas pelos representantes eleitos pelo povo. Não se trata, na verdade, de deferência em relação ao Poder Legislativo, mas à própria democracia, no sentido de que certas decisões são próprias das arenas majoritárias. E o tribunal possui mecanismos para promover o debate e um diálogo mais produtivo com o Congresso. O que se tem que esclarecer, todavia, é que, embora a corte brasileira tenha avançado (o que tem sido positivo, certamente), muito embora às custas das omissões do próprio parlamento, os juízes não podem substituir as opiniões dos demais poderes democráticos pelas suas próprias.

Nesse debate, Bruce Ackerman (2000) também apresenta uma proposta interessante e que pode servir ao amadurecimento institucional brasileiro. Esse autor, em seu trabalho traduzido como “A nova separação dos poderes”, instiga os constitucionalistas a transcenderem o tradicional foco centrado na figura do tribunal, a partir de uma nova leitura sobre o princípio da separação dos poderes.

Ackerman (2000) reconhece a importância de uma Suprema Corte atuante para a garantia de direitos fundamentais, mas tem sugerido a criação de novas instituições, não-judiciais, além da tripartição clássica de poderes. A estes novos atores caberia desempenhar um papel suplementar, onde, basicamente, teriam a preocupação de garantir uma efetiva proteção dos direitos de participação democrática e, do mesmo modo, estariam comprometidas com a realização de deveres fundamentais de justiça distributiva.

4. Por que o constitucionalismo popular?

Dentre as diversas propostas que têm surgido em combate aos modelos de supremacia judicial, centrados na perspectiva de que aos juízes cabe o papel de dizer por último a constituição, merece destaque o que se tem chamado na doutrina constitucional estadunidense de constitucionalismo popular. Alguns autores foram importantes para o desenvolvimento dessa teoria: entre os principais estão Mark Tushnet (1999) e Larry Kramer (2004b).

Os primeiros (poucos) trabalhos mais notáveis sobre constitucionalismo popular surgiram no final da década de noventa, ainda num debate notadamente preso à perspectiva judicialista. Por outro lado, sobretudo nos últimos anos, o debate tem ganhado força e começa a se expandir para o contexto latino-americano com diversos contornos. Nesses países, marcados por profundas desigualdades sociais, alguns autores têm se dedicado a pensar propostas populares de decisão constitucional para além das (tradicionalis) instituições.³

Cada um a seu modo, estes autores se colocam contra uma visão elitista que se costuma ter sobre o Poder Judiciário. Eles partem da premissa de que o governo emana do povo, como um ideal de autogoverno, antes mesmo de seus representantes ou da própria Justiça. Desse modo, se empenham em desafiar o modelo de supremacia judicial, com a proposta de retirar a Constituição das mãos dos tribunais, e, assim, questionar o entendimento dominante sobre o exercício de revisão judicial da constituição, e propor alternativas genuinamente mais democráticas (cf., por exemplo, Tushnet (2003)).

Larry Kramer apresenta um elemento importante: traz o povo ao debate. O autor defende

que os poderes têm a obrigação de fazer a melhor interpretação possível da Constituição, mas essa interpretação se encontra sujeita a uma direta supervisão e correção por parte do povo, entendido este como um corpo coletivo capaz de atuar e expressar-se independentemente. (Kramer, 2004a,

³ Nesse ponto, Roberto Gargarella (1996) é um autor importante por colocar esse debate na América Latina ainda na década de noventa.

p. 962).

O argumento é interessante, no sentido de que o constitucionalismo popular se compromete não apenas em retirar a Constituição das mãos dos tribunais, mas devolvê-la ao povo. Mais do que isso, não se trata propriamente de uma devolução, mas de mostrar que o povo, entendida como a própria cidadania, pode (e deve) se comprometer num exercício constante de fiscalização e interpretação das leituras que se apresentam no debate institucional entre cortes e parlamentos.

Portanto, mais do que se manifestar⁴ sobre o significado da constituição, a cidadania exerce constantemente um rico exercício de cidadania que deve ser potencializado, não obstruído, pelas tradicionais vias do debate político e constitucional.⁵

Neste debate, num ponto mais radical, Waldron (1999) vai além e rechaça qualquer forma de controle judicial de constitucionalidade. Sustenta que em uma sociedade marcada por profundos desacordos sobre direitos, a reflexão sobre as questões mais importantes que dividem a sociedade devem ser retiradas das mãos dos tribunais, onde mesmo nos tribunais os juízes possuem desacordos profundos e decidem através de uma simples regra de maioria.

Em defesa de seu modelo, Waldron argumenta que

Outros sistemas políticos possuem todos os perigos do processo deliberativo majoritário: eles podem errar, eles podem ter um efeito injusto sobre determinados indivíduos ou grupos, ou seja, eles podem agir de modo ditatorial. Porém, eles têm uma deficiência no que tange à legitimidade que a deliberação majoritária não tem: trata-se de formas de governo que não permitem o voto e a opinião de todos os indivíduos nos procedimentos deliberativos; em vez disso, eles tomam decisões finais a respeito dos direitos de milhões com base nas vozes e nos votos de apenas alguns. (Waldron, 2009, p. 265)

⁴ Diversos modelos de democracia também têm se colocado em sintonia com as ideias aqui apresentadas, para um ganho de legitimidade e qualidade do debate democrático e na tomada de decisões (cf., por exemplo, Godoy (2011)).

⁵ Alguns autores já escreveram nesse sentido tempos atrás, como Bruce Ackerman, concebendo o povo no papel de protagonista na criação e interpretação da Constituição, embora mantendo ainda um modelo de supremacia judicial na tarefa interpretativa (cf. Ackerman (2006)).

Nessa perspectiva, Waldron compartilha da maior parte das críticas que os proponentes do constitucionalismo popular fazem ao modelo de supremacia constitucional adotado nos Estados Unidos (e no Brasil). Mas Waldron não se situa exatamente entre os autores que defendem o constitucionalismo popular. Estes, quando se propõem a “retirar a constituição das mãos dos tribunais”, o fazem objetivando abrir a constituição aos diversos autores que se colocam na arena política, numa perspectiva institucional ou não necessariamente.

Ou seja, autores nessa linha não rejeitam, absolutamente, um modelo de revisão judicial, como quer Waldron. Mark Tushnet, por exemplo, propõe um modelo de revisão judicial fraco, em que os juízes promovem muito mais do que encerram os debates. Outros autores valorizam posturas de deferência e minimalismo da corte, ou procuram posturas mais dialógicas de revisão judicial.⁶

Nesse contexto, Sunstein consegue apresentar com clareza a concepção de abertura que estas novas teorias proporcionam. E o quanto uma perspectiva mais aberta sobre quem decide sobre a constituição deveria ser mais natural, e não é. Ele fala do contexto norte-americano, mas que serve (muito) ao debate brasileiro. Em suas palavras

O maior problema aqui é a tendência de identificar os significados e o funcionamento da Constituição com as decisões da Suprema Corte. Na realidade, ela foi concebida originalmente para todo o país. O Presidente e os membros do Congresso também prestam juramento de obediência à Constituição. Agentes públicos e cidadãos comuns também têm obrigações para com a Constituição. A Constituição não traduz apenas o que os juízes dizem que ela significa. Pelo contrário, a Constituição muitas vezes serviu de catalisador para um amplo debate público acerca dos seus termos e aspirações gerais. O seu significado para o Congresso, o Presidente, o governo federal e os cidadãos em geral tem sido mais importante do que o seu significado dentro dos confins estreitos do edifício da Suprema Corte (Sunstein, 2009, p. 02).

Na prática, quem decide sobre a constituição? E quem deveria decidir por último sobre seu significado?

⁶ Para um panorama completo sobre as diversas teorias dos diálogos institucionais, que se têm colocado no debate norte-americano, cf. Bateup (2006).

5. Por que o Judiciário não tem (e não deve ter) a última palavra sobre a constituição

Quando se pergunta quem tem a última palavra sobre o sentido da constituição (e não a quem deve caber), parece claro que o Legislativo, a rigor, detém essa prerrogativa, por que sempre vai poder editar uma nova lei que desafie o entendimento que se tem prevalescido nos tribunais.

Por isso o Legislativo pode, em alguma medida, se contrapor ao Judiciário. Se se imagina que o debate se protraí no tempo, é preciso considerar que o Legislativo pode sempre se mobilizar no sentido de fazer valer uma nova lei que substitua o entendimento da corte. O problema é que a questão acaba voltando ao tribunal.

Não obstante, serão outros juízes, num novo tempo e talvez num novo debate, em que a decisão pode convergir num diferente sentido. Ou seja, os próprios juízes podem referendar o novo entendimento que partiu da arena parlamentar. E mesmo em caso contrário, ainda assim o Legislativo poderá se mobilizar mais uma vez no sentido de colocar o seu entendimento no debate constitucional.

A importância desse exemplo (hipotético) é mostrar que é possível haver alguma diferença institucional em nossa prática constitucional, que possa contribuir melhor para o amadurecimento da democracia brasileira. Uma mudança efetiva pode se concretizar a partir da seguinte perspectiva: os juízes indicados ao Supremo Tribunal Federal podem adotar um novo entendimento sobre suas próprias funções, sobretudo no plano democrático e de separação dos poderes.

Eventualmente, a corte pode adotar posturas de deferência ou de diálogo com os outros poderes. Em muitos casos, por exemplo, o tribunal pode decidir por não decidir. Não se trata de omissão, mas o tribunal possui mecanismos para promover um diálogo no sentido de estimular o outro poder (geralmente o Legislativo) a se manifestar sobre determinado assunto. Ou seja, em muitos casos, ao invés de o tribunal logo firmar um entendimento final sobre determinado tema, pode atuar no sentido de promover uma interação produtiva com o parlamento (cf., por exemplo, Mendes, 2011).

Da mesma forma, é preciso que se abandone uma visão (binária) de que se deve caber “todo o poder aos juízes”⁷ ou “todo o poder aos legisladores”⁸. Por que não uma dialética entre ambos? (cf. Tushnet, 2008) Pode ser muito mais produtivo um diálogo constitucional entre os poderes, nos termos em que coloca Virgílio Afonso da Silva:

Ora, se se supera essa dualidade radical, e se se tem em mente que a decisão do Judiciário não é necessariamente a última palavra sobre o assunto, mas pura e simplesmente uma parte de um diálogo incessante, talvez seja possível conciliar ambas as posições (Silva, 2009, p. 220).

Desse modo, é preciso que os atores não judiciais sejam chamados a participar do processo de significação da constituição. Diversos atores podem se encontrar bem posicionados e legitimados a oferecer respostas. Parece mais democrático supor que o processo de interpretação da constituição diz respeito a um longo diálogo. Como coloca Sunstein, novamente falando sobre o contexto norte-americano, que em muito se aproveita ao brasileiro:

a identificação do direito constitucional com as decisões da Suprema Corte é um erro danoso e a-histórico. Essa identificação, alimentada pela Corte Warren⁹, é inconsistente com os objetivos democráticos da tradição constitucional americana. Esses objetivos pedem que atores não judiciais - o Congresso, o Presidente, os agentes públicos, os cidadãos comuns - se engajem na deliberação sobre o significado das garantias constitucionais amplas. O significado da Constituição, nesse sentido, não é idêntico às interpretações da Suprema Corte, que deveriam ser vistas como mera parte de um diálogo longo e complexo (Sunstein, 2009, p. 456).

Além disso, Sunstein sugere que em uma democracia constitucional que funciona bem, o verdadeiro foro dos princípios é a política, não o Poder Judiciário, pois princípios

⁷ Para uma defesa do modelo de supremacia judicial, cf. Richard H. Fallon Jr. (2008).

⁸ Frequentemente este debate é colocado na doutrina constitucional entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. As críticas de Waldron ao modelo de supremacia judicial são valiosas, mas seu erro parece estar em insistir num modelo de creditar todo o poder para decidir às arenas majoritárias. Para uma análise mais profunda deste debate, cf. Mendes (2008).

⁹ A Corte Warren é frequentemente descrita como um dos períodos de maior ativismo da Suprema Corte norte-americana, semelhante à postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal nas últimas décadas.

fundamentais costumam ser desenvolvidos na arena democrática, não nas salas dos tribunais (Sunstein, 1996, p. 07). Para sustentar seu argumento, Sunstein apresenta uma reflexão renovada da própria história constitucional norte-americana:

O recurso à política tende a mobilizar os cidadãos sobre questões públicas, e a mobilização é boa para os indivíduos e para a sociedade como um todo. Pode inculcar compromissos políticos, entendimentos mais amplos, sentimentos de cidadania e dedicação à comunidade. A ênfase no judiciário frequentemente compromete esses valores. A invalidação judicial de desfechos políticos poderia muito bem ter efeitos corrosivos sobre os processos democráticos. Dentro dessa conexão é importante que se lembre que muito possivelmente Martin Luther King foi uma fonte muito mais importante de mudanças constitucionais do que qualquer uma ou até mesmo do que todas as decisões sobre questões raciais da Suprema Corte do Justice Warren (Sunstein, 2009, p. 186-187).

Por essas razões, uma decisão final de um pequeno grupo de juízes pode representar mais perdas do que ganhos, quando os canais políticos se mostram geralmente melhores para a realização de reformas sensíveis e eficientes. Uma decisão política transformada em decisão final e decidida por um grupo reduzido de indivíduos pode ser prejudicial para o exercício da cidadania (Sunstein, 2009, p. 187). É possível encontrar, na doutrina, autores que defendam que o debate público é até mesmo empobrecido pela sua constitucionalização, que deixa de ir direto ao ponto do desacordo para discutir um documento do século dezoito.¹⁰

No Brasil, o debate é ainda mais comprometido. Diversas questões importantes são discutidas pelo tribunal a partir de votos inconsistentes, em que não se discute dedicadamente as razões mais profundas do desacordo. Em muitos julgamentos, transmitidos ao vivo pela TV Justiça, os ministros não costumam analisar o caso com profundidade, não respondendo a uma série de questionamentos sobre os limites e possibilidades da questão de fundo. E sobre seus próprios papéis institucionais. Acabam contribuindo efetivamente muito pouco ao debate constitucional de fundo.

Não raras vezes, o debate colocado na sociedade, na academia e no próprio parlamento parece ser (bastante) melhor que o tomado pela corte. Isso pode sugerir que o

¹⁰ Essa é uma crítica que Waldron costuma fazer, mas é importante citar o trabalho de Mary Ann Glendon (1991, p. 151), que discute casos (*Bowers v. Hardwick*, por exemplo) notáveis por sua falta de profundidade no debate judicial.

tribunal julga, mas efetivamente não delibera adequadamente. Decide, mas deixa questões em aberto em uma série de detalhes. Dessa forma, apesar de os debates construídos no tribunal terem o poder de fascinar grande parte da população, até pela exposição midiática que o Brasil, particularmente, proporciona, essas decisões andam longe de contribuir com a essência da cidadania ativa, na medida em que se propõem a firmar decisões finais sobre o significado da constituição sem, verdadeiramente, promoverem um debate constitucional robusto.

6. Considerações finais

Nesse trabalho, o que se pretende é chamar atenção para uma postura mais construtiva e dialógica entre os poderes (e atores não institucionais) que se apresentam como legítimos participantes de uma “conversa” sobre a constituição. Como na proposta de Laurence Tribe:

Não é possível alcançar a definição da última palavra da essência da Constituição; quando isso se torna possível, a Constituição acaba de perder sua relevância perante uma sociedade em constante mudança. Com menos ambição e talvez com o pé mais fincado na realidade, pretendemos contribuir com um diálogo útil para a leitura da Constituição, uma "conversa constitucional" (Tribe; Dorf, 2007, p. 35-36).

No Brasil, parece acertado o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal é apenas o melhor intérprete judicial da constituição. A lição de John Rawls converge nesse sentido, pois

o poder supremo de um governo constitucional não pode caber ao legislativo, nem mesmo ao supremo tribunal, que é apenas o melhor intérprete judicial da constituição. O poder supremo é detido pelos três poderes, numa relação devidamente especificada de uns com os outros e sendo cada qual responsável perante o povo (Rawls, 1993, p. 232).

À cidadania, cabe um exercício constante de reflexão e fiscalização. É preciso sempre aprender com as próprias práticas. Um amadurecimento da democracia brasileira

passa pela atribuição de um sentido de (maior) responsabilidade sobre a atuação de suas instituições. Cada um dos poderes do Estado é responsável em relação ao outro, e cada um perante o povo. A constituição “não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é” (Rawls, 1993, p. 237).

Sendo assim, as omissões e deficiências legislativas não autorizam toda e qualquer postura por parte do Poder Judiciário. A instituição do parlamento deve se repensar, internamente, mas o Poder Judiciário brasileiro também pode contribuir ao outro poder, na medida em que se estabelece um diálogo constitucional que pode ser efetivamente produtivo.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *The New Separation of Powers*. Harvard Law Review, vol. 113, nº 3, 2000.

BATEUP, Christine. *Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective*. Temple International and Comparative Law Journal, Spring 2007; New York University Law School, Public Law Research Paper No. 06-37.

_____. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. Brooklyn Law Review, Vol. 71, 2006; NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-24.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Bobbs-Merrill, 1962.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FALLON Jr., Richard H. *The core of an uneasy case for judicial review*. Harvard Law Review, Vol. 121, Nº 7, may 2008, p. 1693-1736.

GARAPON, Antonie. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. 2 ed. Rio de Janeiro : Renavan, 1999.

GARGARELLA, Roberto. *La Justicia Frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996.

GLENDON, Mary Ann. *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*. New York: Free Press, 1991, p. 151.

GODOY, Miguel Gualano de. *A Democracia Deliberativa como Guia para a Tomada de Decisões Legítimas*. Co-herencia - Revista de Humanidades, v. 14, p. 63-91, 2011.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

KRAMER, Larry. *Popular Constitutionalism, Circa 2004*, California Law Review 92, July 2004a.

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

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAWLS, John. *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: _____. (org). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 250, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001.

_____. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *Interest Groups in American Public Law*, in *Stanford Law Review*, n. 29, 1985, vol. 38, p. 29-87.

_____. *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

TRIBE, Lawrence; DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TUSHNET, Mark. *Alternative forms of judicial review*. *Michigan Law Review*, Aug 2003; Vol. 101, Issue 8. p. 2781-2802.

_____. *How Different are the Core Cases for and Against Judicial Review?* (2008). Harvard Public Law Working Paper No. 09-04.

_____. *Taking the constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University, 1999.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da Legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. *O judicial review e as condições da democracia*. Tradução de Julia Sichiari Moura. In.: *Limites do controle de constitucionalidade*. Coleção ANPR de direito e democracia. Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

