

ENTRE O ATIVISMO E (IN) OPERÂNCIA LEGISLATIVA: deliberação e legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade em um contexto de novos arranjos institucionais e de revisão da Teoria da Separação dos Poderes.¹

ENTRE EL ACTIVISMO Y LA (IN) OPERANCIA LEGISLATIVA: deliberación y la legitimidad de las decisiones de la Corte Suprema en la sede de control de constitucionalidad, en un contexto de nuevos arreglos institucionales y la revisión de la teoría de la separación de poderes

Paulo Roberto Barbosa Ramos²

RESUMO

O presente artigo se propõe a analisar a deliberação interna e legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de Controle de Constitucionalidade, observada uma conjuntura de revisão da Teoria da Separação dos Poderes e necessidade de criação de novos arranjos institucionais. Neste aspecto, tem-se como objetivo geral repensar o papel do Supremo Tribunal Federal em um modelo de controle de constitucionalidade, bem como sua legitimidade, justificção de suas decisões e deliberação interna, superando a dicotomia ativismo judicial/deferência ao legislativo, tendo em vista a necessidade de readequação da Teoria da Separação dos Poderes, de modo que se leve a Constituição a sério e se responda ao anseio de desenvolvimento democrático-social brasileiro. Por fim, considera-se que a necessidade de que algum órgão delibere em sede de controle de constitucionalidade não

¹ Este artigo é fruto da pesquisa intitulada: "ENTRE O ATIVISMO E (IN) OPERÂNCIA LEGISLATIVA: deliberação interna, justificativa e legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade em um contexto de novos arranjos institucionais e de revisão da Teoria da Separação dos Poderes", desenvolvida por Bruno Denis Vale Castro, graduando em Direito na Universidade Federal do Maranhão (UFMA), pesquisador bolsista CNPq e membro do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional-UFMA (NEDC/UFMA).

² Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Granada - Espanha (2010-2011). Atualmente é professor associado da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Coordenador do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da UFMA, Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional-UFMA (NEDC/UFMA) e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão.

significa que esta deva ser permanente ou que não possa haver alguma espécie de diálogo entre os poderes, concebendo assim, que Supremo Tribunal Federal não detém o monopólio da guarda da Constituição, havendo a possibilidade de um papel mais protagonista do legislativo, a partir da utilização dos mecanismos já existentes ou mesmo da criação de novos dispositivos que permitam diálogos institucionais.

Palavras-Chave: ativismo judicial; diálogos institucionais; controle de constitucionalidade.

RESUMEN

El artículo intenta analizar la deliberación interna y la legitimidad de las decisiones del Supremo Tribunal Federal en sede de Control de Constitucionalidad, observada una coyuntura de revisión de la Teoría de la Separación de los Poderes y la necesidad de creación de nuevas relaciones institucionales. En ese aspecto, tiene como objetivo general pensar de otra forma el papel del Supremo Tribunal Federal en un modelo de control de constitucionalidad, y también su legitimidad, justificación de sus decisiones y deliberación interna, con la superación de la dicotomía activismo judicial/deferencia al legislativo, teniendo en vista la necesidad de readecuación de la Teoría de la Separación de los Poderes, de forma que se lleve a Constitución en serio y se presenta una respuesta a los deseos de desarrollo democrático-social brasileño. Al final, tiene en consideración la necesidad de que algún órgano delibere en sede de control de constitucionalidad, no significa que este debe ser permanente o que no pueda haber alguna suerte de diálogo entre los poderes, concibiendo así, que el Supremo Tribunal Federal no detiene el monopolio de la guardia de la constitución, habiendo la posibilidad de un papel más protagonista do legislativo, a partir de la utilización de los mecanismos ya existentes o mismo de la creación de nuevos dispositivos que vengán a permitir diálogos institucionales.

Palabras clave: activismo judicial; diálogos institucionales; control de constitucionalidad.

1 Considerações Preliminares

O debate acerca das funções do Poder Judiciário, Legislativo e Executivo reascendeu-se em vários países, alguns dos quais com instituições democráticas

razoavelmente consolidadas, onde se pensaram tais questões estarem superadas.³

O Canadá, com a cláusula do notwithstanding demonstrou que é possível se pensar em um modelo de diálogo alternativo às controvérsias clássicas: todo poder aos legisladores/todo poder aos juízes. Na Nova Zelândia, as cortes não estão autorizadas a não aplicar uma legislação infraconstitucional incompatível, entretanto podem fixar uma interpretação que se ajuste à Bill of Rights. O Reino Unido, que não possuía um controle propriamente judicial de constitucionalidade, começou a declarar a incompatibilidade da legislação infraconstitucional frente à Convenção Europeia de Direitos Humanos, incorporada ao ordenamento britânico através do Human Rights Act.⁴

Sendo assim, discussões a esse respeito podem fomentar novas visões e auxiliar os juristas e cientistas políticos brasileiros a terem um novo olhar sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal sobre questões importantes. A naturalização de gramáticas institucionais paralisa a capacidade analítica dos juristas e impede a transformação das instituições políticas com base em uma noção pré-concebida de constitucionalismo e da Teoria da Separação dos Poderes. Aspectos importantes do Supremo Tribunal Federal têm sido deixados em segundo plano.

A deliberação interna do Supremo Tribunal⁵ Federal, visto que se trata de órgão colegiado, somada ao caráter quase opinativo⁶ da jurisdição brasileira, problematizam ainda

3 A partir de uma distinção entre modelo forte e fraco de judicial review, Mark Tushnet e Larry Kramer demonstram como a decisão Marbury VS. Madison deve ser analisada dentro de certo contexto e não como lei universal para qualquer modelo constitucionalista. TUSHNET, Mark. **Taking the Constitutional Away From the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999. KRAMER, Larry D.. **The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review**. New York: Oxford University Press, 2004.

4 Essa “declaração de incompatibilidade” não torna a norma em questão inválida ou ineficaz, entretanto permite ao Primeiro Ministro iniciar um procedimento mais rápido de alteração da legislação incompatível. Todos os casos mencionados são qualificados por Waldron como modelos fracos de Judicial Review, visto que não há uma declaração de invalidade ou ineficácia da norma analisada pela corte em decisão última. WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, v. 115, 2006.

5 A respeito de alguns problemas da deliberação em grupos, ver: SUNSTEIN, Cass R; HASTIE, Reid. Four Failures of Deliberating Groups. John M. Olin Law & Economics Working Paper, n 401, 2008. Disponível em [HTTP://ssrn.com/abstract_id=1121400](http://ssrn.com/abstract_id=1121400). Acessado em: 15 de março de 2012. SUNSTEIN, Cass R. The Law of Group Polarization. John M. Olin Law & Economics Working Paper, n 91, 1999. Disponível em: [HTTP://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=199668](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=199668). Acessado em: 15 de março de 2012.

6 Sobre o caráter “opinativo” da justiça brasileira, ver: RODRIGUEZ, José Rodrigo. Zonas de Autarquia nas decisões jurisdicionais: Estado de Direito, indeterminação e democracia, In: VILHENA, Oscar Vieira; DIMOULIS, Dimitri. O Estado de Direito e os Desafios do Desenvolvimento, São Paulo: Saraiva, 2011

mais a questão de uma justificação única ou *ratio decidendi* de suas decisões. A partir disso é imprescindível analisar-se em que se funda a legitimidade de sua atuação em sede de controle de constitucionalidade, tendo em vista a falta de clareza e coesão em muitos de seus acórdãos e de uma razão pública da decisão.⁷

Assim, o presente artigo se propõe a abordar como tema a justificativa e legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de Controle de Constitucionalidade, mais especificamente, a justificação e legitimidade para decidir que o Supremo Tribunal Federal possui em sede de Controle de Constitucionalidade, observada uma conjuntura de revisão da Teoria da Separação dos Poderes e necessidade de criação de novos arranjos institucionais.

Sendo assim, o objetivo geral deste artigo é repensar o papel do Supremo Tribunal Federal em um modelo de controle de constitucionalidade, bem como sua legitimidade, justificação de suas decisões e deliberação interna, superando-se a dicotomia ativismo judicial/deferência ao legislativo, tendo em vista a necessidade de readequação da Teoria da Separação dos Poderes, de modo que se leve a Constituição a sério e se responda ao anseio de desenvolvimento democrático-social brasileiro. E, os objetivos específicos: investigar quem deve possuir a última palavra no que se refere ao controle de constitucionalidade no Brasil, analisando o papel que deve possuir o Supremo Tribunal Federal, assim como sua legitimidade para decidir em um contexto de revisão da Teoria da Separação dos Poderes e assim, propor uma nova forma de se encarar o problema, através de uma remodelação institucional para um maior diálogo entre os poderes.

2 Problematização do Papel do Supremo Tribunal Federal e do Controle Judicial de Constitucionalidade

Há um consenso aparente na gramática jurídica no tocante à legitimidade do Supremo Tribunal Federal como o máximo guardião da Constituição brasileira. Entretanto, frente a um contexto de revisão da Teoria da Separação dos Poderes e necessidades prementes de criação de novos arranjos institucionais que respondam às demandas do contexto político-social brasileiro, alguns questionamentos emergem em relação ao assunto. Quem deve ter a

⁷ Sobre este ponto, Virgílio Afonso da Silva observa a necessidade até de remodelação de como se dão as reuniões do tribunal, inclusive com mudanças de reuniões televisionadas para reuniões fechadas. SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. Revista de Direito Administrativo, n. 250, 2009.

última palavra sobre o significado da Constituição brasileira? O Supremo Tribunal Federal ou um órgão do poder legislativo? Em que termos e condições, essa última palavra se dá?

É patente a naturalidade com que tais questões são respondidas em favor do Supremo Tribunal Federal. Os mais diversos manuais, esquematizados ou não, descrevem-no como possuidor, quase que exclusivo, da atividade de guarda da Constituição através do controle de constitucionalidade, seja ele difuso ou concentrado, que exerce sobre os atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo.⁸

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal vem assumindo um papel cada vez mais protagonista no cenário político-jurídico brasileiro. O vocabulário jurídico incorporou expressões como ativismo judicial e judicialização da política, que, na verdade, são reflexos de concepções específicas do que seja o direito e de sua função em um regime democrático.⁹

É construída, assim, uma dualidade entre ativismo judicial e deferência ao legislativo, quer dizer, por um lado, um papel mais ativo do judiciário, no caso do Supremo Tribunal Federal, que em última instância acaba funcionando como legislador, na medida em que delibera sobre questões que efetivamente competiriam ao Poder Legislativo, e em contrapartida, com posição mais conservadora, posição de obediência às deliberações do Poder Legislativo, funcionando o Poder Judiciário apenas como guardião da Constituição, sem qualquer tipo de decisão mais criativa, tudo com o objetivo de evitar ser visto como criador do direito, porquanto tarefa típica do Poder Legislativo. Existe uma ligação intrínseca dessas visões com a concepção não problematizada da Teoria da Separação dos Poderes. No início do século XX, com um modo de legislação baseado em cláusulas gerais, e com o pós-guerra e a inflação de constituições que incorporaram inúmeros princípios, o papel do

8 Como justificativa, baseiam-se no artigo 102, caput, da Constituição Federal, como se este previsse alguma espécie de exclusividade ou irreversível prevalência dos atuais arranjos institucionais para o sistema político brasileiro. MENDES, Gilmar F; BRANCO, Paulo Gustavo G. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012. Para uma crítica dessa posição e uma nova forma de pensar-se o problema: MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

9 José Rodrigo Rodriguez e Marcos Nobre apontam uma ligação direta entre esse vocabulário e uma concepção Weberiana de direito, ao qual chamam de “visão normativista”. “De acordo com Weber, o direito ocidental é formal, pois permite decidir conflitos a partir de critérios jurídicos, ou seja, com fundamento em normas jurídicas dotadas de racionalidade própria, autônomas em relação a valores morais, éticos, políticos, econômicos etc.” Para os autores, essa visão do direito apresenta “déficits explicativos”, pois não percebe a tensão entre “código do direito” e “gramáticas institucionais”, fundamental para o processo de institucionalização e transformação do direito. Ver a esse respeito: NOBRE, M.; RODRIGUES, J. R.. Judicialização da Política: déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos Estudos Cebrap**, n. 91, nov. 2011.

judiciário, do legislativo e do executivo mesclaram-se de tal forma, de modo que judiciário foi empurrado a desempenhar não somente o seu tradicional papel de aplicar a lei formulada pelo Parlamento.

Hoje, no entanto, com o caminho aberto para diferentes arranjos institucionais, torna-se imprescindível repensar o papel do Supremo Tribunal Federal com vistas a analisar se o atual modelo vem dando conta dos problemas que lhe são postos em uma sociedade plural, democrática e com défices sociais como a brasileira. Nesse sentido, às perguntas que iniciaram este tópico, acrescentam-se outras: Em que se funda a legitimidade das decisões do STF? Qual papel a corte suprema deve desempenhar em sede de controle de constitucionalidade? O que cabe ao Poder Legislativo?

É importante nesse momento relevar o surgimento e fundamentação do controle judicial de constitucionalidade de modo a melhor compreender o tema e tentar responder tais questões. O controle de constitucionalidade, tal como se apresenta hoje é, segundo Virgílio Afonso da Silva, uma idéia com dupla paternidade, pois ao lado do nome de John Marshall está também o de Hans Kelsen. John Marshall foi presidente da Suprema Corte norte-americana à época da famosa decisão *Marbury v. Madison*, e foi o principal autor intelectual da argumentação que levou à criação do controle judicial de constitucionalidade no Estados Unidos. Hans Kelsen foi autor de um dos anteprojetos da constituição austríaca de 1920 e juiz do Tribunal Constitucional da Áustria. Com Marshall, é colocado em prática a idéia de controle de constitucionalidade e em Kelsen é dada vida à idéia de um tribunal especificamente encarregado desse controle e monopolizador das decisões de inconstitucionalidade (SILVA, 2009). Mas onde está o fundamento da existência e legitimidade do controle de constitucionalidade, mais especificamente o controle judicial de constitucionalidade?

É comum aceitar que o controle judicial de constitucionalidade decorre da supremacia da constituição. Entretanto, contemporaneamente há cada vez mais autores que vêm colocando isso em xeque. Segundo Michel Troper (2003), a "lógica" defendida por Marshall na defesa de um controle judicial de constitucionalidade pode ser resumida na seguinte idéia: "(1) Uma constituição é suprema (ou vinculante) se as leis inconstitucionais podem ser invalidadas; (2) Portanto, as leis inconstitucionais estão sujeitas à invalidação". Carlos Santiago Nino (1996) já argumenta de modo a demonstrar que a supremacia de uma constituição não tem nenhuma relação lógica necessária com a possibilidade ou impossibilidade de que juízes possam controlar a constitucionalidade das leis, pois o fato de os juízes franceses, por exemplo, não poderem controlar a constitucionalidade das leis não

torna a constituição francesa menos suprema do que as outras constituições do mundo e não faz com que ela sirva menos do que essas outras constituições ao propósito do controle do poder político.¹⁰

Por derradeiro, tendo ainda por base a argumentação supracitada, por mais que se afirme que um controle de constitucionalidade seja conveniente por ser prudente desconfiar dos poderes e prever mecanismos para controlá-los, esse controle não precisa ser necessariamente judicial, como demonstra o caso francês (antes da reforma de 2008) e como já afirmou, décadas atrás, Pontes de Miranda (1946), há diversas formas de proteger uma constituição rígida e o controle judicial de constitucionalidade é apenas uma delas. Assim, a decisão sobre qual tipo de controle se deseja é uma questão prática (política) e não lógica, até porque se assim não fosse, todo o debate secular sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade, especialmente nos Estados Unidos, seria totalmente irrelevante, já que o que é logicamente cogente não necessita de legitimação normativa.

Neste ponto, parece ser importante, mesmo que breve, um debate acerca da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade. É o que o tópico a seguir se propõe a fazer.

3 Legitimidade(s) do Controle de Constitucionalidade: contraposição entre as ideias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

Num primeiro momento, é importante ressaltar que não se pretende aqui esgotar a temática abordada, mas apenas tocá-la de modo resumido e pontual.

Relevando a concepção de Dworkin, o controle judicial de constitucionalidade auxilia a configuração de um tipo melhorado de democracia, não havendo assim qualquer objeção democrática ao fato de juízes não eleitos pelo povo possam invalidar leis aprovadas pelos órgãos representativos. Isso significa dizer que o juiz de Dworkin admite extrapolar as decisões políticas tomadas pelo legislador e abertamente adentrar na criação judicial do direito.

Na defesa de sua tese, Dworkin concebe que existem em uma democracia constitucional, necessariamente, duas dimensões, a da política e a dos princípios. Assim, o

¹⁰ Embora, em julho de 2008, uma reforma na constituição francesa tenha introduzido a possibilidade de controle judicial de constitucionalidade a posteriori, por via de exceção, na França, isso em nada altera o raciocínio desenvolvido no texto.

teórico faz uma distinção entre argumentos de política, na qual se justificam decisões de questões relativas aos interesses coletivos tais como as políticas públicas, que buscam promover benefícios gerais, voltadas a maximizar o bem-estar da comunidade e, argumentos de princípios, como aqueles relativos à proteção dos direitos individuais dos cidadãos. Neste aspecto, Dworkin entende que os legisladores podem utilizar ambos os argumentos, mas os juízes devem ser obrigados a decidir apenas com base em argumentos de princípios. Assim, segundo Dworkin, quando juízes revisam decisões legislativas apropriando-se de argumentos de princípios não estão legislando, mas apenas impondo direitos morais sobre decisões legislativas, ou seja, garantindo direitos individuais contra decisões da maioria política e realizando, desse modo, uma leitura moral da constituição (DWORKIN, 1978). Sendo assim, a justificação de um controle de constitucionalidade dos atos políticos, quer dizer, garantir os direitos individuais contra a política e contra maiorias circunstanciais e ser a garantia de direitos que confere legitimidade ao controle de constitucionalidade. Estando, à leitura de Dworkin, na Suprema Corte (no judiciário em geral) o seu *locus* privilegiado e principal, pois é a instância capaz de realizar essa leitura moral da Constituição apropriando-se apenas de argumentos de princípios (DWORKIN, 2006).

Em Dworkin há a defesa não apenas do controle judicial de constitucionalidade, mas principalmente da supremacia judicial, ou seja, o poder da Suprema Corte de dar a última palavra sobre o significado da Constituição: "*no sistema norte-americano atual, essa autoridade [autoridade para compreender e interpretar os princípios morais nas leis]*¹¹ *cabem aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte*" (DWORKIN, 2006).

Na contra-mão de Dworkin, Jeremy Waldron amplia o debate a respeito do controle de constitucionalidade trazendo à tona o poder legislativo como àquele detentor de meios mais propícios e legitimidade para dar a última palavra em sede de controle de constitucionalidade. Waldron reage à separação que Dworkin faz entre argumentos de princípios e argumentos políticos, pois, para aquele, essa separação é artificial e restringe o desacordo apenas a questões referentes às metas sociais, inviabilizando a discussão na esfera político-representativa sobre os direitos fundamentais, quer dizer, Waldron aduz que justificar o controle de constitucionalidade a partir da ideia de que direitos devem funcionar como trunfo contra decisões legislativas majoritárias ignoraria o desacordo moral existente em sociedades plurais, ignoraria, por assim dizer, o fato de que as pessoas têm concepções diferentes sobre os seus direitos mais básicos (do mesmo modo que têm opiniões diferentes

¹¹ Complemento nosso.

sobre política social e políticas pública) (WALDRON, 1999).

Segundo Waldron, a separação proposta por Dworkin seria simplesmente impossível, pois faz parecer que em todas as questões de princípio existiria sempre uma resposta correta a que somente o judiciário poderia chegar. Afirma ainda que parece ter sido construído um retrato idealizado da atividade julgadora do poder judiciário - a exemplo da figura mítica do juiz Hércules, criada por Dworkin -, ao passo que o Parlamento foi abandonado pelos juristas (WALDRON, 2003). Por conta disso, faz-se necessário redignificar o Legislativo e, recuperada a dignidade da legislação, os parlamentares revelar-se-iam superiores no processo de deliberação. Assim, na busca de consagrar a legislação como uma fonte digna do direito, Waldron procura dar respostas às crítica comum que se faz à legislação majoritária acusada de ser arbitrária e meramente contingente, uma soma de números.

Waldron enfatiza que a diferença entre legislação e a decisão da corte é de ordem representativa, não de método decisório, pois a própria corte aplica o método de tomada de decisão segundo a regra da maioria ao decidir questões envolvendo direitos fundamentais. Waldron quer chegar à conclusão de que se o direito está submetido constantemente ao controle judicial de constitucionalidade os direitos fundamentais estão, em verdade, antes em risco do que protegidos (WALDRON, 1993), tanto que a justificativa disso está no fato de que no *judicial review* as decisões finais de questões fundamentais aos cidadãos em geral cabem aos tribunais, órgão não representativo e sem credenciais democráticas que decidem tópicos complexos e controversos. Assim, tendo a necessidade de eleger um procedimento para decidir esses casos, o processo democrático seria preferível (GALVÃO, 2010).

Se é admitida a regra da maioria para as decisões das cortes, essa mesma regra não deveria ser criticada quando aplicada pelo Parlamento. Waldron entende que os desacordos morais que existem em todas as sociedades plurais são muito complexos e multifacetários para serem resolvidos pela lógica binária certo/errado das decisões judiciais. Ele questiona a constitucionalização dos direitos, sobretudo quando somada à revisão judicial, pois alega a perda da autonomia individual e da responsabilidade moral dos indivíduos. O controle judicial de constitucionalidade, portanto, levaria à diminuição dos indivíduos como atores políticos e morais responsáveis por resguardarem seus próprios direitos, por meio daquele que é o direito dos direitos: a participação democrática.

Essa resumida exposição sobre os pensamentos de Dworkin e Ealdron, e mesmo outros debates sobre o tema que existem na literatura, apresenta um certo maniqueísmo, como se a resposta estivesse nas alternativas "todo o poder aos juízes" ou "todo o poder ao legislador". O que se pretende apresentar como mais plausível é a existência de outras

possibilidades de arranjos institucionais diversos que transponham essa contraposição simplista. É justamente sobre essa possibilidade de diferentes arranjos institucionais que esta pesquisa tem como um dos objetivos trabalhar até o final da exposição.

4 Processo de tomada de decisões: deliberação e formas alternativas de controle de constitucionalidade

Os debates em torno da ideia de democracia deliberativa têm sido um dos principais temas de discussões no âmbito da ciência política, da filosofia e do direito constitucional. Embora majoritariamente o foco desse debate seja os poderes políticos (legislativo e executivo) e a sociedade civil organizada, considera-se que o poder judiciário tem um potencial ainda pouco explorado no que diz respeito às práticas deliberativas, a despeito do seu inegável caráter contra-majoritário no exercício do controle de constitucionalidade (SILVA, 2009).

Neste ponto, observa Rawls (1993) que a Suprema Corte dos Estados Unidos e tribunais semelhantes têm tudo para serem *locus* por excelência da deliberação racional e da razão pública, pois ao contrário do que ocorre com os poderes políticos, os membros de um tribunal não podem invocar a sua moralidade, religiosidade e ideologias pessoais para fundamentar suas decisões. Sendo assim, as decisões de um tribunal de cúpula - como a Suprema Corte, os tribunais constitucionais europeus e a Supremo Tribunal Federal - têm como refletir valores políticos de justiça e razão pública.

Jürgen Habermas, num contra ponto, tenta formular em sua ética do discurso um contexto ideal de comunicação capaz de incluir, em condições de igualdade e liberdade, todos os participantes do processo comunicativo, apresentando a esfera pública como o espaço privilegiado em que as normas emergentes do mundo da vida são racionalizadas pela comunicação para então poderem, por meio do processo decisório, ter espaço no âmbito estatal (HABERMAS, 2003). Essa esfera pública em Habermas é definida como um fenômeno social elementar que não pode ser entendida como uma instituição ou uma organização, já que é construída em uma rede de comunicação de conteúdos, em que os fluxos de comunicação se tornam opiniões públicas (HABERMAS, 2003). A proposição de Habermas é conciliar a soberania popular e o Estado de Direito (garantidor e promotor de direitos), fato que propicia a possibilidade de vislumbrar um diálogo institucional entre os poderes.

Diante dessa breve consideração sobre o que seria democracia deliberativa, a possibilidade do poder judiciário nesse contexto, bem como a possibilidade de uma interação dialética entre os poderes tendo por base a teoria de Habermas, faz-se necessário relevar as premissas consideradas por Ferejohn e Pasquini (1692.1) ao compararem os modelos norte-americano e europeu de controle de constitucionalidade. Para eles, quando se entende o controle de constitucionalidade como parte integrante do processo deliberativo em sentido amplo e de interpretação da constituição, a diferença principal entre esses dois modelos se desloca para a contraposição entre duas formas distintas de deliberação: a deliberação interna e a deliberação externa.

Segundo os autores supracitados, a deliberação interna envolve a troca de razões e argumentos no interior de um grupo no intuito de fazer com que esse grupo, como um todo, decida em uma determinada direção. Já a deliberação externa consiste no esforço de convencer atores externos ao grupo (FEREJOHN & PASQUINI, 1692.2). No caso dos Tribunais, então, a deliberação interna diz respeito ao fluxo de argumentos entre os juízes, ou seja, no interior do próprio tribunal ou corte; já a deliberação externa diz respeito ao fluxo de argumentos entre o tribunal e o mundo externo a ele (SILVA, 2009).

Tendo e vista a comparação entre o modelo europeu e o norte-americano (do qual o STF mais se aproxima) é possível perceber diferenças cruciais entre os dois modelos. No modelo europeu, a deliberação é sobretudo interna, raramente há audiências e sustentações orais, os juízes não dialogam com advogados e as decisões são tomadas a portas fechadas, em muitos casos, sem a possibilidade de votos divergentes tendo como consequência a tentativa de uma decisão única, institucional, clara, objetiva e de consenso, havendo, mesmo que forçosamente, um maior e verdadeiro diálogo interno na deliberação de questões controversas. Já no modelo norte-americano, em que a deliberação é, sobretudo, externa, os juízes praticamente não interagem entre si e não deliberam no sentido estrito da palavra, sendo um trabalho isolado e individual de persuasão e defesa em relação às opiniões pessoais (SILVA, 2009).

De todo modo, o mais relevante sobre essa discussão é considerar qual o tipo de deliberação judicial é mais condizente a uma democracia constitucional. A resposta a essa questão não é única, pois se entende que os dois tipos de deliberação podem ser importantes numa análise que transpõe as considerações e diferenciações feitas por Ferejohn e Pasquini, porquanto que as deliberações internas e externas não precisam ocorrer, necessariamente, da maneira descrita por esses autores. A verdade é que, de um lado, é preciso que um tribunal superior, no exercício do controle de constitucionalidade, delibere como instituição de

maneira clara, objetiva e sempre que possível, expressando unicidade, ou seja, possua uma deliberação interna. Por outro lado, o papel de deliberações externas as quais, sobretudo, seriam para chamar a atenção da sociedade civil para questões importantes e propiciar um diálogo entre tribunal e sociedade civil ou entre tribunal e poderes políticos, não precisam ser realizados por meio de uma fragmentação da deliberação e de uma desagregação argumentativa que seriam, na análise acima descrita, características do diálogo externo. Assim, como lembra Virgílio Afonso da Silva (2009), a tarefa de propiciar um diálogo entre o tribunal e os outros autores - quaisquer que sejam - pode ser exercida pelos juízes em seu atuar individual e por um diálogo externo entre os poderes, um *diálogo constitucional*

A partir daqui, surge a necessidade de discorrer, mesmo que brevemente, sobre as formas alternativas de controle de constitucionalidade, de modo que se possa chegar ao entendimento de como suscitar um diálogo entre poderes constitucionais tendo em vista os novos arranjos institucionais.

Concernente a essa questão, um dos principais debates da atualidade em relação ao controle de constitucionalidade é a discussão institucional daquilo que se convencionou classificar como formas fortes e formas fracas de controle de constitucionalidade. Existe uma quantidade muito grande de estudos e literatura voltada para o tema, tanto nos Estados Unidos, quanto na Europa e Austrália e, sobretudo, no Canadá, uma vez que o modelo canadense costuma ser apontado como o paradigma de modelo alternativo.

No âmbito dessa discussão, o cerne da questão é a superação da idéia de que o controle de constitucionalidade seria simplesmente a submissão das leis à guilhotina anuladora judiciária, mas trazer à tona a possibilidade, pouco explorada, que é o diálogo entre o judiciário e o legislador. Assim, entende-se que a possibilidade desse diálogo tem relação direta com a facilidade [ou dificuldade] daquilo que se convencionou chamar de "superação legislativa", ou seja, da faculdade propiciada ao legislador de poder rediscutir as decisões tomadas no âmbito do controle judicial de constitucionalidade e, se necessário, de superá-las (SILVA, 2009).

Partindo desse ponto de vista, modelos como o norte-americano e os da grande maioria dos países europeus podem ser considerados como modelos fortes de controle de constitucionalidade [o modelo brasileiro é concebido como forte ou até mesmo *ultra forte* por autores como Virgílio Afonso da Silva]. Isso ocorre, pois uma eventual superação de uma decisão de inconstitucionalidade declarada pela Suprema Corte ou por um tribunal constitucional só poderia ocorrer se fosse emendada a constituição, o que costuma ser algo difícil e excepcional. Já os modelos como o canadense e o inglês, por exemplo, são modelos

considerados modelos fracos de controle de constitucionalidade. No caso do Canadá, o legislador pode, após uma decisão judicial de inconstitucionalidade, repromulgar a lei declarada inconstitucional e até imunizá-la temporariamente contra futuras decisões judiciais de inconstitucionalidade. No caso inglês, as decisões de controle de constitucionalidade, instituído pelo *Human Rights Act*, de 1998, não vinculam totalmente o legislador, sendo apenas decisões de incompatibilidade, mas não de invalidade (SILVA, 2009). Em ambos os casos, percebe-se que o legislador tem a possibilidade de reabrir o diálogo no tocante à constitucionalidade, se assim achar conveniente.

Num primeiro momento, pode parecer que os modelos fracos de controle de constitucionalidade, nada mais são do que uma soberania do parlamento. No entanto, considerando a análise realizada por Silva (2009), essa primeira percepção é, no mínimo, equivocada. Veja-se: 1. a percepção de que em verdade haveria uma soberania do parlamento ignora o valor do debate, pois decidir em única ou última instância (soberania parlamentar) é diferente de decidir após o pronunciamento de um tribunal que muitas vezes cria um *ônus deliberativo* difícil de ser superado; 2. imaginar que a mera "possibilidade de o legislador superar as decisões judiciais é equivalente à inexistência de controle é equivocada porque ignora a experiência concreta", pois no Canadá, por exemplo, onde o modelo já existe há mais tempo, estudos demonstram que, apesar de ter a competência, o Legislativo quase nunca se utiliza desse expediente, já que a existência de uma decisão de um tribunal de cúpula cria um *ônus político* que os legisladores poucas vezes estão dispostos a enfrentar; 3. "por fim, pensar que a possibilidade de superação legislativa de decisões judiciais de inconstitucionalidade seria conferir a última palavra ao legislador é equivocado porque compreende o controle de constitucionalidade como processo apenas no sentido jurídico-formal da palavra", sendo que ao perceber esse processo como um diálogo, logo se percebe que esse diálogo não dá, nem ao judiciário nem ao legislativo, a palavra final.

Agora, surge o ponto chave da presente pesquisa. Diante de tudo o que se expôs, onde se encaixa o modelo brasileiro, como se dão as deliberações do Supremo Tribunal Federal em sede controle de constitucionalidade e quais as perspectivas para o modelo brasileiro tendo por base as formas alternativas de controle de constitucionalidade?

5 Supremo Tribunal Federal: o modelo brasileiro em perspectiva comparada

O modelo brasileiro é claramente inspirado no modelo norte-americano. Assim, o

Supremo Tribunal Federal também foi criado inspirado na Suprema Corte dos Estados Unidos. Considerando a classificação tradicional, o sistema de controle de constitucionalidade instaurado no início da República era um sistema evidentemente difuso e de controle posterior da lei (MENDES, 2012).

Historicamente, a Constituição de 1891 inaugurou, em termos constitucionais positivos, o modelo brasileiro de controle jurídico-difuso de constitucionalidade. Nesse contexto, Ruy Barbosa, inspirado no Direito Constitucional americano, teve especial influência. Essa Constituição reconheceu a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais. Com o advento da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, ficou reforçado ainda mais o modelo judicial de controle de constitucionalidade, estando consolidada dessa forma, a competência judicial para controlar a constitucionalidade das leis no Brasil.

Após décadas mantendo a fidelidade ao modelo norte-americano o sistema brasileiro passou a sofrer um longo processo de *concentração* tendo sido decisivos nesse processo os anos de 1934, 1965, 1988, 1993, 1999 e 2004.

Em 1934 foi criado o primeiro mecanismo em ação direta de inconstitucionalidade, limitada, no caso, apenas aos casos de processo de intervenção federal. Em 1965 foi criada a figura da representação de inconstitucionalidade por meio de uma emenda à Constituição.

Com a Constituição de 1988 houve inúmeras alterações no modelo brasileiro, todas elas, de certo modo, ampliando os poderes do Supremo Tribunal Federal. Na oportunidade criou-se também a ação direta de inconstitucionalidade (com mais agentes competentes para a sua propositura), o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Em 1993, foi promulgada a Emenda Constitucional nº. 3, a qual criou a ação declaratória de constitucionalidade.

Em 1999, por meio das Leis nº. 9.868 e 9.882, foi regulamentado com maior clareza procedimental o processo de controle de constitucionalidade no Brasil, com nítida tendência *concentradora* e *vinculante* do controle de constitucionalidade.

Em 2004, com a Emenda Constitucional nº. 45, implantou-se a súmula vinculante e a exigência de demonstração de repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário no STF. Todas essas ações apontam para o fato de um movimento de concentração do controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, ao contrário do que se poderia pensar, esse movimento de concentração

não significou um caminho para os moldes do modelo europeu de controle de constitucionalidade. Levando em consideração as classificações clássicas prévio/posterior e difuso/concentrado, o sistema brasileiro já era *a posteriori* como o europeu, sendo que a única variável que os diferenciava era a maior concentração de competências dos tribunais constitucionais europeus. Com o aumento notório dessa concentração também no Brasil, o Supremo Tribunal Federal estaria definitivamente se aproximando do modelo de um tribunal constitucional nos moldes europeus, o que, de fato, não aconteceu.

Embora a evolução brevemente descrita evidencie uma aproximação do modelo brasileiro do modelo europeu, todas as demais características do STF (a forma de nomeação dos ministros, a vitaliciedade, as sessões públicas, as sustentações orais, a publicação de votos divergentes como regra e não como exceção e, sobretudo, a forma de decisão, individual e não concatenada) continuam a ser como sempre foram, uma cópia do modelo norte-americano.

Sendo assim, o modelo brasileiro pode ser considerado como um modelo extremo de deliberação externa, afastando-se por completo dos modelos continentais europeus por razões como: "1) quase total ausência de trocas de argumentos entre ministros [...]; 2) inexistência de unidade institucional e decisória [...]; 3) carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal".

Em relação à contraposição entre modelos fracos e fortes de controle de constitucionalidade, ou seja, entre modelos que permitem maior diálogo entre os poderes, o modelo brasileiro pode ser considerado como *ultra forte*. Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, além de o modelo brasileiro reunir as características típicas dos modelos fortes, tem uma constituição com um amplo rol de dispositivos imodificáveis, as "cláusulas pétreas", o que limita ainda mais a possibilidade de um *diálogo constitucional*.

No tocante ao modelo dialógico de se pensar a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade, considerado um exemplo de prática jurisdicional mais democrática tendo em vista a complexidade das questões decididas em sede de controle de constitucionalidade, tem sido assumido e se manifestado em diferentes decisões inovadoras em Tribunais e Cortes Supremas de diversos países, tais como Índia, África do Sul, Hungria, Colômbia e Argentina (GARGARELLA, 2008). Na Colômbia, por exemplo, a Suprema Corte propôs a criação de diversos mecanismos destinados a promover o diálogo entre os poderes, tais como a mesa de diálogo, na qual se reúnem representantes das diversas esferas de governo, empresas ou grupos particulares que têm interesses no conflito e, em casos de grande relevância institucional, a Suprema Corte estabelece pautas e prazos para a resolução

da questão, ao invés de impor soluções concretas (GODOY, 2012).

Diante disso, surge o questionamento sobre qual seria então o melhor modelo para o Brasil. Deveria ele importar alguns dos modelos citados ou o melhor caminho seria o aperfeiçoamento do seu atual modelo de modo que se chegasse a uma remodelação institucional para um maior diálogo entre os poderes?

6 Perspectivas: o modelo brasileiro em questão

Quando se trata de perspectivas relativas a uma determinada temática, invariavelmente, surge a palavra propostas e, nesse caso, propostas de modificação de uma modelo institucional. Assim, dentre outras possibilidades, abordar-se-ão duas posturas, quais sejam: a possibilidade de importar completamente um novo modelo estrangeiro e a possibilidade de aperfeiçoamentos próprios.

O Brasil tem experiência no que diz respeito a tentar importar um modelo estrangeiro pronto, afinal copiou quase que totalmente o modelo norte-americano em 1891. Entretanto, o país de hoje é mais maduro e os erros do passado não podem mais ser repetidos. Importar um modelo pronto implica, nesse contexto, dentre outras coisas, uma mudança radical no atual texto constitucional, sobretudo, rechaçar as peculiaridades do país.

Assumir uma postura realista e pragmática em relação às possibilidades de aperfeiçoamento pode gerar frutos proveitosos. A verdade é que propostas institucionais completamente inovadoras e ilimitadas estão fora de cogitação desde 1988, quando foi promulgada a constituição em vigor. Resta então, lidar com essa constituição que se apresenta e não tentar ignorá-la.

Diante desse fato é preciso entender o STF como instituição que tenha voz única e não 11 vozes dissonantes. Já se evidenciou anteriormente que os ministros do Supremo Tribunal Federal não interagem entre si. Em sua engenharia atual não há deliberação, não há preocupação com o consenso, clareza ou concessões mútuas entre os ministros. Além disso, a possibilidade de um diálogo constitucional provém a existência de possibilidade de diálogo entre instituições e parece clara a noção de que uma unidade institucional é pré-requisito para esse diálogo.

Caso concreto de diálogo institucional existente no Brasil é aquele que pode ocorrer no momento final do controle difuso, quer dizer, após a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, ainda vinculada a um determinado caso concreto, compete ao Senado

Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal, suspender a execução, com efeitos para todos, da lei declarada inconstitucional pelo STF.

7 Considerações Finais

Concebeu-se que a legitimidade do Poder Judiciário em geral e do Supremo Tribunal Federal, em particular, em sede de controle de constitucionalidade não é lógica, automática, pois os juízes carecem de legitimidade democrática, uma vez que não são eleitos pelo voto popular e não estão sujeitos a revisões periódicas de mandatos, o que faz surgir o antigo, mas sempre atual questionamento, quem deve ter a última palavra na determinação das controvérsias constitucionais. O ponto chave da questão é que muitas das questões controversas demandadas aos tribunais constitucionais ou Suprema Corte são questões de âmbito moral e de grande relevância social as quais, em tese, deveriam ser decididos pelos próprios cidadãos ou seus verdadeiros representantes

Assim, a necessidade de que algum órgão delibere em sede de controle de constitucionalidade não significa que esta deva ser permanente ou que não possa haver alguma espécie de diálogo entre os poderes. O Supremo Tribunal Federal não detém o monopólio da guarda da Constituição, havendo possibilidade de papel mais protagonista do legislativo, a partir da utilização dos mecanismos já existentes ou mesmo da criação de novos dispositivos que permitam diálogos institucionais. Considera-se que a legitimidade da Corte Suprema reside em sua capacidade de justificação racional, com base em uma noção de razão pública e a prioridade de certos argumentos sobre outros. A regra majoritária, que pauta a decisão em deliberações internas no tribunal não transfere um caráter puramente procedimental à legitimidade das decisões da corte, pois a isto se soma a dependência de uma teoria normativa do raciocínio jurídico.

Todo esse debate libera o jurista para refletir sobre o controle de constitucionalidades sob uma ótica desmistificadora, pois coloca em xeque a "lógica" do juiz como o necessário guardião da constituição e detentor exclusivo da palavra final. Ademais, traz à tona a possibilidade de novos arranjos institucionais, sobretudo para possibilitar um diálogo entre os poderes e questionar o modelo de deliberação atual do Supremo Tribunal Federal. Sendo assim, torna-se imprescindível que o Supremo Tribunal Federal fale como uma instituição, de forma clara, objetiva, institucional e, se possível, única.

No que se refere ao diálogo institucional, os exemplos mencionados mostram não

apenas o exercício de uma prática jurisdicional mais democrática, mas também a diferença entre revisão judicial e supremacia judicial. A primeira diz respeito à atividade pela qual o Poder Judiciário, na figura dos juízes, revisa a validade das leis, das normas jurídicas e administrativas. Já a supremacia judicial está ligada à ideia de que os juízes têm de ter a última palavra sobre a interpretação e o significado da Constituição. Logo, as diferentes propostas, mecanismos e decisões mostram como é possível se repensar o controle de constitucionalidade de modo que ele seja orientado à promoção de um diálogo institucional entre os poderes e produza, assim, decisões epistemicamente mais democráticas. Tais alternativas permitem que o Poder Judiciário provoque os demais Poderes a fim de que repense a elaboração das leis e execuções de políticas públicas que se mostrem inconstitucionais, sem que para isso tenha que substituí-los ou desconsiderá-los.

Para tanto, é preciso conceber o controle de constitucionalidade não apenas como um mero processo, mas *parte do jogo democrático*. Sendo de fundamental importância o fomento de discussões relativas à forma de deliberação do Supremo Tribunal Federal, maneiras de incrementar a interação entre os ministros e possibilidades de diálogo interno e institucional.

Referências Bibliográficas

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978. p.184-205.

FEREJOHN, Jonh & PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: Lessons from Europe. 1692.2.

_____. **Constitutional Courts as Deliberative Institutions**. 1692.1.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Entre Kelsen e Hércules: Uma análise Jurídico-filosófica do ativismo judicial no Brasil. In: **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. Coordenação de José Levi Mello do Amaral Júnior. São Paulo: Quartier latin, 2010, p. 148.

GARGARELLA, Roberto. **Teoría y crítica del derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e Democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva. 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a facticidade e a validade. Vol. I e II. Trad. Flávio Beno Siembenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KRAMER, Larry D. **The People Themselves**: Popular Constitutionalism and Judicial Review. New York: Oxford University Press, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar F; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Pontes de. Defesa, guarda e rigidez das constituições. **Revista de Direito Administrativo**, IV (1946).

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of Deliberative Democracy**. New Haven. Yale University Press. 1996.

NOBRE, M.; RODRIGUES, J. R. Judicialização da Política: déficits explicativos e bloqueios normativistas. **Novos Estudos Cebrap**, n. 91, nov. 2011.

RAWLS, John. Political Liberalism. New York: Columbia University Press, 1993. In: SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, n. 250, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Zonas de Autarquia nas decisões jurisdicionais: Estado de Direito, indeterminação e democracia, In: VILHENA, Oscar Vieira; DIMOULIS, Dimitri. **O Estado de Direito e os Desafios do Desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

SUNSTEIN, Cass R. The Law of Group Polarization. John M. **Olin Law & Economics Workin Paper**, n 91, 1999. Disponível em: [HTTP://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=199668](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=199668). Acessado em: 15 de março de 2012.

SUNSTEIN, Cass R; HASTIE, Reid. Four Failures of Deliberating Groups. John M. **Olin Law & Economics Workin Paper**, n 401, 2008. Disponível em [HTTP://ssrn.com/abstract_id=1121400](http://ssrn.com/abstract_id=1121400). Acessado em: 15 de março de 2012.

TROPER, Michel. The logic of justification of Judicial Review. **International Journal of Constitutional Law**, I (2003).

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitutional Away From the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

_____. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. **Oxford Journal of Legal Studies**. n. 1, 1993.

_____. Law and Dissagreement, Oxford: Clarendon, 1999. In: SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, n. 250, 2009.