

**AS TEORIAS DIALÓGICAS E A DEMOCRACIA DELIBERATIVA DIANTE
DA REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL ***

**THE DIALOGICAL THEORIES AND DELIBERATIVE DEMOCRACIE IN
FRONT OF REPRESENTATIVE ARGUMENTATION OF THE FEDERAL
SUPREME COURT**

**José Ribas Vieira
Mônica Campos de Ré**

RESUMO

O trabalho apresenta como ponto central o modelo democrático formalizado pela Constituição Federal. Procede-se a uma análise com base numa perspectiva de desenho institucional a partir de como são estruturados os poderes constitucionais. Dessa forma, merece destaque o resultado desse contexto institucional, a judicialização da política com o protagonismo do Supremo Tribunal Federal. A esse quadro analítico, há uma proposta que aponta a necessidade da aplicação de uma abordagem contida em modelos de diálogos institucionais ou constitucionais, com suas variáveis, aliada à questão da democracia deliberativa (Jeremy Waldron). O estudo culmina com um cotejamento, com a concepção de representatividade argumentativa (Robert Alexy) constante em certas decisões da Corte Suprema brasileira. Essa trajetória de estudo aponta uma preocupação de caráter descritivo e também para um alinhamento prescritivo.

PALAVRAS-CHAVES: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA; MODELOS TEÓRICOS.

ABSTRACT

The work presents as central point the democratic model formalized by the Brazilian Federal Constitution. The analysis proceeds with base in a perspective of institutional drawing as the constitutional powers are structured. In that way, it deserves prominence the result of that institutional context the judicialization of the politics with the protagonism of the Federal Supreme Court. To that analytical picture, there is a proposal that points the necessity of the application of an approach in a form of institutional or constitutional dialogues, with their variables, allied to the subject of the deliberative democracy (Jeremy Waldron). The study culminates with a comparison, with the conception of argumentative representativeness (Robert Alexy) constant in certain decisions of the Brazilian Federal Supreme Court. That study path points a concern of descriptive character and also for an prescriptive alignment.

KEYWORDS: FEDERAL SUPREME COURT; JUDICIALIZATION OF POLITICS; THEORETICAL MODELS.

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

1. Introdução.

O objetivo deste trabalho é delinear o modelo de democracia esboçado pela Constituição Federal de 1988, aproximando a descrição de sua prática e seus atores políticos de modo a refletir se é adequado para conferir efetividade aos direitos nela contidos, bem como qual a articulação existente entre estes e a estrutura institucional, principalmente a relacionada ao Poder Judiciário, procurando identificar finalmente, se há necessidade de ampliação do espectro de legitimidade desse poder.

Primeiramente, convém pontuar que um dos resultados práticos desse universo foi a denominada "judicialização da política", como concebida por Tate & Vallinder[1]. A reflexão avança no sentido de que, em decorrência do marco democrático estabelecido pelo Texto Maior, há necessidade de se adotar instrumentos analíticos, tais como os das teorias do diálogo institucional[2] e os relativos ao modelo de democracia deliberativa defendida por Jeremy Waldron[3].

Esses balizamentos descritivos servem para avaliar se o modelo formal do sistema democrático brasileiro contido na expressão do Poder Constituinte originário de 1987/1988 está sendo suficiente tanto para efetivar direitos quanto para assegurar um processo político estável e menos ativista por parte de um dos poderes constitucionais.

Com esse fim, o estudo ressalta a imperiosidade de incorporar a noção de representação argumentativa para delimitar a postura institucional do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que esse direcionamento da Corte Maior a favor dessa modalidade representativa está contida no pensamento de Robert Alexy[4].

Todo esse esforço é resultado das atividades desenvolvidas no espaço de um núcleo de pesquisa num curso de direito. Evidencia-se que a contribuição deste quadro teórico delineado sublinha a relevância em se compreender a concepção do modelo teórico institucional utilizado pelo Supremo Tribunal Federal e os impactos decorrentes de suas decisões em nossa sociedade no atual momento histórico.

A esse parâmetro descritivo sobre as interfaces da democracia, agregam-se materializados mais dois trabalhos realizados pelo citado grupo de pesquisa. Uma das contribuições é no sentido de adensar uma maior percepção com relação à teoria dos desenhos institucionais para dar subsídios a esse delineamento em torno da democracia no sistema institucional brasileiro nos dias atuais.

E a outra análise, modelada pelos seguidores do referido núcleo, refere-se ao direcionamento para proceder a uma reflexão e um embasamento sobre o marco da representação argumentativa com maior precisão a respeito da aplicação de sua configuração teórica em decisões emanadas pela Suprema Corte brasileira.

•2. A perspectiva da democracia formal e a jurisdição constitucional no Brasil.

Após a redemocratização levada a termo na metade da década de oitenta e a mudança ocorrida no panorama jurídico-institucional então em vigor no Brasil, com a edição da atual Constituição Federal, foi instaurado um estado democrático de direito. Seus balizamentos formais são o princípio democrático e o princípio da separação dos poderes, disciplinados nos dispositivos dos artigos 1º, parágrafo único, e 2º, respectivamente, da Lei Maior.

No Estado brasileiro prevalecem esses princípios, pois, com algumas exceções constitucionalmente previstas, cada Poder, dentro de suas esferas de competências e atribuições - as quais também são especificamente previstas no corpo constitucional -, deve atuar sem qualquer intervenção dos demais, porquanto qualquer ingerência indevida fatalmente acarretar-lhe-á alguma lesão. Nesse sentido: "o poder parlamentar tem representatividade democrática para tomar decisões; e o respeito a essas decisões é um elemento necessário ao princípio da separação dos poderes"[\[5\]](#).

Assim, conforme asseverado inicialmente, o quadro das inovações trazidas pela vigente ordem constitucional possibilitou, mesmo diante de uma estrutura normativa formalista, o exercício ampliado da cidadania. Houve condições sociais e políticas para o deslocamento da arena tradicional de debates, ocasionado pelo maior acesso dos cidadãos ao Poder Judiciário a fim de buscar a concretização dos muitos direitos estabelecidos naquele texto.

Logo, para a obtenção dessa pretendida efetividade, grande parcela dos indivíduos têm se valido da instância judicial para buscar a definição de questões que são relevantes para toda a sociedade brasileira e, por conseguinte, há a consolidação um novo *locus* de soluções de conflitos[\[6\]](#)

Essa conduta redundou, como sublinhado anteriormente, em um processo político-institucional, cunhado de "judicialização da política"[\[7\]](#), cuja conseqüência tem sido a prevalência de provimentos jurisdicionais provindos do Supremo Tribunal Federal, a quem está afeto o exercício da jurisdição constitucional no Brasil, de acordo com o artigo 102, *caput* da Constituição Federal.

Isto acarreta, dentro da atual conformação institucional da jurisdição constitucional brasileira, na atribuição de proferir a última palavra quando a controvérsia lhe é submetida, diante de uma decisão para a qual seja necessário fazer o enfrentamento ou escrutínio de escolhas políticas efetuadas anteriormente por membros dos Poderes Legislativo e Executivo[\[8\]](#).

O próprio princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, do Texto Constitucional determina que o Poder Judiciário decida, mesmo que não possua o instrumental técnico adequado e legitimidade para tanto, mas, em certa medida, a abertura da Corte Suprema à sociedade civil, por meio da realização das audiências públicas pode ser uma tentativa de ouvir os segmentos sociais interessados na demanda posta em julgamento e um mecanismo apto a conferir maior legitimidade às suas decisões.

Mesmo sendo assim, a atuação de um tribunal constitucional em temas cuja decisão está afeta aos demais poderes encontra severas críticas; a principal delas consiste na assertiva de que esse órgão não é legitimado democraticamente para enfrentar tais

questões[9], tendo em vista que seus membros não são escolhidos de forma democrática e, conseqüentemente, não estão submetidos a um controle social mais rígido[10].

Deve ser ressaltado que uma postura ativista dos juízes constitucionais pode ser conveniente aos demais poderes, pois estes, diante de assuntos polêmicos e conflitantes, não se vêem obrigados a arcar com os respectivos ônus políticos. Em contrapartida, considerando que em nosso país os ministros dos tribunais superiores não são escolhidos pelo voto direto, decisões eventualmente impopulares não os atingem pessoalmente, apesar de, por vezes, ser percebido algum resquício dessa impopularidade sobre a imagem institucional do Poder Judiciário[11].

Convém analisar por conseguinte, o atual delineamento do cenário brasileiro, motivado por essa situação paradoxal em que se encontram as instituições componentes do sistema. Isto porque, diante da apontada supremacia do Judiciário, urge questionar como se forja esse tipo de decisão no âmbito judicial e ainda, como deveria ocorrer, sendo premente a formulação de um modelo ideal, a correção ou uma perspectiva preceptiva.

Esse questionamento parte da constatação de uma possível vulneração do princípio democrático, com relação à judicialização da política, considerando as dificuldades inerentes aos limites da atuação dos juízes em razão de sua posição contramajoritária, pois seus representantes, ao contrário dos componentes dos ramos Executivo e Legislativo, não são eleitos, fator este desencadeador da dúvida sobre a legitimidade desse proceder.

Levando em conta a imbricação da atividade judicial de controle de constitucionalidade com a democracia deliberativa, cumpre verificar se existe uma tentativa dos membros do Supremo Tribunal Federal em contribuir para o estabelecimento de um novo desenho institucional.

É relevante destacar se, porventura, dentro desse esforço está inserido o uso de um modelo de argumentação jurídica que possibilite afirmá-lo como superador do apontado déficit democrático, bem como se este estaria ou não configurado dentro dos padrões teóricos estabelecidos por Robert Alexy[12].

Em consonância com o exposto, em uma análise perfunctória de algumas decisões proferidas pela Suprema Corte, especialmente nos chamados casos difíceis[13], é possível perceber uma postura francamente ativista por parte de alguns de seus integrantes em determinados casos específicos, visando a garantir direitos previstos na Constituição mas ainda não concretizados, conforme se depreende do seguinte exceto de um voto do Ministro Celso de Mello:

"No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais." [14]

O cenário contemporâneo também evidencia ser premente a discussão acadêmica e reflexão doutrinária não apenas quanto à separação dos poderes, a qual, para alguns estudiosos não mais vigora no Brasil[15], mas, conforme referido e constitui objeto deste estudo, quanto ao próprio princípio democrático e à legitimidade do Supremo Tribunal Federal para incidir em esferas que atingem a divisão de funções dentro do sistema tripartite.

Disto decorre, naturalmente, um aumento da tensão entre os poderes, com a mitigação dos tradicionais postulados kelsenianos no tocante à visão do órgão encarregado da jurisdição constitucional como legislador negativo, do princípio da separação dos poderes e da suposição de "neutralidade" política dos juízes, principalmente dos integrantes da corte encarregada da jurisdição constitucional ou, como no caso brasileiro, também em sede de controle incidental de constitucionalidade.

Em um ambiente onde os conflitos são complexos, evidencia-se que a Corte Suprema brasileira tem a sua frente a necessidade de efetuar uma escolha a respeito de um desenho institucional[16]. Logo, conforme a assertiva de Boaventura de Sousa Santos, estar-se-ia diante de um momento de "bifurcação na justiça" [17].

Esse processo político acarreta, por decorrência, uma reformulação do padrão institucional[18] clássico, em termos comparativos, assumido pelo constitucionalismo decorrente do sistema de revisão judicial relativa aos atos dos demais poderes, configurando o chamado *judicial review* em sua matriz americana. Ou ainda, de acordo com a figura preconizada como "legislador negativo", idealizada por Hans Kelsen nos anos 20 do século passado, propagada nos países europeus e neles aperfeiçoada pelas mudanças ocorridas no período pós-45.

Outra opção para superar os impasses existentes, consoante explicitado, seria a adoção de uma postura mais cooperativa por parte dos ministros componentes da Corte Suprema brasileira. Esta ótica decorre da formulação de Cass Sunstein[19] de que a interpretação da constituição deve ser compreendida como um produto de contribuições de diferentes atores e perspectivas teóricas, o qual, em muitos casos, pode conduzir a uma postura de autocontenção por parte dos magistrados em situações controversas.

Esse posicionamento, minimalista e menos ambicioso, não necessariamente implica uma afirmação em termos de estabelecer quem detém a última palavra, mas de propugnar a realização de um processo dialógico complexo, construído em universos deliberativos a partir dos vários influxos provenientes da sociedade civil, de órgãos legitimados por seu conhecimento técnico e dos representantes democraticamente eleitos.

Impende verificar, pois, se existe e como ocorre o diálogo institucional entre os Poderes, bem como se há interação entre seus atores. E ainda, se esta conduta tem por objetivo promover a construção de um constitucionalismo propenso a um modelo cooperativo.

3. Aspectos orientadores do marco teórico das concepções dos diálogos institucionais ou constitucionais.

A reflexão sobre as denominadas teorias do diálogo institucional ou constitucional remete para uma questão central, a relação entre política e direito. Esta articulação revela-se com toda força no processo interativo dos atores envolvidos quanto ao procedimento referido às decisões judiciais. Esse traço de completude é decorrente do próprio universo dialógico, que se opõe a um modelo de *strong judicial review*. Assim, seguindo a lição de Rosalind Dixon[20], uma atuação menos ativa do Poder Judiciário, com base num modelo de diálogos institucionais, é importante para efetivar direitos.

Nessa primeira década do século XXI, conforme exposto anteriormente, tem, contudo, prevalecido, principalmente pela postura do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a pretensão de aplicar o modelo proposto por Robert Alexy, segundo o qual "a representação do povo por um tribunal constitucional (...) somente pode ser uma representação argumentativa" [21].

Numa conjuntura institucional onde predomine a supremacia do Judiciário, Jeremy Waldron[22] estabeleceu como parâmetro para um modelo constitucional legítimo, a necessidade de uma maior presença do Poder Legislativo, pois este teria condições de atender, no procedimento legislativo, aos critérios de moralidade existentes no contexto social.

Por sua natureza essencialmente política e por abranger os respectivos setores participantes, as teorias dialógicas colocam-se, naturalmente, opostas aos princípios da supremacia do Judiciário e ou de uma leitura tendente a conferir maior peso ao papel do Poder Legislativo na configuração política, quer em razão do esgotamento da oposição contramajoritária, exposta por Alexander Bickel[23], quer pela insuficiência de atendimento à proposta de abertura da interpretação à comunidade de intérpretes.

Entretanto, o campo dessas teorias é perpassado por dois eixos: um de sentido vertical, que aglutina preocupações no sentido de efetivar direitos, da relevância de se levar em conta o caráter majoritário, do critério de um processo deliberativo genuíno e, por último, de se contrapor ao ativismo judicial. O outro, de tratamento horizontal refere-se à forma de conceber as teorias dialógicas, pois contém uma preocupação com relação à sistematização ou adotam uma dinâmica conceitualista.

Não pode ser esquecida a descrição do modelo canadense, como exposta por Peter Hogg[24] e Kent Roach[25], que referenda a funcionalidade do contexto institucional da Carta de Direitos do Canadá de 1982, com mecanismos de limitação de direitos fundamentais e do sistema que possibilita alterar, *a posteriori*, as decisões da Corte Suprema.

Rosalind Dixon[26], por sua vez, apresenta-se no debate destacando o fato de que as denominadas teorias dos diálogos constitucionais são, na verdade, outra modalidade de

constitucionalismo cooperativo. Quanto a este, considera sua ocorrência pelas seguintes formas: conversação, departamentalismo e minimalismo.

Vale observar, ainda, que ela traça, nesse desenho proposto, um diferenciador das teorias dos diálogos institucionais ou constitucionais a esses desdobramentos do constitucionalismo cooperativo, revelando-se no desiderato de concretizar, em especial, os direitos fundamentais. Sua opção pelos diálogos portanto, deve-se à consideração de que a natureza jurídico-institucional, diante do conjunto do constitucionalismo cooperativo, ressalta a possibilidade de concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais[27].

Tendente a uma proposição de sistematização, encontra-se a contribuição original de Christiane Bateup[28] ao distinguir em grupos diferenciados as teorias dialógicas, destacando entre estas, a de Barry Friedman[29]. Contudo, Bateup ao pretender formular uma teoria dialógica própria, não se afasta, igualmente, de uma orientação voltada à concretização de direitos pela via judicial.

Numa vertente diferenciada, consistente em uma configuração em que a política se apresenta de forma mais densa e destacando a importância de como o caráter majoritário interage no processo decisório em âmbito judicial, Mark Tushnet[30] observará que, em contraposição a um modelo de supremacia do Judiciário, que renega a presença de outros atores institucionais, há sim um modelo dialógico, percebido por meio de uma "conversação", onde estão presentes "o povo, legislatura, executivo e as cortes".

O citado autor acrescenta, nessas observações, que Robert Dahl em 1957, e, mais recentemente, Barry Friedman, entre outros, destacam o modelo de atuação da Suprema Corte americana, que seguiu uma linha com perspectivas quanto à interpretação da constituição mantida por uma coalizão política sustentada *interna corporis* por um determinado período de tempo, assentando-se esta também conforme a posição de uma maioria jacente na sociedade americana.

O outro modelo dialógico, sistematizado por Mark Tushnet apresenta como artífices Robert Post e Reva Siegel, os quais asseveram que os movimentos sociais acabam sobressaindo, em decorrência de sua posição majoritária, em relação a uma decisão judicial[31]. Cumpre asseverar que o modelo do constitucionalismo popular dentro de um processo dialético traria essa interação entre os atores políticos no tocante às decisões judiciais em relação à prevalência da maioria[32].

Essa abordagem de Tushnet conduz a duas posições. Uma primeira, no sentido de reforçar a conclusão de Rosalind Dixon sobre as teorias dialógicas, pois a citada autora realça que um dos seus modelos é a "conversação". E a segunda, advém de sua própria argumentação ao afirmar que as teorias dialógicas, em suas várias modalidades, flexibilizam a noção da supremacia do Judiciário. Porém, os defensores dessa tese, nos termos já mencionados, mesmo reconhecendo a existência do aspecto político, como preconiza Bickel[33], por exemplo, acabam por assumir um "desconhecimento" dessas interações políticas próprias às referidas teorias dialógicas.

Todavia, convém realçar que o reforço hoje ao debate sobre tais marcos teóricos configura um resgate da leitura política por parte da teoria constitucional. Um ponto

interessante a ser observado quando se adota essa postura dialogal é como se diferenciaria cada sociedade, em termos comparativos. Serão enfatizados alguns estudos sob essa perspectiva metodológica de cotejamento, destacando-se, em especial, a experiência canadense.

A análise efetuada por Gal Dor registra que "a cadeia de um diálogo é sem fim e cada ligação é essencial". Acrescenta, todavia, que a mera existência de leituras constitucionais e instituições que podem ampliar o significado e a concretização do diálogo entre as cortes e as outras instituições estatais não significa que tais diálogos serão materializados, pois estes dependem da cultura política e legal, considerando, por exemplo, o *rule of law*, o papel da corte, a soberania parlamentar e a estrutura política de uma dada sociedade[34].

Dor distingue as experiências canadenses e israelenses pelos aspectos "substantivos" e "formais", pois, nesse universo comparativo, diante dessa distinção, vê-se que a autora se preocupa em conduzir a leitura das teorias dialógicas para uma lógica condicionada à efetivação de direitos. Desta forma, o modelo canadense, apesar de seus traços institucionais formais contidos no dispositivo 1º no tocante à imposição de limites aos direitos fundamentais e no 33º da sua Carta de Direitos (1982), contempla preceitos substantivos, relativos à concretização dos direitos nela previstos.

Seguindo essa mesma linha encontra-se o posicionamento de Jeremy Webber[35]. Este não se preocupa, essencialmente, com o aspecto institucional, pois sua análise transcorre no tocante ao aspecto da cultura política, isto é, assevera que em sociedades com fortes tradições de concretização de direitos, um direcionamento dialogístico é naturalmente voltado para a efetividade dos preceitos normativos.

Por outro lado, ao criticar o sistema canadense, Luc Trembley[36] contempla mais um ponto de atenção, consistente na falta de efetividade dos mecanismos contidos na Carta de Direitos de 1982, como a do limite e a do *override*[37]. Isto porque entende que, na verdade, a realidade canadense está mais próxima de uma "conversação". Logo, para a existência de um genuíno sistema dialógico, defende uma concepção da imperiosidade do aspecto deliberativo para o estabelecimento de uma teoria dialógica, sendo categórico ao sustentar que, sem deliberação, não se pode tipificar como dialógicas as relações entre os poderes.

Jean Leclair[38], por seu turno, relewa que essas teorias dialógicas são estimuladoras do ativismo judicial. Essa contribuição teórica é importante para a realidade brasileira ao alertar para o risco de que viabilizando as perspectivas dialógicas, não se estaria abrindo para um reforço do ativismo judicial?

Amparada por essa narrativa, ressaltando preocupações com a efetivação de direitos e prevalência da maioria, pode ser anteposta a seguinte linha conclusiva para compreender uma interface, quer da democracia deliberativa quer das teorias dialógicas em relação à sociedade brasileira. Nesta, reafirma-se, está contemplada a supremacia do Poder Judiciário, conforme demonstrado, com uma fundamentação baseada na representação argumentativa.

A questão ora apresentada, portanto, consiste em perquirir se, com os instrumentais teóricos relativos ao princípio democrático e os institucionais, revelados na trajetória

desse trabalho, esse impasse quanto à atual formatação do desenho institucional, vivenciado no Brasil, poderia ser enfrentado?

4 Democracia deliberativa x representação argumentativa: desenhos opostos ou complementares?

Após destacar a importância das teorias enfocadas, é oportuno examinar a obra de Jeremy Waldron[39], para o qual a democracia deliberativa não é apenas o processo que necessariamente conduz a um resultado decorrente da unanimidade. Ao contrário, sendo as leis o produto de assembleias amplas e polifônicas, estas "*son el producto de un complejo proceso deliberativo que toma en serio el desacuerdo, y tienen pretensión de autoridad, sin intentar ocultar por ello la controversia y la division que envuelve su aprobación*"[40].

Em sua concepção, uma assembleia legislativa tem a função de representar os principais segmentos sociais ao elaborar as leis, levando em consideração as diferenças existentes entre eles, ao invés de pretender minimizá-las ou negar sua existência. Desta forma, caberia ao Poder Legislativo o papel de representar o povo e de debater de forma plural e democrática qual a melhor resposta aos problemas enfrentados pela sociedade. Esse processo é necessário para conferir legitimidade às leis.

Ainda que muito se discuta sobre o processo legislativo, nas sociedades democráticas, a decisão majoritária do parlamento ainda é o critério utilizado para decidir quais valores serão juridicamente protegidos ou não pelo ordenamento jurídico[41]. Porém, por mais precisa que seja a norma jurídica do ponto de vista textual, sempre haverá um núcleo de palavras cuja interpretação não poderá ser formalmente definida, dando margem à indeterminação de sentidos, que vão requerer do intérprete uma escolha de significação, a qual Herbert Hart denomina *textura aberta*[42].

A Constituição Federal prevê que todas as decisões judiciais sejam fundamentadas (art. 93, IX), demonstrando uma tentativa de controle, em alguma medida, dessa escolha de significação, por meio da exposição dos argumentos que fundamentaram a escolha de uma opção, pois somente pela análise destes será possível constatar se esta respeitou os valores escolhidos democraticamente pelo Poder Legislativo. Entretanto, apenas a fundamentação, por si só, não confere legitimidade à decisão, de acordo com o alerta de Humberto Ávila[43].

Segundo a teoria de Robert Alexy, incorporada em certos julgados do Supremo Tribunal Federal para justificar seu ativismo por ocasião da tomada de algumas decisões, o tribunal constitucional, embora não seja composto democraticamente pelo voto popular, também seria legítimo para escolher quais valores devem ser acolhidos em suas manifestações, desde que o faça por meio da representação argumentativa.

É conveniente observar que na proposta original de Robert Alexy essa representação ocorreria por meio da aplicação de regras e formas de argumentação jurídica que possibilitariam uma escolha racional e, conseqüentemente, o controle das decisões[44].

Contudo, pela análise preliminar de alguns provimentos jurisdicionais da Suprema Corte brasileira é possível perceber que esta, na orientação propugnada principalmente pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, embora sustente sua legitimidade por meio da aplicação da teoria da representação argumentativa, não adota o modelo proposto por Robert Alexy em sua integralidade. Isto porque opta, muitas vezes, numa análise *prima facie*, em utilizar outros procedimentos, tais como a realização de audiências públicas e a permissão de ingresso no processo de *amicus curiae* para tentar conferir legitimidade aos seus provimentos jurisdicionais.

5. Conclusão.

À apresentação das teorias dialógicas e da questão do papel do Poder Legislativo neste artigo, partindo do cenário das sociedades em que elas são adotadas, impõe delimitar qual o modelo mais adequado para o estudo de casos de decisões judiciais em nosso país.

Acredita-se, de forma categórica, com fundamento no posicionamento de Luc Trembley que as teorias dialógicas só produzem efeitos em razão de sua natureza deliberativa, pois é nesse procedimento que está pautada a força da concretização de direitos. Em solo brasileiro, o processo deliberativo pelo Poder Legislativo também deve ser considerado, diante da propalada supremacia do órgão judicante.

Os modelos dialógicos destacados partem de um balizamento fundado na posição contramajoritária e na mencionada supremacia, a qual ainda é muito forte, por exemplo, na tradição institucional americana.

Sublinhe-se que a posição teórica brasileira, em especial do Supremo Tribunal Federal, está escorada, numa dinâmica política implícita, na representatividade argumentativa. Deve ser agregado a essa preocupação deliberativa, o fato de que as teorias dialógicas, se fossem aplicadas em nossa sociedade, significariam um compartilhamento de poder.

Desta forma, ao proceder ao estudo de casos de decisões judiciais da Suprema Corte brasileira deve-se indagar se elas foram pautadas previamente por um tratamento deliberativo e se traduzem um compartilhamento de poder[45].

Para finalizar deve ser realçada a importância da leitura da nota elaborada em 13 de abril de 2009 por Henrique Motta Pinto e André Janjácómo Rosilho sob o título "Jurisdição Constitucional - Qual é a função das audiências públicas do STF: legitimidade democrática ou a legitimidade técnica?", onde asseveram que, no caso das audiências públicas há um caráter discricionário na sua convocação porque a respectiva normas (artigo 9º, parágrafo 1º, da Lei nº 9.868/99), não estabelece, de forma nítida, os critérios para justificar esse procedimento para ouvir segmentos da sociedade.

Tal constatação reforça a existência de limites dessa concepção de representatividade argumentativa almejada pelo Supremo Tribunal Federal. Corrobora, assim, a tese defendida ao longo deste ensaio no sentido de ser preciso buscar caminhos explicitamente democráticos e interativos entre os Poderes da República.

Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. **We the People: foundations**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1995.

ACOSTA SÁNCHEZ, José. **Formación de la constitución y jurisdicción constitucional**. Fundamentos de la democracia constitucional. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1998.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 5, agosto 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>.

BATEUP, Christiane. **Expanding the conversation: American and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University School of Law, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e Política: uma relação difícil. **Revista Lua nova**, nº 61, 2004.

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

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

COENEN, Dan T. A Constitution of Collaboration Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue, **Willian and Mary Review**, vol. 42, nº 5, 2001.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-forma judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law - I-CON**, vol. 5, nº 3, 2007.

_____. **Designing Constitucional Dialogue - Bill of Rights & The New Commonwealth Constitutionalism**. Cedida pela autora, 2009, no prelo

DOR, Gal. **Constitutional dialogues in action Canadiam and Israli experiences in comparative perspectives**. Trustees of Indiana University: 2006,

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

GARDBAUM, Stephen. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. **American Journal of Comparative Law**, vol. 49, nº. 4, Fall 2001 [*on line*]. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=302401>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

GOODIN, Robert. **The Theory of Institutional Design**. Cambridge University Press, 1996.

_____. **Teoria del Diseño Institucional**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2003.

HAIGH, Richard e SOBKIN, Michael. 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.

HART, L. A Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HOGG, Peter W., e BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Law Journal**, vol. 35, nº 1.

KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)**. Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. Ciudad de Mexico: Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2001. Tradução de La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle).

KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.

LECLAIR, Jean. **Réflexions critiques au sujet**. **Revue du Barreau**. Número especial, p. 377-420.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia. **Pensar**, Fortaleza, v. 11, fev. 2006.

LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

MANFREDI, Christopher P. The day the dialogue died: a comment on *Sauvé vs Canadá*. **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 45, nº 1.

MATHEN, Caríssima. Dialogua theory, judicial review and judicial supremacy: a comment on "Charter dialogue revisited". **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 45, nº 1.

PETTER, Andrew. Taking dialogue theory much too seriously (or perhaps charter dialogue isn't such a good thing after all). **Osgoode Hall Law Journal**, vol. 45, nº 1.

PINTO, Henrique Motta e ROSILHO, André Janjácomo. "Jurisdição Constitucional - Qual é a função das audiências públicas do STF - legitimidade democrática ou a legitimidade técnica?". Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=16> ou em <www.supremoemedebate.blogspot.com>. Ambos os acessos em: 10 set. 2009.

REVISTA JURÍDICA DA FACULDADE NACIONAL DE DIREITO DA UFRJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, dez. 2008.

ROACH, Kent. **The Supreme Court on Trial: Judicial Activism of democratic dialogue**. Toronto: Irwin Law, 2001.

_____. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canadá and the United States. **International Journal of Constitutional Law - I-CON**, vol. 4, nº 2 (Apr. 2006).

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUSTEIN, Cass. **Radical in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for América**. New York: Basic Books, 2005.

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

TATE, C. Neal.; VALLINDER, Torbjörn. (Ed.). **The global expansion of Judicial Power**. New York University Press, New York, 1997.

THAYER, Erza R. Judicial legislation: its legitimate function in the development of the common law. **Havard Law Review**, nov. 1981, vol. 5, *Issue* 4.

TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Constitutional Law Journal**, vol. 3, n° 4, 2005.

TUSHNET, Mark. Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design. **The Least examined branch**. The Role of Legislatures in the Constitutional State Cambridge. Cambridge University Press, 1962.

_____. **Popular Constitucionalism as Political Law**. Chigago: Chicago-Kent College of Law: 2006.

_____. Alternative forms of judicial review. **Michigan Law Review**, agosto 2003, vol. 101, *Issue* 8.

VIEIRA, José Ribas e vários autores (org. Vanice Lírio do Valle). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Editora Juruá, 2009

_____. **Temas de Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003

WALDRON, Jeremy. Principles of Legislation *in* BAUMAND, Richard W. e KAHANA, Tsvi (ed.). **The Least Examined Branch**, The role of legislatures in the constitutional state. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

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

_____. Judges as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law - I-CON**, vol. 7, n° 1, 2009

_____. The core case against judicial review, **The Yale Law Journal**, Vol. 115, Issue 6, 2006, p. 1346-1406. Disponível em <<http://yalelawjournal.org/115/6/toc.html>>, última consulta em: 26 jan. 2009.

WEBBER, Jeremy. **Institutional dialogue between courts and legislatures in the definition of fundamental rights; lessons from Canada (and elsewhere)**. Disponível em <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/2003/html>>. Acesso em: 23 jan 2009.

_____. Democratic Decision Making as the First Principle of Contemporary Constitutionalism *in* **The Least examined Branch**. The role of legislatures in the constitutional state. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

[1] TATE, C. Neal.; VALLINDER, Torbjörn. (Ed.). **The global expansion of Judicial Power**. New York University Press, New York, 1997.

[2] A respeito das teorias dialógicas veja-se a tese elaborada por DIXON, Rosalind. **Designing Constitutional Dialogue - Bill of Rights & The New Commonwealth Constitutionalism**. Cedida pela autora, 2009, no prelo.

[3] WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

[4] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[5] ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 5, agosto 2001. Disponível em <www.direitopublico.com.br>.

[6] Nesse sentido, ao analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direita de Inconstitucionalidade relativa à Lei dos Partidos Políticos, pode-se constatar que:

"Os ministros começam o julgamento tentando se posicionar em discussões sobre matérias nas quais não são especialistas, como é o caso do sistema de representação proporcional, soberania popular, democracia, mandato político, etc., matérias que são objeto, sobretudo, da ciência política". GARRIDO, Alexandre e outros autores. **"Dossiê Especial" da Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro**, Nova Série, vol. 3, Dez. 2008, p. 46. Nesse dossiê especial sobre o protagonismo do Supremo Tribunal Federal, quando foram

examinadas determinadas decisões, ficou patente a ocorrência de um ativismo judicial seletivo, de acordo com determinados interesses ocasionais da sociedade brasileira.

[7] VIANNA, Luiz Werneck. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999; VALLE, Vanice Lírio do (org.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Editora Juruá, 2009 e GARRIDO, Alexandre e outros. "Dossiê Especial". **Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro**, Nova Série, vol. 3, Dez. 2008.

[8] Conforme assevera Gilberto Bercovici: "a supremacia dos tribunais constitucionais sobre os demais poderes caracteriza-se pelo fato de os tribunais pretenderem ser o 'cume da soberania', da qual disporiam pela sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante". **Constituição e Política: uma relação difícil**. Revista Lua Nova, nº 64, 2004, p. 20

[9] SUSTEIN, Cass. **Radical in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for América**. New York: Basic Books, 2005, p. 31 *et seq.*

[10] "Em primeiro lugar, os juízes não são eleitos pelo voto popular. Em segundo lugar, os magistrados não possuem uma particular *expertise* em teoria ética, moral ou política. Por último, eles não possuem também suficiente conhecimento técnico para prever as principais conseqüências de suas decisões, especialmente nos planos político e econômico". SUSTEIN, Cass. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**, 2005, p. 31 *et seq.* **Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**, nova série, vol. 3, dez. 2008, p. 60. Tradução livre.

[11] Desta forma, "a judicialização de questões sociais polêmicas pode reduzir os custos (eleitorais ou de apoio político) a respeito de uma decisão controvertida ou, ainda, obstaculizar, por exemplo, a abertura de um debate sobre políticas públicas ou reformas políticas à participação da sociedade, por exemplo". VALLE, V. L. *et al.* **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 35

[12] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[13] **Revista Jurídica da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ**, *op.cit.*, p. 20.

[14] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004.

[15] VIANNA, Luiz Werneck. **A divisão entre os três poderes está sendo superada**. Disponível em <<http://www.oab-rj.org.br/index.jsp?conteudo=9685>>. Acesso em: 11 set. 2009.

No mesmo sentido, José Afonso da Silva obtempera: "a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão de teoria da separação de Poderes", razão pela

qual "atualmente se prefere falar em *colaboração de Poderes* (grifo do autor)". **Comentário Contextual à Constituição**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44.

[16] GOODIN, Robert. **The Theory of Institutional Design**. Cambridge University Press, 1996.

[17] **Folha de São Paulo**, São Paulo, 10 de junho de 2008. Disponível em: <<http://supremoemdebate.blogspot.com/2008/06/escolha-de-sofia.html>>. Acesso em: 26 mar. 2009.

[18] GOODIN, Robert. **The Theory of Institutional Design**. Cambridge University Press, 1996.

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

[20] DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law - I-Con**, vol. 5, nº 3, 2007, p. 391-418.

[21] ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luis Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11.

[22] WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law - I-Con**, vol. 7, nº 1, 2009, p. 02-24

[23] BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed., New Haven: Yale University Press, 1986.

[24] HOGG, Peter W., e BUSHELL, Allison A. The Charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the Charter of Rights isn't such a bad thing after all). **Osgoode Law Journal**, vol. 35, nº 1, p. 75-124.

[25] ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canadá and the United States. **International Journal of Constitutional Law - I-CON**, vol. 4, nº 2 (Apr. 2006), p. 347-370.

[26] DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law - I-CON**, Volume 5, Number 3, 2007, p. 391-418.

[27] Nessa linha distintiva, a autora em referência visualiza, por exemplo, a efetivação de direitos ao delinear o desenho institucional da experiência sul-africana numa decisão judicial relativa ao direito à moradia, o caso *Government of the Republic of the South Africa vs Gotoon*. DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law - I-CON**, vol. 5, nº 3, 2007, p. 391-418.

[28] BATEUP, Christiane. **Expanding the conversation: American and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University School of Law, 2006.

[29] *Ibidem*.

[30] TUSHNET, Mark. **Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design in the least examined branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State** Cambridge. Cambridge University Press, p. 355-378.

[31] Nessa análise, fica patente essa articulação entre movimentos sociais e maioria.

[32] Algumas vezes a conversação terminará com o legislativo e executivo, e o povo, aceitando as decisões dos juízes. Mas algumas vezes as conversações terminarão com a legislatura, o executivo indo no seu próprio caminho, ignorando as imprecisões estabelecidas a eles pelas cortes e os defensores da supremacia judicial. TUSHNET, Mark. **Popular Constitutionalism as Political Law**. Chicago: Chicago-Kent College of Law: 2006. Tradução livre.

[33] BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics**. 2. ed., New Haven: Yale University Press, 1986.

[34] DOR, Gal. **Constitutional dialogues in action Canadian and Israeli experiences in comparative perspectives**. Trustees of Indiana University: 2006, p. 15. Tradução livre.

[35] WEBBER, Jeremy. **Institutional dialogue between courts and legislatures in the definition of fundamental rights; lessons from Canada (and elsewhere)**. Disponível em <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/AJHR/2003/html>>. Acesso em: 23 jan. 2009.

[36] TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Constitutional Law Journal**, vol. 3, nº 4, 2005, p. 617-648.

[37] Instrumento que autoriza as mudanças posteriores, pelo Poder Legislativo, de questões que tenham sido objeto de decisões judiciais.

[38] LECLAIR, Jean. **Réflexions critiques au sujet**. In **Revue du Barreau**. Número especial, p. 377-420.

[39] WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 1999. É relevante sublinhar, para melhor compreensão, que um dos objetivos deste estudo refere-se ao quadro do debate sobre a teoria constitucional no final dessa primeira década do século XXI. Assim, também destaca-se a leitura do artigo de Christopher Meckstroth ("The struggle for democracy: Paradox and History in Democratic Progress". In *Constellations*, vol. 16, nº 3, 2009, p. 410-428), pois este sintetiza que a discussão teórica hoje no campo constitucional está dividida em dois extremos, a saber: a democracia deliberativa em confronto com a visão agonística e ainda, por esse texto, percebe-se que as teorias dialógicas aproximam-se de uma

fundamentação concernente a desenho institucional. Para as interpretações do significado atual da teoria constitucional, vale consultar a obra **Jürgen Habermas - 80 Anos. Direito e Democracia**, organizada por FRANKENBERG, Gunther e MOREIRA, Luis. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2009.

[40] WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Trad. José Luis Martí e Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 25.

[41] Para Waldron:

"La decisión mayoritaria respeta a los individuos cuyo voto es agregado. Lo hace de dos maneras. En primer lugar, respeta sus diferencias de opinión sobre la justicia y el bien común [...]. En segundo lugar, incorpora un principio de respeto hacia toda persona en el proceso por el cual se decide sobre una concepción que debe ser adoptada como la nuestra, incluso a la luz de los desacuerdos." Ibid., p. 131.

[42] HART, L. A. Herbert. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 148.

[43] "Sob as vestes de "fundamentação", pode a simplificação de argumentos esconder uma mera preferência. É dizer: escolher uma interpretação com base no capricho (pura preferência), em vez de o fazer com algum fundamento racional (preferência fundamentada). Por isso a necessidade de uma sucessiva especificação dos argumentos, sem a qual não há fundamentação intersubjetiva controlável. E sem uma fundamentação intersubjetiva controlável não se concretiza o princípio do Estado de Direito, pela inexistência de dois dos seus elementos essenciais: racionalidade do Direito e tutela pela dos direitos." ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 5, agosto 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>.

[44] "A teoria da argumentação jurídica de Alexy nos fornece o ponto de partida para discussões mais específicas e profundas, fornecendo um mínimo de racionalidade que, indiscutivelmente, reduz (embora ainda não por completo) a arbitrariedade das decisões dos problemas jurídicos". BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 132.

[45] Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=16> e <www.supremoemdebate.blogspot.com>. Ambos os acessos em: 10 set. 2009.