

CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO OU SUPREMACIA DO JUDICIÁRIO?*

COOPERATIVE CONSTITUTIONALISM OR JUDICIAL SUPREMACY?

**Vanice Regina Lírio do Valle
Cecília de Almeida Silva**

RESUMO

A delegação, no Texto Fundamental brasileiro, da guarda da constituição à Suprema Corte, conduziu a uma ampla compreensão no que toca ao sentido da supremacia judiciária em nosso sistema. Essa assinalação da tarefa, embora orientada ao reforça da supremacia constitucional, pode se ver subvertida, e resultar na renúncia aos benefícios do constitucionalismo cooperativo – tendência que está atraindo a atenção nos mais recentes estudos internacionais, em teoria constitucional. Relações de colaboração estão sendo construídas, entre países no cenário internacional/ e mesmo entre instituições políticas e sociedade, dentro das fronteiras nacionais. A idéia de constitucionalismo cooperativo e teorias dialógicas é a de que os grandes conflitos relacionados a direitos serão melhor decididos num ambiente que se beneficie da visão pluralista dos distintos atores envolvidos na importante tarefa de proteção a direitos fundamentais e da constituição. O conceito de supremacia judiciária, portanto, deve ser revisitado, de uma forma que reconheça à Corte sua importância como árbitro em dissensos profundos, mas que não rejeite a também constitucionalmente desejada contribuição dos demais poderes políticas, e principalmente, da própria sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO, SUPREMACIA JUDICIÁRIA, TEORIAS DIALÓGICAS, DIREITOS FUNDAMENTAIS.

ABSTRACT

The assignment in the Brazilian constitution of the constitutional guard to the Supreme Court has led to a broad comprehension about the meaning of judicial supremacy in our system. That assumption, even though oriented to the enforcement of the constitutional supremacy, may be twisted, and result in the resignation of the benefits of a cooperative constitutionalism – tendency that is drawing the attention in the most recent studies abroad, in constitutional theory. Relations of collaboration are being built, between countries in the international scenario; and even between political institutions and society, inside the national frontiers. The main point of both cooperative constitutionalism and dialogical theories is that the major rights conflicts would be better solved in an ambience that profits from the pluralistic visions of the different actors involved in the important task of protecting

* 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.

fundamental rights and the constitution. The concept of judicial supremacy, though, should be revisited, in a way that recognizes the Court its importance as the arbiter in deep dissent; but that does not reject the also constitutionally desired contribution of the other political powers and mostly, of the society itself.

KEYWORDS: COOPERATIVE CONSTITUTIONALISM, JUDICIAL SUPREMACY, DIALOGICAL THEORIES, FUNDAMENTAL RIGHTS.

1. SUPREMACIA DO JUDICIÁRIO: TRAJETÓRIA ASCENDENTE OU PONTO DE INFLEXÃO DA CURVA?

“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. A afirmação que inaugura os termos do art. 102 da Carta de 1988, onde se desenha a competência da Suprema Corte traduziu uma etapa importante de consolidação do processo de redemocratização, complementando o princípio de equilíbrio e harmonia entre os poderes, e ao mesmo tempo, comprometendo-se com a preservação daquela nova ordem constitucional que se inaugurava, prenhe de esperanças de avanço social e construção da solidariedade[1]. Na ocasião, a principal preocupação residia na proteção do texto constitucional, que marcando a superação de um período de exceção política e institucional, haveria de ser revestido de uma sobrevalorização e proteção, sem o que a acalentada recuperação da normalidade democrática não se verificaria. Na origem, portanto, supremacia do judiciário se apresentava como verdadeira garantia da abertura política, confiando-se ao STF em particular a honrosa tarefa de, em nome da guarda da constituição, proteger a democracia.[2]

Passados já mais de 20 anos da promulgação do Texto Fundamental, é possível afirmar consolidada a normalidade democrática no país[3], e de outro lado, o Supremo Tribunal Federal expressamente assevera lhe assistir, por força do referido *munus* constitucional de guarda da constituição, *“...a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental”*[4]. A pronúncia, decorrente de decisão do Pleno, parece evidenciar esteja o vetor de supremacia do judiciário em *terra brasilis*, em trajetória de ascendência crescente, quase que como conseqüência nacional do triunfo do constitucionalismo democrático. [5]

Outros fatores – meta-jurídicos – permitem compreender a reivindicação expressa pelo STF. Afinal, a objeção dirigida com maior freqüência à supremacia do judiciário envolve uma perspectiva dualista, em que ela se vê contrastada com a supremacia do legislativo. O debate se travaria em torno de qual seja a sede mais adequada para a formulação de escolhas morais no que toca ao conteúdo substantivo do texto constitucional[6], e a questão democrática se põe no velho contraponto entre legitimação decorrente do princípio da representação, e aquela decorrente da atividade puramente técnica que se desenvolveria pelo judiciário[7]. Num contexto de escolha binária – ou judiciário, ou legislativo – é certo que a aguda crise de representação pela

qual passa essa última instância de poder favorece uma opção em favor da Suprema Corte como titular da “última palavra” no delineamento do conteúdo constitucional. Costumeiramente, soma-se a esse dado – político – o argumento de que esse é o sujeito que se revelaria o mais apto à enunciação de conteúdo de direitos revestida de supremacia, à conta de seu perfil institucional.

Se a reivindicação da autoridade última na configuração do sentido do Texto Supremo remanesce uma questão atual[8]; não parece menos evidente que a análise dessa temática envolva hoje necessariamente uma compreensão dos próprios questionamentos que o constitucionalismo se vem propondo, em tempos de Estado pós-moderno, onde as relações de interdependência[9] – ao invés da afirmação da supremacia – apresentam-se como a tônica aos Estados Nacionais.

Dedicam-se as presentes considerações, portanto, a um percurso às novas perspectivas postas ao constitucionalismo a partir dos fenômenos de internacionalização de normas protetivas e mundialização de temas afetos a direitos fundamentais[10] e dos compromissos garantísticos que eles determinam. A abertura cognitiva que o novo cenário de fluidez de fronteiras geográficas e de intensa circulação de idéias determina em relação à compreensão e atualidade do sentido constitucional e dos vetores que esses textos projetam vem inspirando uma nova visão de constitucionalismo, que se (re)legitima não só à conta daqueles velhos momentos fundacionais de exercício do poder constituinte originário; mas também a partir de uma prática do exercício do poder – notadamente o jurisdicional – que contemple a possibilidade de arquiteturas de acomodação institucional que conduzam a um exercício verdadeiramente democrático de identificação do sentido constitucional.

A forja de relações de cooperação na construção do constitucionalismo – internas ao Estado, ou ainda tendo em conta outros centros de poder para além das fronteiras nacionais – se apresenta como a pedra de toque na atualidade. Disso decorrerá reconhecer que nenhum dos sujeitos constitucionais de poder se revela por si só apto a solucionar os grandes dissensos quanto a direitos, impondo-se a construção de mecanismos alternativos que permitam a contribuição de outras esferas – seja de poder político organizado, seja da sociedade, seja de fontes externas ao próprio estado nacional que enfrenta a polêmica.

A idéia-síntese das presentes considerações, portanto, é de que se de supremacia ainda é de se falar; essa há de recair sobre os direitos – e não sobre uma ou outra estrutura de poder, já que em última análise, em tempos de Estado Democrático de Direito, todas as estruturas cratológicas hão de prestar a mesma idêntica reverência à centralidade da pessoa.

2. Relações de cooperação transnacionais e constitucionalismo

O conceito de supremacia – do Estado nacional, e em conseqüência, do Texto Fundamental que o rege – é elemento central de uma teoria do Estado e da constituição associada à modernidade das sociedades ocidentais. Identificada como o atributo estatal

da soberania, a noção parte do princípio de que para a ordenação das relações sociais – inclusive no plano jurídico – é de se reconhecer a alguma pessoa ou instância institucional um poder, que compreende, no plano jurídico, “...o direito de tomar decisões obrigatórias para os outros...”[\[11\]](#).

Se preeminência é o signo que se reconhece, no plano das relações externas a esse Estado Nacional, ente que se cria e se afirma através da ordem constitucional; na sua estruturação interna, o signo é diverso – a opção é pelo equilíbrio e harmonia entre os poderes constituídos. Na esteira das lições dos teóricos do séc. XVIII, transporta-se para as entranhas desse mesmo Estado soberano, a idéia não de supremacia, mas de relações de *trabalho conjunto* em prol da sociedade a que serve. Estabelecido, todavia, o conflito entre os órgãos internos de poder político, uma solução será de se oferecer; e essa se dará sempre com o reconhecimento em favor de um deles, da competência para a solução – o que parece estar a sugerir se apresente esse indicado como o “árbitro” segundo o arranjo institucional normalmente desenhado no Texto Constitucional; como o detentor da “última palavra” ou o titular da supremacia interna, tema que deu origem ao conflito.

Convivem, portanto, no texto constitucional, supremacia e equilíbrio; não como idéias auto-excludentes, mas como verdadeiras ferramentas de concretização do agir estatal, inclusive – se não especialmente – nos momentos de conflito.

Essa idéia-força – de um poder soberano que se reconhecia ao Estado tornando-o apto a determinar projeções no plano jurídico, com a competência para a edição de atos vinculantes no plano interno ou externo da própria sociedade; com a representação do poder inclusive para o estabelecimento de relações externas vem sofrendo, como se sabe, sérios abalos por força da globalização[\[12\]](#) como fenômeno econômico e social, e dos movimentos de transnacionalização de idéias, de estruturas políticas e de compromissos valorativos decorrentes da centralidade da pessoa. Essa mudança de paradigma tematiza como se possam compreender as velhas noções de Estado Soberano em tempos de pós-modernidade, onde as relações se estabelecem cada vez mais no plano internacional, para além dos limites do velho poder central, que portanto não pode mais se arrogar uma supremacia que do ponto de vista material, não é mais possível exercer.

Reconhecer uma abertura das relações – sociais, econômicas, políticas, mas também jurídicas – para além das fronteiras nacionais traz consigo o reconhecimento do pluralismo como uma variável sempre presente, enriquecendo, mas também complexificando, a realidade de que se ocupa o direito e seus instrumentos de concretização, notadamente a constituição. É na esteira da necessária conciliação entre constitucionalismo e pluralismo que se multiplicam as construções teóricas que preconizam a multiplicidade de autores no complexo processo de configuração de sentido das cláusulas constitucionais, notadamente aquelas garantidoras de direitos fundamentais. O principal fio condutor dessas novas idéias é uma verdadeira profissão de fé no caráter legitimador das relações de cooperação – em várias modalidades e planos –; e portanto, um distanciamento dos modelos que gravitem em torno de decisões unilaterais, exclusivamente, em tema de densificação e garantia de direitos.

Muitas das novas categorias propostas nesse constitucionalismo já de final da primeira década do século XXI se albergam sob a denominação de constitucionalismo

cooperativo, expressão que, como se verá, reveste-se de múltiplos conteúdos, sem que a sua utilização esteja hoje sujeita a um padrão uniforme.

Fato é que a perspectiva de que o constitucionalismo possa ganhar em qualidade no seu esforço permanente de revivescer e atualizar-se por intermédio de relações de cooperação, em alguma medida haverá de informar uma nova concepção de supremacia do judiciário.[\[13\]](#).

2.1 – Estado Constitucional Cooperativo e os reflexos da ordem internacional sobre o constitucionalismo nacional

É nesse contexto de novas relações de interdependência no cenário internacional, que eclodem as idéias de Estado Constitucional Cooperativo, que “...*encontra sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade, assim como no campo da solidariedade...*”[\[14\]](#). As relações de cooperação entre Estados Constitucionais não de compreender, portanto a identificação de pontos de contato, a cunhagem de diálogos que envolvam a negociação e o aprendizado recíproco. No tema que interessa mais de perto às considerações desse trabalho, leciona HÄBERLE que o Estado Constitucional Cooperativo não opera a partir de uma lógica de primazia de ordens jurídicas (nacional ou internacional), mas ao contrário, considera “...*o efeito recíproco entre as relações externas ou Direito Internacional, e a ordem constitucional interna (nacional), que partes do Direito Internacional e do direito constitucional interno crescem juntas num todo...*”[\[15\]](#).

Decerto, a manifestação mais evidente de constitucionalismo cooperativo compreende a experiência de consolidação da União Européia, com a necessária convivência entre constituições nacionais e direito comunitário, de ordem supraconstitucional. Nessa hipótese, todavia, as relações de colaboração se estabelecem num complexo cenário que combina os imperativos do reconhecimento da supremacia do ordenamento da União[\[16\]](#) e de seu efeito imediato, com a afirmação constante do próprio Tratado de Maastricht, no que toca à proteção a direitos fundamentais, com as tradições constitucionais dos Estados-Membros[\[17\]](#).

Constitucionalismo cooperativo, portanto, em seu primeiro sentido, tem em conta o fenômeno do pluralismo constitucional[\[18\]](#), e enfrenta a problemática de estabelecimento de relações de acoplamento entre distintas ordens nacionais[\[19\]](#), e destas com o direito comunitário, sem a perda das respectivas identidades nacionais. Não parece sequer compatível com esse sentido de constitucionalismo cooperativo, cogitar de “última palavra”, na medida em que os efeitos recíprocos entre as ordens constitucionais nacionais, e o Direito Internacional seguem se produzindo, nesse processo de verdadeira simbiose que HÄBERLE poeticamente indica como de crescimento conjunto – donde equívoca qualquer pretensão de definitividade ou primazia.

Tenha-se em conta que essa travessia de integração; a operação de reforma de velhos paradigmas da teoria da constituição que se desenvolve na consolidação da União Européia não se poderá verificar sem que se travem relações de colaboração recíproca entre as Cortes nacionais e as Cortes Internacionais a essa iniciativa relacionadas, a saber, o Tribunal de Justiça da União Européia e a Corte Européia de Direitos Humanos; todos envolvidos na cunhagem desse ponto de estabilização entre identidade nacional e efeito direto do direito comunitário. A estratégia portanto há de ser – na lição de KÓMAREK[20] – não de mera subordinação e ajuste das normatizações nacionais aos desafios da integração; mas de *relações paritárias de colaboração* na consolidação desse novo ordenamento. Também aqui – observe-se – o propósito não é a identificação de um senhor detentor da “última palavra”; mas a associações de esforços de vários níveis na densificação de direitos.

Sob o prisma da atuação jurisdicional, esse delicado equilíbrio se desenvolve, no tema específico de aplicação do direito comunitário, através de um diálogo constitucional inter-cortes, determinado expressamente pelos termos do art. 234 do Tratado que institui a União Européia[21]. Também aqui, embora o critério de solução dos impasses aponte para um sujeito da decisão final – o Tribunal de Justiça da União Européia, ou ainda a Corte Européia de Direitos Humanos – fato é que, na lição de CARTABIA[22], o desejado equilíbrio constitucional no âmbito da União exige um intenso diálogo; uma Corte Européia de Direito Fundamentais institucionalmente forte, precisa estar rodeada de interlocutores a nível nacional igualmente fortes: “...a step needs to be taken from both sides”.

Vale ainda destacar que a associação entre constitucionalismo cooperativo na implementação da União Européia, e controle jurisdicional, tem despertado dificuldades na conciliação da lógica intrínseca de cada qual desses mecanismos de operação institucional. Afinal, na lição de LEBECK[23], a visão das Cortes de constitucionalismo – ainda que cooperativo – tende a assumir certo grau de estabilização do sistema, ao passo que o modelo concebido para aplicação na União Européia depende um alto grau de flexibilidade em relação a certos aspectos do sistema normativo europeu em construção.

Outro desdobramento importante do constitucionalismo cooperativo e do aprendizado recíproco entre as Cortes nacionais e internacionais – incluindo-se a já mencionada Corte Européia de Direitos Humanos[24], é a constatação da necessidade de adaptação das respectivas ordens jurídicas para o robustecimento dos compromissos com direitos fundamentais e suas garantias; importante elemento de construção de uma identidade transnacional, que encontra sua unidade não mais numa historicidade comum, mas numa perspectiva de futuro orientada pelo humanismo como seu elemento catalisador[25].

Importa explicitar – aproximando o tema da realidade nacional – não ser possível afirmar seja o constitucionalismo cooperativo totalmente estranho ao contexto brasileiro, quer no plano normativo, quer no campo da atuação da Suprema Corte.

No campo do direito posto, temos a cláusula original da Carta de Outubro, art. 5º, § 2º, determinando a recepção de normas internacionais em matéria de direitos fundamentais. Inobstante o caráter, pode-se dizer, inovador da cláusula quando de sua cunhagem original; fato é que passados 20 anos de sua promulgação, o multidimensionalismo da

proteção constitucional, particularmente no campo dos direitos fundamentais[26] é idéia que não parece plenamente consolidada, na medida em que subsiste a velha discussão a respeito da recepção das normas de direito internacional na ordem interna, bem como a sua posição hierárquica com relação ao direito nacional[27].

A introdução, de outro lado, pela EC nº 45, do § 3º ao art. 5º CF parece evidenciar ainda mais a dificuldade teórica de internalização das idéias de um constitucionalismo de cooperação, na medida em que traduz um sentimento da importância da incorporação formal a essa ordem jurídica de hierarquia máxima, dos tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos. Da mesma forma, as resistências externadas pela doutrina – e assinaladas pelo próprio STF[28] – em relação aos termos do § 4º do art. 5º CF, também introduzido pela Reforma Judiciária, pela suposta incompatibilidade entre os termos do Estatuto de Roma, que institui o Tribunal Penal Internacional, e garantias constitucionais atinentes à jurisdição penal, evidenciam uma dificuldade teórica na incorporação desse vetor de cooperação.

De outro lado, o STF, por seu Presidente, o Ministro Gilmar Mendes, em discurso realizado na VII Conferência Iberoamericana de Justiça Constitucional[29], enfatizou a tendência de integração da Corte brasileira nesta nova ordem constitucional globalizada, consubstanciada na propensão ao emprego da produção doutrinária e jurisprudencial inspirada no direito comparado, bem como, do intercâmbio entre Cortes Constitucionais de diversos países.

No campo de sua casuística mais recente, pode-se apontar a decisão havida no HC 87.585, Rel. o Min. Marco Aurélio, onde a afirmação da não subsistência da previsão constante de lei nacional a autorizar a prisão civil do depositário infiel invoca como principal fundamento, a proibição da constrição contida no Pacto de San José da Costa Rica[30], revertendo posição anterior em que esse mesmo argumento merecera repúdio[31].

Inobstante as referências acima indiquem sensibilidade de parte do STF em relação à importância das relações de cooperação, nem por isso se afigura possível afirmar tal percepção tenha encontrado reflexo na sua própria concepção quanto à supremacia judicial. O que se anuncia é um dualismo que pode culminar por conduzir a tensões insuperáveis, ou quando menos, a sérias fraturas na coerência lógica dos padrões de construção da decisão judicial daquela Corte.

2.2 – Constitucionalismo de cooperação e a influência da *práxis* constitucional alienígena

Expressa ainda constitucionalismo cooperativo – sem o caráter cogente da incidência de direito supranacional a encontrar efetividade – a abertura à considerações lançadas no acervo de deliberação e construção conceitual das diversas Cortes Constitucionais do cenário internacional do direito em relevantes temas de direitos. Essas relações de cooperação – entre Cortes – admite, por sua vez, duas distintas manifestações.

A primeira delas, de caráter mais formal, envolve a preceituação desse dever de agir na oferta da jurisdição constitucional – exemplo mais emblemático é aquele originário da do texto constitucional sul-africano.[32]. A lógica em verdade envolve a premissa da pretensão de universalidade dos direitos fundamentais, que se inatos e inerentes à pessoa, não de ser enriquecidos na sua compreensão e na delimitação de seu conteúdo a partir da experiência vivida em Tribunais Constitucionais espalhados pelo mundo.

Na mesma linha – de intercâmbio entre Cortes – desponta ainda o fenômeno denominado por ZAGREBELSKY[33] de cosmopolitismo judicial, que traduz a consideração pelo judiciário nacional, no processo de interpretação da constituição – ainda que sem preceito explícito determinando essa estratégia – de documentos jurídicos distintos dos nacionais, de decisões de outras cortes alienígenas de hierarquia superior, ou ainda de conclusões expressas por tribunais internacionais de direitos humanos. Na observação de ZAGREBELSKY, o cosmopolitismo judicial tematiza a legitimidade da participação das jurisdições constitucionais nacionais na construção de perspectivas jurídicas de orientação comum, tendencialmente universais; e num movimento recíproco, a influência dessas mesmas cortes estrangeiras sobre elas, as nacionais. Têm-se aqui a expressão clara de uma jurisdição constitucional que não se pretende monopolista na compreensão dos grandes temas afetos aos direitos fundamentais, mas que vê no trabalho reciprocamente influente, o melhor caminho de consolidação de conceitos em relação aos quais se almeja a tão decantada universalização.

O cosmopolitismo judicial – e a notícia é ainda do jurista italiano – tem sido acusado de ocultar uma carga ideológica afinada com a idéia de um direito natural universal que seja por ele revelado; ou de um suposto “vanguardismo moral” apontado ao judiciário, que através de um afirmado progresso jurídico de homogeneização dos direitos humanos, buscaria uma unificação das sociedades. Todavia, é preciso reconhecer que as “redes transnacionais” - judiciárias ou não – se multiplicam em velocidade vertiginosa, escapando ao controle formal de uma idéia tradicional de Estado soberano[34]. A alternativa de neutralização desse risco de uma atuação descontrolada de atores transnacionais, que possa se revelar deletéria à centralidade da pessoa, envolverá necessariamente uma rearticulação das estruturas formais políticas de controle de poder[35] - e nisso pode contribuir o cosmopolitismo judicial. A par disso, se de mundialização de conceitos não for possível falar; sempre será possível caminhar – ainda em relação e em reverência aos direitos fundamentais – no sentido de identificação, para fins de parametrização das distintas Cortes Constitucionais, quando menos de zonas de certeza positivas e negativas em relação às possibilidades de agir estatal. É nesse campo que o cosmopolitismo judicial pode contribuir, a partir não de uma pretensão totalizante, mas um processo dialógico de aprendizado recíproco com a experiência alheia.

3. Relações de cooperação internas ao Estado e constitucionalismo

Segunda tendência associada à compreensão do constitucionalismo democrático em tempos de convívio de múltiplos envolve o reconhecimento de que também no *âmbito interno* de um mesmo Estado Nacional, seja possível travarem-se relações, não de supremacia ou última palavra, mas de cooperação entre diferenciados interlocutores.

A reflexão quanto a um constitucionalismo em que as relações de cooperação se desenvolvem dentro do plano nacional, tendo em conta uma dimensão horizontal das diversas instâncias de poder político organizado, é tema que se apresenta como alternativa em meio à infundável disputa em relação à legitimidade da *judicial review* e seus riscos à democracia. Concorre igualmente para a essa meditação, o aprofundamento teórico da questão da justiciabilidade de direitos fundamentais – particularmente, aqueles de natureza social. Qual o modelo de jurisdição constitucional – e portanto, qual o perfil de Tribunal Constitucional – que se possa revelar apto a conciliar democracia, proteção de minorias, efetividade de direitos e ainda, equilíbrio e harmonia entre poderes?

Esse cenário de indeterminações expõe em verdade, limites intrínsecos postos às cortes, no que toca à sua competência e responsividade na busca de garantia de direitos fundamentais. Jurisdição constitucional associada à supremacia judicial nem sempre se revelará o melhor esquema garantidor em relação a direitos fundamentais, vez que as cláusulas de bloqueio podem decorrer de causas em relação às quais a jurisdição por si só não dispõe do condão de superar. Urge portanto explorar outras combinações de diversas interseções institucionais – e não só a antes cogitada supremacia judicial – tudo voltado à investigação de uma melhor solução para pacificar-se o dissenso em favor da efetividade de direitos.

O conjunto dessas cogitações em torno das relações internas de cooperação na prática constitucional está ainda a merecer sistematização mais estrita, sendo possível hoje apontar dois distintos ângulos de consideração: 1º) aquele atinente ainda ao papel a se reconhecer aos poderes judiciário e legislativo na guarda da constituição; e 2º) aquele que tem em conta quem sejam os envolvidos nos mencionados vínculos de colaboração. No primeiro plano, têm-se em cogitação às teorias de constitucionalismo cooperativo no plano interno e as chamadas teorias dialógicas. Já sob a perspectiva dos atores da colaboração, identificam-se as teorias que cogitam da interação tão-somente entre as *instituições formais de poder*; e as que se dedicam ao potencial de troca e aprendizado recíproco entre jurisdição constitucional – mecanismo tradicional de guarda da constituição – e sociedade[36], cogitando de um diálogo social.

Numa e n'outra concepção – como se virá a demonstrar – o ponto de partida é uma posição questionadora em relação à ainda persistência de um parâmetro universalmente aplicável de que, no conflito em relação a direitos constitucionalmente garantidos, o melhor mecanismo de proteção à Carta Fundamental seja a outorga à Corte Constitucional da competência ampla – com caráter de supremacia absoluta, portanto – para o escrutínio do problema e definição, isoladamente, de todos os aspectos atinentes aos cogitados compromissos constitucionais.

3.1. Constitucionalismo cooperativo sob o prisma interno do Estado

Em cenário norte-americano, explorando essas formas alternativas de construção da *judicial review*, é pioneiro o trabalho de TUSHNET[37], com o reconhecimento de que os conflitos de direitos sujeitos à jurisdição constitucional envolvem duas distintas questões: aquelas atinentes às possibilidades de atuação da Corte: 1ª) na definição de conteúdo de direitos (seja a partir da legislação existente, validando-a ou não, seja a partir do vazio legislativo); e 2ª) na proteção, por intermédio de correspondentes remédios judiciais, a esses mesmos direitos, nos termos em que eles tenham já sido enunciados.

As alternativas decorrentes da identificação dessas duas variáveis, envolveriam portanto um conjunto de combinações que o próprio TUSHNET[38] viria a identificar como *weak courts* e *strong rights*. A idéia central envolve o uma compreensão de abrangência do papel da jurisdição constitucional tendo em conta duas distintas dimensões: aquela de *enunciação* de direitos – conteúdo, abrangência, significado; e uma de *proteção* a direitos, tendo em mente os remédios jurisdicionais disponíveis à sua efetivação. Na concepção proposta por TUSHNET, o equilíbrio entre princípio democrático e garantia de direitos estaria melhor assegurado através de uma *contenção judicial* no que toca às possibilidades de enunciação de conteúdo – que melhor confiada estaria ao legislativo –, e de um fortalecimento judicial no que tange à efetivação, nos limites do conteúdo já definido. Às cortes caberia, portanto, uma atuação mais deferente em relação ao legislativo no que tange às escolhas empreendidas em tema de conteúdo de direitos; e uma atuação mais agressiva no que toca à garantia dos já enunciados, nos termos dessa enunciação.

A definição dessa esfera de competência das Cortes Constitucionais, na lição do constitucionalista americano, decorreria do desenho constitucional, ou ainda das tradições também constitucionais como fonte da definição de um sistema de *judicial review* forte ou fraco. Todavia – aponta o autor – é possível que essa configuração se estabeleça, seja no plano puramente legislativo, seja mesmo pela *prática institucional de cada qual desses atores do cenário político*. Particularmente no tema dos direitos sociais, é possível que as relações entre legislativo e judiciário devam se reconfigurar e alterar *a cada conflito*, ora com um protagonismo da Corte, ora com uma atuação mais contida – deixando espaço para que órgão revestido de representação democrática possa deliberar; tudo tendo em conta a espécie de direitos que se esteja debatendo, e as cláusulas de bloqueio que sobre ele venham atuando.

Nessa visão, supremacia do judiciário é referência que perde sentido, na medida em que a idéia-matriz – proteção a direitos – passa a envolver uma atuação necessariamente concertada entre ambos os poderes, cada qual deles responsável por uma dimensão dessa grande tarefa, que na essência, é a tarefa de guarda da constituição. A melhor jurisdição constitucional, dentro dessa perspectiva, é a que se constrói a partir de relações de colaboração, que reconheçam uma necessária rearticulação entre essas instâncias – com maior ou menor contenção judicial – conforme o conteúdo do direito em escrutínio.

Na mesma linha de consideração, DIXON^[39] enuncia como constitucionalismo cooperativo – repita-se, tendo em conta uma perspectiva interna ao Estado, em acepção distinta daquela de que se cogitou no item 2 acima – aquele que parte do reconhecimento da ponderável indeterminação de cláusulas constitucionais assecuratórias de direitos fundamentais, e que a partir dessa mesma indeterminação, aceita que o conteúdo e a prioridade a ser conferida às postulações de garantia desses mesmos direitos estão sujeitos a sério dissenso no interior da sociedade regida pelo texto constitucional.

Ainda na concepção do constitucionalismo cooperativo citado por DIXON, os processos políticos de deliberação majoritária são freqüentemente sujeitos a sérios bloqueios, cuja superação estará a exigir a participação, em relações de ajuda mútua, de outras instâncias de poder, de forma a se lograr resultados que se possam efetivamente qualificar como inclusivos e responsivos. Esse é o contexto que, mais uma vez, chama às relações de cooperação.

Na lógica do constitucionalismo cooperativo sob o prisma interno da dinâmica do poder, a questão diz respeito á percepção de que a garantia de direito não encontra melhor veículo numa *repartição de papéis estática*, que empreenda à opção pela supremacia do judiciário como solução genericamente aplicável. Ao contrário, a efetividade de direitos estará melhor atendida por uma fórmula institucional que, a partir do reconhecimento da sua complexidade e multiplicidade, permite sucessivas acomodações em que, à vista dos limites intrínsecos de um ou outro poder, permita, ora precedência em favor do legislativo, ora a supremacia judiciária. O jogo é de busca permanente do protagonista mais adequado, tendo em conta as funções originalmente postas a cada qual dos poderes, *conforme o conteúdo do direito em discussão*.

É a abertura à cooperação – e portanto, a ampliação no cenário de deliberação quanto ao conteúdo dos direitos – que permitirá a superação dos problemas atinentes ao pluralismo, a partir de um consenso construído, que não repousa num única autor, e que portanto, não se pode harmonizar com o “...*monopólio da última palavra*...” reconhecido em favor do judiciário em qualquer hipótese, de que nos falava o Mandado de Segurança nº 26603, Relator o Min. Celso de Mello, já citado.

Importa o constitucionalismo cooperativo portanto, na afirmação de que, ainda que se tenha em conta a supremacia da constituição, e que a proteção desse valor se tenha confiada ao judiciário; disso não decorre a exclusão da possibilidade/utilidade do compartilhamento com as demais estruturas do poder, das distintas tarefas envolvidas no resultado final “efetividade de direitos”. Ao contrário, essa se revelaria a estratégia mais legítima do cumprimento desse mister, afastando como possibilidade a adoção de uma *judicial review* encerrada no isolacionismo da supremacia clássica, hermética e não cooperativa..

3.2. Teorias de diálogo institucional

As possibilidades de cooperação interna ao Estado em favor da efetividade constitucional, e seus reflexos no constitucionalismo e particularmente na jurisdição constitucional seguem em pauta, alimentado o debate pelas experiências do final do século XX dos países da *commonwealth* – Canadá, Nova Zelândia e Inglaterra[40] – de incorporação de instrumentos legislativos qualificados de proteção a direitos fundamentais. A iniciativa nessas hipóteses envolvia promover um delicado equilíbrio entre a assunção de um compromisso normativo, preceituado, para com a jusfundamentalidade desses direitos – signo que atrai a instituição de jurisdição constitucional –; e a longa tradição de supremacia do Parlamento desses mesmos países.

O caminho político de viabilização dos cogitados *Bill of Rights* foi a associação à jurisdição constitucional que se criava, de instrumentos que reforçavam a idéia central de relações de cooperação entre judiciário e legislativo.[41]. As técnicas então utilizadas compreendem um vasto espectro de instrumentos dialógicos, como por exemplo: 1) no sistema canadense, exigência de necessária e expressa fundamentação de cláusulas legislativas restritivas a direitos fundamentais[42] ; 2) ainda na Carta de Direitos canadense, a possibilidade de edição de decisão parlamentar expressa de *overriding* da conclusão do Corte Constitucional[43], sujeita todavia a cláusula de limitação temporal; 3) no *Human Rights Act britânico*, a competência reconhecida à Corte Constitucional de enunciação de um mandato interpretativo, fixando o sentido compatível com a Carta de Direitos de instrumento legislativo[44]; 4) a declaração de incompatibilidade de lei com o *Human Rights Act*, que implica na abertura de um processamento legislativo mais célere para a correção do estado de infidelidade constitucional[45]; etc.

A análise desses mecanismos reativos formais – que lançam foco no processo institucional através do qual as decisões sobre significado constitucional são cunhadas, inovando em relação à preocupação até então dominante, que se centrava nos instrumentos de interpretação judicial – revelou-se tão-somente uma provocação inicial. A partir dessa nova perspectiva – do diálogo institucional como traço de relação entre as estruturas formais de poder na garantia de direitos – foi possível identificar manifestações já existentes, no campo do constitucionalismo e da jurisdição constitucional, de instrumentos que provocam compartilhamento da atividade de construção de sentido constitucional entre o judiciário e outros atores[46], ainda que sem o uso da mesma denominação formal.

Distinguem-se as teorias dialógicas da etapa anterior do constitucionalismo cooperativo no plano interno de um mesmo Estado pelo papel reconhecidamente mais ativo de parte da Corte, no sentido de identificar as possíveis causas de bloqueio do adequado funcionamento das instâncias políticas envolvidas[47], contribuindo no que seja próprio à sua função, para a superação do impasse que, em última análise, atenta contra a constituição. As influências recíprocas, portanto se dão num cunho mais proativo, com sugestões e propostas[48], cada qual dos atores institucionais entendendo não só seu papel no processo, mas também seu potencial de provocação – na melhor acepção da palavra – à atuação do outro.

Uma pronúncia jurisdicional dialógica que aponta inconstitucionalidade por omissão – por exemplo – indicará a patologia de funcionamento de poder, a sede constitucional do dever de agir, e os parâmetros aplicáveis àquela conduta constitucionalmente desejada. O foco na prática do diálogo constitucional é promover à soma de esforços

institucionais para, de forma proativa, alcançar o melhor resultado no que toca à definição do conteúdo constitucional de direitos.

O espectro de práticas dialógicas e instrumentos destinados à sua viabilização, como se viu, encontra pontos de interseção com estratégias conhecidas no próprio sistema brasileiro como a interpretação conforme a constituição com caráter mandatório aos demais órgãos judiciais[49].

Também é possível apontar que, no campo exploratório das potencialidades particularmente da jurisdição constitucional da omissão, o STF já esboçou decisões de inclinação dialógica, sendo particularmente significativa aquela lançada nos autos da ADIO 3682, Relator o Min. Gilmar Mendes, julgamento em 09/05/2007. A hipótese envolvia a análise da omissão legislativa na edição de lei complementar preconizada pelo art. 18 § 4º da CF – que regularia aspecto relacionado à disciplina do processo de criação de municípios – e a análise da constitucionalidade de normas estaduais que empreenderam a essa mesma criação. Na ocasião, sensível à necessidade de se convalidar situações já constituídas do ponto de vista estritamente fático, o STF julgou procedente a ação para declarar o estado de mora em que se encontrava o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adotesse todas as providências legislativas necessárias à superação do estado de irregularidade constitucional, enfatizando-se na ementa “...devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão...”[50].

O que se pode concluir, a partir desse experimentalismo já empreendido pelo próprio STF, é que a prática dialógica na definição do conteúdo dos direitos se apresenta como *possível* ainda que na ausência de preceitos expressos, que a recomendem, mas em decorrência da sensibilidade da Corte Constitucional de que a matéria não encontrará necessariamente, no judiciário, seu melhor intérprete. Mais ainda, uma aproximação do modelo proposto pelas teorias dialógicas preserva um papel preponderante em favor da jurisdição constitucional nas questões de direitos – o que parece prestar a devida reverência ao teor do art. 102 CF quando defere precipuamente a guarda da constituição ao STF – sem contudo abicar, seja da contribuição possível oferecer pelos demais poderes, seja da inclusão, também nessa tarefa da guarda da constituição, do propósito de uma atuação indutiva do cumprimento do parâmetro que é igualmente constitucional, de repartição de competências.

4. Supremacia do judiciário, relações interinstitucionais e o aprimoramento ao controle do poder

A enunciação da supremacia do judiciário como monopólio da última palavra – nos termos da firmatação do STF no Mandado de Segurança nº 26603, Relator o Min. Celso de Mello, já tanto referida – se apresenta, segundo o discurso da própria Corte, em decorrência do dever constitucional de desenvolvimento da tarefa de controle do poder em defesa da constituição. Pugnar por relações de ajuda mútua – seja na modalidade do constitucionalismo de cooperação, seja naquela das chamadas teorias dialógicas – implica em assumir como *variável indispensável à densificação de direitos*

fundamentais, o exercício da inter-dependência e colaboração, *mesmo e especialmente em relação aos poderes políticos*. Nesse contexto, a supremacia do judiciário – no sentido emblematicamente retratado pela expressão “...*monopólio da última palavra*...”, há de ser reavaliada, para ceder lugar a uma compreensão em favor não de uma *titularidade subjetiva* do poder último, mas da identificação do papel que seja de se reconhecer ao STF no desenvolvimento dessa sua função precípua, a saber, a guarda da constituição.

Num cenário de constitucionalismo aberto às teorias dialógicas, destaca-se o papel da Corte de atuação não substitutiva em relação aos demais poderes políticos – especialmente o legislativo – mas sim de desenvolvimento de uma importante capacidade (e também responsabilidade) no uso de meios comunicativos e coercitivos para ajudar no controle das bloqueios verificados no processo político como um todo, que estejam a prejudicar a usufruição de direitos individuais[51].

É certo que a idéia de diálogo institucional desafia perplexidades em relação a como se possam travar essas relações de colaboração entre instituições de perfis tão distintos, e que na clássica concepção da *judicial review* como cláusula anti-majoritária, podem ser entendidas como situadas em pólos opostos. Um outro mito, todavia, nesse tema, é de ser enfrentado – que é justamente essa suposição de polarização permanente, entre querer legislativo e *judicial review*.

No campo do contramajoritarianismo, é GRABER[52] quem adverte que as relações interinstitucionais podem se apresentar como de *deferência mútua*. Assim, a pronúncia de inconstitucionalidade em temas de maior repercussão, muitas vezes se dá em cenários de indefinição ou profundo dissenso social – o que não permite a afirmação de um exercício anti-majoritário assim tão claro. É ainda o autor americano a destacar que do ponto de vista dos atores políticos do processo, a tecnicização do debate tende a protegê-los do eventual descontentamento do público – a quem ele sempre poderá se juntar, na crítica à decisão judicial. Assim, abrir espaço para a atuação da *judicial review* pode traduzir uma *opção estratégica* do legislativo. Na mesma linha de consideração dos ônus e bônus políticos, também não é incomum que a decisão legislativa se dê com plena convicção de que está sujeita a reforma judicial – todavia, uma vez mais, o custo político da desconstituição da lei viciada recai não sobre o parlamento, mas sobre o judiciário.

Finalmente, tenha-se ainda em conta que a provocação da atuação de controle de parte do Judiciário nem sempre envolve uma conduta positiva de parte de qualquer das duas outras instâncias formais de poder; ao contrário, o crivo jurisdicional pode ter sido provocado justamente para superar uma omissão. Também nessas hipóteses, é possível que a omissão se deva não propriamente a uma incapacidade institucional para o enfrentamento do tema; mas a uma estratégia política de transferência dos ônus da decisão para o judiciário[53].

Esses são exemplos ilustrativos de que as relações interinstitucionais de deferência recíproca já existem e se verificam rotineiramente – ainda que sem explicitação ou visibilidade. O problema nessa constelação de ditos, não ditos e encobertos, está na responsividade de cada qual dos poderes à sua respectiva estrutura de controle.

É nesse sentido que uma aproximação às teorias dialógicas pode se revelar útil, pelo foco que elas despertam, justamente, na explicitação dessas relações institucionais, e de qual seja – efetivamente –, *ex vi constitutionis*, o dever de agir de cada qual dos poderes políticos organizados. A abertura às relações de cooperação, numa prática dialógica provocada pelo Judiciário, ainda que não seja capaz de determinar uma atuação positiva de parte do legislativo, evidencia a omissão e dá transparência aos termos em que esse poder desenvolve suas próprias funções institucionais.

Mais ainda, uma abertura às teorias dialógicas previne a percepção – equívoca – de que guarda da constituição se dê tão-somente a partir da perspectiva da proteção a direitos. Embora, sem sombra de dúvida, o compromisso com a dignidade da pessoa seja hoje o centro do universo normativo; não se pode deixar de ter em conta que o controle e o exercício regular do poder político são estruturas constitucionais que *igualmente se relacionam à centralidade da pessoa*, na medida em que o poder político organizado encontra no serviço à sociedade, sua justificativa,

Assim, guarda da constituição é resultado que só se alcançará numa atuação voltada à garantia de direitos, que não descure da indução ao regular funcionamento do poder. Afinal, a busca da jurisdição constitucional, por si só, expressa indícios de uma patologia do poder; de modo que não há como se cogitar de *judicial review* dissociado de uma dimensão corretiva da atuação institucional investigada.

Nesse sentido, supremacia do judiciário é cláusula cuja reconfiguração urge, numa perspectiva que concilie tutela a direitos fundamentais e preservação do desenho constitucional de competências de poder. A experimentação internacional das práticas dialógicas aponta a possibilidade de uma supremacia judicial que se traduza num papel de *articulação* das instâncias políticas e sociais em favor da constituição; que não abra mão do enriquecimento possível da abertura dialógica às demais estruturas de poder e da sociedade.

“...*Monopólio da última palavra...*”, conjugando duas garantias de exclusividade, parece ser uma compreensão que se beneficiaria de uma oxigenação originária da exploração dos potenciais das teorias dialógicas. Afinal, supremacia do judiciário é vetor posto pela constituição, em favor da constituição – e como tal, não pode assumir contornos que, concentrando numa única estrutura de poder, com exclusão das demais, a deliberação quanto ao sentido da Carta, ponha-se em risco de militar, em última análise, contra a própria constituição.

[1] É de WERNECK VIANNA a explicitação do delicado equilíbrio que se construiu ao longo dos trabalhos constituintes entre as inevitáveis forças de conservação, e aquelas de avanço, que culminaram por insculpir no texto constitucional uma agenda progressista, particularmente através do seu expressivo elenco de direitos

fundamentais, muitos deles sujeitos todavia a ulterior desenvolvimento legislativo (WERNECK VIANNA, Luiz. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. *in* R. G. Oliven et alii (orgs.), A Constituição de 1988 na vida brasileira. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008).

[2] Consulte-se em VIEIRA o relato da evolução histórica do Supremo Tribunal Federal, sinalizando em seu passado mais recente, um contexto desfavorável à ampliação de sua autonomia e consolidação institucional. Durante toda a Era Vargas, cujo Governo provisório fora instaurado em 1930, controle e repressão passaram a ser exercidos por meio dos Atos Institucionais, prática que se prolongou durante todo o regime militar. Em 1965, o Ato institucional nº 2 promove a ampliação e substituição de Ministros integrantes da Corte, com o ingresso de visões mais favoráveis ao Governo. Em atenção às reivindicações da época, foi instituído o controle direto de constitucionalidade pela Emenda 16; porém, a legitimidade ativa estaria centrada na pessoa do Procurador Geral da República, cargo de confiança do Presidente, e vedado ainda, o alcance dos atos do Executivo, diminuindo a possibilidade de atuação do Supremo em linha de contrariedade aos interesses militares. Talvez este século de repressão, possa explicar a escolha do modelo de jurisdição constitucional que deflui da Constituição de 88, redefinidor do papel do Supremo no cenário político-constitucional brasileiro (VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**. Jurisprudência Política, São Paulo: Malheiros, 1994). .

[3] Um breve esforço de memória evidencia os percalços da vida política e econômica já superados no país – *impeachment* do Presidente da República, escândalos evidentes no sistema de deliberação quanto às escolhas orçamentárias, sucessivos planos econômicos no cenário nacional, e mais recentemente, a quebra do mercado imobiliário americano com repercussão mundial –; todos esses momentos enfrentados sem qualquer cogitação de práticas menos ortodoxas no que toca ao prestígio à normalidade institucional.

[4] O trecho transcrito encerra a ementa do acórdão proferido nos autos do Mandado de Segurança nº 26603, Relator o Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 04/10/2007.

[5] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Último acesso em 23/08/2009.

[6] Sintetizando o debate em torno do tema, em favor da supremacia do legislativo, WALDRON, Jeremy. 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 de janeiro de 2009; de outro lado, defendendo a supremacia do judiciário, no exercício de contradita que é tão típico dos americanos, FALLON Jr., Richard H. The core of na uneasy case for judicial review. **Harvard Law Review**, Vol. 121, Nº 7, may 2008, p. 1693-1736. Finalmente, mantendo dialética com ambos os textos, leia-se TUSHNET, Mark. How Different are the Core Cases for and Against Judicial Review? Harvard Law School. Public Law & Legal Theory Working Paper Series. Paper No. 09-04, disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1320502>> , última consulta em 23 de agosto de 2009.

[7] Destaque-se que no cenário brasileiro, o STF particularmente através do hoje Ministro Presidente Gilmar Mendes, vem invocando a tese da representação argumentativa, desenvolvido por ALEXY, como fundamento de legitimidade de suas decisões (ALEXY, Robert.

Constitucionalismo discursivo. 2ª ed., Trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007). No julgamento da ADI 3510, em que se debatia a constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, o tema foi explicitado pelo Min. Gilmar Mendes nos seguintes termos: “...a representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados...”

[8] É de HALBERSTAM a referência à já tematização da supremacia do judiciário em sede da Corte Européia de Justiça no caso *Van Gend en Loos*, apontado pelo autor como o *Marbury vs. Madison* daquele sistema europeu, destacando todavia a estratégia de acomodação institucional que se identifica em ambos os precedentes: “...Both have foundational significance for the legal systems they helped establish. Both confront the deepest challenge to any legal order: competing claims of ultimate authority. But these cases do not definitively resolve the great problem of pluralism. Instead, both decisions brilliantly capture the devilish subtlety of the pluralist problem and inaugurate regimes of accommodation that, as we shall see, have followed surprisingly similar lines.” (HALBERSTAM, Daniel. Constitutionalism and Pluralism in *Marbury and Van Gend*. The past and the future of eu law. **University of Michigan Public Law Working Paper No. 104**, disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1103253>> , última consulta em 14 de agosto de 2009).

[9] CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-moderno**, trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 38. Traduzido de *L'État post-moderne*.

[10] Entende-se aqui por internacionalização, a tendência hodierna do estabelecimento de vínculos jurídicos de natureza e exigibilidade diversa travados entre Estados nacionais em temas de interesse comum; e por mundialização, o espraiamento nessa mesma escala geográfica, do interesse e preocupação por temas igualmente compartilhados por distintos atores no cenário internacional.

[11] FLINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado.** c/ a colaboração de Peter Häni, Trad. Marlene Holzhausen, revisão técnica Flavia Portella Puschel, São Paulo: Martins Fontes, 2006, o. 232. Traduzido de *Allgemeine Staatslehre*.

[12] Não se entrará aqui na polêmica relacionada ao caráter inédito – ou não – da globalização enquanto fenômeno histórico; o que importa para o desenvolvimento do tema, é a constatação da crescente interdependência entre agentes desse cenário mundial, seja no plano econômico, político, sociológico, etc..

[13] Em verdade, a necessidade de abertura da interpretação constitucional à chamada sociedade aberta de intérpretes é temática sistematizada em obra hoje já reputada clássica de HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional - A Sociedade*

Aberta Dos Intérpretes Da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. 1997.

[14] HÄBERLE, Peter. Estado constitucional cooperativo. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk, Renovar: Rio de Janeiro, 2007, p. 4.

[15] HÄBERLE, Peter. Estado constitucional cooperativo... p. 12.

[16] O estabelecimento do princípio de supremacia do direito comunitário, bem como de seu efeito direito como critério de solução de conflitos entre direito nacional e comunitário, é fruto da elaboração jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Européia, e destinaram-se originalmente a viabilizar o acesso a distintos mecanismos de tutela de direitos subjetivos de particulares no âmbito de seu próprio sistema judiciário nacional (JANER TORRENS, Joan David. La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitário. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 44).

[17] Art. 6º, 2 – *A União respeita os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais do direito comunitário.* Essa mesma previsão é reforçada no Tratado de Lisboa, ainda em apreciação, com a explicitação de que as tradições constitucionais expressem um elemento da identidade nacional, que há de ser respetada pela União: Item 5 do Tratado de Lisboa, que inclui no Tratado da União Européia, um art.3-A – *“A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro.”*

[18] “...Constitutional pluralism, by contrast, recognizes that the european order inaugurated by the Treaty of Rome has developed beyond the traditional confines of inter-national law and now makes its own independent constitutional claims, and that these claims exist alongside the continuing claims of states. The relationship between the orders, that is to say, is now horizontal rather than vertical – heterarchical rather than hierarchical. (WALKER, Neil. The idea of constitutional pluralism. EUI Working Paper LAW nº 2002/1, disponível em <<http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/179/1/law02-1.pdf>> última consulta em 11 de agosto de 2009).

[19] BOBGDANDY, Armin von. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law, International Journal of Constitutional Law, Volume 6, Number 3 & 4, 2008, pp. 397–413.

[20] Komárek, Jan, Inter-Court Constitutional Dialogue After the Enlargement - Implications of the Case of Professor Köbler. Croatian Yearbook of European Law and

Policy, Vol. 1, p. 75, 2005. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=934357>>, última consulta em 11 de agosto de 2009.

[21] Art. 234 – *O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial, sobre:*

a) A interpretação do presente Tratado;

b) A validade e a interpretação dos actos adoptados pelas instituições da Comunidade e pelo BCE;

c) A interpretação dos estatutos dos organismos criados por acto do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie.

Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça.

[22] CARTABIA, Marta. Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously. *European Constitutional Law Review*, 5: 5–31, 2009, p. 5-31.

[23] LEBECK, Carl. National Constitutionalism, Openness to International Law and the Pragmatic Limits of European Integration – European Law in the German Constitutional Court from EEC to the PJCC. *German Law Journal* No. 11, November 2006. Disponível em <<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=768>> , última consulta em 11 de agosto de 2009.

[24] Tenha-se em conta que enquanto a competência do Tribunal de Justiça da União Europeia envolve as questões relacionadas à aplicação do direito comunitário – e portanto, os litígios se estabelecem entre Estados, ou ainda contemplando Estado-Membro e órgão da União; já o Tribunal de Direitos Humanos se constitui Corte supranacional voltada especificamente à tutela dos temas – internacionalizados – de direitos fundamentais, e admite provocação diretamente pela cidadania.

[25] Exemplo vivo desse desdobramento são 2 relevantes inovações legislativas havidas no Reino Unido, a saber, o *Human Rights Act (1998)* e o *Constitutional Reform Act (2005)*; o primeiro incorporando formalmente ao sistema normativo britânico as garantias a direitos fundamentais originárias do Tratado da União Europeia; o segundo determinando a criação de uma Suprema Corte Britânica – cuja instalação se dará no mês de outubro de 2009 – na perspectiva de assegurar-se uma instância imparcial e independência de jurisdição.

[26] GARLICKI, Lech. Cooperation of courts: The role of supranational jurisdictions in Europe. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, Nº 3 & 4, 2008, p. 509-530.

[27] Para um relato sintético do debate, consulte-se SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 136 e ss.

[28] Consulte-se o despacho proferido pelo Min. Celso de Mello, em substituição regimental ao Presidente do STF nos autos da Petição 4625 (DJ de 03/03/2009) formulada pelo Tribunal Penal Internacional, onde se tinha articulado pedido de cooperação judiciária que objetiva a detenção – para ulterior entrega àquela Corte – de determinado Chefe de Estado estrangeiro, em pleno exercício de suas funções como Presidente da República de um país africano. Na oportunidade, sumaria o Ministro o dissenso doutrinário – inobstante os termos do art. 5º § 4º da CF – em relação à constitucionalidade da emenda que submete o Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão, culminando por decidir pela oitiva prévia do Ministério Público em relação ao referido debate – não sem antes explicitar que não havia indícios da presença do mencionado Chefe de Estado no território nacional.

[29] *“...A título conclusivo, ressalto aqui que não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um “Estado Constitucional Cooperativo”, identificado por Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade.*

Assim, há que se levar em conta, que a comparação de direitos fundamentais pode ser qualificada como o quinto método da interpretação constitucional, ao lado dos clássicos métodos desenvolvidos por Savigny.

Seguindo essa tendência, o Supremo Tribunal brasileiro permanece aberto à produção doutrinária e jurisprudencial desenvolvida no direito comparado”. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfCooperacaoInternacional/anexo/VII_CIJC.ppt>, última consulta em 25 de agosto de 2009.

[30] O acórdão correspondente, publicado em 26/06/2008 encontra-se assim ementado: DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.

[31] Retratando a concepção superada – de que remanescesse possível a prisão civil do depositário infiel – consulte-se o HC 72131, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Moreria Alves, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1995. Destaque-se que já nesse precedente, o Min. Marcos Aurélio restou vencido, com o entendimento que depois veio a prevalecer, de que a subscrição pelo Brasil do Pacto de San José da Costa Rica deitasse efeitos sobre a construção tradicional que ainda admitia essa modalidade de constrição de liberdade.

[32] Expressiva a cláusula contida na Constituição da África do Sul, que determina, na interpretação dos direitos fundamentais ali consagrados em sede de tutela jurisdicional:

39. Interpretation of Bill of Rights.-(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum:

(a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;

(b) *must consider international law*; and

(c) *may consider foreign law*. (os destaques não são do original).

[33] ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXIX, nº 117, septiembre-diciembre de 2006, p. 1135-1151.

[34] OST, François e KERCHOVE, Michel van de. De la pyramide au réseau?: pour une théorie dialectique du droit. Bruxelles : Faculter Universitaires Saint-Louis, 2002.

[35] HAMANN, Andrea e FABRI, Hélène Ruiz. Transnational networks and constitutionalism. International Journal of Constitutional Law. Vol. 6, Nº 3 & 4, 2008, p. 481-508.

[36] O diálogo social se apresenta como mecanismo possível do aprimoramento do sentido constitucional nas questões de direitos revestidas de profundo dissenso, pelo debate que se venha a estabelecer no seio da sociedade após uma decisão judicial rumorosa em tema controverso. Essa efervescência de opiniões, catalisada pelo pronunciamento jurisdicional tende a determinar reação de parte do legislativo – contribuindo para o aprimoramento do trato do tema de direitos – reação institucional essa que por sua vez, estar ainda sujeita, como nova etapa do diálogo, ao crivo jurisdicional. É de BATEUP a explicitação de que mesmo o sistema de *judicial review* norte-americano, tradicionalmente identificado com a supremacia do judiciário – e portanto, com a concentração nessa esfera de poder da prerrogativa da fixação do conteúdo constitucional – vem se revelando cada vez mais sensível ao estabelecimento do diálogo social, adotando por vezes decisões minimalistas com a finalidade de tematizar as questões, para então ceder espaço à sociedade para manifestação e provocação ao agir das demais esferas de poder – executivo e legislativo (BATEUP, Christine. Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective. New York University Law School, Public Law Research Paper No. 06-37, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=947867> , última consulta em 11 de agosto de 2009.

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

[38] TUSHNET, Mark. Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law. United States: Princeton University Press, 2008.

[39] DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socio-economic rights: strong v. weak-form judicial review revisited. International Journal of Constitutional Law, July 2007, Vol. 5, p. 391-418.

[40] Outros exemplos se poderia apresentar de exploração dessa linha de diálogos institucionais – Israel conta com uma já expressiva casuística, e a Austrália também tem sua experimentação; todavia, o detalhamento de cada qual dos cenários extrapola os limites possíveis ao presente trabalho.

[41] O tema foi explanado em VIEIRA, José Ribas e VALLE, Vanice Regina Lírio do. Saídas institucionais ou a força do processo democrático na prevalência da Constituição ?, trabalho apresentado ao CONPEDI – Maringá, 2009, com o detalhamento das experiências institucionais no Canadá, Nova Zelândia e Inglaterra. Consulte-se ainda 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>> , última consulta em 20 de fevereiro de 2009.

[42] *The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.* [A Carta garante os direitos e liberdades afirmados em seu texto, sujeitos tão somente aos limites razoáveis prescritos em lei, na medida em que tais limites possam ser justificados no âmbito de uma sociedade livre e democrática”]. (*The Canadian Charter of Rights and Freedom*, disponível em <<http://laws.justice.gc.ca/en/charter/>> , última consulta em 19 de fevereiro de 2009).

[43] O instituto do *overriding* contemplado na Seção 33 da Carta de Direitos canadense permite ao legislativo reeditar com o mesmo teor a norma declarada inconstitucional, desde que afirmando que o faz com fundamento na referida disposição normativa, e sujeito a uma cláusula de limitação temporal da validade, a saber, 5 (cinco) anos. O mecanismo – cuja explicitação só se deu no sistema canadense – nem mesmo lá mereceu larga aplicação. Vale ainda sublinhar que inobstante a reação inicial de estranheza que a cláusula provoca ao leitor, fato é que a intervenção legislativa posterior à decisão judicial que busque em alguma medida reformatar ou mesmo superar suas conclusões é prática conhecida na crônica das relações institucionais (no tema, consulte-se, a título de ilustração, BARNES, Jeb. Overruled? Legislative overrides, pluralism and contemporary Court-Congress relations. Stanford: Stamford University Press, 2004).

[44] Section 3 *Interpretation of legislation*

(1) *So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights.*

(2) *This section—*

(a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted;

(b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and

(c) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility) (Human Rights Act, disponível em < http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1998/ukpga_19980042_en_1#pb2-11g3>, última consulta em 7 de agosto de 2009).

[45] “...If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility...” (HRA, Legislation, Subsection 4, disponível em < http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1998/ukpga_19980042_en_1#pb2-11g3>, última consulta em 7 de agosto de 2009).

[46] Referência na sistematização de teorias que apresentem o cunho dialógico – ainda que sem essa denominação – é o trabalho de BATEUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. Brooklyn Law Review, Vol. 71:3, p. 1109-1180.

[47] É de DIXON a explicitação de que as questões de inefetividade de direitos fundamentais que envolvam inação ou ação insuficiente de parte do legislativo, se relacionam a duas grandes categorias fenomenológicas, a saber, a existência de *blind spots* – “pontos cegos” de compreensão da existência de um dever de agir de parte do legislativo na proteção e garantia a direitos – a ou ainda de escolhas políticas (censuráveis) desse mesmo parlamento, quando convencido que do ponto de vista eleitoral, lhe seja menos custoso manter-se inerte – *burden of inertia* – do que adotar uma decisão impopular. (DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socio-economic rights: strong v. weak-form judicial review revisited. International Journal of Constitutional Law, July 2007, Vol. 5, p. 391-418).

[48] “...It has a much broader notion of the scope for reasonable disagreement about individual rights, and thus also commitment to legislative constitutionalism, than those so-called “dialogue” theories based on a commitment to modified judicial supremacy. At the same time, it also envisions a wider role for courts in protecting individual rights than pure weak-form theories of judicial review, such as those based on “conversational”, “departmentalist” or “judicial minimalist” accounts of the judicial role.” (DIXON, Rosalind. Designing constitutional dialogue: Bills Of Rights & The New Commonwealth Constitutionalism, original cedido pela autora).

[49] No direito brasileiro, esse instrumento já se tem por preceituado, no art. 27 da Lei 9868/99; mecanismos de mesmo teor se tem ainda contemplados no *Bill of Rights* da Nova Zelândia, e no *Human Rights Act* britânico.

[50] Impõe-se consignar que, em relação a essa decisão, o Congresso Nacional culminou por aprovar a Emenda Constitucional nº 57 – através da qual empreendeu a sanatória dos municípios criados quando já exigível a inexistente lei complementar –

sem contudo, dedicar-se ao tema principal, a saber, a edição da norma reclamada pelo art. 18. § 4º CF.

[51] DIXON, Rosalind. Designing constitutional dialogue: Bills Of Rights & The New Commonwealth Constitutionalism, original cedido pela autora, p. 9).

[52] GRABER, Mark A. The nonmajoritarian difficulty: legislative deference to the Judiciary. *Studies in American Political Development*, 7 (Spring 1993), 35-73.

[53] É de GRABER a referência de que “...*elected officials in the United States encourage or tacitly support judicial policymaking both as means of avoiding political responsibility for making tough decisions and as means of pursuing controversial policy goals that they cannot publicly advance through open legislative and electoral politics.*” (GRABER, Mark A. The nonmajoritarian difficulty: legislative deference to the Judiciary. *Studies in American Political Development*, 7 (Spring 1993), 35-73. No Brasil, exemplo vívido dessa hipótese de articulação de relações institucionais é a persistente omissão legislativo no tema da regulação do direito de greve de servidores públicos, que inobstante o *leading case* do MI 670, segue ainda sem a necessária resposta institucional de parte do parlamento.