

TEORIAS DIALÓGICAS E OS SISTEMAS DE CONSTITUIÇÕES NÃO ESCRITAS: O CASO ISRAELENSE*

DIALOGICAL THEORIES AND THE SYSTEM OF UNWRITTEN CONSTITUTIONS: THE ISRAELI CASE

**Rodrigo de Souza Tavares
José Guilherme Berman**

RESUMO

O artigo visa apresentar uma sistematização de diferentes teorias de diálogo constitucional desenvolvidas em países ligados à commonwealth, que pregam uma atividade de cooperação entre os poderes políticos e o judiciário a fim de conferir uma maior (e melhor) proteção aos direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos. Em seguida será analisado o caso israelense, país no qual o diálogo parece surgir como alternativa à revolução constitucional implementada pela Suprema Corte local nas últimas décadas. Ao final, o presente estudo buscará contribuir para um exame crítico da noção de supremacia judicial conforme disseminada na teoria constitucional brasileira, ampliando o horizonte de reflexões sobre os mecanismos de diálogo entre os poderes legislativo e judiciário presentes no âmbito do desenho constitucional das instituições brasileiras.

PALAVRAS-CHAVES: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE –
DEMOCRACIA – DIÁLOGO INSTITUCIONAL – DIREITOS FUNDAMENTAIS

ABSTRACT

The paper presents a systematization of different theories of constitutional dialogue developed in countries linked to the commonwealth, who preach a cooperative activity between the political powers and the judiciary in order to give more (and better) protection of fundamental rights conferred on citizens. Then, will be considered the Israeli case, country where the dialogue seems to emerge as an alternative to the constitutional revolution implemented by the Supreme Court in recent decades. In the end, this study aims to contribute to a critical examination of the notion of judicial supremacy as widespread in the Brazilian constitutional theory, expanding the horizon of reflection on the mechanisms of dialogue between the legislative and executive gifts under the constitutional design of Brazilian institutions.

KEYWORDS: JUDICIAL REVIEW – DEMOCRACY – INSTITUTIONAL
DIALOGUE – BASIC RIGHTS

* 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

Com a expansão global de um modelo de constitucionalismo amparado numa combinação de declarações escritas de direitos fundamentais com mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade, que asseguram a sua observância pelos poderes políticos (executivo e legislativo), abriu-se caminho para um protagonismo judicial que vem despertando a atenção de estudiosos em todo o mundo e, recentemente, também no Brasil.

Dois fenômenos principais podem ser apontados como consequências deste modelo: o ativismo judicial e a judicialização da política e das relações sociais.^[2] Há mesmo quem defenda o surgimento de um novo paradigma no campo da Teoria do Direito para tentar dar conta de tantas transformações, que vem sendo denominado genericamente de *neoconstitucionalismo*.^[3] Apesar das dificuldades de se definir e de se valorar – positiva ou negativamente – tais fenômenos (o que não será objeto deste trabalho), é indiscutível que ambos se fazem cada vez mais presentes e indicam um claro avanço do Poder Judiciário sobre áreas que geralmente eram reconhecidas como próprias da política.

Não obstante a visão otimista de grande parte da doutrina nacional e estrangeira,^[4] fato é que também se observa uma crescente literatura crítica, que retoma em suas objeções a conhecida “dificuldade contramajoritária”,^[5] decorrente do poder que os magistrados possuem para declarar nulos atos elaborados pelos delegatários da soberania popular, não obstante sua origem não-democrática.

A justificativa para a atuação, amparada no argumento de que o *judicial review* serviria como um freio à “tirania da maioria”, enfrenta hoje argumentos complexos, como os desenvolvidos por Jeremy Waldron, para quem não se pode ignorar o desacordo razoável que existe numa sociedade a respeito de questões ligadas a direitos fundamentais.^[6] Para o neozelandês, nestes casos não seria legítimo determinar, dentre as diversas visões existentes (todas elas aceitáveis), a predominância daquela estabelecida pelo judiciário, não só porque isso afronta o princípio democrático,^[7] mas também porque o autor duvida seriamente da existência de uma capacidade superior dos juízes para raciocinar e argumentar levando em conta valores morais (e não propriamente jurídicos).^[8]

Waldron critica também a associação entre a proteção de direitos fundamentais e o “entrincheiramento” dos mesmos em normas constitucionais rígidas. O autor afirma que a crença no livre desenvolvimento da personalidade humana é um dos fundamentos desses direitos. Ao retirá-los do alcance da deliberação política ordinária, com o fim de resguardá-los de eventuais maiorias tirânicas, restariam violadas as bases que subjazem a proteção dos direitos fundamentais. Essa atitude, fundada no pessimismo antropológico, não é compatível com a noção de direitos intrínsecos do ser humano e respeito a sua autonomia.^[9]

Outro viés da crítica contemporânea ao *judicial review* se dá quanto à capacidade epistêmica das instituições judiciais em comparação às legislativas. Nesse sentido, Adrian Vermeule^[10] e Cass Sunstein^[11], partem do mesmo pressuposto – a

pluralidade de membros das instituições, ou o chamado “argumento das muitas mentes” – e debatem sobre as implicações do teorema de Condorcet[12] para a análise da atividade de concretização da constituição levada a termo por diferentes ramos do Estado. Enquanto Sunstein acaba por defender uma concretização judicial dos direitos constitucionais (ainda que pautada pelo comedimento ou ‘minimalismo’ desta instituição), Vermeule defende uma espécie de “constituição codificada”, ou seja, que leis e emendas constitucionais, portanto, instrumentos legislativos, deveriam cumprir a função de interpretar, esclarecer e atualizar a Constituição.

Saindo da perspectiva teórica, salienta-se que práticas constitucionais recentes vêm apontando também para um novo caminho na tentativa de restabelecer o combalido equilíbrio entre o judiciário e os poderes políticos. Estes novos arranjos institucionais vêm sendo chamados de “teorias dialógicas”, e defendem uma visão menos rígida da separação de poderes, baseada na capacidade de se estabelecer um verdadeiro diálogo entre os diversos ramos (legislativo, executivo e judiciário) na busca pela melhor proteção possível aos direitos fundamentais. Neste trabalho, buscar-se-á sistematizar as distintas teorias dialógicas que hoje se apresentam no mundo, para em seguida analisar, por um processo de estudo de caso, a sua concretização em Israel.

Tal opção se deu por determinados motivos, mercedores de questionamento: por que o corpo institucional de sociedades de constituições não escritas foram bem sucedidos em avançar em teorias dos diálogos institucionais? Israel, por exemplo, não se enquadra, de modo perfeito, dentro de uma perspectiva de “novo constitucionalismo da *commonwealth*? O que diferiria o modelo de Israel desse modelo esboçado de teoria dos diálogos institucionais?

2. As teorias dialógicas

Os modelos constitucionais dialógicos consistem em alternativas desenvolvidas, especialmente nos países ligados à *commonwealth*, com o propósito de conciliar uma necessidade cada vez maior de se proteger expressamente direitos individuais com a tradição de supremacia parlamentar construída a partir da matriz britânica.[13]

Nesse grupo de países, observa-se, a partir da década de 1980, a positivação crescente de Declarações de Direitos (*Bills of Rights*), algo que, na tradição constitucionalista franco-estadunidense, teve início ainda no século XVIII, com o advento de Declarações como a da Virgínia (1776) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Alçadas à condição de normas constitucionais, as declarações de direitos foram acompanhadas de garantias judiciais desenvolvidas tanto em sua matriz estadunidense, a partir do início do século XIX (*Marbury v. Madison*, 1803), como na Europa continental, apenas a partir do início do século XX, com o estabelecimento de Tribunais Constitucionais destinados especificamente à guarda da constituição.

A supremacia judicial, que surgiu aos poucos, acompanhando a trajetória histórica do *judicial review*,[14] não encontra campo fértil para florescer em países que vejam no Parlamento o espelho da vontade soberana da nação. É o que ocorre no Reino Unido e

em suas antigas colônias, até hoje ligadas à monarquia britânica pelos laços da *commonwealth*. Esta é, provavelmente, a razão pela qual foram adotadas outras formas de proteção aos direitos individuais. Aqui, apesar de os direitos serem garantidos judicialmente, o Judiciário não recebe o monopólio de decidir acerca de seu verdadeiro alcance.

As distintas teorias do diálogo que surgiram nas últimas décadas procurando responder a este desafio ainda se encontram carentes de uma sistematização completa. Já é possível notar, no entanto, esforços dirigidos neste sentido, como o empreendido por Christine Bateup, que será nosso marco teórico na primeira parte deste trabalho.

Segundo a autora citada, o constitucionalismo estadunidense – onde se manifesta enorme preocupação com a dificuldade contramajoritária, mas não existe qualquer arranjo institucional que permita superá-la – buscou conciliar o princípio democrático com a necessidade de proteção a direitos fundamentais por meio de teorias de interpretação constitucional.^[15] A seu ver, tais esforços não foram bem sucedidos na tentativa de amenizar as tensões provocadas pelo exercício do *judicial review* numa sociedade democrática, algo que só será possível com o recente desenvolvimento do diálogo constitucional.

Dentre as teorias de interpretação constitucional, Bateup destaca três grandes grupos dentro dos quais foram buscadas alternativas que permitiriam legitimar a atuação do Judiciário na defesa do texto constitucional: (i) o primeiro, denominado originalismo, enxerga os juízes como guardiões do sentido original defendido pelos *founding fathers* no momento da elaboração da norma fundamental;^[16] (ii) no extremo oposto, situa-se a teoria capitaneada por Ronald Dworkin, para quem deve ser adotada uma perspectiva substantiva, de proteção, pelos juízes, dos valores morais inseridos na Constituição; (iii) por fim, uma terceira perspectiva, defendida por John Hart Ely, justifica a prática do *judicial review* apenas quando destinada a promover os mecanismos democráticos de representação do sistema político.^[17]

Por razões diversas, Bateup considera todas as três grandes teorias inadequadas a resolver a dificuldade contramajoritária. O originalismo, por ser impossível determinar qual seria a visão dos pais fundadores em relação a diversas questões constitucionais. A esta crítica, pode-se acrescentar a objeção de que uma simples interpretação histórica, tal como defendem originalistas (na Suprema Corte representados por Antonin Scalia e Clarence Thomas), não deveria ser feita por juristas, mas sim por historiadores – e muitas vezes mesmo entre os especialistas da área da História não há consenso sobre como devem ser compreendidos determinados eventos.^[18]

Já Ely não conseguiria explicar por que os direitos ligados à representação democrática devem ter prevalência sobre os direitos materiais, já que ambas as categorias encontram-se protegidas pelo texto constitucional.^[19]

A teoria dos direitos fundamentais de Dworkin falharia por defender uma habilidade especial dos juízes para lidar com argumentos de princípios morais que, ao mesmo tempo em que não reflete a realidade (podendo argumentar-se que outros órgãos, como o legislativo, possuem uma melhor capacidade de raciocínio moral), ignora a existência de enorme desacordo racional quanto ao significado de determinados direitos, sobre os quais podem existir diversas visões conflitantes, mas igualmente aceitáveis.^[20]

Diante do fracasso das tentativas de superar a dificuldade contramajoritária através de empreitadas interpretativas, as atenções voltaram-se, nos últimos anos, para as teorias dialógicas, que buscam resolver esta tensão por meio de arranjos institucionais que prevejam o compartilhamento da tarefa de atribuir significado ao texto constitucional entre o judiciário e outros atores.[\[21\]](#)

Um dos méritos das teorias dialógicas é reconhecer que o *judicial review* não é, de fato, a instituição contramajoritária que se desenhava na academia. O Judiciário, em vez de atuar como um obstáculo à vontade das maiorias, acaba por fazer parte da aliança nacional dominante[\[22\]](#) ou então por enfrentar obstáculos que enfraquecem os efeitos que suas decisões deveriam produzir.[\[23\]](#)

A justificação da prática dialógica, diante deste quadro, possui ao menos três importantes vetores: 1) permite restabelecer o reequilíbrio entre os poderes na busca de uma legitimidade democrática; 2) articula a defesa de um *weak judicial review* como contraponto aos riscos de um ativismo judicial[\[24\]](#), e ainda; 3) assegura a concretização de direitos fundamentais, notadamente em favor de segmentos minoritários.

Importante – para melhor compreensão dessa constelação teórica – a identificação da natureza político-institucional das relações entre poder ali propostas configurar, de vez que é esse desenho que favorecerá a cada qual dos objetivos acima indicados à reformatação do sistema de jurisdição constitucional. Ainda com suporte no trabalho de Christine Bateup, buscaremos sistematizar uma proposta de classificação para as diferentes teorias dialógicas que se apresentam na busca dos propósitos acima afirmados.

2.1 As teorias dialógicas quanto ao método judicial

O elemento central das teorias que têm no método judicial a sede da provocação ao diálogo é o uso consciente, pelo judiciário, de técnicas que permitem ao julgador estimular e encorajar um mais amplo debate quanto ao sentido constitucional, com e entre os poderes políticos. Aponta BATEUP sub-categorias dentro desse grande vetor:

a) Teorias de “aconselhamento” judicial

Conjugam-se sob essa indicação as teorias dialógicas nas quais o judiciário se vale de técnicas de interpretação e de construção da decisão que se revelem proativas, e que recomendem específicos cursos de ação aos poderes políticos, por meio dos quais se terá afastado o risco de violação constitucional.

Sob essa mesma classificação se podem incluir as decisões identificadas como *constitutional roadmaps*, onde o judiciário pronuncia a inconstitucionalidade, mas aponta os caminhos possíveis de tratamento da referida matéria de modo a permitir a atuação corretiva dos demais poderes (notadamente o legislativo).

Ainda no mesmo subgrupo, as decisões em que o judiciário não pronuncia a inconstitucionalidade, mas indica as fragilidades da solução existente, num estímulo à atuação corretiva, ou ainda aponta os limites a partir dos quais se adentrará na zona proibida da violação constitucional.

Inequívoca a semelhança das categorias apontadas com outra que já frequentam a doutrina nacional, a saber, o “apelo ao legislador” (importado da jurisprudência alemã)^[25], e ainda a pronúncia do chamado trânsito para a inconstitucionalidade.

b) Teorias centradas no processo

Nessa categoria de teorias dialógicas, o juiz constitucional privilegia considerações quanto à suficiente atenção, de parte dos agentes de poder, à adequada deliberação em decisões políticas que podem afetar valores constitucionais substantivos. Registre-se que, muito mais do que uma preocupação formal, quanto às regras processuais da deliberação legislativa, essas teorias buscam investigar se o legislativo teve a devida consideração com temas como direitos fundamentais, oferecendo a cada matéria a atenção, aprofundamento e maturação que sua complexidade reclame. O judiciário, no entanto, não deve adentrar no mérito da questão, mas limitar-se a verificar se o legislativo tomou as cautelas procedimentais que deveria ter.

O cerne do diálogo, nas referidas teorias, reside no fato de que a pronúncia de inconstitucionalidade permitirá ao legislativo lançar um segundo olhar sobre um tema que, na compreensão da Corte Constitucional, tenha sido tratado de forma apressada, ou superficial, sempre em risco à legitimidade da decisão.

Para alguns teóricos, a busca pelo segundo olhar acentua o sentido dialógico das teorias centradas no processo, porque pressupõe uma resposta de parte do legislativo à pronúncia de inconstitucionalidade; e mais ainda, um segundo momento (possível) de apreciação judicial à nova solução legislativa cunhada pelo Parlamento.

c) Minimalismo judicial

Essa categoria se diferencia substantivamente das anteriores porque, em vez de apostar numa atitude positiva de provocação ou estímulo do judiciário à resposta do legislativo, trilha o sentido oposto e preconiza justamente que o julgador limite sua intervenção de forma a deixar mais espaço ao parlamento para o desenvolvimento da função que, na repartição constitucional de poderes, lhe é própria. Inequívoca a proximidade dessa abordagem com as virtudes passivas recomendadas por Bickel.

O maior expoente no apoio ao minimalismo, no cenário norte-americano, é Cass Sunstein, que aponta como virtudes do pronunciamento seu caráter restritivo e raso, dos quais resultam o imperativo de que a decisão, tanto quanto possível, não se aplique a outros casos distintos do examinado e contemple o mínimo de aplicação e configuração de princípios básicos.

2.1.1 Análise crítica

Em linhas gerais, a crítica apontada – com as devidas adaptações a cada qual das modalidades – às teorias relacionadas ao método judicial, diz respeito à sua aposta na existência de uma verdadeira intenção de colaboração e intercâmbio entre as estruturas formais de poder, de modo que o judiciário efetivamente se veja sensibilizado ao desenvolvimento de uma pedagogia constitucional[26], e o legislativo se mostre igualmente aberto a receber essas mesmas lições, incorporando-as no desenvolvimento de suas deliberações.

Aponte-se ainda a objeção de que no cerne das teorias relacionadas ao método judicial, reside uma autoridade maior reconhecida à compreensão judicial do sentido constitucional – disso decorrendo sua prerrogativa de orientar ou estimular ou provocar o legislador a uma atuação corretiva. Ter-se-ia portanto uma preferência pela avaliação judicial do verdadeiro sentido constitucional – e não propriamente um diálogo, na medida em que o que caberia ao destinatário da comunicação (legislativo) apenas acatá-la com os devidos procedimentos retificadores.

Em que pese a importância do destaque de que tais teorias privilegiam, efetivamente, à compreensão judicial do sentido do Texto Fundamental, não se pode olvidar que o de que se está cogitando é de *judicial review* e modos pelos quais ele possa ser exercido com o mínimo de comprometimento democrático. Ora, é da essência mesmo da jurisdição constitucional o reconhecimento, em condições mais ou menos amplas, da prerrogativa judicial de contraste entre a atividade legislativa e o sentido constitucional, de modo que essa última objeção em verdade não se dirige propriamente às teorias dialógicas centradas no método, mas ao *judicial review* em si.

2.2. Teorias estruturais de diálogo

O grupo de teorias afinadas com a reflexão estrutural tem em conta menos o método de construção da decisão judicial, e mais as formas pelas quais se podem cunhar as relações entre estruturas, por intermédio de mecanismos institucionais ou políticos que permitam oferecer resposta a uma decisão que gere desacordo.

Bateup destaca, ainda, que a maior possibilidade de sucesso nas teorias estruturais de diálogo aparece quando elas não pretendem reconhecer um valor especial (preponderante) para as deliberações feitas pelos juízes, e sim quando sugerem possibilidades de contribuições igualmente importantes por cada um dos ramos do poder.[27]

2.2.1 Teorias de construção coordenada

Incluem-se nessa categoria as teorias que reconhecem a identificação do sentido constitucional como uma tarefa compartilhada entre os diversos braços do poder, derivadas do pensamento político de Madison e Jefferson. Nesta perspectiva, o papel de interpretar a constituição é repartido entre os poderes, que terão supremacia na atribuição de sentido ao texto constitucional dentro de seu respectivo âmbito de competências.

O risco de reconhecer diversas fontes autorizadas para realizar a tarefa de interpretação constitucional é, como apontado por Schauer e Alexander, o de se levar a uma situação de anarquia, em que ninguém saiba ao certo qual a interpretação predominante.[\[28\]](#) Alguns autores recentes, como Neal Devins e Louis Fisher, buscam driblar essa objeção, ao defender um processo de controles recíprocos entre os diversos poderes, incluindo-se a Suprema Corte.[\[29\]](#)

Na medida em que todos os ramos do governo estão sujeitos a produzir interpretações equivocadas, reconhecer um papel de fiscalização recíproco ajuda a diminuir a probabilidade de engano, ao mesmo tempo em que reconhece ao judiciário a possibilidade de provocar o debate sobre o significado da constituição. Apenas se a sua interpretação for além dos limites colocados pela separação de poderes ou pela própria sociedade é que haverá controle sobre suas decisões. E, ainda assim, caso a inércia legislativa sobre determinada matéria seja especialmente grave, ou haja interesse em transferir para o judiciário o ônus de decidir sobre determinada questão, ele permanecerá fora do controle dos poderes políticos.[\[30\]](#)

2.2.2 Teorias de princípios jurídicos

As teorias incluídas nesta categoria têm em comum o reconhecimento de que o judiciário possui uma competência institucional especialmente voltada para decidir questões relacionadas a princípios jurídicos.[\[31\]](#) Na hipótese de erro na interpretação judicial de tais questões, haveria o controle pelos poderes políticos, fazendo surgir, assim, a presença do diálogo.[\[32\]](#)

O problema geral destas teorias é que elas não fortalecem um diálogo substantivo, mas sim uma prevalência da visão apresentada pelo judiciário, que poderá ou não encontrar aquiescência por parte do legislador. Duas possibilidades dentro desta perspectiva são (i) o desenvolvimento de uma teoria que analise os controles políticos sobre o judiciário, ou (ii) a análise da contribuição substantiva que o legislativo pode oferecer em especial na elaboração de políticas públicas.

a) Princípios e controle político sobre a corte

Esta teoria sustenta que, apesar da posição privilegiada do judiciário para lidar com questões de princípios, a possibilidade de erro deve ser levada em consideração, e o papel de fiscalizar o bom desempenho desta habilidade por parte dos juízes é atribuído aos poderes políticos. Esta é a ideia defendida, paradigmaticamente, por Alexander Bickel, e que vai encontrar acolhida no dispositivo mais citado como exemplo de mecanismo institucional de diálogo constitucional: a cláusula não obstante (seção 33) da Constituição canadense de 1982.

A crítica que se faz a tal teoria é a de que ela contém uma contradição em si mesma: afinal de contas, qual a vantagem de reconhecer o papel de controle pelos poderes políticos se os juízes têm uma competência especial para lidar com questões de princípio? Ademais, se os poderes políticos devem corrigir os erros cometidos pelo judiciário, isso não elimina a necessidade de uma teoria interpretativa que permita identificar qual a verdadeira resposta correta (sem a qual não haveria como identificar eventuais erros judiciais).[\[33\]](#)

b) Princípio e articulação legislativa da política

Outra possibilidade dentro das teorias de princípios é lançar o foco não para a possibilidade de os poderes políticos corrigirem a atuação do judiciário, mas para a contribuição do legislativo na formação de um diálogo substantivo, graças à sua competência institucional para lidar com a elaboração de políticas públicas. Assim, questões sobre como conciliar múltiplos objetivos concorrentes em uma sociedade, que são tipicamente o campo de atuação do legislador, conferem a ele especial competência para decidir sobre tais matérias. O diálogo, nesta perspectiva, surge quando o legislativo articula uma questão de princípio decidida pelo judiciário com uma visão mais ampla dos objetivos políticos.[\[34\]](#)

Mais uma vez, a experiência institucional canadense fornece um exemplo de aplicação prática de uma teoria relacionada à prática do diálogo, ao estabelecer, na seção 1 de sua Carta de Direitos, uma cláusula que permite ao legislador estabelecer restrições aos direitos ali garantidos, desde que de maneira razoável, tal como possa ser demonstrado em uma sociedade livre e democrática.[\[35\]](#)

Mais uma vez, a teoria falha por reconhecer no judiciário uma capacidade superior para lidar com questões de direitos, e o diálogo continua tendo este ramo do poder como eixo central, relegando o legislativo a um papel marginal, com atuação exclusivamente passiva ou reativa.[\[36\]](#) A esta objeção pode acrescentar-se outra, consistente na dificuldade de estabelecer de forma objetiva a extensão dos limites razoáveis que possam ser impostos aos direitos,[\[37\]](#) bem como a necessidade de se justificar a última palavra quanto à aceitabilidade ou não da restrição.

2.2.3 Teorias de equilíbrio

A última das possibilidades dentro do conjunto de teorias estruturais de diálogo é chamado por Bateup de “teorias de equilíbrio” (*equilibrium theories of dialogue*). Nesta rubrica são colocadas as concepções que não reconhecem ao judiciário qualquer capacidade especial para lidar com questões de direitos. Os juízes devem apenas atuar como uma das instâncias de discussão, de maneira a permitir que a sociedade, como um todo, alcance a concepção que ela entenda como a melhor possível.[\[38\]](#)

Um dos defensores desta teoria é Barry Friedman, que sustenta a ideia de que o judiciário dificilmente se coloca contra uma visão esmagadoramente predominante na sociedade. Se for este o caso, a aprovação de novas leis acabará por pressionar o judiciário a rever seu entendimento.[\[39\]](#) Esta teoria se diferencia das anteriores por não atribuir valor especial ao judiciário, preocupando-se mais com a forma como atores judiciais e não-judiciais podem aprender, debater e modificar seus entendimentos sobre direitos a partir do diálogo estabelecido entre eles.[\[40\]](#)

Do ponto de vista normativo, Bateup já considera as teorias de equilíbrio melhores do que as demais, pois a moderação judicial serviria como apoio na busca por respostas sobre o correto significado da constituição aceitas pela sociedade em geral. Já descritivamente, a teoria seria falha, pois não explica, como pretendem seus defensores, a prática constitucional estadunidense, em que a participação dos cidadãos no debate é bem inferior ao quadro descrito. Por esta razão, sua busca é por uma teoria que permita não apenas permitir uma maior participação de todos os poderes na afirmação do significado das disposições constitucionais, como, ao mesmo tempo, sirva como incentivo à incorporação da cidadania no diálogo constitucional futuramente.[\[41\]](#)

Este incentivo à participação popular na construção de sentido das normas constitucionais pode ocorrer, por exemplo, através de declarações escritas de direitos. Tais dispositivos teriam a importância de criar uma cultura de direitos humanos na qual todos os membros da sociedade são convidados para participar da determinação de seu conteúdo. Com isso, teria origem um diálogo de longo prazo, próprio do sistema norte-americano, e distinto do canadense, onde mecanismos institucionais permitem um outro tipo de diálogo – de curto prazo – no qual a participação popular pode ser mais difícil de ser alcançada.[\[42\]](#)

A única falha desta teoria seria a de não fornecer um conceito completo do papel do *judicial review* no constitucionalismo democrático. Como sugere Mark Tushnet, a descrição feita é própria dos Estados Unidos, e dificilmente poderá ser transplantada para outros sistemas, nos quais não haja as mesmas características institucionais. Outra falha desta visão decorreria do fato de que sua tentativa de englobar toda a sociedade no diálogo acabaria por ignorar o diálogo institucional estabelecido entre o judiciário e os poderes políticos, o qual seria especialmente comum acerca das questões de menor apelo popular (que, diferentemente das questões mais controversas, não seriam capazes de atrair a atenção das massas para a participação no diálogo).[\[43\]](#)

2.2.4 Teorias de parceria

A outra face da teoria do equilíbrio – que, como dito, volta suas atenções especialmente para a criação de um diálogo amplo na sociedade – consiste na “teoria da parceria”, que enxerga nos mecanismos institucionais a melhor maneira de fortalecer o diálogo constitucional. Para esta teoria, as contribuições do judiciário e dos poderes políticos acerca do significado dos dispositivos constitucionais são estruturalmente diferentes. Assim, tem-se que o judiciário, por suas atribuições típicas e por seu isolamento político, coloca-se em uma posição de vantagem para identificar situações em que os objetivos fixados pelo legislador restrinjam indevidamente direitos individuais (questões de princípios), sem que isso acarrete uma maior competência para resolver o desacordo sobre o significado dos direitos.[\[44\]](#)

A combinação das duas perspectivas – a legislativa, acostumada ao estabelecimento de políticas coletivas, e a judicial, destinada precipuamente à interpretação do significado individual das disposições de direitos – seria precisamente o caminho para que o diálogo possa servir como instrumento de fortalecimento dos direitos fundamentais.[\[45\]](#)

Esta concepção possibilita uma resposta satisfatória à objeção contramajoritária em um plano institucional, dado que a posição do judiciário não é considerada superior à dos demais poderes. De fato, elas são tidas como complementares. Não há, no entanto, qualquer garantia de que o diálogo funcionará da forma prevista, pois isso dependerá de um compromisso do legislador de se engajar na forma prescrita de diálogo, em vez de simplesmente submeter-se às opiniões emitidas pelos juízes.

Ademais, no plano normativo, afirma Bateup sua incompletude, pois a teoria ignora a dimensão social do diálogo em detrimento de aspectos institucionais. E é na combinação das duas dimensões que ela fundamenta aquela que entende como a melhor concepção de diálogo, analisada a seguir.[\[46\]](#)

2.3 Fusão dialógica

A visão que Bateup considera a mais promissora dentro das teorias dialógicas é por ela chamada de “fusão dialógica”. A expressão cunhada justifica-se pelo fato de a proposta consistir precisamente na combinação de elementos próprios de cada uma das duas últimas teorias apresentadas: teorias de equilíbrio e de parceria, de maneira a permitir uma reconciliação entre as preocupações democráticas e o modelo de parceria (que, lembre-se, cuidava apenas de aspectos institucionais). E mais, esta via permite uma melhor compreensão dos aspectos institucionais e sociais do diálogo, bem como da forma como os diferentes atores participam da construção do significado da constituição.[\[47\]](#)

À concepção institucional mais delimitada oferecida pelas teorias de parceria, a fusão dialógica acrescenta um exame do papel do judiciário de facilitador da discussão dentro da sociedade dos temas centrais do constitucionalismo. O resultado seria a possibilidade de se alcançar um consenso mais resistente e aceito pelos próprios cidadãos, algo que já era defendido pelas teorias de equilíbrio.

Restam indefinidos os caminhos que cada sistema jurídico deverá seguir, a fim de fortalecer a atuação tanto dos poderes políticos como do judiciário diante do desafio de oferecer respostas aceitáveis a questões extremamente controversas acerca do real significado dos direitos constitucionalmente assegurados. Se, por um lado, o legislativo possui uma maior habilidade para lidar com questões de políticas públicas de longo alcance, o judiciário encontra-se em uma posição favorável para tratar de casos com uma repercussão menos abrangente, como também para alertar o legislador sobre efeitos imprevistos de uma determinada medida, levando à construção de respostas cada vez mais aceitáveis pela população.[\[48\]](#)

3. O caso israelense

No debate envolvendo questões como ativismo judicial, judicialização da política e das relações sociais e diálogo institucional, a teoria constitucional desenvolvida em Israel é citada frequentemente como fonte de desenvolvimentos acadêmicos e políticos relevantes.[\[49\]](#) Este destaque surge como consequência de uma “revolução constitucional” desenvolvida a partir dos anos 1990, que despertou intenso debate acerca do papel adequado de cada um dos ramos do poder e que será descrito a seguir.

3.1 O surgimento do constitucionalismo em Israel

O Estado de Israel surgiu politicamente em 1948, como parte dos esforços das Nações Unidas para reorganizar o mundo após o término da 2ª Grande Guerra. Desde o seu surgimento, teve de lutar contra os estados árabes, que se recusaram a reconhecer a sua existência, a despeito de sua admissão na ONU já em 1949.

Politicamente, Israel adota a forma de uma democracia representativa, com um sistema parlamentarista de governo. Nele, o Presidente exerce o papel de Chefe de Estado, com atribuições na maior parte das vezes simbólicas, e o Primeiro Ministro ocupa as chefias de Governo e do Gabinete. O principal órgão representativo é o Parlamento, conhecido como *Knesset*, composto por 120 integrantes eleitos por sufrágio direto e universal.

O estado israelense até hoje não possui uma Constituição escrita. A partir de sua criação o *Knesset* cuidou de estabelecer as normas de organização do poder em diversas leis, divididas por matéria, que possuem o *status* de normas constitucionais, e que deverão representar, cada uma delas, um dos capítulos da futura Constituição israelense. Tais atos podem ser identificados pela expressão que os denomina: *Basic Laws*.[\[50\]](#)

A primeira *Basic Law* foi elaborada em 1958, e trata justamente do principal órgão político israelense: o *Knesset*. A partir de então, até o início dos anos 1990 foram aprovados apenas mais oito diplomas, todos eles destinados a cuidar principalmente de aspectos organizacionais do Estado de Israel.

Apesar da denominação de *Basic Laws* (que pode ser traduzida por algo como leis fundamentais), a hierarquia normativa desses atos sempre foi bastante controversa. Não existe qualquer disposição que assegure sua supremacia em relação às leis ordinárias, embora este valor privilegiado tenha sido afirmado pela Suprema Corte israelense – a *High Court of Justice* (HCJ) – em 1969, na decisão que é considerada como o *Marbury v. Madison* israelense (inclusive por conta da polêmica que despertou).[\[51\]](#)

A dificuldade em se aprovar uma constituição escrita, e, mais especificamente, disposições relativas a direitos fundamentais, de acordo com Hanna Lerner, deve-se principalmente ao acentuado conflito entre uma visão liberal-secular e os defensores de uma sociedade religiosa, que lutam para encontrar o ponto de equilíbrio em uma sociedade que se define, ao mesmo tempo, como “democrática e judaica”[\[52\]](#).

O conflito secular-religioso levou a arranjos de repartição de poder[\[53\]](#) na sociedade israelense, a fim de alcançar uma estabilidade institucional que se amparava na inexistência de decisões definitivas acerca das questões mais controversas. Justamente por não haver consenso dentro da sociedade é que se optou por não consolidar escolhas polêmicas em um texto supremo e rígido, deixando para o debate parlamentar a função de definir, provisoriamente (a cada legislatura, pelo menos), as regras fundamentais da sociedade.[\[54\]](#)

Por esta razão, o primeiro *Knesset* abriu mão de sua função de assembleia constituinte, aprovando uma Resolução, conhecida como Compromisso Harari (em homenagem ao deputado Haim Harari, que a propôs), segundo a qual caberia ao Comitê Constitucional de Direito e Justiça elaborar separadamente os capítulos da futura Constituição israelense e levá-los à votação do *Knesset* à medida que estivessem prontos.[\[55\]](#)

O Compromisso Harari, desta maneira, foi capaz de pacificar os partidos religiosos, que defendiam a supremacia da Halacha, a lei judaica, sobre qualquer sistema jurídico elaborado pelo Estado, e os partidos seculares, que defendiam a separação entre religião e Estado em Israel. A estabilidade foi conquistada por meio da não adoção de uma constituição escrita, reflexo da necessidade de se evitar decisões definitivas (ou, pelo menos, compromissos de longo prazo) a respeito de questões controversas sobre a própria natureza do Estado.[\[56\]](#)

Este arranjo, porém, não se mostrou duradouro. Com o passar dos anos, acentuou-se o conflito secular-religioso, que atingiu o ápice nos anos 1990. O Judiciário começou a adotar uma postura mais ativa, em defesa de uma visão liberal-secular, e encontrou um *Knesset* passivo, que não reagiu a decisões que interferiam no *status quo* até então estabelecido.[\[57\]](#)

Até que, em 1992, teve início a “revolução constitucional”, com a aprovação das duas primeiras *Basic Laws* destinadas a proteger direitos fundamentais: a *Basic Law: Human Dignity and Liberty* e a *Basic Law: Freedom of Occupation*. Um dos fatores que contribuíram decisivamente para a aprovação destes atos foi o crescimento de partidos religiosos, que se fez acompanhar do sentimento, por parte da burguesia liberal-secular, de necessidade de consolidar direitos civis e humanos em documentos jurídicos.[\[58\]](#)

A cisão ideológica ainda existente impediu que as declarações de direitos israelenses fossem muito abrangentes, de maneira que ficaram de fora direitos como liberdade de expressão e igualdade. Mas a falta de previsão expressa não impediu que a Suprema Corte israelense, em uma série de julgamentos, afirmasse, ainda que como *obiter dicta*, a sua proteção através da previsão do direito à dignidade humana.[\[59\]](#)

É inegável que, a partir da aprovação dessas duas declarações de direitos, a Suprema Corte passou a exercer um papel muito mais ativo do que o usual. A supremacia das *Basic Laws* – não obstante terem sido aprovadas por maioria simples – foi reafirmada pela HCJ, por meio da decisão *Bank Hamizrahi v. Migdal Cooperative Village*.[\[60\]](#) Alguns autores afirmam que teria ocorrido uma “revolução constitucional” no direito israelense a partir deste momento. O mais destacado defensor desta mudança de perspectiva é, certamente, Aharon Barak, professor convidado nas faculdades de Yale e Toronto e ex-integrante da Suprema Corte, responsável direto por muitas das decisões que afirmaram o papel destacado dos juízes no funcionamento da democracia israelense.[\[61\]](#)

Mas o protagonismo dos juízes conquistado em Israel despertou diversas críticas.[\[62\]](#) Veja-se, por exemplo, trecho de um discurso proferido por um integrante do *Knesset* em 1997, após uma decisão da Suprema Corte israelense que anulava parte de uma lei aprovada pelo Legislativo:

Até agora, há um *status quo* entre a Suprema Corte e o Knesset. Cada um dos poderes esforçou-se em não se imiscuir nos assuntos do outro. Eu considero que a Suprema Corte está decidindo uma questão muito séria... Talvez nesta ocasião um dispositivo insignificante esteja sob discussão, mas, daqui por diante, eles [os juízes] estarão aptos para invalidar leis significativas, e então uma nova realidade será criada... Essa decisão abre o caminho para a intervenção na atividade legislativa do Knesset. Essa intervenção não se justifica, e o Knesset tem que posicionar-se sobre a questão... O Knesset é soberano, não a Corte. A Corte pode recomendar que o Knesset altere a lei que a Corte sinta estar em contradição com as Leis Fundamentais, mas ela não pode revogar a lei por sua própria iniciativa. [\[63\]](#)

Na doutrina, também numa perspectiva de crítica ao ativismo judicial praticado em Israel, pode-se citar o juiz Richard Posner, que, ao fazer uma resenha de um dos livros de Barak, intitula o ex-juiz israelense de “déspota esclarecido”.[\[64\]](#) Ran Hirschl é outro autor que apresenta uma perspectiva crítica em relação à postura do Judiciário israelense, afirmado que todas as questões relacionadas a políticas públicas foram transformadas em questões jurídicas depois da “revolução constitucional” como uma forma de colocar fora da disputa política os valores considerados fundamentais pelo pensamento neoliberal.[\[65\]](#) Barak-Erez, por sua vez, questiona a relevância do controle exercido pela HCJ, pois, segundo ela, as características sócio-políticas do país fazem com que as decisões mais controversas sejam aplicadas apenas em casos excepcionais, mas não na vida cotidiana da sociedade.[\[66\]](#)

A despeito das críticas, o fato é que houve, em Israel, uma enorme expansão do poder dos juízes. A Suprema Corte daquele país é especialmente aberta a questionamentos sobre as leis ordinárias, permitindo que praticamente qualquer cidadão, sem qualquer interesse especial na causa, levante a discussão, em abstrato, sobre a aplicação ou não de uma determinada provisão legal, desde que estejam em jogo direitos humanos.[\[67\]](#)

Mas esse avanço do judiciário israelense sobre questões antes vistas como políticas levou, como afirmam Doron Navot e Yoav Peled, a uma verdadeira contra-revolução, capitaneada pelos últimos Ministros da Justiça, Daniel Friedman (2007-2008) e Yaakov Ne'eman (a partir de 2009). Ambos se propuseram a reduzir os poderes dos tribunais, amparados em forte apoio dos neoconservadores e da população em geral, que abraçaram o discurso de que a proteção dos direitos humanos pela HCJ estaria servindo como mecanismo de proteção dos palestinos (e dos árabes em geral), em detrimento dos soldados israelenses mortos em combate. Com isso, coloca-se atualmente em xeque a posição de destaque que o judiciário – notadamente através das decisões da HCJ – logrou alcançar ao longo, principalmente, das duas últimas décadas do século XX.[\[68\]](#)

3.2 Teorias dialógicas em Israel

Diante da combinação entre um forte ativismo judicial e uma tradição (ainda que recente) de respeito à supremacia parlamentar, compatível com o sistema parlamentarista de governo adotado em Israel, percebe-se que o terreno ali é especialmente fértil para o florescimento de teorias dialógicas. E foi o que se observou logo após um caso rumoroso, que levou o parlamento israelense decidiu adotar um dos mecanismos de diálogo previstos na Constituição canadense, o *legislative override*, embora com uma abrangência bastante inferior àquela observada no Canadá.

Tudo começou com uma decisão da Suprema Corte que invalidou um ato do governo que havia negado licença para uma empresa que visava à importação de carne congelada não-*kosher*. O tribunal entendeu que a medida feria a liberdade de profissão, assegurada pela *Basic Law: freedom of occupation*. Esta decisão desagradou partidos conservadores, que conseguiram aprovar, em 1994, uma modificação na própria *Basic Law: freedom of occupation*. Por meio desta alteração, foi introduzido um artigo (o oitavo), que permite ao *Knesset* aprovar uma norma mesmo que ela seja contrária àquela declaração de direitos, bastando para isso que haja manifestação de maioria absoluta de seus membros.[\[69\]](#)

A inspiração foi justamente a cláusula não-obstante contida na Constituição canadense. Quinze anos após a sua introdução no sistema constitucional israelense, encontra-se registro de uma única utilização, não por acaso, justamente por ocasião da aprovação da lei que tratava do tema que levou à sua implantação – a proibição de importação de carne não-*kosher* – o que se deu logo após a alteração da *Basic Law*, ainda em 1994. Desde então não houve mais qualquer uso do mecanismo, que permanece existente apenas na teoria, o que é suficiente para que se possa falar em aplicação de alguma forma de diálogo em Israel.[\[70\]](#)

Em que pese a pequena utilização do mecanismo de diálogo institucional concebido em 1994, deve-se atentar para o fato de que a inexistência de uma Constituição escrita e rígida facilita a existência de um diálogo entre o legislativo e o judiciário. É que, concebido o diálogo como a capacidade do legislativo de dar uma resposta, em tempo rápido, a determinadas decisões do judiciário (notadamente aquelas que declaram inválidos atos parlamentares), a ausência de rigidez do texto constitucional israelense permite que maiorias parlamentares simples façam prevalecer a vontade do *Knesset* sobre a da Suprema Corte.

Nas últimas décadas houve algumas questões envolvendo a Suprema Corte israelense e o *Knesset*, especialmente em matéria eleitoral, que comprovam a tese exposta acima. A lei fundamental que trata da estrutura do Parlamento (*Basic Law: The Knesset*), estabelece que seus membros serão eleitos por meio de eleições proporcionais “gerais, nacionais, diretas, iguais e secretas”, e que esta mesma provisão só pode ser alterada por maioria dos membros do *Knesset* (ou seja, maioria absoluta dos parlamentares).

Com base neste dispositivo, a Suprema Corte israelense invalidou duas normas sobre eleições: uma de 1969, que tratava do financiamento público dos partidos políticos, e outra de 1981, sobre o tempo de televisão e rádio destinado às agremiações partidárias. Em ambos os casos, o fundamento jurídico das decisões foi, entre outras questões, a inexistência do quórum qualificado previsto na *Basic Law*. E, em ambos os casos, a resposta do *Knesset* foi justamente a de reaprovar as normas invalidadas, observada a exigência de maioria absoluta na sua votação.^[71]

Notam-se importantes diferenças entre o sistema canadense e o israelense. A principal delas reside na abrangência com que podem ser utilizados os mecanismos de *legislative override*: enquanto no Canadá quase todos os direitos previstos na Declaração de Direitos podem ser suplantados, em Israel apenas a liberdade de profissão está aberta à deliberação legislativa, e mesmo assim o uso deste mecanismo só aconteceu uma única vez, em quinze anos desde sua implementação. Por outro lado, o processo de aprovação de emendas à Constituição canadense (Carta de Direitos e Liberdades de 1982) é bem mais rígido do que o previsto em Israel, onde não há sequer uma Constituição escrita, e, quando muito, exige-se maioria absoluta para a alteração das *Basic Laws*.

4. Conclusão

A pesquisa jurídica dedicada ao estudo do controle de constitucionalidade das leis em diferentes ordenamentos jurídicos vem se debruçando sobre o surgimento de sistemas dialógicos, que pregam uma atividade de cooperação entre os poderes políticos e o judiciário a fim de conferir uma maior (e melhor) proteção aos direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos. Tais sistemas, desenvolvidos principalmente em países ligados à *commonwealth*, ainda demandam uma sistematização que possibilite um exame pormenorizado de suas características.

Christine Bateup buscou sistematizar as diferentes teorias dialógicas dividindo-as em dois grandes grupos: teorias prescritivas (geralmente dirigidas ao método judicial), que

reconhecem no judiciário uma capacidade especial de lidar com questões de direitos, e teorias positivas (centradas em aspectos estruturais de diálogo), que destacam o papel do legislador e o aspecto democrático na interpretação da constituição. Com base nas diferentes categorias, sugere que a fusão entre teorias de equilíbrio e de parceria pode fornecer o melhor conceito de diálogo, por permitir o aproveitamento do melhor que cada aspecto tem a oferecer na efetivação de direitos.

Analisando a experiência israelense, pode-se identificar na seção 8 da *Basic Law: freedom of occupation* um mecanismo institucional de diálogo, que permite ao legislativo oferecer uma resposta ao judiciário, determinando que uma norma aprovada democraticamente será considerada vigente mesmo que contrarie um dispositivo inserido naquela lei fundamental. Aplicando as categorias desenhadas por Bateup, esta cláusula se coaduna com uma teoria de equilíbrio, pois permite que o legislativo faça prevalecer seu entendimento sobre o do judiciário.

No entanto, o fato de a seção 8 da *Basic Law* ter sido utilizada apenas uma única vez (justamente no caso que levou à sua introdução), aliado ao intenso debate em torno do ativismo judicial praticado pela Suprema Corte israelense, parece indicar que ainda predomina, por lá, a visão segundo a qual o judiciário possui, efetivamente, uma capacidade especial para lidar com questões ligadas a direitos, mesmo que a sua solução por esta via não seja capaz de reduzir o desacordo existente entre as diferentes compreensões, acentuadas sobremaneira em uma sociedade que pretende ser, ao mesmo tempo, democrática e judaica (ou seja, simultaneamente inclusiva e exclusiva). Parece apropriado o debate sobre as teorias de parceria, que voltam seus olhos para a forma como o diálogo constitucional permite deflagrar uma discussão mais ampla e profunda sobre questões ligadas a direitos, resultando, assim, em respostas cada vez mais aceitáveis por todos.

O exame das experiências alienígenas parece, ainda, enriquecedor para compreender a prática brasileira, onde pouco se costuma contestar a supremacia judicial na interpretação das leis mas, paradoxalmente, a facilidade existente para a aprovação de emendas constitucionais permite ao legislador oferecer respostas relativamente rápidas a decisões judiciais das quais ele discorde. Vale destacar, no entanto, que esta forma de diálogo (a nosso ver classificada como estrutural) vem se mostrando efetiva em questões ligadas aos interesses do governo ou de natureza eleitoral, mas não em questões ligadas à proteção efetiva dos direitos fundamentais.

5. Referências Bibliográficas

BARAK, Aharon. The Role of the Supreme Court in a Democracy. *Israel Studies*, vol. 3, n. 2, 2007, disponível para download em <http://www.aharonbarak.com/?l=en&a=20937>, acesso em 06/07/2009.

BARAK-EREZ, Daphne. Judicial Review of Politics: The Israeli Case. *Journal of Law and Society*, vol. 29, n. 4, dec. 2002.

_____. The international law of human rights and constitutional law: a case study of an expanding dialogue, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n. 4, 2004

BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, in *Atualidade Jurídicas*, n. 4, jan/fev 2009, disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, acesso em 01/08/09.

_____. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATEUP, Christine. “The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue”, in *Brooklyn Law Review*, vol. 71, nº 3.

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

CARBONBELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003

_____. *Teoria del neoconstitucionalismo*, Madri: Trotta, 2007.

DAHL, Robert. “Decision Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker”, in *Journal of Public Law*, n. 6, 1957.

DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto. *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008

DOR, Gal, “Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective”, in *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 10, 2000.

GARDBAUM, Stephen. “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, in *American Journal of Comparative Law*, n. 49, 2001.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

_____. “The Socio-Political Origins of Israel's Juristocracy”, in *Constellations*, vol 16, n. 3, 2009.

KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Harvard University Press, 2004.

LERNER, Hanna. “Democracy, Constitutionalism, and Identity: The Anomaly of the Israeli Case”, in *Constellations*, vol 11, n. 2, 2004.

_____. “Entrenching the Status-Quo: Religion and State in Israel's Constitutional Proposals”, in *Constellations*, vol. 16, n. 3, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, 4^a edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

NAVOT, Doron e PELED, Yoav. “Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel?”, in *Constellations*, vol. 16, n. 3, 2009.

NAVOT, Suzie. Procedural Principles of Judicial Review: An Analysis of Israel's New Model. *The Seventh Joint Annual Exchange and Conference: Judicial Review in Comparative German-Israeli Perspective*, pp. 105-123, Baden Baden, Germany, 2004. Disponível para download em <http://ssrn.com/abstract=1367595>, acesso em 06/07/2009.

POSNER, Richard. Review: Enlightened Despot. *The New Republic*, 23/04/2007, disponível em <http://www.aharonbarak.com/?l=en&a=20925>, acesso em 06/07/2009.

QUARESMA, Regina et all. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009;

ROSEMBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2nd edition. Chicago/Londres: Chicago University Press, 2008.

ROSEN, Jeffrey. *The Most Democratic Branch: How the Courts Serve America*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2006.

SALZBERGER, Eli M. *Judicial Activism in Israel*, disponível para download em <http://ssrn.com/abstract=957849>, acesso em 17 de julho de 2009.

SCHAUER, Frederick e ALEXANDER, Larry. "On Extrajudicial Constitutional Interpretation", in *Harvard Law Review*, vol. 110, n. 7, 1997.

SOMMER, Hillel, "Democracy vs. Rule of Law: Does the Court Really Control the Elected Legislature?", in *Judicial Review in Comparative German-Israeli Perspective*, 2004, disponível para download em <http://ssrn.com/abstract=701902>, acesso em 05 de Janeiro de 2008.

STEPHANOPOULOS, Nicholas. *The Case for the Legislative Override*. *Yale Law School Student Scholarship Papers*, 2005. disponível para download em http://digitalcommons.law.yale.edu/student_papers/4, acesso em 06/07/2009.

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

_____. “Second Amendment Minimalism: Heller as Griswold”, in *Harvard Law Review*, n. 122, 2008.

_____. *A Constitution of Many Minds: why the founding document doesn't mean hat it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TREMBLAY, Luc. “Le Fondement Normatif du Principe de Proportionnalité en Théorie Constitutionnelle”, in *EUI Working Paper Law 2009/04*, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1421769, acesso em 10/08/09.

_____; WEBBER, Grégoire, “Introduction: La Fin de Oakes”, disponível para download em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434125, acesso em 01/08/09

VERMEULE, A. *Law and the Limits of Reason*. New York: Oxford University Press, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “A Moralidade da Constituição e os limites da Empreitada Interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein”, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999

_____. “The Core of the Case Against Judicial Review”, in *Yale Law Journal*, vol. 115, nº 6, 2006.

_____. “Judges as moral reasoners”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, nº 1, 2009.

WOODS, Patricia J. *Israel's Court-Driven Constitutional Revolution*, Paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Marriott Wardman Park, Omni Shoreham, Washington Hilton, Washington, DC, Sep 01, 2005, disponível

para download em
<http://www.clas.ufl.edu/users/pjwoods/Woods%202005%20APSA.pdf>, acesso em
06/07/2009.

[1] Este texto expressa conclusões parciais do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos, linha de pesquisa Novas Perspectivas na Jurisdição Constitucional, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá.

* Mestre e doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio, professor da Universidade Estácio de Sá – UNESA e do Centro Universitário Serra dos Órgãos – UNIFESO.

* Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF e doutorando em Direito pela PUC-Rio. Professor da UGF e da UFRJ.

[2] Apesar de os dois fenômenos serem relacionados, genericamente, com o protagonismo do Direito e do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas, há importantes diferenças entre eles, que um dos autores deste artigo desenvolveu em BERMAN, José Guilherme. “Ativismo judicial, judicialização da política e democracia”, artigo a ser publicado nos Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil.

[3] CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Editorial Trotta, 2003 e, mais recentemente, do mesmo autor, sistematizando as principais teses relacionadas ao paradigma neoconstitucionalista, ver o artigo do mesmo autor publicado na coletânea por ele organizada intitulada *Teoria del neoconstitucionalismo*, Madri: Trotta, 2007. Foram lançadas recentemente no Brasil duas coletâneas de artigos trazendo reflexões de autores brasileiros e europeus sobre o paradigma neoconstitucionalista. Ver: QUARESMA, Regina et all. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009; e DIMOULIS, Dimitri e DUARTE, Écio Oto. *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2008.

[4] No Brasil, vale conferir o artigo publicado por BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, in *Atualidade Jurídicas*, n. 4, jan/fev 2009, disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>, acesso em 01/08/09.

[5] BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2nd edition. Yale University Press, 1986.

[6] WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999, *passim*.

[7] *Idem.* “The Core of the Case Against Judicial Review”, in *Yale Law Journal*, vol. 115, nº 6, 2006.

[8] *Idem.* “Judges as moral reasoners”, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, nº 1, 2009.

[9] *Idem.* *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 221-222.

[10] VERMEULE, A. *Law and the Limits of Reason*. New York: Oxford University Press, 2009.

[11] SUNSTEIN, C. *A Constitution of Many Minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

[12] Sobre o teorema de Condorcet vale transcrever a lição de Sunstein: “[...] Marquês de Condorcet, um nobre francês que, em 1785, expôs uma explicação aritmética conhecida como o “teorema do júri de Condorcet”. Para entender como funciona o teorema, suponhamos que várias pessoas respondam à mesma pergunta e que há duas respostas possíveis (correta e incorreta). Suponhamos também que a probabilidade de que cada pessoa responda corretamente supera os 50%. Com poucos cálculos, o teorema demonstra que a probabilidade de que a maioria responda de maneira acertada se aproxima de 100% à medida que o tamanho do grupo aumenta. Em poucas palavras, os grupos dão melhores respostas do que os indivíduos isolados e os grandes grupos dão respostas mais acertadas do que os pequenos, desde que se cumpram as duas condições: que a resposta da maioria “ganhe” e que cada pessoa tenha mais probabilidades de acertar do que de errar”. SUNSTEIN, C. **A Sabedoria da Maioria**. Disponível em: <http://www.miniweb.com.br/atualidade/tecnologia/artigos/sabedoria_maioria.html>. Acesso em: 14 mai. 2009.

[13] GARDBAUM, Stephen. “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, in *American Journal of Comparative Law*, n. 49, 2001.

[14] Embora seja necessário destacar que esta não seja uma característica necessária do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e que, na verdade, surgiu apenas recentemente, como aponta KRAMER, Larry. *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*. Harvard University Press, 2004.

[15] BATEUP, Christine. “The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue”, in *Brooklyn Law Review*, vol. 71, nº 3, de onde se destaca (p. 1114): “*Conventional attempts to resolve the countermajoritarian difficulty, both in United States and in other nations, have centered on proposing objectives theories of constitutional interpretation in order to appropriately confine judicial discretion*”.

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

[17] VIEIRA, Oscar Vilhena. “A Moralidade da Constituição e os limites da Empreitada Interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein”, in SILVA, Virgílio Afonso da (org.) *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

[18] Ver, a respeito, SUNSTEIN, Cass. “Second Amendment Minimalism: Heller as Griswold”, in *Harvard Law Review*, n. 122, 2008, onde o autor discute a controvérsia entre os historiadores a respeito do sentido original do porte de armas assegurado pela segunda emenda à constituição estadunidense.

[19] Crítica semelhante pode ser encontrada em VIEIRA, Oscar Vilhena, op. cit.

[20] Idem.

[21] BATEUP, op. cit, p. 1118.

[22] DAHL, Robert. “Decision Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker”, in *Journal of Public Law*, n. 6, 1957.

[23] ROSEMBERG, Gerald N. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2nd edition. Chicago/Londres: Chicago University Press, 2008; ROSEN, Jeffrey. *The Most Democratic Branch: How the Courts Serve America*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2006.

[24] Indiscutível a proximidade entre o tema do chamado *weak judicial review* e o antigo debate sobre a legitimação democrática dessa prática; todavia, a idéia de *strong rights* aposta na questão prévia – de que direitos fortes dispensariam a necessidade e hoje amplitude do exercício da jurisdição constitucional.

[25] MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, 4^a edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

[26] Curiosamente, essa referência à importância do desenvolvimento por parte do STF de uma pedagogia constitucional já andou frequentando a nossa crônica judiciária...

[27] BATEUP, op cit, p. 1136

[28] SCHAUER, Frederick e ALEXANDER, Larry. “On Extrajudicial Constitutional Interpretation”, in *Harvard Law Review*, vol. 110, n. 7, 1997.

[29] BATEUP, op cit, p. 1138

[30] *Ibidem*, p. 1139.

[31] Por matérias de princípios, entenda-se aquelas que envolvam direitos subjetivos, contrapostas às questões políticas, que não podem ser consideradas como plenamente justiciáveis.

[32] BATEUP, op. cit., p. 1143

- [33] *Ibidem*, p. 1150.
- [34] *Ibidem*, 1151
- [35] *Ibidem*, p. 1153. Ver, sobre a aplicação da seção 1, TREMBLAY, Luc e WEBBER, Grégoire, “Introduction: La Fin de Oakes”, disponível para download em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434125, acesso em 01/08/09, em texto no qual fica claro que a aplicação da seção 1 pela Suprema Corte canadense segue o que nossa literatura trabalha como princípio da proporcionalidade, decomposto nos três subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade. Cf., ainda, TREMBLAY, Luc. “Le Fondement Normatif du Principe de Proportionnalité en Théorie Constitutionnelle”, in EUI Working Paper Law 2009/04, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1421769, acesso em 10/08/09.
- [36] BATEUP, op. cit., p. 1156.
- [37] TREMBLAY e WEBBER, op. cit.
- [38] BATEUP, op. cit., op cit, p. 1157
- [39] No mesmo sentido, ver ROSEN, Jeffrey, op. cit.
- [40] BATEUP, op cit, p. 1160.
- [41] *Ibidem*, p. 1164-5.
- [42] *Ibidem*, p. 1165-6.
- [43] *Ibidem*, p. 1168.
- [44] *Ibidem*, p. 1170.
- [45] *Ibidem*, p. 1170-1, de onde se extrai: “As a result of these distinct perspectives and their 'separate yet interconnected' positions in the constitutional order, the judiciary and the legislature are able to engage in a dialogue about constitutional meaning, in which both should exercise modesty about their own conclusions and listen to and learn from each other's perspectives, modifying their own views accordingly”.
- [46] *Ibidem*, p. 1174.
- [47] *Loc. cit.*
- [48] *Ibidem*, p. 1175-7
- [49] Por exemplo, ver HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004; LERNER, Hanna. “Democracy, Constitutionalism, and Identity: The Anomaly of the Israeli Case”, in *Constellations*, vol 11, n. 2, 2004; BARROSO, Luís Roberto. O

Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, *Post-Scriptum*, p. 331

[50] NAVOT, Suzie. Procedural Principles of Judicial Review: An Analysis of Israel's New Model. *The Seventh Joint Annual Exchange and Conference: Judicial Review in Comparative German-Israeli Perspective*, pp. 105-123, Baden Baden, Germany, 2004. Disponível para download em <http://ssrn.com/abstract=1367595>, acesso em 06/07/2009.

[51] O caso é *Bergman v. Minister of Finance*, citado por WOODS, Patricia J. Israel's Court-Driven Constitutional Revolution, *Paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Marriott Wardman Park, Omni Shoreham, Washington Hilton, Washington, DC*, Sep 01, 2005, disponível para download em <http://www.clas.ufl.edu/users/pjwoods/Woods%202005%20APSA.pdf>, acesso em 06/07/2009.

[52] LERNER, Hanna, op. cit., passim.

[53] O modelo adotado é descrito por Hanna Lerner como uma forma de “*consociationalism*”, que vem a ser uma forma de governo em que o poder é repartido por diversos grupos, especialmente adequada para sociedade fortemente divididas.

[54] *Idem*, p. 238.

[55] Ver LERNER, Hanna, “Entrenching the Status-Quo: Religion and State in Israel's Constitutional Proposals”, in *Constellations*, vol. 16, n. 3, 2009, para uma análise de três propostas de constituições escritas para Israel desenvolvidas entre 2005 e 2006.

[56] LERNER, Hanna, “Democracy, Constitutionalism, and Identity: The Anomaly of the Israeli Case”, cit., p. 239-241, de onde se destaca: “*The model of consociational democracy, developed by Arend Lijphart, is the key to explain the success of the Israeli political system in resolving most religious conflicts peaceably while preserving national unity and democratic stability*”.

[57] *Idem*, p. 243.

[58] *Idem*, p. 244.

[59] Cf. a respeito, SOMMER, Hillel, “Democracy vs. Rule of Law: Does the Court Really Control the Elected Legislature?”, in *Judicial Review in Comparative German-Israeli Perspective*, 2004, disponível para download em <<http://ssrn.com/abstract=701902>>, acesso em 05 de Janeiro de 2008.

[60] WOODS, Patricia J. Op cit., p. 5.

[61] Para uma exposição de seu pensamento, consultar BARAK, Aharon. The Role of the Supreme Court in a Democracy. *Israel Studies*, vol. 3, n. 2, 2007, disponível para download em <http://www.aharonbarak.com/?l=en&a=20937>, acesso em 06/07/2009.

[62] SALZBERGER, Eli M. *Judicial Activism in Israel*, disponível para download em <http://ssrn.com/abstract=957849>, acesso em 17 de julho de 2009, p. 3-4.

[63] Discurso proferido por Dan Tchon, *apud* DOR, Gal. “Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective”, in *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 11, 2000, p. 4. Tradução nossa. (Until now, there has been a status quo between the Supreme Court and the Knesset. Each of the branches tried hard not to intrude in the other's affairs. I consider the High Court of Justice ruling a very serious matter Perhaps on this occasion an insignificant section was under discussion, but henceforth they [the judges] will be able to annul significant laws, and so a new reality will be created [T]his decision sets the stage for the court's intervention in the legislative activity of the Knesset. Such intervention is unwarranted, and the Knesset needs to state its opinion on this matter ... The Knesset is sovereign, not the Court. The Court can recommend that the Knesset amend the law which the Court feels is a contradiction of the Basic Laws, but it can't revoke a law on its own say-so.)

[64] POSNER, Richard. Review: Enlightened Despot. *The New Republic*, 23/04/2007, disponível em <http://www.aharonbarak.com/?l=en&a=20925>, acesso em 06/07/2009.

[65] HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 74, de onde se extrai: “(...) *the judicial empowerment and judicialization of politics in Israel can best be understood as a planned strategy on the part of Israel's ruling elite and its bourgeois constituency – a relatively coherent social class of secular neoliberals of European origin, composed of politicians, businesspeople, and professionals striving to maintain their political hegemony*”. Mais recentemente, as críticas foram renovadas em artigo publicado no periódico *Constellations*, que dedicou boa parte da edição ao constitucionalismo israelense. Cf. HIRSCHL, Ran. “The Socio-Political Origins of Israel's Juristocracy”, in *Constellations*, vol 19, n. 3, 2009.

[66] BARAK-EREZ, Daphne. Judicial Review of Politics: The Israeli Case. *Journal of Law and Society*, vol. 29, n. 4, dec. 2002.

[67] *Idem*. The international law of human rights and constitutional law: a case study of an expanding dialogue, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n. 4, 2004, p. 613. Destaca-se: “(...) *Israel's Supreme Court has a policy of hearing almost every petition that raises rule-of-law or human rights issues, with only minimal application of preliminary doctrines such as standing and non-justiciability*”.

[68] NAVOT, Doron e PELED, Yoav. “Towards a Constitutional Counter-Revolution in Israel?”, in *Constellations*, vol. 16, n. 3, 2009.

[69] S. 8. *A provision of a law that violates freedom of occupation shall be of effect, even though not in accordance with section 4, if it has been included in a law passed by a majority of the members of the Knesset, which expressly states that it shall be of effect, notwithstanding the provisions of this Basic Law; such law shall expire four years from its commencement unless a shorter duration has been stated therein.*

[70] Ver GARDBAUM, Stephen. “The New Commonwealth Model of Constitutionalism”, cit., nota de rodapé nº 115 e STEPHANOPOULOS, Nicholas. The Case for the Legislative Override. *Yale Law School Student Scholarship Papers*, 2005, p. 11-12, disponível para *download* em http://digitalcommons.law.yale.edu/student_papers/4, acesso em 06/07/2009.

[71] Conferir DOR, Gal, “Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective”, in *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 10, 2000, p. 8-14, com a ressalva que a autora considera estes exemplos como um diálogo meramente formal entre Legislativo e Judiciário, já que não houve por parte do Parlamento vontade de discutir o mérito da decisão da Suprema Corte.