

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

LITON LANES PILAU SOBRINHO

LUCAS CATIB DE LAURENTIIS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr; Liton Lanes Pilau Sobrinho; Lucas Catib De Laurentiis – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-236-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Democracia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

Centrado na pesquisa das relações que contemporaneamente se estabelecem entre a Constituição e o modelo democrático, este Grupo de Trabalho destacou-se pela apresentação de artigos marcados por uma notável atualidade.

A leitura transversal do cenário político ocidental abriu-se pelo trabalho intitulado LIMITES E POSSIBILIDADES DE AUTONOMIA DOS AGENTES SOCIAIS: ESTUDO SOB O PRISMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, pondo em evidência que apenas a proteção do espaço de atuação de cada gente público poderá conduzi à concretização da satisfação, pela melhor forma, do interesse público primário.

O artigo que abordou SISTEMA ELEITORAL PROPORCIONAL: TRÊS PROPOSTAS DE SOFISTICAÇÃO TESTADAS EM MBITO MUNICIPAL, empregando o método dedutivo, partiu da regra geral para destacar o déficit que congenitamente marca este sistema eleitoral, apontando sua dificuldade na real definição da vontade manifestada pelos eleitores nas urnas. Da regra vem à realidade, comprovando empiricamente os efeitos reais deste sistema de identificação dos eleitos para o cumprimento de mandatos eletivos.

No artigo O ESTADO LIBERAL E AS MUDANÇAS EM RAZÃO DO CORONAVÍRUS: COMO FICA A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA?, a contemporaneidade foi colocada na lente do microscópio, resultando a análise absolutamente minuciosa do modo pelo qual a empresa pode cumprir sua função social na manutenção de empregos, geração de rendas, sustentação financeira de pessoas e famílias e, ainda, manutenção do Estado através do pagamento de tributos, neste período de anormalização das relações sociais em todos os seus sentidos, causada pela pandemia COVID-19.

No trabalho sobre O DIÁLOGO COMO ALTERNATIVA ÀS TEORIAS DA ÚLTIMA PALAVRA EM CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, destacou-se a importância da abertura e da preservação do espaço democrático de debate, isonomicamente garantido a todo indivíduo, independentemente de sua condição social, de suas escolhas políticas, orientações religiosas, cor de pele ou opções sexuais. A democracia é o regime de convivência das diferenças. A convivência somente se mantém com o cultivo permanente do respeito mútuo.

Na mesma linha, em destaque ímpar da coerência do conteúdo dos artigos apresentados, o texto intitulado O DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA POR MEIO DA INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR E A POSSIBILIDADE DE APOIOAMENTO DE PROPOSTAS ATRAVÉS DO SISTEMAS BIOMÉTRICO DA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA, sugere, como forma de ampliação à participação no debate democrático, o emprego do já reconhecidamente seguro meio biométrico de votação eleitoral, para a manifestação popular assemblear sobre iniciativas legislativas.

As. REFLEXÕES SOBRE AS DIFICULDADES, NO COMBATE À COVID-19, NO CONTEXTO DO FEDERALISMO BRASILEIRO, trazem à tona os efeitos nefastos decorrentes da politização da gestão da saúde no momento crucial em que as crises exigem a atuação do poder público, em todos os níveis da federação, de forma harmônica e unívoca, com galvanização de força suficiente para o enfrentamento da situação pandêmica.

A análise dos PARTIDOS POLÍTICOS NO STF EM TEMPOS DE PANDEMIA: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS, põe em discussão a importância do fortalecimento dos partidos políticos brasileiros, demonstrando que a fidelidade ao programa e às diretrizes partidárias constituem o melhor caminho para a autenticidade na participação política de cada setor da sociedade civil.

O artigo que aborda a VULNERABILIDADE DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E PANDEMIA DA COVID - 19: ISOLAMENTO SOCIAL OU (IN) VISIBILIDADE HUMANA coloca em destaque o déficit de inclusão social de que ainda padece a sociedade brasileira, comprometendo a buscada participação democrática plena. Os bolsões sociais formados por pessoas invisíveis, enquanto existirem e, enquanto existirem de forma tão densa, de fato impedem a consolidação da democracia brasileira. A carência social é, sem dúvida, um déficit político.

O texto que trata de TRUMP, BOLSONARO E AS AMEAÇAS ÀS DEMOCRACIAS: PENSANDO AS MIGRAÇÕES A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS aborda a tendência polarizadora das relações políticas contemporâneas, ubicando nesta radicalização um substancial entrave ao desenvolvimento de políticas migratórias mais receptivas.

Ao propor UMA REFLEXÃO EPISTEMOLÓGICA DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DE KONRAD HESSE COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO NOVO FASCISMO BRASILEIRO, o artigo acentua o que considera a radicalização da política brasileira, resgatando a teoria alemã de Hesse e vendo em sua aplicação um instrumento efetivo para atenuá-la.

Ao abordar o MANDADO DE INJUNÇÃO E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: DOIS CAMINHOS DE PROTEÇÃO DA CONSTITUIÇÃO, o artigo resgata duas ações constitucionais cujo emprego foi soterrado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas cuja importância, nem por isso, foi afastada e, mais além, deve ser resgatada para afirmação da efetividade constitucional.

O artigo que trata do ESTADO COMO CATEGORIA OPERACIONAL EM “O 18 DE BRUMÁRIO DE LUÍS BONAPARTE” E PARA IMMANUEL WALLERSTEIN, resgata um momento marcante da história moderna e projeta com acuidade ímpar a relação das lições dele decorrentes no cotejo com as conclusões da obra de Wallerstein.

Nas CONSIDERAÇÕES ACERCA DO FEDERALISMO BRASILEIRO E A COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ENTES FEDERADOS PARA ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA retorna a ênfase sobre a importância da atuação política colaborativa, e não divergente, no combate eficaz aos efeitos deletérios gerados pela pandemia COVID-19 na saúde, na economia e na política.

Abordando FAKE NEWS NAS ELEIÇÕES E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE o artigo demonstra que o direito à informação, aparelhado pela informação verdadeira no afastamento da informação disfuncional, é o mais forte sustentáculo do modelo democrático, afastando o risco da perda da preciosa chance na escolha dos melhores mandatários políticos.

Ao tratar de CANDIDATURAS AVULSAS: UMA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE JURÍDICA POR MEIO DO ENTENDIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO BRASILEIRO, o artigo demonstra o risco de obsolescência dos partidos políticos se reduzidos a meros instrumento de impulsionamento de seus filiados ao exercício de mandatos eleitorais, propondo a partir de precedentes de Corte Interamericana de Direitos Humanos, o resgate da autenticidade da representação política através da viabilização da candidaturas avulsas, desvinculadas de partidos.

Como se vê, a plêiade de artigos e reflexões reunidos neste Grupo de Trabalho o fez extremamente rico, aportando preciosas contribuições a todos os que dele participaram e também aos que tiverem o com encontro com esta compilação.

O CONPEDI, mais uma vez, e sem exceção, cumpre sua preciosíssima função acadêmica, não sendo fruto do acaso a posição que lhe é de fato devida como o maior Congresso Jurídico da América Latina.

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Prof. Dr. Lucas Catib De laurentiis

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Constituição e Democracia II apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Filosofia do Direito. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DIÁLOGO COMO ALTERNATIVA ÀS TEORIAS DA ÚLTIMA PALAVRA EM CONFLITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

DIALOGUE AS ALTERNATIVE TO LAST WORD THEORIES IN FUNDAMENTAL RIGHTS CONFLICTS

Ândreo da Silva Almeida ¹
Marcelo Nunes Apolinário ²

Resumo

O presente trabalho versa sobre a importância que as teorias da “última palavra”, responsáveis por defenderem que em uma democracia deve ter uma instituição dotada de autoridade para decidir de modo definitivo os conflitos de direitos fundamentais, exercem sobre os modelos de democracias desenvolvidos a partir do século XVIII. Como alternativa a essas teorias, apresentar-se-á a doutrina dos diálogos institucionais, segundo o qual uma democracia autoconsciente e crítica não pode acreditar na existência de uma “última palavra” definitiva, haja vista que a interpretação dos direitos fundamentais é dinâmica e mutável. O trabalho emprega as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Última palavra, Diálogos institucionais, Constitucionalismo dialógico, Revisão judicial dialógica, Controle de constitucionalidade canadense

Abstract/Resumen/Résumé

The present work deals with the importance that the theories of the "last word", responsible for defending that in a democracy must have an institution with authority to decide definitively the conflicts of fundamental rights, exert on the models of democracies developed from the XVIII century. As opposed to these theories, an innovative thinking will be presented, according to which a self-conscious and critical democracy can not believe in the existence of a definitive "final word", since the interpretation of fundamental rights is dynamic and changeable.. The work uses bibliographic and documentary research techniques.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Last word, Institutional dialogues, Dialogical constitutionalism, Dialogical judicial review, Canadian judicial review

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pelotas.

² Doutor em "Derechos Fundamentales" pela Universidad Autónoma de Madrid. Professor adjunto da Faculdade de Direito (Graduação e Mestrado) da UFPEL.

1 INTRODUÇÃO

As teorias constitucionais contemporâneas fazem com que o desenho institucional das democracias ocidentais seja voltado à indicação de uma instituição que será a detentora da “última palavra” no que diz respeito ao processo decisório para a solução dos conflitos de direitos fundamentais. Criou-se, assim, uma verdadeira disputa no campo doutrinário objetivando responder à indagação “quem deve decidir?”. De um lado, os defensores de que a “última palavra” deve estar com os juízes e as cortes, pois eles seriam mais capacitados a identificar os princípios (valores morais) de uma democracia constitucional, do outro, os que advogam que somente as decisões do Parlamento possuem legitimidade democrática, já que expressam a vontade popular. Dessa forma, na visão das teorias da “última palavra”, as democracias obrigatoriamente devem optar por um modelo de supremacia judicial ou legislativa, não havendo outra opção.

Contudo, nasce nos Estados Unidos um movimento doutrinário que busca demonstrar um caminho diverso do proposto pelas teorias da “última palavra”, um caminho onde não há obrigatoriedade de se selecionar uma instituição para ser a reveladora das “respostas corretas”, um caminho onde o que legitima uma decisão não é a autoridade da instituição que a proferiu, e sim a qualidade dos argumentos que a justificam. Assim, nascem as teorias dos diálogos institucionais sem a intenção de responder “quem deve decidir?”, mas com o objetivo de demonstrar que a ausência de uma instituição predefinida com a “última palavra” pode gerar uma elevação da capacidade epistêmica da própria democracia. A promessa do constitucionalismo baseado no diálogo é fomentar uma democracia mais participativa, autoconsciente e crítica, o que é relegado nos sistemas de supremacia judicial ou legislativa sob a justificativa de tornar o convívio em sociedade mais seguro e previsível.

Almeja-se neste trabalho demonstrar o quão presente é a tese da “última palavra” nos modelos tradicionais de separação de poderes desenvolvidos a partir do século XVIII, bem como apresentar os principais argumentos dos defensores das teorias dos diálogos institucionais que, em tese, justificariam a mudança de paradigma em favor de uma democracia em que as decisões estão mais alinhadas à opinião pública. Ademais, valendo-se do estudo do modelo de controle de constitucionalidade canadense, pretende-se investigar como que o diálogo pode ser incentivado pelo próprio texto constitucional e como que ele se desenvolve na prática.

Para alcançar os objetivos traçados, o trabalho adotará uma metodologia baseada nas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica abará o estudo de

obras de importantes autores acerca dos diálogos institucionais, tais como Barry Friedman, Alexander Bickel e Conrado Mendes. A pesquisa documental, por sua vez, encontrará espaço na investigação da Carta de Direitos e Liberdades (*Charter of Rights and Freedoms*) de 1982 do Canadá e do controle de constitucionalidade dialógico adotado naquele país.

Com isso, realizar-se-á um estudo descritivo, de nítido caráter exploratório, acerca do conceito e aplicação das teorias dos diálogos institucionais nas democracias ocidentais.

2 A AUSÊNCIA DE DIÁLOGO NOS MODELOS TRADICIONAIS DE SEPARAÇÃO DE PODERES

O desenho institucional é determinante para que em uma democracia as instituições interatuem e deliberem efetivamente na construção das respostas às questões complexas inerentes à vida em sociedade, como aquelas em que se verifica conflito de direitos fundamentais e a comunidade urge por uma decisão que forneça a segurança jurídica necessária ao seu desenvolvimento¹. Desse modo, a depender da forma como está arquitetada a separação de poderes, verificar-se-á que a ideia de diálogo e deliberação entre as instituições para alcançar a referida resposta pode ser abandonada em prol de um modelo inclinado a um monólogo decorrente da supremacia de um determinado poder ou órgão, já que decisões que repercutem sobre toda a comunidade passam a ser produto de um processo decisório no qual apenas uma instituição fala, cabendo as demais o conformismo de ouvir sem questionar. A decisão desse órgão “supremo” é tida como o ponto final de um texto escrito apenas por um único autor, é a “última palavra” sobre aquele assunto.

Nessa esteira, Roberto Gargarella, em artigo sobre o novo constitucionalismo dialógico, demonstra que os modelos tradicionais de separação de poderes, adotados pelas democracias ocidentais desde o século XVIII, sempre tiveram como traço característico a supremacia de uma instituição sobre as outras. Em alguns modelos prevalecia o Parlamento, noutros a Corte e, naqueles de matriz autoritária, a posição de destaque no desenho institucional cabia ao Chefe do Executivo. Assim, na visão do autor, o equilíbrio harmônico entre os poderes sempre foi algo raro de se verificar na prática, uma vez que o desenho institucional desenvolvido pelos modelos tradicionais conduzia para um cenário de desequilíbrio de forças entre as instituições (GARGARELLA, 2014).

¹ Segundo Conrado Hubner Mendes (2008), o diálogo institucional é fruto do desenho institucional conjugado com uma cultura política: “diálogo nasce da conjugação de um desenho institucional e de uma cultura política. O desenho institucional cria incentivos para tipos diferentes de interação. Tais incentivos não determinam, contudo, o comportamento institucional isoladamente”.

O primeiro modelo analisado pelo professor da Universidade de Buenos Aires é o da separação estrita de poderes. Nele era pregada a necessidade de se dividir as três funções estatais – legislativa, administrativa e jurisdicional - e atribuí-las a grupos de órgãos reciprocamente autônomos, que as exerceriam com exclusividade. A proposta era que cada divisão do poder se ocupasse somente de suas próprias tarefas sem intervir nas outras. A justificativa para esse modelo estava na tendência em evitar a concentração de poder nas mãos do soberano, a exemplo do que ocorrera nas monarquias absolutistas, vez que tal concentração era prejudicial à segurança do indivíduo, que via a sua liberdade constantemente ameaçada por decisões arbitrárias, imunes a qualquer resistência pela ausência de uma instituição dotada de poder e que representasse os interesses do povo.

O seu fundamento de limitação à concentração de poder é mais bem compreendido quando se analisa a origem desse modelo, haja vista que ele não foi uma invenção genial de um homem inspirado, mas sim o resultado empírico da Gloriosa Revolução, que forçou a divisão do poder estatal, colocando no mesmo pé a autoridade real e a autoridade do Parlamento, bem como reconhecendo ao monarca certas funções, ao Parlamento outras e assegurando a independência dos juízes (FERREIRA FILHO, 2012).

A separação estrita de poderes, portanto, surge num período de transição da Idade Média para a Moderna, onde a sociedade exigia limites ao poder concentrado e ilimitado do soberano, almejava-se a colocação de barreiras ao arbítrio dos Reis absolutistas. É um momento em que o povo defendia ser o titular do poder, e não uma minoria privilegiada como a nobreza e o clero. Movidos por esse ideal, adotam a Lei como o único instrumento capaz de impor obrigações aos indivíduos, porquanto ela era produto da soberania popular, que, naturalmente, era a tônica dos movimentos constitucionais modernos².

Esse contexto histórico pós-Revolução Gloriosa e Francesa, no qual se deu a radical valorização do primado da soberania popular, afeta diretamente o equilíbrio e a harmonia entre os poderes no sistema de separação estrita. Gargarella chega a essa conclusão afirmando que sistemas institucionais fundados na ideia de separação estrita de poderes derivam de um pensamento baseado no pressuposto de que “a voz do povo” era infalível (era a voz de Deus),

² A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 retrata com clareza o pensamento da época, pois dispõe no art. 6º que “*a lei é a expressão da vontade geral*”. E continua: “todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação”. Em outras palavras, somente a lei e a instituição responsável pela sua edição representavam o povo, o que enfraquecia o poder dos órgãos responsáveis pelas outras funções estatais.

indivisível e “suprema”, consoante indicavam os ideais da Revolução Francesa³. Por consequência, criou-se um modelo que pretendia proteger o Legislativo, como o único poder que expressava a vontade popular. É um governo em que o próprio desenho institucional confere ao Parlamento um poder mais ativo, de sorte que a ideia de “não interferência”, tão cara à separação estrita, servia como meio de consagrar o lugar privilegiado do Congresso na organização estatal, acentuando a sua prevalência sobre os demais poderes⁴.

Percebe-se, então, que o modelo de separação estrita de poderes, sobretudo pelos ideais que caracterizavam o momento histórico em que foi pensado, é fruto de uma concepção de democracia que valoriza a vontade da maioria, que vê no Parlamento uma instituição “suprema”, apta a consagrar a vontade dos grupos majoritários (o terceiro estado – o povo) e, mais do que isso, sem que haja necessidade de deliberação com os órgãos dos demais poderes⁵. Tem-se, assim, um modelo de clara “supremacia do Legislativo” que, obviamente, não incentivava que as decisões fossem precedidas de um enriquecedor debate interinstitucional, uma vez que a decisão final deveria ser aquela dita pelo Parlamento.

Em oposição a essa democracia de traços majoritários, desenvolveu-se um modelo de separação de poderes conhecido por *checks and balances* (freios e contrapesos), que ganhou notoriedade no constitucionalismo norte-americano, mormente por ter sido amplamente defendido por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay no período que antecedeu à ratificação da Constituição dos Estados Unidos de 1787.

³ “Estas políticas locales, en apariencia, se correspondían con Legislaturas poderosas y poco sujetas a controles internos o endógenos. Parecían estar inspiradas en el modelo jacobino de la Revolución Francesa y en la Constitución de 1793. Este modelo (al igual que el de la Constitución revolucionaria de 1791), a su vez, se basaba en el presupuesto de que ‘la voz del pueblo’ era infalible (era ‘la voz de Dios’), indivisible y ‘suprema’ y derivó en sistemas institucionales fundados en la noción de la ‘separación estricta’ de los poderes, a los que el esquema de los frenos e y contrapesos, más tarde, se opondría.” (GARGARELLA, 2014, p. 129).

⁴ “Al mismo tiempo, la separación estricta era resultado de una diversidad de aspiraciones republicanas, que incluían la búsqueda de claridad y transparencia, la certeza de que el sistema de gobierno debía ser sencillo y entendible y la convicción de que no debía haber confusiones entre los poderes. Sin embargo, ese modelo pretendía proteger al Legislativo en tanto poder que expresaba la voluntad popular. Esto es, en un tipo de gobierno en el cual el poder de la Legislatura era el más activo, el mandato de la ‘no interferencia’ venía a consagrar el lugar privilegiado del Congreso dentro de la constelación de poderes.” (GARGARELLA, 2014, p. 129).

⁵ Dalmo Dallari, ao discorrer sobre o constitucionalismo francês, reconhece que a lei tinha uma autoridade no período pós-revolução francesa justamente pela sua origem, isto é, por emanar de um órgão que representava a vontade geral. Para ele a permanência do Código Civil Francês de 1804 diante de todas as perturbações políticas daquele momento é um grande exemplo: “o código civil, que se consagrou como Código Napoleão, foi aprovado pela Assembleia Nacional em 1804 e, ao contrário da Constituição, passou incólume por todas as perturbações políticas e não sofreu qualquer abalo pelo advento de novas Constituições, por não estar subordinado a ela sob nenhum ponto de vista. O código civil tinha a autoridade de sua origem, pois foi aprovado por uma assembleia legislativa integrada por representantes dos cidadãos ativos, sendo, portanto, expressão da vontade geral.” (DALLARI, 2013, p. 224).

Madison, ao escrever o *The Federalist* n.º 51, alertava para o problema que poderia existir numa democracia baseada na vontade da maioria, pois, guiado pela ausência de ilusões benevolentes em relação à condição humana, acreditava que numa República era de grande importância não só defender a sociedade da opressão dos seus governantes, mas também defender uma parte da sociedade contra eventuais injustiças da outra parte. Alertava que num modelo calcado na supremacia da vontade da maioria os direitos das minorias sempre estariam desprotegidos (MADISON; JAY; HAMILTON, 2001).

O modelo de freios e contrapesos pretendia proporcionar um sistema institucional que freasse os excessos dos grupos majoritários, evitando a opressão das maiorias sobre as minorias, uma vez que seria inerente à natureza humana unir-se para alcançar a concentração de poder e, assim, caminhar para a tirania (MADISON; JAY; HAMILTON, 2001). Essa preocupação não se visualizava na separação estrita, já que confiava demasiadamente na capacidade política da sociedade e no compromisso cívico de seus membros. O *checks and balances*, portanto, advém de uma concepção negativa da sociedade e almeja evitar certos males (opressões mutuas), na intenção de alcançar o bem-estar geral.

Ocorre que para alcançar tal intento o modelo defendia a necessidade de dotar os grupos minoritários de um poder institucional equivalente ao que representava as maiorias (Legislativo) na democracia. Evidente que, para os democratas da época, que visualizavam a democracia como regra de maioria, essa ideia era classificada como exagerada, tendo em conta que a equiparação do poder de decisão das maiorias com as minorias fazia com que a capacidade dos grupos majoritários para tomar controle de seus próprios assuntos fosse significativamente diluída, enquanto que o poder das minorias resultava excessivamente aumentado. Contudo, essa crítica ocorria porque o mote do novo modelo não era perseguir a legitimidade democrática amparada em critérios majoritários, mas sim proporcionar a defesa dos direitos de todos os grupos que compunham a sociedade. Assim, a forma por meio da qual o sistema de freios e contrapesos acreditava que iria combater as opressões de uma parte da sociedade sobre a outra seria criando um poder institucional dotado da mesma força do Legislativo, de modo que o conflito constante entre eles com a impossibilidade de um prevalecer sobre o outro lhes forçariam a negociar para atingirem soluções aceitáveis para o bem comum (GARGARELLA, 2014, p. 131).

Em consequência, o Poder Judiciário restou demasiadamente fortalecido no modelo de freios e contrapesos, já que, diversamente do que ocorria na separação estrita, ele passou a ter

uma posição equiparada ao Legislativo na organização do Estado, sendo incumbido de defender os direitos dos grupos que não alcançavam maioria no Parlamento. O Judiciário passou a exercer aquilo que Bickel denominou de “dificuldade contramajoritária”, impondo, através do controle de constitucionalidade, uma dificuldade inevitável ao Congresso, onde é balanceada a regra da maioria e os direitos da minoria, afastando-se da visão da divisão estrita de poderes, segundo a qual aos juízes caberia apenas aplicar as normas oriundas do Poder Legislativo, sem analisar o conteúdo destas (CAMPAGNOLI; MANDALOZZO, 2014).

Não obstante no sistema de freios e contrapesos o Legislativo perca a sua posição de absoluta supremacia no desenho institucional, esse modelo foi pouco favorável à cooperação política e ao diálogo entre as instituições. Conforme afirma Gargarella, “longe de incentivar a cooperação, buscava conter a confrontação; em vez de promover o diálogo, procurava canalizar a agressão, e em lugar de favorecer a ajuda e o aprendizado mútuos, tratava de impedir a destruição entre uns e outros” (GARGARELLA, 2014, pp. 136 – 137).

O sistema de freios e contrapesos se preocupou mais com a criação de mecanismos que favorecessem o conflito constante entre os poderes do que o próprio diálogo, sendo exemplo: o veto presidencial; a possibilidade de eliminar uma norma do sistema ou de conter os seus efeitos no caso concreto; os bloqueios mútuos entre o presidente e as Câmaras, *etc* (GARGARELLA, 2014).

Ademais, o modelo de freios e contrapesos desenvolvido na América Latina foi substancialmente alterado em relação àquele aplicado pelo constitucionalismo norte-americano. Isso porque o conservadorismo, que era muito forte na América Latina do século XIX, foi capaz de desvirtuar o fundamento liberal do *checks and balances*, principalmente no que toca à organização do Poder Executivo na estrutura do Estado. Diante dos inúmeros conflitos armados existentes na América Latina daquela época, autores, a exemplo de Juan Bautista Alberdi, defendiam a figura de um Presidente da República dotado de muito poder para controlar a desordem, asseverando que a história “havia demonstrado que a única solução racional em repúblicas que pouco antes foram monarquias” era a eleição de “um presidente constitucional que pudesse assumir as faculdades de um rei no instante em que a anarquia o desobedece como presidente republicano” (*apud* GARGARELLA, 2014, p. 135).

Destarte, a ideia central do sistema de freios e contrapesos na América Latina era contar com uma autoridade diferente e superior a do povo capaz de impor a ordem quando fora necessário, sendo tal autoridade depositada na figura do Presidente da República, o que

gerou um fortalecimento extremado do Poder Executivo. O Executivo nesse sistema passou a ocupar um papel de supremacia, assim como o Poder Legislativo ocupara no modelo de separação estrita de poderes. Diante disso, muitos males institucionais enfrentados pela América Latina durante o século XIX e XX (instabilidade política, abuso de autoridade e desvalorização do Congresso) se devem a esse desajuste no sistema de freios e contrapesos, que acabou por colocar um peso maior num dos pratos da balança, ferindo de morte todo o sistema e a sua pretensão de estabilidade.

A par da análise dos três modelos tradicionais de separação de poderes, nota-se que nenhum deles incentivava um diálogo entre as instituições, ao revés, estavam afinados com as teorias da última palavra, vez que em todos sempre há uma instituição que ocupa um papel privilegiado no desenho institucional, cabendo a ela a decisão final sobre os conflitos de direitos. Na separação estrita a supremacia do Legislativo salta aos olhos, nos sistemas de freios e contrapesos, em que pese a sua intenção de equilíbrio institucional, percebe-se que o Poder Judiciário resta significativamente fortalecido, sobretudo pela “dificuldade contramajoritária” que exerce por meio do controle de constitucionalidade e, por fim, o sistema de freios e contrapesos latino americano com a sua influência conservadora faz com que a figura do Presidente da República se assemelhe àquela do monarca absolutista, dada a liberdade atribuída ao Chefe do Executivo para tomar decisões monocráticas.

Inferese, portanto, que nenhum dos três modelos tradicionais de separação de poderes se presta à promoção do diálogo efetivo entre as instituições, surgindo nos Estados Unidos, a partir da década de 60, um movimento tendente a substituir as “teorias da última palavra”, que sempre conferem a decisão das questões complexas de uma sociedade a uma única instituição privilegiada pelo próprio desenho institucional, como ocorre nos modelos tradicionais, por “teorias do diálogo”, onde a decisão será produto de consensos interinstitucionais, dotados de legitimidade democrática por serem oriundos da deliberação de instituições que representam os mais variados grupos da sociedade.

3 A INEXISTÊNCIA DA ÚLTIMA PALAVRA NA INTERPRETAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Conrado Hubner Mendes (2008), introduziu no debate acadêmico brasileiro a importância do estudo das teorias do diálogo como alternativa às soluções binárias das teorias constitucionais contemporâneas, nas quais a decisão final sobre a interpretação constitucional

é conferida ao Poder Judiciário ou ao Poder Legislativo.⁶ Essas teorias restringem-se à análise do tema sob o prisma de “quem deve decidir?”, dividindo a doutrina entre os defensores da tese da “última palavra” acerca de tais questões ser do Parlamento, afinal é a instituição que melhor se propõe a realizar o governo do povo, e os que pensam ser da Corte, já que tais questões possuem alguns requisitos morais substantivos que não são atendidos necessariamente por um procedimento majoritário, mas pela “resposta certa” sobre direitos fundamentais⁷.

Entretanto, Mendes não se conforma com as soluções apresentadas por essas teorias constitucionais e propõe que a questão seja vista por outro ângulo, diminuindo a ênfase na busca pela resposta de “quem deve decidir?”, que é muito valorizada pela doutrina constitucional contemporânea, para que se aumente o foco na resposta de outros dois problemas metodológicos: “como e por que devem decidir?”. Com base nessa mudança de perspectiva, conclui que o diálogo interinstitucional pode ser uma alternativa muito mais favorável à elevação da capacidade epistêmica da democracia do que as soluções binárias oferecidas pelas teorias da última palavra, onde a decisão final cabe ao Parlamento ou a Corte, uma opção excluindo a outra. Assim, defende que essa “última palavra”, como uma decisão definitiva, não existe e, por consequência, não há como indicar quem deve ser o seu detentor, pois, conforme indica a frase de Hanna Pitkin, “ninguém tem a última palavra porque não há última palavra”⁸.

3.1 A DECISÃO JUDICIAL COMO INCENTIVADORA DO DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL

⁶ No mesmo sentido, a obra de BRANDÃO (2018) propõe como alternativa ao modelo predominante pautado na supremacia judicial uma cultura baseada no diálogo institucional entre os poderes como fórmula mais idônea à produção dos melhores resultados no campo da hermenêutica constitucional, por propiciar correções e controles recíprocos, de modo a reduzir qualquer espécie de arbítrio ou tirania que possa recair a qualquer Poder de Estado.

⁷ Essa dicotomia existente na “teoria da última palavra” pode ser bem observada nas obras de Waldron (2004) e Dworkin (2006), o primeiro na defesa do Parlamento por expressar o ideal democrático e também por considerar que não se pode atribuir ao Judiciário, de forma democraticamente legítima, o poder de declarar leis editadas pelo Legislativo inconstitucionais, uma vez que este é quem detém a supremacia sobre as matérias constitucionais e o segundo na defesa da Corte por ser o “fórum dos princípios” capaz de encontrar a “resposta correta” no que tange ao conflito de direitos fundamentais. Além disso, reconhece que a supremacia judicial é um fato histórico da sociedade norte-americana que considera e aceita que a Suprema Corte seja o interprete final da Constituição.

⁸ Em outro trabalho, Mendes esclarece que a frase de Hanna Pitkin não está se referindo ao problema da revisão judicial e a superestimação que literatura hegemônica sobre teoria constitucional faz da importância da última palavra, porém, tomada fora do seu contexto original, ela sugere uma síntese do que o autor brasileiro conclui sobre a última palavra (MENDES, 2014, p. 161).

As teorias convencionais que se filiam ao discurso da última palavra, sejam as inclinadas aos juízes e Cortes, sejam as inclinadas aos legisladores e Parlamento, proporcionam, ainda que de forma acanhada, um diálogo e uma interação institucional, entretanto, o grande defeito dessas teorias é que elas acreditam que o circuito decisório é estanque, terminativo, que possui um ponto final dotado de autoridade representado por uma decisão soberana. Assim, quando este ponto final é alcançado, simplesmente a deliberação sobre tal questão é cessada, obrigando a sociedade a aceitar a autoridade da decisão mesmo que não tenha se estabelecido um consenso mínimo entre os cidadãos. É contra esse caráter definitivo da última palavra que se insurgem os autores adeptos da corrente do diálogo interinstitucional, uma vez que, para eles, no âmbito de uma democracia a “última palavra” deverá ser sempre provisória. O diálogo permanente entre as instituições gera o aperfeiçoamento constante das decisões, de modo que colocar um ponto final na deliberação com base na autoridade de uma instituição (Corte ou Parlamento) é o mesmo que privar a sociedade de alcançar uma resposta melhor, legitimada num processo decisório mais complexo e enriquecedor.

Para demonstrar a importância de se reconhecer a provisionariedade da última palavra, é importante compreender as lições de Alexander Bickel e Barry Friedman, autores que colaboraram significativamente para a inserção da ideia de diálogo no constitucionalismo norte-americano, ou seja, num país marcado por um controle de constitucionalidade forte que privilegia as decisões da Suprema Corte.

Bickel desenvolveu a sua teoria na década de 60, período em que a Suprema Corte norte-americana havia adotado um papel ativista na condução de transformações sociais, conhecido como período da Corte Warren. A grande inovação trazida por Bickel foi o fato de reconhecer as virtudes políticas da Corte e compatibilizá-las com o controle de constitucionalidade. Todavia, vale mencionar que a influência política exercida pela Corte na visão de Bickel se operava de modo totalmente diverso do ativismo judicial da época, pois via a influência política da Corte através de suas “virtudes passivas” e na prudência, as quais permitiam que certas questões não fossem resolvidas por decisões judiciais e voltassem a ser deliberadas pela sociedade, valorizando o diálogo. Por outro lado, o ativismo judicial praticado e defendido pelo *Chief Justice* Earl Warren, entendia que a influência política da Corte estava em decidir questões que os demais poderes não haviam solucionado.

Em síntese, ambos juristas reconheciam a influência política que o Poder Judiciário desempenhava, sendo que para Bickel a virtude da Corte estava no seu agir passivo, no “não decidir” para permitir uma deliberação política, enquanto que para Warren estava em juízes e cortes decidirem questões sem aguardar pelo moroso debate político. Nessa linha, Bickel defende que toda decisão política é o resultado de um balanceamento de duas dimensões: a de princípio e a de conveniência e oportunidade. A dimensão de princípio representaria um valor moral rígido da sociedade que, a princípio, não faz concessões. Já a de conveniência e oportunidade seria o exercício da faculdade de perceber o que pode ser executado no contexto dessa sociedade (BICKEL, 1986). A arte de governar, portanto, compreende equalizar a tensão gerada por essas duas dimensões, sendo uma tarefa tanto de juízes quanto de legisladores, haja vista que aqueles também são atores políticos.

De modo semelhante ao que defende Dworkin, Bickel reconhece que a tarefa principal da Corte é resguardar a dimensão de princípio, tarefa que dificilmente seria efetivada pelo Parlamento com a sua tomada de decisão baseada no critério majoritário. Entretanto, verifica que essa função da Corte gera um grande problema, sintetizada na seguinte pergunta: “como evitar que seja forçada a impor sobre a sociedade, repentinamente, regras rígidas que vão contra as práticas enraizadas?” (MENDES, 2008, p. 103). Para responder a essa indagação, lembra que, diante de um caso, a Corte sempre tem três opções. Primeiro, pode revogar o ato normativo por considerá-lo inconstitucional. Segundo, pode validá-lo e permitir que emane os seus respectivos efeitos, pois é constitucional. Essas duas alternativas são óbvias e são tomadas avaliando a dimensão de princípios. Contudo, para Bickel, há uma terceira alternativa, que é alcançada pela Corte à luz da dimensão de conveniência e oportunidade, onde ela não realiza nenhuma das duas opções anteriores e decide “não decidir”. A corte, para isso, se valerá de um conjunto de “técnicas de não decisão”, denominadas de virtudes passivas, as quais são ferramentas processuais que evitam que a Corte tenha que emitir a sua opinião, tendo em vista que não pode ser obrigada a legitimar tudo aquilo que não considera inconstitucional (BICKEL, 1986).

Assim, ressaltando a virtude política da Corte e o incentivo que ela pode dar ao diálogo entre as outras instituições ao optar por “não decidir”, Bickel reconhece que a revisão judicial pode, em vez de decidir definitivamente sobre determinada questão, transferir a solução da questão para um momento futuro (BICKEL, 1986). O incentivo ao diálogo na teoria de Bickel está exatamente nesse tempo de espera que a Corte pode proporcionar ao avaliar a dimensão de conveniência e oportunidade e, ao final, decidir por “não decidir”. A

espera permite que processos deliberativos sejam estimulados na sociedade para que, de fato, se identifique os valores perseguidos pela comunidade naquele caso, evitando que a Corte profira uma decisão precipitada e em dissonância com a opinião pública.

Ao agir dessa forma, a Corte estará exercendo a sua missão educativa, exercendo um papel de “professor da cidadania” (*teacher of the citizenry*), uma vez que, não decidindo a questão, a Corte estimula o debate sobre o tema entre os outros poderes e a sociedade. Ademais, o diálogo sobre o assunto acarreta um movimento da sociedade em favor da ação legislativa, que, normalmente, é mais efetiva que uma ordem judicial inflexível, sobretudo pelos cidadãos terem uma participação mais próxima no processo de decisão do Parlamento do que em relação àquele realizado pela Corte.

Por isso, Bickel assevera que a Corte deve ter prudência e sabedoria para viabilizar esse debate e, assim, extrair os reais valores da sociedade, devendo decidir somente quando a decisão representar o produto natural desse processo dialógico. Enfim, acredita que a dimensão de princípios é um guia valorativo que deve se desenvolver pelo diálogo interinstitucional e com a sociedade, e não pela imposição unilateral de uma decisão judicial (BICKEL, 1986).

A preocupação está em evitar que a Corte efetue mudanças bruscas que não foram suficientemente debatidas pela sociedade, pois isso gerará um descrédito em relação à própria Corte, enfraquecendo a sua autoridade, e corre-se o risco da eficácia de tal decisão ser tolhida pela resistência da própria sociedade que não a enxerga como legítima. Exemplo da falta de eficácia das decisões judiciais ante a falta de deliberação por parte da sociedade é a decisão do caso *Brown v. Board of Education*. Em que pese ela seja utilizada para enaltecer o sucesso do ativismo judicial da Corte Warren, a história comprova que, dez anos após aquela decisão, somente 1,2% das crianças negras no Sul dos Estados Unidos frequentavam escolas integradas. A integração racial de forma efetivamente disseminada ocorreu somente a partir de 1964, quando houve o envolvimento do Congresso e do Poder Executivo com ampla deliberação sobre o tema (SUNSTEIN, 2008, pp. 188 – 189). Isso confirma a ideia de Bickel de que a Corte pode ser muito mais eficiente ao decidir por incentivar o diálogo e a deliberação sobre determinada questão, do que quando tenta fazer surgir uma mudança social através de uma decisão precipitada.

Destarte, a riqueza desse modelo analisado está no fato de entender que a Corte não tem apenas o papel de dizer se é constitucional ou não. Conforme constatou Mendes, Alexander Bickel soma à pergunta “é constitucional?” a pergunta “é o momento certo de decidir?” ou “há razões para esperar?” (MENDES, 2008, p. 109).

A influência política exercida pela Corte exige que ela pondere acerca da decisão de esperar, que obviamente está fora da análise da estrita constitucionalidade, uma vez que é tarefa da Corte, além de aferir a constitucionalidade, identificar o momento maduro e oportuno para efetivar mudanças impactantes na sociedade. Isso porque não se deve confiar demasiadamente na legitimidade automática das decisões oriundas do ativismo judicial, que sempre acreditam estar alinhadas ao caminho do progresso da sociedade. (MENDES, 2008).

Contudo, para entender corretamente o pensamento de Bickel é necessário partir de uma premissa ignorada pelas teorias da última palavra, qual seja: a última palavra numa democracia é sempre provisória.

Como se verificou, o autor defende a necessidade de a Corte decidir por esperar para que a decisão seja amadurecida pelo debate da sociedade, pois acredita que a última palavra é uma questão de grau. Os princípios e valores de uma sociedade vão evoluindo de grau conforme se submetem a processos deliberativos até chegarem ao ponto de serem reconhecidos pela decisão da Corte. O processo e a preocupação da Corte em fomentar o diálogo não se encerram com a decisão, tendo em conta que os princípios de uma sociedade têm uma expectativa de vida que não costuma ser maior do que uma ou duas gerações, de modo que toda decisão da Corte (ainda que seja considerada uma última palavra) será provisória e deverá deixar o campo para o diálogo aberto, sob pena de condenar a sociedade a conviver eternamente com uma ordem diversa da opinião pública. Portanto, na teoria de Bickel, a última palavra não está com a Corte nem com o Parlamento, já que ela perdura por pouco tempo, de sorte que, mais cedo ou mais tarde, ela voltará a ser objeto do diálogo entre as instituições e grupos da sociedade.

Nesse sentido, Barry Friedman defende veementemente a necessidade de interação entre as instituições e a inexistência de uma última palavra (definitiva) nas questões envolvendo conflitos de direitos fundamentais. Segundo Friedman, as teorias constitucionais hegemônicas, sobretudo aquelas desenvolvidas após a Segunda Guerra Mundial com forte apelo ao papel contramajoritário da Corte, fazem duas suposições superestimadas ou simplesmente equivocadas: primeiro, afirmam existir uma vontade da maioria identificável e fixa, retratada pela atuação do Legislativo e que a Corte está sempre distante; segundo, a Corte é a detentora da última palavra. Para o autor essas duas suposições não espelham a realidade, motivo pelo qual propõe substituí-las por outras três ideias que estão mais próximas do que de fato ocorre: o sistema de governo não representa a maioria, mas permite escutar e integrar vozes de diferentes grupos; o texto constitucional é flexível e comporta diferentes

interpretações; o processo de interpretação não é estático, é dinâmico e, por consequência, autoriza uma interpretação diferente a cada momento (FRIEDMAN, p. 1993).

O conjunto dessas três premissas traçadas por Friedman evidencia a provisoriedade da última palavra e a necessidade de interação constante das instituições no cotidiano constitucional.

A crítica de Friedman à suposição das teorias hegemônicas de que a Corte tem a última palavra é o que mais interessa a este trabalho. Friedman, na mesma linha de Bickel, visualiza uma nova função à Corte no exercício do controle de constitucionalidade, sendo a função de facilitador e interlocutor de um diálogo permanente.

É comum verificar os membros das Cortes dizendo que a última palavra pertence ao Poder Judiciário. Friedman, contudo, não aceita essa afirmação, pois defende que, enquanto houver desacordo entre a sociedade, a deliberação política continuará a existir, inclusive por meio da mobilização de grupos contra a decisão judicial. Essa visão decorre de o fato do texto constitucional ser flexível e aberto, de sorte que jamais haverá uma interpretação eterna e imodificável, toda interpretação constitucional é contingente e passível de mudança ao longo do tempo. A resposta que hoje pode ser correta, amanhã já poderá estar desatualizada. A sociedade é dinâmica e complexa e as respostas aos conflitos que nela se instalam também.

Por isso, a resposta não será alcançada através de uma última palavra (definitiva), haverá um circuito de busca por tal resposta que não possui um ponto final, ele é permanente. Há um processo de idas e vindas sem fim, no qual a Corte transfere a solução da questão para a sociedade e para os outros poderes, e vice-versa (MENDES, 2008, p. 135).

Nas palavras de Friedman (1993, p. 669):

O papel dos tribunais no diálogo sobre o significado da Constituição é altamente interativo. Os tribunais atuam como intermediários no diálogo, sintetizando as visões da sociedade e, então, oferecendo a síntese à sociedade para uma discussão mais aprofundada. Os tribunais e a sociedade atuam como parceiros numa partida de tênis, sempre rebatendo a bola ininterruptamente.

Na compreensão da necessidade dessa interação dos juízes com os outros poderes e com a sociedade, Friedman busca entender o que realmente motiva os juízes no momento de decidir. Constata que, além do próprio direito e dos valores e ideologias pessoais, os juízes também são influenciados por elementos políticos. Assim, percebe que, ao contrário do que defendem as teorias inclinadas a dar às Cortes a “última palavra”, os juízes também têm a sua atuação limitada por fatores políticos que são presentes nas decisões dos legisladores. Para não perder a autoridade de suas decisões e obter a obediência dos outros agentes políticos, o

juiz precisa avaliar qual será o impacto da sua decisão, a exemplo do que ensina Bickel ao ressaltar a dimensão de conveniência e oportunidade da decisão judicial.

Friedman atribui a essa resistência em se reconhecer a influência dos elementos políticos sobre a decisão judicial a grande dificuldade das teorias constitucionais contemporâneas em aceitar a necessidade de interação das Cortes com os outros poderes e a sociedade. Afirma que os teóricos insistem no velho hábito da separação absoluta entre o direito e a política, como se fosse possível um juiz decidir apenas com base no primeiro e isolar totalmente o segundo. As teorias criam um mito de que a Corte é uma instituição imune aos elementos políticos. No entanto, a verdade é que a atuação da Corte é de interdependência com os poderes políticos. Afinal, como lembra Mendes, “juízes são produtos da sociedade em que vivem e são influenciados pelos jogos de forças políticas e ideológicas dessa sociedade” (MENDES, 2008, p. 136).

Note-se, portanto, que nesse processo de constante formação da decisão mediante o diálogo entre o Judiciário e os demais poderes, verificado na teoria de Bickel e Friedmam, inexistente um órgão previamente definido como o legitimado a dar a última palavra sobre a interpretação do texto constitucional, mas sim a tendência de que a decisão sempre seja produto de um procedimento em que os interlocutores têm o papel de influenciarem-se mutuamente e mudarem as suas preferências. A Corte, desse modo, irá manifestar a sua posição, porém não há qualquer regra que diga que ela será a última e a definitiva no debate.

Trata-se de um diálogo e não de um monólogo, onde a Corte fala e o Parlamento simplesmente escuta. A Corte como participante desse debate poderá expressar a sua opinião, porém o principal papel dela será que a sua decisão desperte a discussão entre as instituições, e não que seja tomada como uma verdade absoluta, como uma “última palavra”. Essa é a consequência de se reconhecer que a interpretação do texto constitucional é dinâmica, ou seja, a interpretação da Corte que foi consagrada na decisão judicial não será a “última palavra” porque a natureza da interpretação faz com que ela seja provisória e, naturalmente, o tema voltará a ser enfrentado pela sociedade, Corte e Parlamento. O espaço para a deliberação deve estar sempre aberto, sob pena de reduzir-se a capacidade de alcançar a “resposta correta” numa democracia.

Destarte, o papel da Corte não é o de sozinha salvar a democracia identificando e protegendo os princípios salutares de uma sociedade. A função da Corte é promover o diálogo a fim de que a decisão seja o reflexo de uma deliberação ampla da sociedade e das instituições, o que colaborará para que a resposta alcançada esteja alinhada aos valores consagrados pela sociedade em dado momento. Em síntese, a função da “última palavra”

como decisão judicial, tanto para Bickel como para Friedman, é que ela sirva de estímulo para mobilizar os outros agentes políticos a deliberarem sobre o tema, e não que ela seja uma pá de cal que retira a vitalidade do debate democrático e a sua capacidade de gerar o aperfeiçoamento permanente das decisões.

4 A REVISÃO JUDICIAL DIALÓGICA CANADENSE

A teoria dos diálogos institucionais encontrou aplicação prática no Canadá, tendo em vista que o referido país realizou uma reforma institucional onde foi instituído um controle de constitucionalidade que almeja estimular o diálogo entre a Corte e o Parlamento na interpretação do texto constitucional.

A inovação canadense chegou com a Carta de Direitos e Liberdades (*Charter of Rights and Freedoms*) de 1982, na qual foi estabelecida uma nova forma de revisão judicial, denominada de “revisão judicial dialógica”. Até o advento da referida Carta, o Canadá vivia sob a égide de uma “Declaração Legislativa de Direitos” (*Statutory Bill of Rights*) de 1960, documento sem *status* constitucional e considerado de baixa eficácia na proteção dos direitos dos cidadãos.⁹ Verificava-se, ademais, que essa ideia de proteger direitos através de Declarações do Legislativo afetava a atuação dos juízes, vez que guardavam muita deferência às interpretações dos legisladores sobre tais direitos, refletindo a cultura de supremacia do Legislativo enraizada naquele país, o que inclusive impedia que um ato emanado desse poder fosse invalidado pelo Judiciário por vício de inconstitucionalidade (MENDES, 2008, p. 144). Rompendo com esse cenário, a Carta de 1982 buscou se aproximar das tendências do constitucionalismo contemporâneo baseado na supremacia da Constituição e na valorização da revisão judicial como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, sem, no entanto, abandonar a deferência ao Legislativo existente na cultura daquele país (CONTINENTINO, 2011).

Assim, criou-se um modelo de revisão judicial que incentiva a interação entre a Corte e o Parlamento, com o objetivo de que as decisões sejam o produto da atuação conjunta das duas instituições, e não uma imposição unilateral como ocorre nos sistemas de supremacia da Corte ou do Parlamento.

⁹ No particular caso canadense, a tradição constitucional pautava-se na supremacia parlamentar de matiz britânica, ou seja, cabia ao Parlamento dar a última palavra sobre temas constitucionais e direitos fundamentais. Todavia, o sistema dialógico canadense implicou a adoção de um outro modelo teórico de democracia. Recusou-se o modelo forte de controle de constitucionalidade nos moldes estadunidense, em que a Suprema Corte exerce o protagonismo acerca da última palavra, sendo suas decisões superadas apenas por emendas constitucionais, o que é extremamente difícil na realidade norte-americana (LONGO FILHO, 2015, pp. 91 e 92).

Na visão de Mark Tushnet, a revisão dialógica canadense surge de duas disposições, uma de caráter substantivo e outra procedimental (TUSHNET, 2014). A seção 1 da Carta de 1982, conhecida como “*limitation clause*”, representa a disposição substantiva, segundo a qual o legislador pode limitar direitos estampados na Constituição com base em critérios razoáveis e justificáveis. Ocorreu, na verdade, a positivação de uma premissa que sempre foi reconhecida pela dogmática constitucional, no sentido de que os direitos não são absolutos e, portanto, são passíveis de limitações, sobretudo para assegurar uma sociedade livre e democrática (MENDES, 2008). A disposição procedimental, por sua vez, é encontrada na seção 33 da Carta, denominada de “cláusula não obstante” (*notwithstanding clause* ou *overriding clause*). A “cláusula não obstante” permite que o Legislativo, tanto o nacional como o das províncias, mantenha a eficácia da sua legislação por um período de cinco anos, ainda que a Corte tenha decidido pela inconstitucionalidade da referida legislação em virtude de ser incompatível com os direitos contidos na Carta (TUSHNET, 2014).

A cláusula prevista na Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá apresenta a seguinte redação:

A seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá, de 1982, estabelece:

Exceção à expressa declaração

33 (1) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode expressamente declarar em Ato do Parlamento ou da legislatura, conforme o caso, que seu Ato ou disposição produzirá efeito não obstante a cláusula inclusa na seção 2 ou seções 7 a 15 desta Carta.

Produção excepcional de efeitos

(2) Um Ato ou disposição de um Ato a respeito do qual se fez a declaração sob esta seção produzirá efeitos válidos como se ele o fosse, apesar da cláusula desta Carta a ela referida na declaração.

Limitação de cinco anos

(3) A declaração feita sob a subseção (1) cessará seus efeitos cinco anos após sua aplicação ou em data anterior, a ser especificada na declaração.

Reedição

(4) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode reeditar a declaração feita sob a subseção (1).

(5) Subseção (3) aplica-se no que se refere à reedição feita sob a subseção (4).

Como se verifica, a Seção 33 autoriza o legislador a reeditar uma Lei que já teve a sua inconstitucionalidade declarada pela Suprema Corte em virtude de violar a Seção 2, que prevê os direitos fundamentais à liberdade de consciência, de expressão, de associação e de reunião, e as Seções 7 a 15 da Carta, responsáveis por tutelar o direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa, liberdade de não vir a ser irrazoavelmente investigado, confiscado, preso ou detido e outras garantias individuais.¹⁰

¹⁰ Waldron (2018, p. 223) afirma que esta cláusula é raramente invocada, e quando foi invocada foi no contexto controvertido de resistência da província de Quebec a demandas constitucionais mais abrangentes. No entanto, reconhece que esse pode ser um modelo que oferece uma possibilidade teórica de diálogo genuíno entre Tribunais e Parlamentos.

A Seção 33, portanto, consagrou o controle de constitucionalidade como forma de diálogo entre o Parlamento e a Corte, projetando um desenho institucional compatível com as teorias do diálogo defendidas pelos autores estudados no tópico anterior. Nesse sentido, Tushnet ressalta que uma revisão judicial baseada no diálogo deve ter um mecanismo, a exemplo da Seção 33, que permita a insistência do Legislativo na sua própria interpretação por considerá-la razoável e efetiva (TUSHNET, 2014).

Para existir uma revisão dialógica deve-se promover a interação entre os poderes para que deliberem qual a interpretação sobre os mandamentos constitucionais é a correta. A sociedade, o parlamento e a Corte devem ser atores do processo de busca pela resposta. Nesse sentido, Tushnet exemplifica como pode ser um diálogo na revisão judicial:

A Legislatura promulga uma lei que logo é declarada inconstitucional pela Suprema Corte por violar o que a Corte entende por proteção constitucional a liberdade de expressão. A Legislatura pode responder de distintas formas. Por exemplo, apontando que a Suprema Corte dirigiu a sua atenção a um problema que a Legislatura havia ignorado ou desvalorizado antes. Portanto, ao centrar a sua atenção na questão constitucional, pode ser que termine estando de acordo com a interpretação da Corte e modifique a lei para que seja consistente com essa interpretação. Ou, algo mais interessante, pode que a Legislatura conclua, após deliberar, que há uma interpretação da proteção da liberdade de expressão segundo a qual a lei original era constitucional e, sem realizar modificação, entenda que é mais razoável do que a interpretação da Corte (2014, p. 109).

Nota-se que esse tipo de diálogo é perfeitamente proporcionado pela “cláusula não obstante”, dado que ela permite que o diálogo institucional se opere de quatro modos, inclusive indo além do exemplo de Tushnet: (a) o legislador pode não manifestar qualquer reação contra a decisão judicial; (b) o legislador pode editar nova Lei em conformidade com o parâmetro fixado pela Corte; (c) pode, ainda, o legislador refazer o diploma legal com leves alterações, mas sem alterar as disposições mais questionadas pela Corte; (d) por fim, com base no *override clause*, o legislador pode editar ato idêntico ao declarado inconstitucional, não obstante a autoridade da decisão judicial (CONTINENTINO, 2011).

Inegável, portanto, que o sistema constitucional canadense facilita significativamente a interação entre a Corte e o Parlamento, pois proporciona um diálogo direto e célere entre tais poderes, ao revés dos modelos tradicionais de supremacia do Judiciário, onde, por vezes, a única forma do Parlamento “dialogar” com a Corte é fazendo a sua interpretação prevalecer por meio de uma emenda ao texto constitucional, o que representa um diálogo muito lento e pouco produtivo.

Destarte, independente das críticas que ainda hoje são tecidas em relação ao controle de constitucionalidade adotado pelo Canadá, algo que indiscutivelmente tem de ser reconhecido é a sua capacidade de evitar os extremos da supremacia judicial ou legislativa, o

que torna a democracia mais autoconsciente, crítica e real (MENDES, 2008). A revisão judicial canadense não impede que a opinião do Parlamento prevaleça sobre a da Corte, porém obriga que ele assuma responsabilidades políticas e apresente argumentos razoáveis que superem a decisão da Corte. Aumenta-se o desempenho das duas instituições pela interação direta e, por conseguinte, eleva-se a capacidade epistêmica da democracia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aceitação do diálogo institucional na solução dos conflitos de direitos fundamentais é algo que ainda hoje encontra grande resistência por parte da doutrina. Essa dificuldade já era previsível, afinal inovações em matéria de teoria constitucional não são frequentes e quando ocorrem não costumam ser isentas de críticas. Entretanto, no item 2 do trabalho, demonstrou-se um dos fatores que favorecem para que o constitucionalismo dialógico seja visto com maus olhos por parte da doutrina. As teorias da última palavra, obcecadas por cravar uma instituição como a infalível na tarefa de identificar a “resposta correta”, estão desde o século XVIII entranhada nos modelos de separação de poderes.

Verificou-se que os modelos tradicionais possuem características que os tornam totalmente diversos, porém todos eles compartilham de uma mesma premissa: acreditam que uma instituição deve ser a detentora da “última palavra” numa democracia. O apego à segurança da autoridade de uma decisão proferida por um determinado órgão faz com que as teorias constitucionais hegemônicas não reflitam sobre a possibilidade de se conceber um sistema que permita à sociedade e às instituições alcançarem respostas mais alinhadas com a opinião pública, legitimadas na participação política dos cidadãos, que poderá ocorrer tanto por meio da Corte quanto pelo Parlamento, pois ambos são atores políticos. Não há como separar o direito da política.

A “última palavra” acerca da interpretação do texto constitucional sempre será provisória, a interpretação é dinâmica e, por consequência, as respostas se modificam ao longo do tempo. Portanto, defender a existência de uma instituição como a responsável por fixar as “verdades absolutas” e definitivas de uma democracia significa ignorar o potencial que a própria democracia possui de aprimorar as suas decisões, o que, como visto, se dá através de um diálogo entre as instituições, obrigando cada uma delas a justificar razoavelmente a sua interpretação, caso queiram que ela prevaleça sobre as demais. Acreditar na necessidade da “última palavra” significa renunciar à elevação da capacidade epistêmica

da democracia proporcionada pelo diálogo. É tornar a democracia menos autoconsciente, crítica e real.

Conclui-se, portanto, que as teorias dos diálogos institucionais merecem uma atenção especial, pois são uma alternativa aos modelos de democracia fundados na Supremacia Judicial ou Legislativa. Nesse sentido, tem-se que o controle de constitucionalidade canadense é um interessante universo de pesquisa para que seja desenvolvido um estudo empírico acerca da efetivação de diálogo interinstitucional a partir do *judicial review*, já que apresenta uma estrutura que facilita a superação das decisões judiciais que reconhecem a inconstitucionalidade de atos do legislativo, estimulando o diálogo entre o Legislativo e o Judiciário, o que não se verifica no controle de constitucionalidade brasileiro.

REFERÊNCIAS

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “última palavra”, o poder e a história: O Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, jan./mar. 2014.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. 2 ed., New Heaven: Yale University Press, 1986.

BRANDÃO, Rodrigo, **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima. MANDALLOZZO, Silvana. Uma análise do princípio contramajoritário como elemento do controle de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 133, março 2014.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. A Notwithstanding Clause e a Constituição do Canadá. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, IDP, Ano 04, 2011

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. 2ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

FRIEDMAN, Barry. Dialogue and Judicial Review, **Michigan Law Review**, v. 91, 1993.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (ed.). **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2014, p. 119-158.

LONGO FILHO, Fernando José. A última palavra e diálogo institucional: Relações com as teorias democráticas em Dworkin e Waldron. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS**. Vol. 10., n. 03, 2015, pp. 90 – 111).

MADISON, James. JAY, John, HAMILTON, Alexander. **The Federalist**, Indianapolis, Liberty Fund, 2001.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra. In: GARGARELLA, Roberto (ed.). **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2014, p. 159-185.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição parcial**. Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (ed.). **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2014, p. 105-116.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

WALDRON, Jeremy. **Contra el gobierno de los jueces: ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2018.