

Introdução

No famoso julgamento da constitucionalidade da Lei de Biossegurança, Lei n. 11.105/2005¹, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu por constitucional o uso de pesquisas científicas mediante células-tronco embrionárias. Embora a decisão de mérito tenha sido abraçada e aplaudida pela grande maioria da comunidade jurídica, a exposição de uma matéria preliminar rejeitada pelos ministros da corte também foi digna de grande atenção naquela ocasião. A matéria foi trazida pelo constitucionalista Luis Roberto Barroso, então advogado de *amicus curiae*. Durante a sua sustentação oral, defendeu a aplicação de um princípio até então inovador para o direito brasileiro, mas já existente há um bom tempo na doutrina do direito comparado, o qual nominou de princípio da deferência.

A despeito da existência de várias concepções sobre deferência², no contexto do julgamento em espeque tal conceito veio associado à necessidade de adstrição do exercício da jurisdição constitucional a um perfil mais cuidadoso e criterioso quando o diploma legal sujeito a análise de constitucionalidade tiver sido objeto de grande debate e consenso pela comunidade governada ao longo do respectivo processo legislativo.

O argumento foi abruptamente rechaçado pelos Ministros da Corte, que o consideraram irrelevante. Todavia, as reflexões sobre a pertinência da alegação se estenderam para além do julgamento, pois o exercício da jurisdição constitucional, principalmente no aspecto de definição dos valores substantivos mais relevantes para a vida em sociedade³, ainda não encontrou limites certos de operabilidade, o que vem favorecendo apontamentos sobre o enfraquecimento de sua legitimidade.

¹ ADI n. 3510/DF. Rel. Min. Carlos Britto, 05/03/2008. Pleno (Informativo STF n. 497).

² Embora existam várias interpretações para o que se entende por deferência, Stephen Gardbaun aponta o destaque recebido na doutrina norte-americana para os ensinamentos de James Bradley Thayer, o qual, em fins do século XIX, advogou a tese de que, apenas quando um legislativo tiver cometido um erro muito claro, a ponto de dispensar qualquer questionamento racional, a atuação corretiva do Poder Judiciário teria lugar. Veja-se: GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pgs. 209/210.

³ Os exemplos são inúmeros, podendo ser citados o direito ao aborto, casamento homossexual, eutanásia, meio ambiente e desenvolvimento sustentável, etc.

Em um determinado grupo de países, as respostas a essa problemática já vêm ganhando sistematização em lugar de soluções pontuais, de modo que a tendência universalizante de adoção do “esqueleto” do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, praticamente hegemônico no período que se seguiu ao fim da Segunda-Guerra mundial, à queda de muitos impérios colonialistas e ao colapso do comunismo, vem gradualmente se dissipando.

Nesse norte, chama a atenção a adoção de significativos realinhamentos nos regimes constitucionais de alguns países tradicionalmente insensíveis a quaisquer mudanças que os afastasse de um dos dois conhecidos pólos de pacificação legislativa (soberania parlamentar ou *judicial review*). É o caso, especialmente de países da Comunidade Britânica (Canadá, Reino Unido, Nova Zelândia) e de Israel.

Já outro grupo de países, da qual fazem parte Brasil e Estados Unidos, entre muitos outros, adotam algum mecanismo de controle judicial final de constitucionalidade praticamente sem limites de operabilidade bem delineados e sem a abertura de participação ou contradita a outros poderes e segmentos sociais, favorecendo a marcha rumo a um ativismo judicial neutralizador dos instrumentos de representatividade democrática⁴ por parte da corte constitucional.

No caso do Brasil, não há como negar que o próprio Poder Legislativo, envolto nos últimos anos em graves escândalos de corrupção e acusado de baixa produtividade legislativa contribuiu em boa parte para o desencadeamento do problema, transferindo para o Supremo Tribunal Federal o poder decisório pacificador em face das grandes questões sociais conflituosas da atualidade brasileira. A explicação desse fenômeno é dada pelo constitucionalista Daniel Sarmento:⁵

No cenário brasileiro, o neoconstitucionalismo é também impulsionado por outro fenômeno: a descrença geral da população em relação à política majoritária, e, em especial, o descrédito no Poder Legislativo e nos partidos políticos. A percepção geral, alimentada por sucessivos escândalos e pelo discurso de alguns meios de

⁴ Notadamente a atuação do Poder Legislativo e da esfera pública.

⁵ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (org). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pgs. 131/132.

comunicação social, de que a política parlamentar e partidária são esferas essencialmente corrompidas, que se movem exclusivamente em torno de interesses e não de valores, gera em alguns setores a expectativa de que a solução para os problemas nacionais possa vir do Judiciário. Esse sentimento é fortalecido quando a Justiça adota decisões em consonância com a opinião pública – como ocorreu no recebimento da denúncia criminal no caso do “mensalão”, na definição da perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária, e da proibição do nepotismo na Administração Pública.

E a Corte Constitucional pátria vem abraçando empolgada e irrestritamente essa função. Talvez como uma forma de compensar o histórico de omissão do Poder Judiciário brasileiro principalmente diante de momentos de grave crise democrática e institucional na história do país, como durante o Regime Militar de 1964.⁶

Reconhece-se, hoje em dia, uma predominante atuação hiperatrofiada e desviante da Suprema Corte brasileira de um modo geral no exercício de seu *judicial review*. Tal situação é ainda mais grave em casos de decisões judiciais pertinentes a temas de grande relevância substantiva para a sociedade. É o caso de exercício de direitos políticos, definição e amplitude de direitos e garantias fundamentais em geral, temas muito mais propícios de serem definidos através de debate maduro protagonizado pelo próprio seio social.⁷

Em casos tais, quando o STF fecha completamente as portas para qualquer diálogo com outras instituições e com a sociedade, bem como quando apresenta grande capacidade criativa na interpretação das normas, evidencia-se a insuficiência democrática do controle de constitucionalidade tradicional como um todo. Não se trata de uma trajetória inédita vivenciada por um corte constitucional de um regime democrático, onde há pleno exercício de jurisdição constitucional.

⁶ Estudiosos apontam uma atuação predominantemente deferente do STF ao Poder Executivo durante o mencionado regime, o que teria ocorrido tanto por cooptação quanto por cerceamento das atribuições da corte. Nesse sentido: FURMANN, Ivan. **O STF e o Regime Militar de 1964**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20557/o-supremo-tribunal-federal-e-o-regime-militar-de-1964>>. Acesso em: 07 dez. 2011.

⁷ É visível a postura ativista do STF em temas de jaez. Vide a elaboração da Súmula Vinculante n. 11, que inovou na ordem jurídica ao restringir o uso de algemas pelas autoridades policiais à revelia da existência de uma jurisprudência já consolidada nesse sentido. Abordou o assunto com profundidade: OLIVEIRA, Humberto Machado de. Caso da limitação do uso de algemas: como delimitar o ativismo do Supremo Tribunal Federal? In: OLIVEIRA, Humberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (org.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. O tema voltará no item 2.3.

Cerca de quatro décadas antes do ativismo do STF ganhar visibilidade, por razões a serem analisadas ao longo do trabalho, a Suprema Corte norte-americana alinhou-se a uma postura ativista de cunho conservador, freando legislação de tutela extensiva à efetivação de direitos fundamentais.

O amadurecimento de democracias permite a visualização da realidade de que a concessão de supremacia judicial não garante, por si só, a efetivação de direitos, pois o processo de pacificação judicial de controvérsias legais está igualmente sujeito a erros e acertos, a exemplo das escolhas sociais refletidas no Poder Legislativo.

Logo, cada vez mais o Direito Constitucional vem demonstrando ser ilusória a possibilidade de superação de obstáculos inerentes à defesa das ordens constitucionais na fixação de tal missão a um único poder estatal à revelia dos demais. Ao revés, vem se revelando necessária uma atuação em colaboração sem qualquer primazia entre órgãos e instituições, já que a força deveria residir não nestas, mas nos direitos em si.

Nesse sentido, os diálogos institucionais, embora de histórico relativamente recente e carente de sistematização científica consolidada, são os instrumentos que melhor desempenham hoje em dia o papel conciliatório e amenizador entre as instituições e a favor dos direitos fundamentais, o que reforça a justificativa de seu estudo, até agora pouco difundido no Brasil.

São, portanto, instrumentos de abertura e flexibilização da jurisdição constitucional, considerados uma terceira via de solução de controvérsias entre Lei e Constituição, pois perseguem caminho conciliatório entre as instituições em atenção à necessidade de reversão da atual retratação do sistema representativo e preterição às decisões bilaterais de solução de controvérsias.

Partindo-se dessas considerações, pretende-se, portanto, apresentar no primeiro capítulo um retrato dos institutos clássicos da soberania parlamentar e *judicial review of legislation*, assim como as respectivas bases teóricas, afinal, não é possível a exposição de uma terceira via de solução de conflitos legais, de cunho conciliatório, sem o conhecimento das duas primeiras, de cunho exclusivista. O mesmo capítulo ainda apresentará a dicotomia existente entre países de constitucionalismo forte X constitucionalismo fraco explicada, entre outros, por

Mark Tushnet⁸ e Jeremy Waldron⁹ e, assim como as variações nas características de exercício do controle de constitucionalidade de acordo com o modelo escolhido, o que é importante para identificar qual o modelo brasileiro e onde se encaixam as alternativas existentes para o alcance de modelos de solução de controvérsias legais que não pressuponham sempre a traumática necessidade de anulação imediata da legislação.

Embora ambos os modelos não estejam imunes a críticas, o capítulo 2 será dedicado a um estudo pormenorizado das alegadas imperfeições da jurisdição constitucional, com especial enfoque no epicentro do debate de sua insuficiência democrática, ou seja, os Estados Unidos da América.

Em que pese existirem diversas teorias que objetivam fixar marcos limitativos ao controle judicial de constitucionalidade, as lições de Jeremy Waldron e John Hart Ely, também do direito norte-americano, são de especial importância para a delimitação do problema, pois são duas das soluções de maior projeção doutrinária nesse desiderato.

Fixe-se desde já ser absolutamente impossível condensar todo o pensamento de Waldron a respeito de suas críticas face ao *judicial review of legislation*, pois existe ampla bibliografia do autor a respeito do tema. Não obstante, algumas de suas principais premissas contra o controle judicial de constitucionalidade ordinário serão expostas.

Quanto a John Hart Ely, embora as observações a serem feitas cinjam-se a uma única obra, o estudo não seguirá adiante no sentido de analisar todas as consequências e reações doutrinárias ao pensamento procedimentalista e, muito menos, adentrará no conhecido debate entre os modelos de democracia deliberativa, embora algumas reflexões sobre esta última sejam tidas por necessárias quando da conclusão deste estudo.¹⁰

⁸ TUSHNET, Mark. **Alternative Forms of Judicial Review**. Michigan Law Review. Vol. 101. 2003, p. 2782. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/259>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

⁹ WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 100.

¹⁰ Os conhecidos modelos substantivos e procedimentalistas. Para um estudo detalhado sobre democracia deliberativa veja-se: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. In: SARMENTO, Daniel (org). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

De qualquer modo, observar-se-á que Jeremy Waldron e John Hart Ely não só já se revelaram atentos para os males que podem ser causados em se atribuir, irrestritamente, a palavra final de uma grande controvérsia judicial a uma corte de magistrados não eleitos e distantes dos anseios sociais, mas levantam considerações relevantes como ponto de partida para atender a necessidade de se buscar alternativas conciliatórias e amenizadoras face ao irradiante poder das cortes constitucionais.

Todavia, referidas concepções merecem ser mencionadas também em função de suas alegadas limitações, na medida em que, em face delas, os diálogos institucionais dão um “passo além” na superação das fragilidades democráticas do controle judicial de constitucionalidade das leis.

Também é inevitável falar sobre legitimidade da jurisdição constitucional sem adentrar, ainda que brevemente, no significado da chamada dificuldade contramajoritária. Afinal, a mesma é uma construção retórica ou verdadeiro pressuposto da democracia? O debate entre Jeremy Waldron e Ronald Dworkin¹¹, dada a sua riqueza de conteúdo e especial polarização, será apresentado a partir da construção clássica de Alexander Bickel.

Com isso, os diálogos institucionais ganharão capítulo próprio, no qual checar-se-á como funcionam estes mecanismos de abertura da jurisdição constitucional à participação de outras instituições de Estado na teoria e na prática. Buscar-se-á no direito estrangeiro, principalmente nos países da Comunidade Britânica que recentemente empreenderam importantes reformas constitucionais onde se afastaram, em maior ou menor grau, do modelo norte-americano do *judicial review*, soluções conciliatórias e amenizadoras para o excesso de poder revelado por cortes constitucionais, dando-se ênfase a institutos que privilegiam articulações dialógicas ao revés da submissão de um Poder da República a decisões de outro.

Embora sejam temas adstritos às construções dialógicas e, por isso mesmo, de menção necessária no capítulo, não haverá maiores aprofundamentos a todas as

¹¹ Embora seja o referencial de polarização escolhido, não é o único debate acadêmico a respeito desse que é tido por um dos mais conflituosos temas do direito constitucional. Nesse sentido Stephen M. Griffin expõe o debate entre Ronald Dworkin, mas desta vez com Michael McConnell: GRIFFIN, Stephen M. Era Marbury: o *judicial review* em uma democracia de direitos. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (Org.). **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pgs. 265/270.

nuances do chamado cooperativismo constitucional e tampouco adentrar-se-á com profundidade na extensa e complexa sistematização das teorias dialógicas empreendidas por Christine Bateup, sob pena de se fugir do enfoque principal em favor de um alongamento desnecessário, pois, como já dito, ainda não há sistematização consolidada nos estudos dos diálogos institucionais.

Fixadas as premissas fundamentais dos diálogos institucionais, o trabalho avançará na análise concreta, porém nunca exauriente, de alguns dos principais alinhamentos dialógicos já existentes no direito estrangeiro, dois deles de países da Comunidade Britânica, quais sejam, Canadá e Reino Unido, bem como o modelo de Israel.

Releva salientar que foge à ambição deste trabalho a análise de todas as experiências dialógicas existentes no constitucionalismo contemporâneo. Existem outros mecanismos de diálogos institucionais em países não adeptos do sistema de *Common Law*, como é o caso da Índia¹². Todavia, um avanço dessa magnitude não é aconselhável aos fins desta obra, que busca prender-se aos exemplos mais estudados em sede acadêmica e sujeitos já há um certo escrutínio da prática constitucional dentro das respectivas realidades jurídicas.

Dessa forma, a experiência canadense é de menção obrigatória por se tratar da primeira sistematização constitucional-dialógica no âmbito de um país, tendo servido de fonte de inspiração para as construções dialógicas que vieram depois. Já o estudo dos mecanismos dialógicos da Grã-Bretanha devem ser revelados dada a presença de institutos de cunho mais conciliatório, operabilidade mais dinâmica e capacidade de entreteçamento com soluções regradas pela Comunidade Européia, sendo também objeto de inspiração para a posterior moldura de diálogos institucionais em outros países, como aconteceu na Nova Zelândia¹³ e Austrália.¹⁴

¹² Um estudo sobre a presença de mecanismos dialógicos no Direito Constitucional indiano pode ser encontrado em: DARNELL, Alfred e PARIKH, Sunita. **Interbranch Bargaining and Judicial Review in India**. Washington University. 2007. Disponível em: <http://www.law.northwestern.edu/colloquium/politicaeconomy/documents/parikh_darnell.pdf>. Acesso em 21 jul. 2011.

¹³ New Zealand Bill of Rights Act (1990).

¹⁴ Charter of Human Rights and Responsibilities Act (2006).

Já a experiência israelense demonstrou ser relevante para este estudo em razão da sua menção acadêmica frequente, pois chama a atenção pela conjunção peculiar de fatores. De fato, observar-se-á que houve em Israel a implementação de um instrumento dialógico dentro da realidade de um país que, por um lado, prescinde de constituição escrita, mas, por outro, foi marcado, durante considerável período de sua história, por um ativismo judicial idealizador da propagação de uma premissa favorável à elevação do Poder Judiciário como órgão provedor das questões ligadas a direitos, o que o aproxima um pouco mais, ao menos neste último aspecto, das realidades brasileira e estadunidense.

De fato, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal ora repudia ou se vale de soluções dialógicas de forma muito tímida, e, o que é pior, simplesmente não faz uso desses importantes instrumentos de abertura jurisdicional democrática para ouvir a comunidade de cidadãos nas grandes discussões de índole substantiva envolvendo proteção a direitos fundamentais.

Em um dos tópicos do capítulo 2, observar-se-á que o controle de constitucionalidade brasileiro vem seguindo, em muitos aspectos, a trajetória no mínimo controversa do combatido modelo de *judicial review* norte americano, pois, a pretexto de abrigar uma visão “neoconstitucionalista” do direito, exerce sua atividade-fim de forma demasiadamente extensiva.

Como há um significativo corte cronológico, identificado pela análise do panorama constitucional consolidado após o fim da Segunda Guerra Mundial (1945 em diante), o trabalho apresenta uma contextualização histórica, mas não é desenvolvida a análise de evoluções históricas dos institutos mencionados, nem mesmo no capítulo 1, quando da análise do *judicial review* e soberania parlamentar. Não obstante, é imperioso verificar as bases teóricas dos supramencionados institutos para fins de se entender suas características e formas de operabilidade.

Assim, exemplificativamente, quando do estudo do *judicial review*, não há enfoque em todos os pormenores da controvérsia de fundo trazida no bojo do *leading case Marbury vs. Madison*, a exemplo dos precedentes relevantes sobre o *judicial review* que vieram um pouco antes. Por outro lado, é de necessidade

inafastável mencionar que a o *judicial review* sofre, em sua base teórica, influência das lições de Sir Edward Coke e John Locke, entre outros.¹⁵

Quanto à soberania parlamentar, evidencia-se de suma importância a análise dos modelos de soberania parlamentar britânica e soberania parlamentar francesa, fundadas em bases teóricas distintas, sendo certo que apenas a primeira é propícia para o desenvolvimento de diálogos institucionais¹⁶.

A apresentação da trajetória do constitucionalismo moderno a partir da soberania parlamentar, passando pelo enfraquecimento *judicial review* até a chegada dos diálogos institucionais evidencia uma preocupação constante em se conciliar pacificação legislativa com respeito às instituições democráticas.

A produção acadêmica produzida em razão dessa preocupação é muito extensa, mas este trabalho opta pela concentração na análise do funcionamento das alternativas dialógicas, pois as mesmas tomam a dianteira em face de outras teorias como o chamado constitucionalismo popular¹⁷, pelo motivo de, ao contrário deste último, já ser objeto de aplicação concreta no constitucionalismo atual, trazendo, em função disso, consequências irreversíveis na ampliação do horizonte de pacificação entre Constituição e Lei.

¹⁵ Cap. 1. Item 1.2, “b”

¹⁶ Conforme será devidamente compreendido no desenvolvimento do Cap. 1, item 1.2, “a” e Cap. 4, item 4.4, “b”.

¹⁷ Um estudo detalhado na vertente teórica do constitucionalismo popular encontra-se em KRAMER, Larry. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o “Interesse do Homem”. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; Moreira, Luiz. **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.