

**UMA ALTERNATIVA PARA O RISCO DEMOCRÁTICO DA *JUDICIAL REVIEW*:
POSSIBILIDADES E LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIALÓGICA**
*AN ALTERNATIVE FOR THE DEMOCRATIC RISK OF JUDICIAL
REVIEW: POSSIBILITIES AND LIMITS OF DIALOGICAL CONSTITUTIONALISM
JURISDICTION*

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Pós-Doutor em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, sob orientação de trabalho da Profa. Dra. Ingeborg Maus. Doutorado em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main, sob a orientação do Prof. Dr. Wolf Paul. Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Professor Titular da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Procurador do Município de Fortaleza. Foi Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza - UNIFOR (1999-2006); Vice-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Ceará (2004-2005), Procurador-Geral do Município de Fortaleza (2006-2012) e Coordenador da Área de Direito na CAPES (2011-2014), Ceará (Brasil).

E-mail: barreto@unifor.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2402860645108428>.

Juliana Maria Borges Mamede

Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Coordenadora e Professora do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Mediadora de conflitos certificada pelo Conselho Nacional de Justiça, Ceará (Brasil).

E-mail: julianamamede@unifor.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0961145928444757>.

Hélio das Chagas Leitão Neto

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Professor do Centro Universitário 7 de Setembro. Advogado, Ceará (Brasil).

E-mail: heliolleitao@hlpadvogados.com.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2819440567322711>.

Submissão: 26.09.2019.

Aprovação: 21.07.2020.

RESUMO

A separação de poderes tradicional estabeleceu, como forma de garantia contra o abuso do poder, que um sistema de interferências recíprocas era necessário. Dessa premissa, observou-se a necessidade de limitação dos atos do legislativo por meio da atuação jurisdicional, dando-

se origem à revisão judicial dos atos de governo, conhecida como *judicial review*. A partir de sua consagração pelo caso *Marbury v. Madison*, tal controle expandiu sua autoridade de forma a transformar as Cortes em último intérprete do texto constitucional, estabelecendo-se a “supremacia horizontal” da Suprema Corte na matéria, consolidando um sistema forte de controle de constitucionalidade, com redução da influência legislativa. Essa situação se agrava com os adventos do Estado Social e da Judicialização da Política a deslocarem, significativamente, o âmbito de produção de políticas públicas para as Cortes Constitucionais. Em vista disso, procurou-se desenvolver uma alternativa a partir do constitucionalismo dialógico que, ao revalorizar a cooperação entre os poderes, permite o desenvolvimento de uma *jurisdição constitucional dialógica*, a qual traz como nota marcante uma atuação conjunta das funções estatais na definição dos sentidos constitucionais. No Brasil, essa prática apresenta-se a partir da figura dos diálogos institucionais, viabilizando um promissor uso de mecanismos de forma fraca de revisão judicial, tal como se prenuncia nos casos de litígios estruturais, com a pretensão de combinação do estado de coisas inconstitucional e do compromisso significativo. Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfico-documental, revelando-se esta como uma pesquisa pura, qualitativa e exploratória.

PALAVRAS-CHAVE: *Judicial Review*. Constitucionalismo Dialógico. Revisão Judicial Dialógica.

ABSTRACT

The traditional separation of powers established, as a form of assurance against the abuse of power, that a system of reciprocal interference was necessary. From this premise, it was observed the need to limit the acts of the legislature through judicial action, giving rise to judicial review of acts of government, known as judicial review. From this consecration by Marbury v. Madison, this control has expanded its authority in order to transform the Courts into the ultimate interpreter of the constitutional text, establishing the Supreme Court's supremacy in the matter, consolidating a strong system of judicial review, with the reduction of legislative influence. This situation is aggravated by the advent of the Social State and the Judicialization of Politics, significantly displacing the scope of public-policies making for the Constitutional Courts. With this in sight, it was developed an alternative from the dialogical constitutionalism, which, by revalorizing cooperation between the powers, allow the development of a constitutional dialogical jurisdiction, which brings the remarkable note to joint action of the state functions in the definition of the constitutional meanings. In Brazil, this practice is based on the institutional dialogues, enabling the promising use of weak-form judicial review mechanisms, as is foreseen in cases of structural litigation, with the aim of combining the unconstitutional state of affairs and the meaningful engagement. For this purpose, a bibliographic-documentary research was conducted, revealing itself as a pure, qualitative and exploratory research.

KEYWORDS: *Judicial Review. Dialogical Constitutionalism. Judicial Dialogical Review.*

INTRODUÇÃO

A atualidade da atuação do Judiciário no exercício da revisão judicial dos atos do Legislativo tem colocado, em perspectiva global, o que se vem chamando de “risco democrático”, dadas as possibilidades (e, mesmo, probabilidades) de se traçar uma rota de colisão entre a legitimidade democrática e a necessidade de proteção de valores consagrados, Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 2, pp. 561-583, Mai.-Ago. 2020. 562

mas em risco por maiorias ocasionais a revelar o traço contramajoritário que se imputa à atuação das cortes constitucionais.

Para que se possam delinear com maior clareza as possíveis causas formadoras desse conflito, far-se-á necessário observar como o exercício da função jurisdicional veio a se consolidar, e se alterar, após as revoluções burguesas do século XVIII, sofrendo impacto significativo com o advento do fenômeno da judicialização da política na segunda metade do século XX, demarcando, assim, o quadro de fundo no qual a jurisdição constitucional, em sentido amplo, encontra-se sob questionamento de se haver tornado um “risco à democracia”. Para os fins do presente trabalho, deixar-se-á de realizar incursão específica sobre a temática da legitimidade da jurisdição constitucional pela perspectiva dos Tribunais Constitucionais e do debate formado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, sem que se deixe de perceber a relevância de suas contribuições e de seus desenvolvimentos posteriores, fomentadores que são de inúmeros estudos de relevo.

Situadas as premissas, passar-se-á a analisar uma perspectiva da jurisdição constitucional que se intitula como *jurisdição constitucional dialógica*, de modo a avaliar seus pressupostos e de verificar se a mesma é capaz de equacionar o “risco democrático”, sem conduzir ao esvaziamento da missão de defesa de valores consagrados contra maiorias ocasionais (papel contramajoritário).

1 OS CONTORNOS TRADICIONAIS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E A *JUDICIAL REVIEW*

Nesta seção, buscar-se-á analisar a configuração tradicional da separação de poderes como desenvolvida por Montesquieu, de modo a se visualizar os pontos de partida de uma construção de relevo para a contenção do poder estatal por meio de um rudimentar sistema de freios e contrapesos, e, bem assim, como marco para o desenvolvimento futuro, pelos federalistas americanos, da *judicial review*.

1.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS DE MONTESQUIEU.

Analisando a relação que se mostra entre as leis que viabilizam a liberdade política e sua relação com a Constituição, Charles-Louis de Secondat, o Barão Montesquieu, observa, desde logo, o caráter plurívoco com que a palavra liberdade veio sendo apresentada, ora

viabilizando a deposição de tiranos, ora a eleição a quem se deva obedecer, ora, ainda, constituindo os povos, no direito de se fazerem armados e poder exercer a violência, bem como limitando o governo a um homem de sua própria nação ou ao governo de suas próprias leis (MONTESQUIEU, 1996).

Em linhas gerais, situou-se a ideia de que, em uma democracia, o povo parece poder fazer o que desejar, formando-se uma confusão entre o *poder do povo* com a *liberdade do povo*. Tal equívoco deveria ser de logo rechaçado, pois, como destaca o autor, “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam esse poder” (MONTESQUIEU, 1996, p. 166).

Tem-se, então, a necessidade na busca de um governo moderado que assegure a liberdade política; contudo, para que assim aconteça, haver-se-ia de buscar uma forma de contenção do poder, pois “trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontre limites” (MONTESQUIEU, 1996, p. 166). Nesse sentido, tendo como evidente o risco de abusos, Montesquieu (1996, p. 166) define seu escopo: “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”, daí a busca pelo que descreve como um sistema equilibrado: “estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente” (MONTESQUIEU, 1996, p. 176).

A distribuição das funções estatais em três campos, feita por Montesquieu (1996), apresenta: um Legislativo – a vontade geral do Estado, a ser confiada ao corpo dos nobres e ao corpo que for escolhido para representar o povo, os quais reunir-se-ão em assembleia e sessões distintas para a criação da lei; um Executivo – responsável pela execução dessa vontade geral do Estado; e, um Judiciário. Acerca do Judiciário, o autor indica que o poder de julgar “é, de alguma forma, nulo”, uma vez que não se faria ligado a nenhum segmento social específico, servindo, assim, como entes inanimados, verdadeiros autômatos da lei, não podendo moderar nem sua força, nem seu rigor (MONTESQUIEU, 1996, p. 169 e 175).

As rudimentares interferências recíprocas entre as funções estatais podem ser vistas, por exemplo: (i) na necessidade de se ter uma convocação do corpo legislativo pelo Executivo; (ii) na possibilidade de o Executivo utilizar-se de sua faculdade de impedir (veto) em face do processo legislativo; (iii) na faculdade legislativa de examinar de que modo as leis foram executadas; e, mesmo excepcionalmente, (iv) quando o Legislativo tenha de tomar a si

a responsabilidade de julgamentos, seja em forma próxima a do *impeachment*, seja para moderar o rigor da lei, o que não pode ser feito pelo Judiciário, etc. (MONTESQUIEU, 1996).

Deve-se destacar, aqui, uma rica lição: os recortes iniciais e precários de um rudimentar sistema de freios e contrapesos pensado para uma era feudal, o que será de relevo para os desenvolvimentos posteriores. Esse ponto deve ser salientado por evidenciar, de logo, a necessidade de interferências recíprocas entre os poderes como forma de se assegurar sua harmonia e equilíbrio. Por outro lado, não se deve esquecer que a separação de poderes da era Montesquieu traduz o pensamento liberal, de forte contraposição ao absolutismo. Em outras palavras, tratava-se de um modelo de separação para preservação da propriedade e da renda; não se tinha no horizonte a contenção do poder do Estado como proteção de um direito individual, especialmente em favor do homem pobre, sem propriedade – era a defesa da propriedade e do dinheiro dos ricos contra o poder absoluto e não dividido de um monarca.

Apesar disso restar bem marcado, como indicado por Hamon, Troper e Burdeau (2005, p. 90-91), parece que das duas uma, ou “os homens da Revolução Francesa teriam entendido mal o Espírito das Leis; enquanto Montesquieu entendia o princípio de uma forma maleável, os revolucionários teriam dado, por força do sistema, uma interpretação rígida”, ou “a separação de poderes de que trata a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 não tem nenhuma relação com a separação de poderes da doutrina tradicional”. Com efeito, tomando-se a pesquisa de Duguit sobre a separação de poderes na Assembleia Nacional de 1789, percebe-se que os constituintes revolucionários não se aproximam da teoria política inglesa, que encontrava em Montesquieu “sua pura expressão”. De fato, a Assembleia Nacional “no toma de MONTESQUIEU más que sus formulaciones generales. No lee la continuación de sus escritos que vienen a explicarlas y limitarlas” (DUGUIT, 1996, p. 17). Isso se deve à leitura na forma de uma separação absoluta/rígida/estranque de poderes, como em mais de uma ocasião será asseverado por Duguit (1996, p. 35-36; 55-56; 101-105 e 120-123).

Decerto que, em momento algum, Montesquieu cuidou das premissas específicas para a *judicial review*, cujas bases encontram desenvolvimento mais consistente com o contributo dos federalistas norte-americanos, como se verá a seguir.

1.2 OS FEDERALISTAS NORTE-AMERICANOS E A FORMAÇÃO DO SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

Partindo da construção de Montesquieu sobre a separação de poderes, a quem Madison, Hamilton e Jay (1993, p. 332) indicavam n’*O Federalista* n° XLVII como o Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 2, pp. 561-583, Mai.-Ago. 2020. 565

“oráculo sempre consultado e citado a esse respeito”, os projetistas da Constituição americana acolheram e desenvolveram sua doutrina, modernizando-a e ajustando-a às necessidades de sua nascente sociedade mercantil.

O desenvolvimento de uma compreensão mais realista e pragmática da relação dos governantes com o poder, seja de que ordem for, mostra-se marcado nas preocupações do mesmo autor ao considerar a necessidade das interferências recíprocas que caracterizam o sistema de freios e contrapesos como forma de estabilização da função pública, viabilizando que a estrutura interna de governo seja, “por suas relações mútuas, instrumentos para a manutenção umas das outras em seus respectivos lugares” (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 349). Por isso, tendo como escopo o desenvolvimento de um controle permanente dos governantes, os federalistas não negligenciavam a necessidade de medidas adicionais à dependência daqueles ante o povo, ainda que isso parecesse um tanto depreciativo sobre a condição humana (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993).

Dessas interferências recíprocas, desenvolver-se-á, ainda que em plano teórico, de início, a figura da *judicial review*, tal como apresentada por Hamilton (1993) n’*O Federalista* n° LXXVIII, uma vez que, apesar da surpresa da possibilidade de invalidação de atos do Legislativo pelo Judiciário, quando contrários à Constituição, em visível interferência contramajoritária, essa se faria respaldada pela legitimidade popular da Constituição americana – com seu peculiar processo de aprovação de assembleia constituinte não soberana e convenções do povo, como apontado por Canotilho (2002, p. 79-80) – ante a legitimidade eletiva dos representantes do povo. Assim, toma ele a Constituição como uma “Lei Fundamental”, cuja definição de seu significado e alcance cabe – como ocorre com qualquer outra lei – ao Judiciário e, em caso de eventual incompatibilidade entre a Constituição e a legislação, a resposta inarredável seria que “a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção dos seus agentes”, devendo os juízes orientarem suas decisões “pela vontade do povo, expressa na Constituição”.

De fato, ainda que não tenha sido a primeira ocorrência em solo americano a tratar da figura da *judicial review*, certamente o caso *Marbury v. Madison* se fez a primeira manifestação da Suprema Corte dos EUA sobre o assunto com o desenvolvimento de uma argumentação mais específica para o exercício do controle dos atos do Legislativo pelo Judiciário (HALL, 1999).

O caso, já bastante discutido, envolve William Marbury, que fora indicado como juiz de paz no último dia do governo federalista de John Adams. Em decorrência do pouco tempo disponível, muitos interessados não foram notificados pelo Secretário de Estado de Adam, Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 2, pp. 561-583, Mai.-Ago. 2020. 566

John Marshall. Com a posse do governo de Thomas Jefferson, deu-se, por meio do Secretário de Estado James Madison, a ordem para a suspensão da entrega dos atos de investidura faltantes, dentre os quais se encontrava William Marbury (HALL, 1999; SOUTO, 2015). Marbury, então, ajuizou um *writ of mandamus* junto à Suprema Corte, com o fito de compelir o Secretário de Estado a realizar-lhe a investidura. A demanda coloca em cena três questões fundamentais para sua decisão: (i) a da competência (*jurisdiction*) da Suprema Corte para o caso; (ii) a da adequação da via escolhida (o *writ of mandamus*) para o pleito; e, (iii) a da procedência ou não da reivindicação de William Marbury (FARBER et al., 2013).

Vindo o caso a julgamento em 1803, relatado pelo já agora *Chief Justice* John Marshall – a quem Hall (1999) não deixa de observar a condição de um *midnight judge*, pois havia sido indicado há poucos meses do fim do governo Adams (e a quem cabia a entrega, falha, afinal, dos atos de investidura, dentre os quais o de Marbury) – reconheceu-se o direito material de William Marbury à investidura, bem como a adequação do uso do *writ of mandamus* como meio de impugnação dos atos do Secretário de Estado. Contudo, no tocante à competência (*jurisdiction*) da Suprema Corte sobre o caso, forma-se o foco central da discussão; isso se dá em razão do §13 do *Judiciary Act*, de 1789, haver estabelecido uma ampliação de competências da Suprema Corte, em descompasso com o descrito no Artigo III, seção 2, da norma constitucional, determinando-lhe o julgamento de ações contra os atos do Secretário de Estado (FARBER et al., 2013; HALL, 1999). Assim, formava-se o impasse acerca da posse de competência para o julgamento.

Buscando equacionar a questão, Marshall, ainda que não evidencie literalmente suas fontes, repisa as ideias lançadas por Hamilton n’*O Federalista* n° LXXVIII, ao defender a Supremacia Constitucional ante os atos do Legislativo, apontando:

[...] it is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act. Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either superior, paramount law, unchangeable by the ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law; if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature ilimitable. Certainly, all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and, consequently, the theory of every such government must be, that and act of the legislature, repugnant to the constitution, is void (FARBER et al., 2013, p. 105).

Neste sentido, destacando o vínculo do Judiciário com os domínios constitucionais, Marshall aponta que: “it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule” (FARBER et al., 2013, p. 106). A abordagem de Marshall apresenta méritos no plano político, uma vez que, ao conduzir assim seu voto, simultaneamente afastou-se da rota de colisão com os interesses do governo Jefferson (o qual, provavelmente, ignoraria a decisão em outro sentido, comprometendo a credibilidade da Corte), sem deixar de fazer perceber que sua gestão (e a atuação do Legislativo dominado por republicanos) estaria suscetível de submissão ao escrutínio de constitucionalidade de seus atos (FARBER et al., 2013, p. 111).

Além disso, embora o caso *Marbury v. Madison* possa ser lembrado, até certo ponto, como uma manifestação de autocontenção judicial, por outro lado observa-se que Marshall desenvolve um raciocínio sistemático para concluir pela possibilidade da *judicial review*. Como destaca Hall (1999, p. 174), “this meant that the life, liberty, and property of citizens depended upon the exercise of judicial review as a constitutional check on legislative discretion”. De fato, paradoxalmente, a autoridade para o exercício da *judicial review* não era conferida, ela mesma, por qualquer norma expressa da Constituição ou ato do Congresso; assim, “the decision asserted one power even as it rejected the proffer of another” (HALL, 1999, p. 174).

Analisando a decisão em tela, Lunardi (2013, p. 48-49) observa que a conclusão de Marshall ateve-se à preservação do sistema de freios e contrapesos buscado pelos federalistas, pois “uma forma de assegurar a fiscalização mútua é o controle judicial de constitucionalidade, já reconhecido em relação às leis estaduais e defendido pelos Federalistas”. Tal separação de poderes, como adotada pela Constituição americana, “rejeita tanto a supremacia incondicional do Legislativo como a absoluta separação de competências dos poderes estatais”. Por isso, a posição de Marshall apresenta-se “em consonância com a lógica do edifício normativo da Constituição Federal e também com a doutrina constitucional de seu período”, no desiderato da construção de uma ordem política embasada na supremacia das normas constitucionais em contraposição a qualquer vontade política majoritária que as contrariasse.

Apesar disso, essa visão conduziu à formação do que se veio a chamar de *strong-form judicial review*, alcançando um novo impulso com o advento do fenômeno da judicialização da política. Sendo assim, como isso se verificou, será analisado a seguir.

2 A *STRONG-FORM JUDICIAL REVIEW* E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Vista a relação entre a *judicial review* e o sistema de freios e contrapesos, cumpre analisar, nos itens seguintes, como se expandiu a leitura de um “controle de constitucionalidade forte” e qual o impacto do fenômeno da judicialização da política neste cenário, como forma de se apreciar, mais adequadamente, o nascimento dos dilemas envolvendo o risco democrático da jurisdição constitucional.

2.1 A *STRONG-FORM JUDICIAL REVIEW* E SUA CONSOLIDAÇÃO NOS EUA

As ideias delineadas no caso *Marbury v. Madison*, para além de estabelecerem a figura da *judicial review* por parte da Suprema Corte americana, ofereceram uma significativa mudança no quadro de freios e contrapesos inicialmente desenhado por Montesquieu ao estabelecerem a condição da Suprema Corte como intérprete final da Constituição.

De fato, quando Marshall assevera que “é da essência do dever judicial” definir se a norma de regência de um dado caso concreto é a lei ou a Constituição e, quando estas estejam em conflito, fazer com que “the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply” (FARBER et al., 2013, p. 106), concretiza a leitura de Hamilton (1993, p. 480) acerca da limitação do Legislativo pelo Judiciário, de modo que aquele, em uma “Constituição limitada”, não possa aprovar normas que conduzam à perda de direitos civis ou semelhantes, e, se o fizer, que tenha a invalidação de tais normas “por meio dos tribunais de justiça, cuja missão deverá ser declarar nulos todos os atos contrários ao sentido manifesto da Constituição” – isso se daria pelo fato de os tribunais serem considerados, nessa leitura de Hamilton (1993), como intermediários entre o povo e o legislativo, cabendo-lhes conservar este dentro de seus limites. Assim, desenvolvendo o papel que lhes é próprio, considera o federalista, cabe aos tribunais a interpretação das leis e da Constituição, cujo significado há de ser definido pela magistratura ante o caso concreto.

Essa mentalidade gestada conduziu ao que se aponta como supremacia da interpretação constitucional pelas cortes (notadamente pela Suprema Corte), e se fez reafirmada em outros casos de relevo, como em *Cooper v. Aaron* (1958), no qual o Estado de Arkansas, resistindo ao cumprimento da decisão de integração de alunos negros no sistema de educação reservado para brancos, objetava que caberia à legislação estadual, como decorrência do sistema federativo americano, definir como e quando se daria a integração definida em *Brown v. Board of Education* (1954). A Suprema Corte rechaçou, em votação

unânime, o argumento de que as autoridades locais não estariam obrigadas a obedecer às ordens de uma Corte Federal que se baseava em *Brown v. Board of Education* (HALL, 1999; SOUTO, 2015). Na decisão de *Cooper v. Aaron*, ao se invocar o precedente de *Marbury v. Madison*, destaca-se que a decisão de Marshall:

[...] declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system (FARBER et al., 2013, p. 114).

A decisão da Suprema Corte, apesar dos termos extremados, foi objeto de pouco atrito com as instâncias representativas à época, dentre outros fatores, por haver uma confluência de interesses ao redor do caso *Brown*, tanto por parte do Legislativo, como por parte do Executivo contra os interesses segregacionistas locais (FARBER et al., 2013, p. 116), conservando, assim, sua aparência peremptória para a posteridade, por longo tempo.

A temática ainda se faria sentir em outro caso de relevo, tal como relatado por Hall (1999, p. 55) em *City of Boerne, Texas v. Flores* (1997), no qual o Congresso americano aprovava uma lei (Religious Freedom Restoration Act, de 1993) que, a pretexto de regulamentar e reforçar a liberdade religiosa nos termos da XIV^a Emenda, procurava reverter os efeitos de uma decisão, de 1990, da Suprema Corte, a qual causara dissensões estaduais sobre o “favorecimento exagerado” para o exercício da liberdade religiosa, inclusive de prisioneiros. Em primeira instância federal, um Juiz em Santo Antonio sustentou que a lei seria inconstitucional, pois o Congresso “has usurped the federal judiciary’s exclusive authority to interpret the meaning of the Constitution”; apesar disso, a Corte de Apelação do 5º circuito reverteu a decisão.

Vindo o caso à análise da Suprema Corte, o relator, Justice Kennedy, salientou que o Congresso excedera sua autoridade por estar determinando o que poderia ser considerado como uma violação constitucional, tarefa essa que, sob a Constituição americana, haveria de caber apenas, e com exclusividade, às Cortes Federais. Para ele, o *Religious Freedom Restoration Act* consubstanciava-se em verdadeira interpretação constitucional, o que não poderia ser tolerado – a Corte, assim, acompanhou o relator, em votação por 6 a 3.

Os casos apresentados permitem que se perceba um padrão de comportamento ao longo dos anos como decorrência de uma fundamentação teórica lançada já nos escritos dos federalistas. Essa perspectiva é designada, por Tushnet (2008, p. 21), como strong-form judicial review e consiste na ideia de que “the courts’ reasonable constitutional interpretations

Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 2, pp. 561-583, Mai.-Ago. 2020. 570

prevail over the legislatures' reasonable ones". Para o autor, isso ocorre quando os julgamentos das Cortes "are final and unreviewable", fazendo com que seja dever das legislaturas seguir as interpretações das normas constitucionais firmadas pelas Cortes. Isso estabelece o que Tushnet (2008) aponta como um pensamento binário acerca da constitucionalidade, pois, apesar de, por vezes, mostrar-se difícil determinar quando um ato do Legislativo ultrapassa a linha que distingue os atos constitucionais dos atos inconstitucionais, ainda se acredita, em geral, na existência de uma linha dessa natureza.

Para o trabalho das Cortes na busca de sua legitimação, isso também passa a ser interessante, uma vez que os magistrados lançam mão de uma visão binária da Constituição como forma de simplificar a explicação às pessoas e ao Legislativo das razões pelas quais suas escolhas não poderão ser implementadas, afinal (TUSHNET, 2008). Se, por um lado, parece alcançar a necessária pacificação social por esse caminho, como imaginado pelos federalistas e autores vinculados ao pensamento liberal clássico, o advento do estado social e da judicialização da política agravariam, ainda mais, a latente crise de legitimidade democrática da jurisdição constitucional, como se verá a seguir.

2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A RECONFIGURAÇÃO DO SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS: ESVAZIAMENTO DO PAPEL DO LEGISLATIVO

O advento do segundo pós-guerra trouxe consigo uma crescente difusão de um novo modelo de sociedade, fundada no Estado de Bem-Estar Social (Estado Social ou *Welfare State*), dentro do qual restava superada a visão meramente absenteísta do papel do Estado Liberal Clássico.

Nessa nova dinâmica, como aponta Mounk, "a complexidade dos desafios regulatórios enfrentados pelo Estado disparou". Sendo assim, para fazer frente a essa necessidade de regulamentação em setores cada vez mais especializados, "agências burocráticas, compostas de especialistas em diferentes áreas, começaram a assumir um papel quase legislativo"; a redução paulatina da atuação das instâncias representativas não se deu de forma nítida, mas como resultado de uma constante acomodação "a desafios reais enfrentados pelas políticas públicas". O saldo daí decorrente "significou uma furtiva erosão da democracia: conforme cada vez mais áreas de políticas públicas eram removidas da contestação popular, a capacidade do povo de influenciar a política ficava drasticamente reduzida". (MOUNK, 2019, p. 82).

A prescrição de programas para futura concretização por meio das instâncias estatais, a consagração de direitos fundamentais de segunda dimensão (no mais das vezes de cunho prestacional) e outras medidas a exigirem um maior aprofundamento técnico e especialização burocrática para a sua implementação reconfiguraram a face da atuação dos poderes estatais, notadamente pelas crescentes dificuldades legislativas em se desincumbir de seus afazeres e pela expansão da estrutura executiva para o mesmo fim (CAPPELLETTI, 1993). Como observa Cappelletti, a realidade reservava ao Judiciário um desafio de elevada escala:

[...] mas a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas do gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador. (CAPPELLETTI, 1993, p. 46-47).

O próprio Cappelletti logo adverte, contudo – apesar de sua clássica visão benevolente sobre a atuação do Judiciário como o menos perigoso dos ramos do poder estatal –, dos riscos de atuação desse “terceiro gigante”, chamado a atuar como um moderador dos demais, pois essa responsabilidade de atuar como “guardião e controlador” dos poderes Executivo e Legislativo “constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso”. (CAPPELLETTI, 1993, p. 49).

Sendo assim, apesar dos riscos, a atuação demandada para o Judiciário restaria justificada pelo fato de se fazer dentro dos limites de um sistema de freios e contrapesos que, sem riscos para a liberdade, fizesse coexistir um Legislativo *forte*, com um Executivo *forte* e um Judiciário *forte* (CAPPELLETTI, 1993). A atuação proposta para esse “terceiro gigante”, então, desenvolver-se-ia nos termos de um fenômeno de alcance verdadeiramente global: a judicialização da política. Mas, o que viria a ser isso e qual seu impacto sobre o regime democrático?

Apresentando uma definição ampla e operacional sobre o que se há de tomar como judicialização da política, Vallinder (1995, p. 13), inicialmente, destaca essa figura pelo uso de procedimentos judiciais de tomada de decisão em arenas políticas onde isso não acontecia previamente. No desenvolvimento dessa ideia, Tate e Vallinder detalham:

[...] for clarity and consistency, I follow Vallinder’s conceptual survey of the judicialization of politics (chap. 2 of this volume), which suggests two

core meanings for the term: 1. the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. the process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures. (TATE; VALLINDER, 1995, p. 28).

Desses dois sentidos marcantes sobre a judicialização da política, mostra-se de peculiar interesse ao presente trabalho o primeiro, a indicar “o processo pelo qual cortes e juízes vem a criar ou crescentemente dominar a elaboração de políticas públicas que foram feitas (ou, como se usa crer, deveriam ser feitas) por outros setores governamentais, especialmente legislaturas e executivos”. De logo, percebe-se o quanto há de influência de uma concepção *forte* da revisão judicial nesse construto.

Tate e Vallinder registram, neste sentido, quais as condições facilitadoras do que chama “expansão do poder judicial”, listando: (i) Regime Democrático; (ii) Separação de Poderes; (iii) Política de Proteção de Direitos Fundamentais; (iv) Uso das Cortes por Grupos de Interesse; (v) Uso da Corte Constitucional pela Oposição; (vi) Inefetividade das Instituições Eletivas; (vii) Percepção das Limitações das Instituições de Produção de Políticas Públicas; e, (viii) Delegação (voluntária ou involuntária) das Instituições Eletivas para o Judiciário quanto à tomada de Decisões. (TATE; VALLINDER, 1995, p. 28-33).

Acerca dessas condições favoráveis para o desenvolvimento do fenômeno em questão, pode-se apontar, com o autor, a conjugação de: (i) um *Regime Democrático*, o qual parece mostrar-se mais apto a comportar uma participação plural de agentes do poder judiciário na formulação e no desenvolvimento de políticas públicas do que a dinâmica em regimes autocráticos; (ii) a Separação de Poderes, de forma a tornar plausível a existência da autonomia jurisdicional necessária para que se dê uma concorrência paralela entre ramos equivalentes do poder estatal na formação de políticas públicas; (iii) a existência de uma Política de Proteção de Direitos Fundamentais – mesmo que não se faça presente a existência de uma carta de direitos formalmente estabelecida – consistente no reconhecimento de direitos individuais ou minoritários que podem ser defendidos da vontade de maiorias eventuais, de modo a permitir uma maior relevância política àqueles que têm por mister a defesa de interesses minoritários tutelados pelo sistema constitucional; (iv) a possibilidade do Uso das Cortes por Grupos de Interesse, a permitir uma melhor compreensão acerca dos interesses protegidos pelos direitos fundamentais, o que, de outro modo, apresentar-se-iam, apenas, como remotamente conexos com aqueles; (v) o Uso da Corte Constitucional pela

Oposição, pois em Estados nos quais se tem a figura do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, a Corte Constitucional passa a fazer parte desse processo como interlocutora privilegiada dos debates sobre as políticas públicas, podendo, entretanto, vir a ser utilizada como meio oposicionista para atacar ou, mesmo, obstruir governos; (vi) a *Inefetividade das Instituições Eletivas*, retratada pelo caráter pouco responsivo dessas instituições às demandas apresentadas, de modo a levar à mudança de espaços em busca de uma decisão; (vii) a *Percepção das Limitações das Instituições de Produção de Políticas Públicas* por parte de instâncias formadoras de opinião, de modo a conduzir lideranças de grupos de interesse e grandes instituições sociais e econômicas a buscar a formulação de políticas públicas junto a judiciários que se apresentem com conhecimento, retidão e legitimidade, senão iguais, maiores do que os encontrados nos domínios do Executivo e do Legislativo; e, (viii) a Delegação (voluntária ou involuntária) das Instituições Eletivas para o Judiciário quanto à tomada de Decisões, uma vez que, de acordo com o cálculo político feito pelas instituições eletivas, pode ser conveniente que as questões mais agudas da sociedade não tenham de ser conflagradas em ambiente político-partidário, mas em âmbito que permita ares de “neutralidade” e “desinteresse”, cabendo aos agentes políticos a resignação com os resultados; por outro lado, por vezes, a morosidade das instâncias eletivas abre ensejo à tomada de decisão política pelo Judiciário, ainda que extemporaneamente, mas como forma de solução de impasses das instituições representativas.

Todos esses fatores concorrentes conduzem a uma dinâmica em que os papéis das instâncias representativas, notadamente no plano do Legislativo, restam significativamente reduzidos como decorrência da presença massiva de uma *strong-form judicial review* amplificada pelo advento de um estado social, com toda sorte de demandas nele contidas em face do Legislativo e do Executivo. Resta, então, indagar se há alguma alternativa possível a tanto, e qual sua viabilidade.

3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIALÓGICA COMO ALTERNATIVA À *STRONG-FORM JUDICIAL REVIEW*: SUAS PREMISSAS E A REALIDADE BRASILEIRA.

Neste segmento, explorar-se-á a formação da jurisdição constitucional dialógica a partir dos pressupostos do que se tem tratado como um constitucionalismo dialógico, como meio de conciliar os interesses conflitantes canalizados no sistema de freios e contrapesos a gerar crescente insatisfação e incompreensão sobre a atuação do Judiciário na *judicial review*. Em *Revista Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 2, pp. 561-583, Mai.-Ago. 2020. 574

seguida, analisar-se-á a pertinência da jurisdição constitucional dialógica no Brasil por meio do chamado “diálogo institucional”.

3.1 O CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO E SEUS PRESSUPOSTOS: RESPOSTA AO DILEMA CONTRAMAJORITÁRIO?

Roberto Gargarella (2014, p. 125) assinala que o constitucionalismo dialógico se apoia em uma releitura do sistema de freios e contrapesos (inicialmente orientado para evitar e canalizar uma *guerra social*) no sentido da institucionalização de um *diálogo entre iguais* a ser desenvolvido entre os poderes estatais, notadamente entre o judiciário e o legislativo, quando da *judicial review*.

O autor (GARGARELLA, 2014) não deixa de perceber como exemplos de manifestações dialógicas as decisões originadas de litígios de tipo estrutural, as quais – dado seu amplo alcance em face da massiva violação de direitos humanos e fundamentais violados – demandam a participação ampliada por meio de audiências públicas e que rompem com a autocontenção de praxe das Cortes Constitucionais (notadamente na América Latina), fazendo com que se comprometam ante violações de direitos que antes não encontravam resposta judicial concretizável a deflagrar um debate acerca de sua efetiva solução em países como Argentina, Brasil e Colômbia.

A premissa básica para tanto seria o desenvolvimento de um *diálogo inclusivo* (GARGARELLA, 2014), implicando a justificação das decisões tomadas pela participação em processos de discussão de todas as partes potencialmente afetadas, tomadas em posição de igualdade. O pressuposto, então, é o de que o sistema de tomada de decisões dilui parcialidades a partir de uma discussão inclusiva de base ampla, permitindo que sejam ouvidos e considerados todos aqueles que dissentem. Alcançando maior abertura do debate, viabilizar-se-ia um ganho civilizatório e educativo, sustenta o autor, sobretudo quando se aceita que a ideia a prevalecer deve ser aquela que apresenta os melhores argumentos.

Nesse sentido, se enfrentaria uma das barreiras marcantes da atualidade, qual seja: o déficit de legitimidade democrática da *strong-form judicial review* tal como apontado por Waldron (2018), o que impõe a dificuldade de reconhecimento da legitimidade das decisões das cortes constitucionais, uma vez que a estas cabe justificar as decisões judiciais não apenas para aqueles que a apoiam, mas (e especialmente) em face de seus opositores. Um tal estado de coisas, adverte Waldron, tende, em não sendo considerado, a conduzir a críticas dos atores políticos que tentam explorar uma *fragilidade democrática* acerca de *supostos juizes* ou

mesmo quanto à *irresponsabilidade política* destes, pois não se submeteriam ao processo eleitoral como forma de prestação de contas para renovarem o seu cargo.

Para Waldron (2018), parece surgir uma *dificuldade contramajoritária* operacional, findando por suplantar, sem a devida legitimidade eleitoral, as decisões políticas obtidas pela complexidade dos processos políticos (próprios de democracias maduras), conducentes a negociações e ajustes capazes de não deixar de lado qualquer interesse substancial da comunidade – mesmo quando se tratam de interesses mais frágeis ou sub-representados. Com isso, afirma, ocorreria um desrespeito a milhões de indivíduos (não grupos ou coletividades, mas pessoas singulares), os quais seriam privados de seus direitos políticos por uma *strong-form judicial review*. Assim, violar-se-ia a igualdade democrática que deixaria de servir como elemento de legitimidade política.

Restaria, portanto, buscar formas de mitigação dessa *dificuldade democrática*, dentro dos contornos do que Gargarella (2014, p. 125) chamou de “*conversación extendida y entre iguales*”, como meio de superação da relação conflitiva equacionada nos modelos de funções estatais do século XVIII. Decerto, como apontado por Gargarella, se há dificuldades democráticas no exercício da revisão judicial dos atos do Legislativo e do Executivo, por outro lado não se pode deixar de perceber que as decisões majoritárias ocasionais não podem ser tomadas como dados imodificáveis, senão como resultados endógenos de um processo no qual intervêm, muitas vezes, preconceitos, resignações, injustiças e desigualdades imotivadas de acesso à participação.

Da mesma forma, Tushnet (2008) aponta que o constitucionalismo atual apresenta o dilema entre o compromisso com a determinação democrática das políticas sob as quais vivem as pessoas de uma Nação, com a fixação de limites para as escolhas políticas democraticamente feitas pela população.

Nessa linha, convergem os autores, seria necessária a introdução de uma relação mais matizada entre os poderes judicial e legislativo, notadamente com o estabelecimento de um maior diálogo entre os Tribunais e o Congresso, de forma genuinamente bilateral, como aponta Waldron (2018), lembrando, a pretexto de exemplificação de como isso ocorreria, algo muito próximo ao rito existente para a participação dos órgãos responsáveis pela edição da norma no controle de constitucionalidade concentrado, tal como se verifica no rito brasileiro. Contudo, para ele, a Corte Constitucional não deveria ter a possibilidade de suplantar uma leitura alternativa das normas constitucionais por uma simples maioria, devendo, como forma de respeito ao processo democrático, exigir o que designa como “*enfoque supermayoritario*”

(maioria qualificada, ou, mesmo, unanimidade) para a prevalência da postura dos magistrados quando em dissonância com o legislativo (WALDRON, 2018, p. 24).

De todo modo, para Waldron (2018), o principal objetivo de um processo decisório-dialógico deve ser o fortalecimento da legitimidade democrática pelo cuidado de se evitar a *demonização* do outro, dado que a legitimidade política não se trata, apenas, de uma relação entre indivíduo e governo, mas, para além disso, das múltiplas relações dos indivíduos entre si. Assim, a retórica do controle de constitucionalidade, a se fazer um canal de combate, denúncia e reprovação política do derrotado, não viabilizaria a percepção de transitoriedade que a vida na arena política oferece, especialmente quanto à reversão de insucessos passados, pelo que mostra, a legitimidade política ordinária, seus traços básicos de tolerância e civilidade, de modo a viabilizar a coexistência entre *vencedores* e *vencidos* no dia seguinte à decisão, afastando radicalismos de toda sorte.

Assim, Gargarella (2014) observa que o sistema de freios e contrapesos, em qualquer de suas variações, parece não ser capaz de canalizar um diálogo centrado no peso dos argumentos, mas, antes, na formação de negociações por vezes instáveis e fragilizadas. Por isso, mostrar-se-ia inevitável a adoção de novos mecanismos dialógicos com a promoção de um papel de maior protagonismo para os órgãos políticos e maiores espaços para a consulta aos próprios afetados pelas decisões.

3.2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIALÓGICA E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO BRASIL.

Considerando-se o recorte teórico estabelecido, parece que a demanda decorrente de um constitucionalismo dialógico não parece se adequar à leitura tradicional do sistema de freios e contrapesos, implicando, ademais, a releitura da *strong-form judicial review*. Assim, Mark Tushnet (2014) vem propor a dinâmica de uma *weak-form judicial review* como meio de efetivação dessa demanda dialógica, por ele chamada de *revisão judicial dialógica*.

De fato, para ele, perante uma *strong-form judicial review*, as pessoas pouco podem fazer quando as Cortes interpretam a Constituição de forma razoável, mas equivocada, à vista da perspectiva alternada da maioria. Uma superação desse impasse demandaria, nos EUA, uma Emenda à Constituição ou a espera que, paulatinamente, ocorresse a substituição de magistrados na Corte, em decorrência de sua aposentadoria ou morte. Esse estado de coisas tende a elevar a tensão entre a defesa judicial de limitações constitucionais e as promessas de autogoverno democrático. A alternativa, pois, seria buscar uma *weak-form judicial review* por

se encontrar nela a promessa da redução dessa tensão entre revisão judicial dos atos de governo e autogoverno democrático, sem que se despreze a exigência do constitucionalismo acerca da existência de limites a esse autogoverno (TUSHNET, 2008). Nesse sentido, afirma:

[...] the basic idea behind weak-form review is simple: weak-form judicial review provides mechanisms for the people to respond to decisions that they reasonably believe mistaken that can be deployed more rapidly than the constitutional amendment of judicial appointment processes.

Assim, tomando o mesmo ponto de partida fático presente em outros autores (GARGARELLA, 2014; WALDRON, 2018), Tushnet (2014, p. 105-106), ao analisar o advento da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, de 1982, observa que a revisão judicial dialógica se sustenta a partir de duas disposições centrais: uma de cunho *substancial* e outra de cunho *procedimental*. A disposição *substancial* consiste em “una cláusula de limitación general aplicable a todos los derechos constitucionales”, por meio da qual tais direitos estão sujeitos a restrições impostas pela lei, justificando-se tal restrição “en nombre de una sociedad libre e democrática”. A disposição *procedimental*, por sua vez, tem sido chamada de “notwithstanding clause ou overriding clause”, constante da seção 33 da referida Carta; em suma, tal cláusula autoriza a legislatura (nacional ou provincial) a fazer sua legislação efetiva por um período de cinco anos, apesar de se possuir a *desconfiança* (ou mesmo a *certeza*) de que possa ser considerada por alguns (inclusive tribunais) como incompatível com vários direitos contidos na Carta.

A revisão judicial dialógica coloca em primeiro plano a inevitável tensão existente dentro do constitucionalismo democrático: o conflito entre seus compromissos de autogoverno popular (e prevalência da igualdade democrática como fonte de legitimação) e o estabelecimento de limites sobre as maiorias populares (TUSHNET, 2014).

Como forma de equacionamento desse desafio, Tushnet (2014) propõe a revisão judicial dialógica que traz como ideia básica fomentar diálogos entre as distintas funções estatais acerca de qual das interpretações concorrentes sobre as disposições constitucionais se apresentaria mais ajustada ao caso debatido. A vantagem de esse proceder se mostra pela capacidade institucional das Cortes para centralizar as atenções sobre valores constitucionais que se ligam a problemas específicos, o que, no âmbito legislativo, terminaria sendo posto em risco pela perda de foco nos debates. Entretanto, uma vez firmado o foco, se deveria deixar o valor do governo democrático seguir o seu curso, deixando-se à legislatura a tomada de decisão final (TUSHNET, 2014).

Analisando a prática de diálogos institucionais entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional – sem que se perca de vista, por igual, as interações mais tímidas com o Executivo – Victor (2015) observa que, mesmo sem a institucionalização de canais específicos para o uso do diálogo institucional, este vem a ter lugar na dinâmica de poderes brasileira com a virtude de tornar o sistema mais rico, amplo, democrático e responsivo.

Segundo ele, isso se deve ao fato de que características salientes da Constituição brasileira de 1988 – ampliação das matérias constitucionais (notadamente de direitos fundamentais) e relativa facilidade para o processo de emenda à Constituição – “levaram a um cenário político em que se fazem necessárias discussões políticas, jurídicas e de ordem prática, corriqueiras, sobre o texto constitucional”, dando-se isso de forma mais constante e natural que em países de tradição liberal vinculada ao *common law* (VICTOR, 2015, p. 237-238). Conforme assinala o autor (VICTOR, 2015, p. 239), no Brasil, o Judiciário não apenas aplica a Constituição aos atos legislativos e de governo, no sentido de limitá-los, mas, outrossim, “coopera com os demais órgãos de poder, colaborando democrática e institucionalmente para uma construção conjunta dos significados constitucionais”, atuando, assim, para a efetivação da Constituição.

Contudo, se aparentemente a peculiaridade híbrida do controle de constitucionalidade brasileiro de apresentar as vias difusa e concentrada parece deslocar o problema da legitimidade democrática para segundo plano – e, por outro lado, viabilizar um maior potencial de integração do Supremo Tribunal Federal com o Legislativo –, como acredita Victor (2015), por outro começam a surgir temas como os conflitos estruturais, dos quais o mais reconhecido é o caso do estado de coisas inconstitucional, tratado na ADPF nº 347 e a desafiar a Corte a desenvolver, quanto possível, uma abordagem dialógica no sentido da superação desse conflito, ainda sem equacionamento à vista. Autores como Pardo (2013) e Vieira Junior (2015) parecem depositar sua confiança na adoção de mecanismos próximos à *revisão judicial dialógica*, como na figura do “compromisso significativo” (*meaningful engagement*) ou mesmo em uma combinação deste com o estado de coisas inconstitucional, como fez o Senador Antônio Carlos Valadares (PSB/SE) com o Projeto de Lei do Senado nº 736/2015 (BRASIL, 2015), pelo qual pretendia disciplinar o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e o uso do compromisso significativo no controle de constitucionalidade brasileiro como forma de se enfrentar os conflitos estruturais, mediante alterações na lei da ADPF.

No que pese seu impacto no debate constitucional brasileiro, uma das mais significativas críticas epistemológicas à ADPF nº 347 partiu de Raffaele De Giorgi e Diego Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 2, pp. 561-583, Mai.-Ago. 2020. 579

Vasconcelos. Com percuciente análise sobre a definição semântica de coisa, de fato, estes autores concluem um grave equívoco no trato de “estado de coisas”, o que revelaria que o STF se limitou a uma ação meramente simbólica mediante o quadro catastrófico sobre o sistema prisional brasileiro; porém, distante da possibilidade de real solução. Para os mesmos autores (2018, p. 498-499),

[...] por que os supremos juízes não se ocupam do litígio estrutural das organizações do direito? E por que não se ocupam do litígio estrutural das periferias da sociedade? Por que não declaram que o estado de coisas inconstitucional é o aparato judiciário? Ou a periferia da sociedade? Como todos os observadores, também os supremos juízes observam através do uso de distinções: quais são as distinções que eles usam? Aquilo que não é conforme o direito, como pode observar qualquer observador, é a aplicação do direito: é este o primeiro nível do *estado de coisas inconstitucional*. Mas neste nível os sujeitos da ação, os atores, come se diz no linguajar do direito, podem ser identificados: e o fato que os atores não sejam identificados, não sejam perseguidos, até o ponto que ilegalidade torna-se prática *normal*, isto é, torna-se uma questão estrutural, não significa que o caráter de inconstitucionalidade seja uma característica de estados de coisas externos e, como veremos, externo em relação ao direito.

Nesse sentido, a realidade brasileira parece se encaminhar para uma convergência, ainda que parcial, por meio de alguns elementos, para uma aproximação da *jurisdição constitucional dialógica* como forma de equacionamento dos riscos democráticos da *judicial review*.

CONCLUSÃO

Observou-se, por meio da análise da configuração tradicional da separação de poderes a partir do pensamento de Montesquieu, que a necessidade de controle do exercício do poder leva a que se desenvolvam interferências recíprocas com vista ao estabelecimento de equilíbrio e harmonia entre eles.

Essa dinâmica, inicialmente imaginada para uma sociedade feudal, ganhou significativa inovação pelas mãos dos federalistas americanos, os quais, ao desenvolverem a figura da *judicial review*, davam vazão à necessidade de controle das maiorias ocasionais no Legislativo em atenção e respeito à Constituição. Estabelecido o contrapeso por meio do caso *Marbury v. Madison*, elevou-se a abordagem desenvolvida por John Marshall a verdadeiro cânone do constitucionalismo americano, dando azo à formação e expansão do que se conhece como “supremacia constitucional horizontal” ou, como visto, uma *strong-form*

judicial review, que se expandiu significativamente com o advento da dinâmica do Estado de Bem-Estar Social (Estado Social, *Welfare State*) e com a judicialização da política, a qual, por sua vez, lançou pressupostos expansivos para o exercício da jurisdição constitucional por todo o globo, acarretando, com isso, no agravamento da retração da atuação legislativa e, conseqüentemente, uma maior deslegitimação do direito judiciário pelo que se tem apontado como um risco democrático relevante para a atuação das Cortes Constitucionais.

Partindo-se desse cenário é que se veio a formar a figura do constitucionalismo dialógico como modo de buscar uma nova forma de relacionamento entre os poderes – e, mesmo, uma reconfiguração, dentro do possível, do sistema de freios e contrapesos –, de modo a equacionar o risco democrático detectado. A abertura de espaços de participação teria o condão de atrair, com maior proveito, as instâncias legislativas e executivas para o centro do processo de tomada de decisão, com ganhos para a legitimação do processo decisório das Cortes e para a tutela de direitos fundamentais.

Nesse contexto é que se tenta estruturar uma abordagem como a *jurisdição constitucional dialógica*, tomada em sentido amplo como uma gama de iniciativas capazes de dar vazão a mecanismos de *weak-form judicial review*, contribuindo decisivamente para a construção conjunta dos sentidos constitucionais.

A experiência brasileira sobre a temática, no plano do diálogo institucional, ainda carece de maiores aprofundamentos, notadamente quando confrontada com os desafios propostos por litígios estruturais configurados a partir de massivas violações a direitos fundamentais, como constatado na ADPF nº 347. Apesar disso, parece haver uma sutil inclinação no sentido de se buscar o estabelecimento de espaços de cooperação para o equacionamento de demandas estruturais, como se observa de iniciativas doutrinárias e legislativas com o intuito cooperativo para a construção de soluções conjuntas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado, nº 736, de 2015*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124010>. Acesso em: 25 maio 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

De GIORGI, Rafaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa. *Rev. Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 01, p. 480-503, 2018.

DUGUIT, León. *La Separación de Poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Trad. Pablo Pérez Tremps. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996.

FARBER, Daniel A. et al. *Cases and Materials on Constitutional Law – Themes for the Constitution's Third Century*. 5. ed. Minnesota: West Publishing Co., 2013.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente ao sistema de lós frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 119-158.

HALL, Kermit L. *The Oxford Guide do United States Supreme Court Decisions*. New York: Oxford University Press, 1999.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito Constitucional*. 27. ed. Trad. Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005.

LUNARDI, Soraya. *Teoria do Processo Constitucional: Análise de sua Autonomia, Natureza e Elementos*. São Paulo: Atlas, 2013.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os Artigos Federalistas 1787-1788*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *O Espírito das Leis*. 2. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Trad. Cássio Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

PARDO, David Wilson de Abreu. Judiciário e políticas públicas ambientais: uma proposta de atuação baseada no "compromisso significativo". *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 72, p. 161-210, out./dez. 2013.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. *Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, 2015 (Texto para discussão nº 186). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td186>. Acesso em: 3 jun. 2019.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: Principais Decisões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

UMA ALTERNATIVA PARA O RISCO DEMOCRÁTICO DA *JUDICIAL REVIEW*:
POSSIBILIDADES E LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DIALÓGICA

TUSHNET, Mark. Revisión judicial dialógica. In: GARGARELLA, Roberto (comp.). *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 105-116.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: Debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALDRON, Jeremy. Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política. *Dikaion*, v. 27, n. 1, p. 7-28, 2018.