

O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais

Claudia de Oliveira Fonseca¹

Resumo: No presente trabalho pretende-se discutir algumas questões que têm sido tratadas com muita frequência na literatura e na prática jurídica da atualidade: o ativismo judicial, o controle de constitucionalidade das leis e os diálogos institucionais. Na literatura dedicada ao ativismo é recorrente entre os estudiosos a abordagem da tensão entre os Poderes do Estado em decorrência da atuação do Judiciário no exercício da jurisdição constitucional. Nesse contexto, mesmo ao atuar no exercício de uma função constitucionalmente prevista, o Judiciário quase sempre ultrapassa os limites que lhe foram reservados, gerando um desequilíbrio entre os demais poderes, principalmente com o Legislativo, detentor da função típica de elaborar a norma jurídica. Assim, ao ultrapassar o limite de sua atuação, o Judiciário estaria rompendo com a noção fundamental do ordenamento jurídico, ao fazer prevalecer o seu entendimento sobre o que a Constituição Federal diz, exercendo um papel de criador da norma jurídica, tornando-se um verdadeiro legislador. Nesse contexto, a doutrina apresenta a teoria do diálogo institucional como a possibilidade de interação dos tribunais com os poderes políticos, enfatizando que não deve ser exclusividade do judiciário a tarefa de interpretação dos direitos constitucionais, mas uma atividade conjunta. O objetivo do presente trabalho consiste em aprofundar o estudo dessa temática, verificando como essas questões têm sido abordadas

¹ Professora da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail: claudiauesb@gmail.com

pela doutrina e investigar em que medida a atividade dos tribunais promove ou afronta a democracia. Para atingir o objetivo geral da investigação, foi utilizada revisão bibliográfica, a fim de melhor compreender o tema.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Separação de Poderes. Diálogos institucionais.

Abstract: In this article we intend to discuss some issues that have been treated with great frequency in the literature and in legal practice: judicial activism, the control of constitutionality of laws and the institutional dialogues. In the literature dedicated to activism is recurring among scholars approach the tension between the powers of the State as a result of the performance of the judiciary in exercising constitutional jurisdiction. In this context, just acting in the exercise of its constitutionally prescribed role the judiciary almost always exceeds the limits that have been reserved by generating an imbalance among the other powers, mainly the legislature, holder of the typical function of developing the rule of law. So, to exceed the limit of its performance, the judiciary would be breaking with the fundamental concept of the legal system to enforce their understanding about what the Constitution says exerting the role of creator of the rule of law, making it a true legislature. In this context, the doctrine presents the theory of institutional dialogue as the possibility of interaction between the courts and the political powers, stressing that should not be exclusive of the judiciary the task of interpretation of constitutional rights, but a joint activity. The purpose of this article is to deepen the study of this subject, noting how this theme has been approached by doctrine in order to investigate to what extent the activity of courts promotes or affront to democracy. To achieve the overall objective of research, literature review was used in order to better understand the topic.

Keywords: Judicial Activism. Separation of powers. Institutional dialogues.

Introdução

No atual cenário jurídico, muitas questões têm sido debatidas de forma recorrente pelos estudiosos: a crescente proeminência do Poder Judiciário está na ordem do dia, no Brasil e no mundo. Dessa forma, temas como ativismo judicial, o controle de constitucionalidade das leis e os diálogos institucionais vêm ocupando lugar de destaque nos debates jurídicos da atualidade.

Nos últimos anos, o judiciário tem ocupado lugar de destaque no cenário social e político. Essa atuação mais proeminente na mediação das relações sociopolíticas tem sido justificada em nome da necessidade e dever do judiciário de concretizar os direitos previstos no texto constitucional. A doutrina denomina esse fenômeno de judicialização da política, pelo fato de questões de âmbito político terem se tornado objeto de exame dos tribunais.

Essa postura mais ativista do judiciário tem causado reações dos demais poderes estatais, principalmente do legislativo que se sente prejudicado pela atuação criativa dos magistrados, que ao decidirem os casos concretos, postos sob sua apreciação, têm ultrapassado esse limite e vêm atuando como verdadeiros legisladores positivo, interferindo, em certa medida, na esfera de elaboração de norma jurídica.

No estudo do ativismo judicial, é comum a abordagem da forte tensão entre os poderes estatais, em decorrência do grande destaque alcançado pelo Judiciário nos últimos anos. Seja quando o Judiciário justifica sua atuação como indispensável e necessária para que os direitos constitucionais prevaleçam, seja no exercício da jurisdição constitucional (função prevista na Constituição como de atribuição do judiciário), o entendimento de uma grande parcela da doutrina é que o Judiciário quase sempre ultrapassa os limites que lhe foram reservados, gerando um desequilíbrio entre os demais Poderes, principalmente no Legislativo, detentor da função típica de elaborar a norma jurídica.

Ainda conforme esse entendimento, ao ultrapassar o limite de sua atuação, o Judiciário estaria quebrando a harmonia que deve prevalecer entre os Poderes, no ordenamento jurídico, e impondo um governo de homens, no caso específico, um governo de magistrados, e não de leis.

No curto espaço deste artigo, pretende-se discutir algumas questões mais recentes apontadas pelos estudiosos sobre essa temática, verificando como esse debate tem sido conduzido pela doutrina, a fim de investigar, em que medida, a atividade dos tribunais promove ou limita a democracia. Para atingir o objetivo geral da investigação, foi utilizada revisão bibliográfica.

O presente estudo se justifica pela importância da discussão sobre a necessidade (ou não) de impor limites à atuação do Poder Judiciário no cenário atual, de forma que ele não venha a interferir no âmbito de atuação dos demais Poderes.

Nesse sentido, torna-se de grande importância o estudo do tema e a análise dos posicionamentos doutrinários, ora em defesa da supremacia judicial, ora em defesa da supremacia legislativa. Em contraponto, apresenta-se ainda a teoria do diálogo institucional enquanto instrumento capaz de permitir uma convivência harmônica entre os Poderes do Estado, repetindo e fazendo prevalecer o ideal democrático.

Para resolução da problemática e com vistas a alcançar os objetivos da pesquisa, além desta introdução, o trabalho está estruturado em três seções. Na primeira seção será feito um breve estudo do ativismo judicial, seus aspectos positivos e as críticas apresentadas pela doutrina a essa postura dos julgadores. Em seguida, será abordado o tema da revisão judicial de constitucionalidade das leis, momento em que serão apresentadas a crítica norte-americana a esse sistema (oposição ao *judicial review*) e algumas considerações sobre a dificuldade contramajoritária e a legitimidade judicial para tal controle. Na terceira seção, será abordada a teoria dos diálogos constitucionais, uma possível saída diante do impasse criado entre supremacia judicial ou legislativa. Por fim, e acreditando que seria necessário mais tempo e mais espaço para continuar a discussão, serão apresentadas algumas considerações finais.

Ativismo judicial e a judicialização da política

Atualmente, tem-se percebido forte crescimento na relevância social da função jurisdicional, acarretando, portanto, um desequilíbrio entre os poderes constituídos. A norma constitucional prevê que é o Poder Judiciário a última instância estatal para se reclamar a observância e proteção de direitos não atendidos nas demais esferas, como também é o órgão responsável pelo cumprimento dos valores previstos no texto constitucional sendo, portanto, o guardião das promessas constitucionais.

Essa crescente atuação do Poder Judiciário na mediação das relações sociopolíticas, com escopo de garantir a concretização dos direitos sociais é facilmente perceptível na atualidade. A doutrina denomina esse fenômeno de judicialização da política, pelo fato de questões de grande repercussão social terem passado a ser decididas pelos magistrados, em detrimento das demais instâncias políticas do Estado.

Para Barroso (2012, p. 10), o ativismo judicial² está relacionado a uma maior participação do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, interferindo de forma mais contundente no espaço de atuação dos demais Poderes.

Alguns estudiosos do direito afirmam que esse novo paradigma que enfatiza a importância do Judiciário no atual contexto sociopolítico é decorrência da judicialização da política e, em via de consequência, decorre da função do Judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal (STF), de guardião da Constituição. Portanto, a função de rever os atos dos demais poderes constituídos torna o judiciário detentor da última palavra, ou, ainda, uma espécie de intérprete final da forma como os demais poderes do Estado devem se portar a fim de seguir os ditames previstos no texto constitucional. E tudo isso resultaria na proeminência contemporânea do Poder Judiciário.

Os defensores dessa atuação mais invasiva do judiciário afirmam que essa proeminência está relacionada diretamente com o acesso à justiça. Segundo esse entendimento, há uma maior possibilidade de qualquer cidadão ter acesso mais facilmente ao Judiciário do que aos demais poderes, por meio da apresentação de sua demanda que, certamente, será apreciada pelo julgador. É o que acontece, por exemplo, com os direitos fundamentais. Quando tais direitos não são contemplados pela atuação do Legislativo e Executivo é ao Judiciário que se recorre na expectativa de ver o direito resguardado.

² Barroso (2012) estabelece diferença entre judicialização da política e ativismo judicial nos seguintes termos: “A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.

No que diz respeito à atuação do Judiciário de forma mais invasiva nas instituições políticas, dois posicionamentos se sobressaem: há uma corrente que defende a limitação dos poderes do Judiciário; a outra, uma atuação mais efetiva do Judiciário nas democracias contemporâneas.

Ronald Dworkin (2001, p. 27) defendia a possibilidade de transferência de questões políticas para o Poder Judiciário com o escopo de garantir a concretização de direitos individuais: “Estou afirmando agora apenas que os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”. Para Dworkin (2001, p. 101), ao se atribuir ao Judiciário a função de decidir os conflitos políticos busca-se a resolução de tais controvérsias não com base em fundamentos políticos, mas jurídicos. Nesse sentido, afirma: “Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral”.

Dworkin entendia que era possível democratizar a tomada de decisões por intermédio do controle judicial dos atos políticos, pois as minorias não tinham seus direitos garantidos mediante atuação do Legislativo e Executivo. É o que se vê no trecho a seguir:

O acesso aos tribunais pode ser caro [...] mas como, normalmente, os ricos têm mais poder sobre o legislativo que os pobres, pelo menos a longo prazo, transferir algumas decisões do legislativo pode, por essa razão, ser mais valioso para os pobres.

[...]

Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais são efetivamente fundamentadas (DWORKIN, 2001, p. 31-32).

Com efeito, a judicialização da política reflete um redimensionamento do papel do Judiciário, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais. Os defensores dessa vertente admitem a intervenção jurisdicional sempre que o Legislativo ou o Executivo não tenha em vista o cumprimento do

desígnio insculpido no texto constitucional. Para aqueles que adotam esse entendimento, a jurisdição constitucional bem exercida, longe de ser instrumento que põe em risco a separação de poderes e a democracia, ao contrário, é instrumento de fortalecimento do Estado Democrático garantidor de direitos.

No Estado brasileiro, é o Supremo Tribunal Federal que figura como guardião das normas constitucionais. Para os contrários a uma postura mais ativista do judiciário, não se está a questionar se o texto constitucional lhe reservou a atribuição de guardião da Constituição. Mas é preciso que o guardião esteja atento também aos limites de sua atuação para que não se quebre o equilíbrio que deve existir entre os poderes do Estado e haja desrespeito aos preceitos constitucionais. Nesse sentido, muitas críticas são formuladas no âmbito doutrinário a essa atuação ativista. Vejamos algumas dessas considerações a seguir.

Críticas ao ativismo judicial

Como restou evidente, tem-se percebido uma alteração substancial no papel do juiz, cuja função, além de decidir com base no preceito normativo estabelecido, é atuar como sujeito no processo de produção do direito, criando a norma para o caso concreto.

Com a Constituição de 1988 e a instauração do Estado democrático, houve grande expansão da jurisdição constitucional, fortalecendo ainda mais a ideia de um Judiciário responsável pela concretização dos direitos sociais e dos valores previstos no texto constitucional, entre eles, a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, questões que antes eram atinentes ao Legislativo e ao Executivo, como implementação e execução de políticas públicas, por exemplo, no campo da saúde e da educação, passam a ser postas também sob apreciação do Poder Judiciário.

Mas aí surge um questionamento: estariam os juízes legitimados para tanto, uma vez que eles não passam pelo crivo popular (via processo eleitoral) e também pelo fato de não haver um mecanismo eficaz que possibilite a participação popular nesse processo de tomada de decisões?

Observando as decisões do Judiciário brasileiro nessa seara, mais especificamente as decisões proferidas pelo STF, facilmente pode-se perceber que o judiciário passou a atuar nitidamente como sujeito da criação do direito, ora alegando insuficiência ou ineficácia da produção legislativa, ora alegando necessidade de se fazer cumprir os preceitos constitucionais.

Se, por um lado, esse processo de criação do direito pode ser benéfico em determinados momentos em casos concretos, é preciso que o Supremo esteja atento para não adentrar a esfera de competência de outro poder. Nesse sentido, Cappelletti (1993, p. 32) posiciona-se:

Tal criatividade, ou para ser mais preciso, alto grau de criatividade, pois bem vimos como se trata essencialmente de problema apenas de natureza quantitativa, pode ser benéfica ou maléfica, segundo as circunstâncias contingentes, de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade.

A doutrina diverge desse tema. Muitos estudiosos do direito criticam essa posição ativista do Judiciário, definindo-a como “império da toga”, por entender que se trata de uma atuação que ultrapassa o limite do razoável (PINTO; ZANATA, 2013). E mais, o ingresso do magistrado num campo de atuação política, no caso concreto, pode acarretar consequências desastrosas, uma vez que nem sempre será possível prever os impactos sociais, políticos e econômicos das decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário.

Para Ramos (2013, p. 138), o ativismo judicial pode ser conceituado como “o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”. Entende o autor que, ao agir de forma ativista, o judiciário interfere na atuação dos demais poderes estatais, desrespeitando a própria Constituição:

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele

incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder, etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação constitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só (RAMOS, 2013, p. 141).

Para Streck, Barretto e Oliveira (2009, p. 80),³ é preciso também levar em consideração as circunstâncias que ensejaram a postura do legislador. É possível que o legislador não tenha agido com omissão, mas tomado uma decisão política de não disciplinar determinado assunto naquele momento.

Muitos doutrinadores contestam a legitimidade do STF, no exercício da jurisdição constitucional para proferir decisões com caráter ativista nas interpretações que ultrapassam o texto constitucional.

Oscar Vilhena (2008, p. 58) critica essa acentuada expansão da autoridade dos tribunais, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal em detrimento dos demais Poderes da República, e denomina esse fenômeno de “supremocracia”. Para o autor, supremocracia refere-se tanto à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário, quanto à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes constituídos. E nesse último sentido, afirma o autor que o STF tornou-se verdadeiramente supremo.

Vilhena (2008, p. 59) afirma ainda que esse processo de expansão da autoridade dos tribunais é um fenômeno mundial, mas, no Brasil, ganhou contornos ainda mais acentuados, o que aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes. Comparando a atuação da Corte Constitucional com o poder moderador da época do Império, Vilhena afirma que:

A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por

³ Os autores afirmam que “De todo modo, há uma perigosa tendência no interior da comunidade jurídica de recorrer aos tribunais para sanar eventuais omissões do legislador, pugnando por um verdadeiro exercício de uma tardia jurisprudência dos valores pelo STF (ou pelos demais tribunais da República). Não se pode esquecer que, por vezes, o fato de o constituinte não tratar do assunto não possa significar “omissão”; pode ser, na verdade, uma escolha política”.

emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos outras vezes substituindo as escolhas majoritárias (VILHENA, 2008, p. 60).

É perceptível, no âmbito do Judiciário brasileiro, a judicialização da política, em temas como saúde e educação. Entretanto, o entendimento que prevalece na doutrina brasileira é que o judiciário vai muito além de decidir o caso concreto posto sob sua apreciação e acaba criando normas jurídicas, principalmente no âmbito de concretização dos direitos sociais. Ao assumir essa postura, ele estaria interferindo na atuação dos demais poderes do Estado, uma vez que não é sua função definir e implementar políticas públicas.

E, nesse contexto, fica claro que as decisões ativistas não podem ser regra, mas exceção. É necessário, portanto, adotar uma postura de autocontenção judicial, a fim de preservar a ordem democrática e a harmonia entre os três poderes.

Essa questão não é nova e parece que está longe de chegar a um consenso. O embate entre Judiciário e Legislativo pela melhor interpretação do texto constitucional ainda reserva muitos episódios.

Na seção que segue será abordada a questão da supremacia judicial x legislativa e os posicionamentos dos doutrinadores sobre qual dessas instituições tem mais representatividade para melhor interpretar os direitos constitucionais. Em outras palavras, faz-se uma análise sobre quem está em melhor condição de exercer a função de revisão da constitucionalidade das leis, proferindo a “última palavra”.

Judiciário x Legislativo: aspectos controversos entre democracia e controle de constitucionalidade

É verdade que a criação e o desenvolvimento do controle jurisdicional de constitucionalidade consagraram a ideia da supremacia da Constituição, mas vêm criando grande controvérsia no âmbito doutrinário.

No contexto norte-americano é nítida a divisão da doutrina entre defensores e críticos da jurisdição constitucional. É o que se vê em Sampaio (2002):

Desde *Marbury v. Madison* (U.S. 137(1803)), a doutrina estadunidense se divide entre aqueles que defendem a atividade judicial de controle de constitucionalidade das leis, com maior ou menor intensidade, e outros que a atacam sob diversas razões: a falta de sustentação constitucional, a sua feição contramajoritária e antipopular, destacadamente por não ser o Judiciário provido de legitimidade democrática para anular um diploma normativo elaborado pelos verdadeiros representantes do povo; e até a inexistência de valores constitucionais substantivos a serem promovidos ou interpretados pela Suprema Corte (SAMPAIO, 2002, p. 165-166).

Como foi dito anteriormente, muitos estudiosos evidenciam a feição antidemocrática da jurisdição constitucional, em face de a escolha dos magistrados não ser feita pelo voto popular, como acontece com os representantes políticos. Nesse contexto, haveria um rompimento com os princípios democráticos. É o que alerta Bittencourt, em citação feita por Binenbojm (2001):

Argui-se, todavia, que a doutrina americana, acarretando a supremacia do Judiciário, opõe-se aos princípios democráticos, pois, enquanto em relação ao Congresso, de eleição em eleição, o povo pode escolher os seus representantes de acordo com a filosofia política dominante, no caso do Judiciário a estabilidade dos juízes impede que se reflita nos julgados a variação da vontade popular (BITTENCOURT apud BENENBOJM, 2001, p. 50).

Nesse contexto, como os magistrados não estão submetidos ao voto popular, principal instrumento de controle, alguns estudiosos entendem que os juízes não possuem legitimidade para julgar a constitucionalidade das leis aprovadas pelos representantes populares. Assim, o exercício da jurisdição constitucional seria maculado pelo caráter antidemocrático.

Nessa esteira, Brito (1995, p. 39) questiona: “Por que razão deveriam os juízes, que não são legisladores eleitos pelo povo, poder afectar a força duma lei democrática? Não é isto governo dos juízes em vez de governo do povo?”

Jeremy Waldron, importante filósofo do direito de origem neozelandesa e grande estudioso sobre o tema, tem se dedicado ao desenvolvimento de uma acentuada crítica ao controle judicial de constitucionalidade das leis. Para ele “o *judicial review* realizado sobre a legislação é inapropriado como modelo de tomada de decisão final em uma sociedade democrática”. Nesse contexto, Waldron argumenta:

O *judicial review* é vulnerável ao ataque em duas frentes. Ele não fornece, como frequentemente se alega, uma maneira pela qual uma sociedade possa claramente focar as questões reais em jogo quando cidadãos discutem sobre direitos; pelo contrário, ele os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. E ele é politicamente ilegítimo, naquilo que diz respeito aos valores democráticos: ao privilegiar a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direitos (WALDRON, 2010, p. 98).

A ideia central do autor é que a última palavra, isto é, a definitiva interpretação do texto constitucional não deve ficar a cargo do Poder Judiciário, e sim do Legislativo,⁴ por ser o representante com maior legitimidade para tanto.

Em meio a essa tensão doutrinária, Mark Tushnet analisa o exercício do *judicial review* sob duas perspectivas de atuação dos órgãos jurisdicionais: o controle forte e o controle fraco de constitucionalidade

⁴ Nesse sentido, Waldron (2003, p. 5) defende a dignidade da legislação: “as pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter”.

das leis. O autor mostra-se contrário ao sistema de supremacia judicial e ao modelo forte de controle de constitucionalidade (*strong-form judicial review*). Ele defende um modelo fraco de controle (*weak-form judicial review*).

No modelo de controle forte deverá prevalecer o entendimento dos órgãos jurisdicionais sobre o conteúdo normativo da Constituição, sendo possível a substituição da decisão adotada pelo legislador ou pelo administrador público, quando for o caso, pelo posicionamento do julgador.

Ao contrário, a adoção do controle fraco⁵ possibilitaria a implementação de um diálogo institucional dos poderes do Estado. Assim, não caberia à Corte Constitucional a responsabilidade de proferir a última palavra no que diz respeito à controvérsia constitucional, mas a sua decisão seria o momento propício para que fosse instaurado o debate sobre a questão constitucional do caso concreto.

Assim, o entendimento de Tushnet (2006, p.3) é que o modelo fraco de controle possibilitaria esse mecanismo de interação do legislador, administrador público e do Judiciário, viabilizando “um processo de intercâmbio entre cortes e legislaturas ao longo do tempo”.

No caso brasileiro, a controvérsia também existe de forma acentuada. O próprio ex-ministro, Eros Roberto Grau⁶, após sua aposentadoria do STF, afirmou, em entrevista, que é preciso se repensar a forma de tomada de decisões na Corte Suprema. Seria necessária a alteração do regimento interno com o objetivo de se abandonar a tomada de decisão individualizada, passando-se a adotar uma construção da decisão de forma colegiada:

⁵ Tushnet (2008, p. ix) defende o modelo fraco de *judicial review*, por se tratar de um sistema que viabiliza a implementação de diálogos institucionais, entre os poderes constituídos. Assim não caberia ao judiciário impor o seu juízo de forma coercitiva, mas permitindo que o legislador possa responder à decisão judicial e adotar um posicionamento que seja compatível e que faça prevalecer os direitos previstos na Constituição e o regime democrático. In verbis: “In some versions the courts are directed to interpret legislation to make it consistent with constitutional norms if doing so is fairly possible according to (previous) accepted standards of statutory interpretation. In other versions the courts gain the additional power to declare status inconsistent with constitutional norms, but not to enforce such judgements coercively against a losing party. In still others, the courts can enforce the judgement coercively, but the legislature may respond by reinstating the original legislation by some means other than a cumbersome amendment process”.

⁶ GRAU, Eros Roberto. O Supremo de hoje é produto de nossa história. Le monde diplomatique Brasil. São Paulo, Ano 4, n° 41, pp. 14-15, dez, 2010. Entrevista a Silvio Caccia Bava. Acesso em 25/04/2013. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=828>.

O Supremo não é uma instituição de 11 homens, é um conjunto de 11 homens que tomam decisões isoladas, não um tribunal. Produzir decisões coletivamente, essa é a reforma que tem que ser feita. O que tem que existir é a instituição e não 11 homens. Tem que encontrar uma maneira para essas pessoas se relacionarem de modo a compor uma decisão e não 11 decisões. Só haverá uma instituição na medida em que ela, instituição, tome decisões. O que acontece é que hoje você não tem a instituição, você tem 11 juízes tomando decisões isoladas. (GRAU, 2010, p. 15)

E, ao comentar sobre o controle de constitucionalidade brasileiro, afirmou que, hoje, os juízes, e também o Supremo, estão fazendo, além do controle de constitucionalidade, o controle da razoabilidade das leis:

O juiz se acha no direito de dizer “essa lei não é razoável”. O que prevalece é a opinião dele, e não a lei. O [sociólogo alemão Jürgen] Habermas disse que o grande risco é você ter uma corte que decida segundo valores, porque valores são preferências (GRAU, 2010, p. 14).

Importante destacar, além disso, que, no âmbito legislativo brasileiro, está tramitando uma proposta de emenda constitucional – PEC 33/2011 (CÂMARA, 2011) – que pretende “resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário” (CÂMARA, 2011, p. 5). Ao justificar a necessidade de restabelecimento do equilíbrio entre os Poderes, a PEC 33/2011 busca sua fundamentação em Waldron e Tushnet:

As formas alternativas de controle de constitucionalidade têm sido debatidas e defendidas por eminentes juristas. Destacamos Jeremy Waldron e Mark Tushnet, que questionam, de forma enfática, o monopólio do Judiciário em dizer a última palavra sobre a Constituição. Para Waldron, os tribunais também tomariam decisões baseadas em regras de maioria, sendo, portanto, tão arbitrárias (no sentido de imprevisíveis) quanto àquelas determinadas pelo Legislativo, não possuindo as qualidades decorrentes da legitimidade democrática (CÂMARA... 2011, p. 12).

Pelo texto da Proposta, fica claro que esse debate também é uma realidade brasileira.⁷ Parece incontroverso que o STF deixou de ser um legislador negativo e tem atuado com frequência como legislador positivo. A justificativa, como foi visto na seção sobre o ativismo judicial, é a crise de representatividade experimentada pelo Legislativo no decorrer dos últimos anos.

Nesse contexto, onde reina a falta de entendimento entre os poderes estatais, surge a necessidade de um debate mais amplo sobre a separação de poderes e o papel de cada uma dessas instituições. Acredita-se que a questão deve ser pensada no viés da atuação institucional, a fim de se encontrar a melhor saída, aquela que faça valer o ideal democrático. No próximo tópico será abordado o tema dos diálogos institucionais, uma possível alternativa para esse embate.

A possibilidade do diálogo institucional

Como ficou claro nas discussões até então empreendidas, tem-se observado uma crescente expansão do Poder Judiciário, fenômeno marcado pela mudança na forma interpretativa das normas constitucionais. Dentro desse contexto, tem sido tema de grande relevância na discussão doutrinária a imposição de limites na atuação do Poder Judiciário, mais especificamente na atuação do STF.

Mendes (2011) apresenta em sua mais nova obra, fruto de sua tese de doutorado, o debate teórico sobre a questão da legitimidade democrática do modelo de jurisdição constitucional adotado no Brasil. Nesse estudo, ele apresenta o debate entre autores que defendem a

⁷ Sobre o assunto, o ministro do STF, Gilmar Mendes (2013), em entrevista, afirmou que se a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que autoriza o Congresso limitar a atuação da Corte for aprovada, é melhor que se feche o tribunal: "Não há nenhuma dúvida, ela é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. É evidente que é isso. Eles [CCJ] rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal. É disso que se cuida". Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/se-pec-33-passar-melhor-que-se-feche-o-supremo-diz-gilmar-mendes.html>>. Acesso em: 25 abr. 2013. O presidente do STF, ministro Joaquim Barbosa, afirmou: "Tem quase 80 anos a tradição já consolidada de se permitir que o Supremo Tribunal Federal declare a inviabilidade jurídica de uma lei votada pelo Congresso por violação de uma cláusula constitucional. Por que alterar isso agora, em pleno século 21? Essa medida, se aprovada, fragilizará a democracia". Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/pec-que-restringe-stf-fragilizara-democracia-diz-joaquim-barbosa.html>>. Acesso em: 25 abr. 2013.

supremacia judicial e autores que defendem a supremacia legislativa. Para equilibrar esse debate, que tende à acentuação da divergência, Mendes apresenta a teoria do diálogo institucional.

Diálogo institucional é uma expressão que remete a certa forma de enxergar o processo constitucional. Mendes (2011, p. 240) afirma que, independentemente de qual instituição tenha a última palavra, nada impede que a outra instituição responda, e pensar em diálogo não significa perder de vista a continuidade inexorável da política e a circularidade da separação de poderes.

Para Bateup (2013), a expressão “diálogo institucional” tem sido utilizada para descrever a possibilidade de interação dos tribunais e os poderes políticos, no que diz respeito à interpretação de direitos constitucionais. A ideia de diálogos institucionais enfatiza que o judiciário não terá o monopólio na interpretação constitucional. Trata-se, portanto, de decisões constitucionais que devem ser produzidas por um processo de elaboração compartilhada entre o poder judiciário e outros atores constitucionais. As teorias do diálogo oferecem uma forma alternativa de preencher a lacuna de legitimidade democrática, superando a dificuldade contramajoritária do judiciário. Por esse motivo, essa teoria vem ganhando espaço, principalmente no que diz respeito à discussão da legitimidade democrática associada à revisão judicial.⁸

As teorias do diálogo possuem como denominador comum a noção de que não deve haver a supremacia judicial na interpretação da norma constitucional, mas que a última palavra deve ser uma obra conjunta dos Poderes do Estado. Seria, portanto, um mecanismo que viabiliza a interação do Legislativo e Judiciário. O diálogo é visto como

⁸ Nesse context, afirma Bateup (2013, p. 4): “In recent years, “dialogue” has become an increasingly ubiquitous metaphor within constitutional theory. It is most commonly used to describe the nature of interactions between courts and the political branches of government in the area of constitutional decision-making, particularly in relation to the interpretation of constitutional rights. Dialogue theories emphasize that the judiciary does not (as an empirical matter) nor should not (as a normative matter) have a monopoly on constitutional interpretation. Rather, when exercising the power of judicial review, judges engage in an interactive, interconnected and dialectical conversation about constitutional meaning. In short, constitutional judgments are, or ideally should be, produced through a process of shared elaboration between the judiciary and other constitutional actors. Theories of constitutional dialogue have proliferated in recent times because of the potential that many see in them to resolve the democratic legitimacy concerns associated with judicial review”.

um produto necessário da separação de poderes, uma decorrência do desenho institucional, e não necessariamente da disposição de qualquer dos poderes para “dialogar” (MENDES, 2011, p. 107).

Sebastián Linares (2008, p. 200) entende ser necessário o estabelecimento de um diálogo das Cortes Constitucionais e do Poder Legislativo e esse momento dialógico deve ser composto por três fases: argumento, resposta e réplica. Dessa forma, as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional, em matéria de jurisdição constitucional, admitiria uma resposta do Poder Legislativo, possibilitando, até mesmo, a modificação da decisão pelo Judiciário, o que seria feita na réplica.

Kent Roach (2006, p. 347-370) trata da teoria dos diálogos institucionais entre Cortes e o Legislativo como um meio para reconciliação entre a democracia e o sistema de *judicial review*. Assim, por intermédio dos diálogos, o Legislativo teria a possibilidade de responder às decisões judiciais proferidas pela Corte Constitucional, quer limitando ou superando os direitos, tais como interpretados pelos tribunais.

Ao se adotar a teoria do diálogo institucional, a Corte não seria a detentora da última palavra sobre as questões constitucionais, incorrendo, portanto, numa interação, com possibilidade de um consenso entre Legislativo e Judiciário na interpretação dos direitos previstos no texto constitucional.

A adoção desse procedimento dialógico, segundo alguns estudiosos do tema, possibilitaria a superação do estigma de poder contramajoritário, atribuído ao judiciário, pelo fato de seus membros não serem eleitos pelo voto popular, tal qual acontece com os membros do legislativo, uma vez que as decisões seriam construídas em conjunto, por meio do consenso entre os poderes.

Minimalismo judicial – um caminho para o diálogo entre as instituições

O minimalismo judicial é uma estratégia hermenêutica em que o juiz adota uma postura menos ambiciosa em sua decisão. Nesse contexto, o julgador se limita à análise do caso concreto, não se preocupando

em abordar questões correlatas na decisão que será proferida. Isto é, ele restringe seus pronunciamentos apenas às questões tidas como indispensáveis para proferir a decisão do caso concreto, deixando questões controversas em aberto (SUNSTEIN, 1999, p. 3-23).

Um aspecto positivo do minimalismo judicial é o fato de ele reconhecer a existência do desacordo em uma sociedade marcada essencialmente pela heterogeneidade (em termos políticos, religiosos, culturais, morais), tal qual a sociedade do século atual.

Ao adotar uma postura minimalista, o próprio juiz reconhece a limitação do judiciário. Seria, portanto, o reconhecimento da existência de limitação das instituições (quer seja judiciário ou legislativo) envolvidas na tarefa de interpretar e dar sentido ao texto constitucional. Por outro lado, essa postura para reconhecer que a federação é um arranjo formado por diversas instituições e o ideal democrático possibilita a contribuição de cada uma delas no processo de interpretação e alcance das normas previstas na Constituição Federal.

Para Sunstein (1999, p. 4), quando o magistrado profere uma decisão minimalista, tal postura pode levar à redução dos erros judiciais, por não se debruçar sobre questões que não sejam essenciais para resolução do caso concreto. Além disso, o minimalismo diminui a dificuldade na tomada de decisão por um órgão colegiado, especificamente pela possibilidade de deixar alguns pontos em aberto, pontos esses não essenciais para a resolução da situação fática sob exame.

Quando questões controversas são deixadas em aberto, isto é, ao adotar uma postura decisória minimalista, os julgadores abrem espaço para o diálogo, permitindo que outros atores políticos – os legisladores, por exemplo – possam se pronunciar.

Uma decisão minimalista seria, portanto, uma decisão elaborada de modo circunscrito, limitado, restrito ao caso concreto; nesse contexto, não caberia ao magistrado ingressar em temas ou questões correlatas ao caso sob análise, mas limitar-se à situação fática posta sob sua apreciação. De acordo com Sunstein, decisões circunscritas permitem um diálogo contínuo tanto no âmbito político, quanto na Corte e em outras instituições, de um modo que promove aprendizado.

Sunstein (2001, p. 57) afirma que o minimalismo decisório é adequado, entre outras hipóteses, quando o caso envolver grande incerteza factual ou moral e quando a solução puder causar confusão na solução de casos futuros. Contrariamente, seria recomendada uma atuação maximalista do magistrado quando a solução puder reduzir o custo da incerteza.

O minimalismo afasta-se da postura ativista, pois, ao adotar o minimalismo decisório, o juiz assume uma postura de mais humildade no exercício da função jurisdicional. É a prática de não dizer além daquilo que for necessário para justificar o resultado (SUNSTEIN, 2001, p. 3).

É exatamente essa postura que estimula a possibilidade de um diálogo entre as instituições no tocante à definição e interpretação dos direitos, uma vez que ao julgar um caso concreto o juiz não busca elaborar uma decisão para todos os casos futuros que tenham alguma semelhança com o que ele está decidindo. Para tanto, o magistrado utiliza uma fundamentação incompleta, que, por sua vez, permite uma flexibilização necessária para a adaptação em face das mudanças sociais, culturais ou morais, possibilitando um elevado grau de abertura e maleabilidade para novos fatos, perspectivas e valores (SUNSTEIN, 2006, p. 1915-1916).

Considerações finais

No presente trabalho foram discutidos alguns temas recorrentes na atual seara jurídica, especificamente no que diz respeito à crescente proeminência do Poder Judiciário, que vem intensificando a tensão entre os Poderes do Estado, uma vez que os demais poderes entendem que há uma ingerência indevida em seu âmbito de atuação.

O objetivo do artigo foi trazer algumas ponderações sobre temas atinentes a essa matéria, focando principalmente nas questões ligadas ao ativismo judicial e ao exercício da jurisdição constitucional. Nesse contexto, a teoria dos diálogos institucionais é apontada pela doutrina como instrumento viável para superar o conflito da supremacia legislativa ou judicial.

Pela breve análise do tema, ficou demonstrado que o ativismo tem sido uma prática recorrente dos tribunais para concretização de direitos previstos na Constituição sob a fundamentação de perda de representatividade do legislativo. Também se verificou que, apesar de o exercício da jurisdição constitucional ter sido conferido pelo legislador constituinte ao judiciário, parte da doutrina entende que tem ocorrido uma extrapolação de limites de sua atuação, interferindo indevidamente no âmbito dos demais poderes, mais especificamente do legislativo, uma vez que, ao analisar o caso concreto posto sob sua apreciação, o juiz vem exercendo um acentuado poder criativo que produz efeitos no ordenamento jurídico.

Nessa disputa entre Legislativo e Judiciário para definir quem tem a última palavra sobre a interpretação de direitos, a doutrina mais moderna vem propondo a adoção de diálogos institucionais, em que não haveria um detentor da última palavra, mas a possibilidade de essas instituições atuarem conjuntamente.

Nesse contexto, não se poderia falar em um único guardião, mas numa tarefa simultânea e interinstitucional entre legislativo e judiciário, uma vez que “a interação entre instituições que buscam maximizar seus respectivos desempenhos deliberativos é o que de melhor podemos esperar de uma democracia organizada sob o princípio da separação de poderes” (MENDES, 2011, p. 209).

Se, por um lado, não se deve crer, cegamente, que a melhor interpretação do texto constitucional deve ficar a cargo desta ou daquela instituição, por outro lado, não se deve aceitar passivamente o ativismo judicial por acreditar ser este a “salvação” para todos os problemas. Igualmente, não se deve apostar que o Legislativo (ou o Executivo) será o responsável pelas transformações necessárias para o bem da sociedade brasileira, defendendo uma contenção irrestrita do Judiciário, com postura sempre minimalista. Sem romantizar a atividade parlamentar nem a judicial, é preciso considerar as diferentes capacidades dessas instituições e a necessidade de que cada uma delas possa contribuir de formas distintas para o processo interpretativo e para o processo decisório (SUNSTEIN, 2007, p. 87).

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Atualidades Jurídicas: Revista Eletrônica da OAB*, n. 4, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>>. Acesso em: 16 jun. 2012.
- BATEUP, Christine A. *The Dialogue Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/11>. Acesso em: 19 jan. 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BRITO, José de Souza e. *Jurisdição constitucional e princípio democrático*. In: Colóquio no 10º aniversário do tribunal constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Tema: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional.
- CAMARA DOS DEPUTADOS. *Proposta de Emenda à Constituição (PEC) Nº 33/2011*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>. Acesso em: 20 jun. 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O papel político do judiciário e suas implicações. *Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, ano 1, n. 2. Disponível em: <<http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article>>. Acesso em: 10 nov. 2011.
- GRAU, Eros Roberto. O Supremo de hoje é produto de nossa história. *Le monde diplomatique Brasil*, São Paulo, ano 4, n. 41, p. 14-15, dez. 2010. Entrevista a Silvio Caccia Bava.
- LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática Del control de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINTO, Taís Caroline; ZANATA, Mariana Lobo. *Ativismo judicial: uma análise crítica da judicialização da política como instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. *International Journal of Constitutional Law*, v. 4, n. 2, p. 347-370, Apr. 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais do regime de constitucionalidade no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, Cecília de Almeida. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, RS: Unisinos, v. 1, n. 2, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2013.

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

_____. Problems with minimalism. *Stanford Law Review*, v. 58, p. 1915-1916, abril 2006.

_____. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 79-94, set./dez. 2007.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institution. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, 2003.

TUSHNET, Mark. Weak-form judicial review and ‘core’ civil liberties. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 41, p. 01-22, 2006.

_____. *Weak courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton (EUA): Princeton University Press, 2008.

VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 12, p. 55-75, out./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. A essência da oposição do *Judicial Review*. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 93-157.

Recebido em: junho de 2013

Aprovado em: outubro de 2013