

NEM DWORKIN, NEM WALDRON: O DILEMA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL SOB A PERSPECTIVA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

NEITHER DWORKIN, NOR WALDRON: THE DILIMMA OF THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION FROM THE PERSPECTIVE OF THE INSTITUTIONAL DIALOGUE

Renzzo Giacomo Ronchi

Juiz de Direito do TJMG. Mestrando em Direito Constitucional, pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Mestrando em Direito Processual Constitucional, pela Universidade Lomas de Zamora, na Argentina. Membro pesquisador do Centro de Estudos Constitucionais Comparados da UNB. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Professor.

RESUMO

Em formulação própria e complexa, Ronald Dworkin sustenta que a jurisdição constitucional não enfraquece o conceito de democracia. Ao contrário, são os juízes quem estão mais preparados para resolver problemas de moralidade política. De outro modo, com argumentos muito bem elaborados, Jeremy Waldron faz uma defesa da dignidade da legislação, arguindo que, onde há desacordo moral razoável, a jurisdição constitucional deve se afastar, sob pena de impor solução arbitrária por falta de legitimidade democrática. A superação desse dilema é demonstrada no tópico que examina a teoria do diálogo institucional.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Constitucionalismo. Diálogo institucional.

ABSTRACT

In its own complex formulation, Ronald Dworkin maintains that constitutional jurisdiction does not weaken the concept of democracy. On the contrary, it is the judges who are best prepared to resolve problems of political morality. On the other hand, with very well elaborated arguments, Jeremy Waldron defends the dignity of the legislation, arguing that, where there is reasonable moral disagreement, the constitutional jurisdiction should step aside, under penalty of imposing an arbitrary solution due to lack of democratic legitimacy. Overcoming this dilemma is demonstrated in the topic that examines the theory of institutional dialogue.

KEYWORDS: Democracy. Constitutionalism. Institutional Dialogue.

I INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o propósito de confrontar duas teorias que hoje se encontram no estado da arte das discussões que envolvem os limites do exercício da jurisdição constitucional.

Em um primeiro momento, examina-se a teoria do constitucionalismo em Ronald Dworkin e seu empreendimento teórico para justificar a supremacia do controle de constitucionalidade, na qual o direito está vinculado à moral. Para Dworkin, juízes são fundamentais em uma democracia, porque, afastados do jogo político, estão legitimados pela própria Constituição para resolver dilemas sobre questões jurídicas. Não se trata, por certo, de discricionariedade, pois juízes estão vinculados a regras e princípios.

No momento seguinte, estudam-se as ideias de Jeremy Waldron, que é radicalmente contra a ideia de uma supremacia judicial. Sua defesa da dignidade da legislação tem por pano de fundo o empoderamento democrático da própria sociedade que, segundo ele, não pode ser refém da vontade de uns poucos juízes de uma Corte Constitucional.

Ao final, apresenta-se uma solução razoável por meio da teoria do diálogo institucional, cujo foco consiste em conciliar a democracia com o constitucionalismo.

2 O CONCEITO DE DEMOCRACIA EM RONALD DWORKIN

O julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, pela Suprema Corte Norte-Americana é considerado o marco inicial do controle judicial de constitucionalidade. (VICTOR, 2015, pp. 76-99).

Não obstante esse precedente criado no contexto específico de uma cultura anglo-saxônica de aplicação do direito, certo é que até o fim da segunda grande guerra mundial, em 1945, prevalecia amplamente no continente europeu a adoção do modelo de supremacia parlamentar inspirado na prática institucional inglesa de soberania do parlamento e do ideal francês que concebia a lei como expressão da vontade popular (BARROSO, 2020, p. 256).

Tanto é que quando Kelsen e Schmitt debateram sobre quem deveria ser o guardião da Constituição, na década de 1930, naquele contexto histórico a literatura não registra se houve uma resposta clara sobre quem teria vencido esse dissenso e, somente com o terror dos campos de concentração nazista sendo revelados ao mundo, foi que a comunidade jurídica reconheceu em Kelsen a tese mais apropriada, segundo a qual o controle de constitucionalidade das leis deve ser exercido por tribunais constitucionais, pois, segundo o autor, ninguém pode ser juiz em causa própria (Kelsen referia-se ao Poder Executivo Federal, que concentrava quase todas as atribuições, e

ao Poder Legislativo, que criava as normas), além de minorias possivelmente serem esmagadas pela regra majoritária (KELSEN, 2007).

Após 1945, portanto, países ocidentais foram, aos poucos, consolidando a prática constitucional de que a democracia se legitima por meio de uma constituição e, como fundamento jurídico de validade de todo o ordenamento jurídico, deve ser protegida por juízes ou por um tribunal independente das forças políticas com atribuição para exercer a jurisdição constitucional e, em conflitos envolvendo outros poderes, dar a última palavra sobre o significado do texto constitucional (BARROSO, 2017, pp. 31 e 33).

Assim, com exceção de poucos países que mantêm um padrão de supremacia parlamentar, a exemplo da Inglaterra, Holanda e Luxemburgo (BARROSO, 2020, p. 257) e a França, que somente veio a adotar um controle de constitucionalidade a partir de uma reforma constitucional, em 2008, houve no mundo ocidental a expansão do modelo de supremacia da constituição instrumentalizado pela jurisdição constitucional por meio da sua função contramajoritária de defesa dos direitos fundamentais.

Problematizando os avanços da jurisdição constitucional na defesa dos direitos fundamentais com a ideia do princípio democrático, que pressupõe a tomada das decisões políticas mais importantes da sociedade por um corpo de representantes eleitos democraticamente pelo voto, segundo a teoria da tripartição de poderes formulada por Montesquieu, Ronald Dworkin (2001, pp. 155-156) formula o que ele chama de a charada da democracia, escrevendo que, se por um lado, é evidente que ela se tornou muito popular entre os povos do mundo, por outro, há uma tendência em enxergar seu enfraquecimento em razão do chamado constitucionalismo, que permite a juízes não eleitos o poder de revisar decisões dos poderes executivo e legislativo quando for manifesta a violação dos direitos humanos assegurados pela Constituição.

O constitucionalismo seria uma experiência antidemocrática, já que os cidadãos comuns estariam subordinados a uma elite de juízes. Mas, essa premissa, segundo Dworkin (2001, p. 157), é contestável, à medida que outros, por sua vez, veem no constitucionalismo a alma da democracia porque protege os direitos humanos.

Diante desse aparente impasse, Dworkin (2001, pp. 158-160) refuta a ideia de democracia vinculada ao governo da maioria do povo porque, se hipoteticamente estiver afastada das conquistas dos direitos humanos, não haveria justificativa moral, motivo pelo qual ele defende que, para além de uma maioria, há de se ver a democracia como um empreendimento coletivo em parceria.

É justamente nesse ponto, segundo Dworkin (2001, p. 161), que a democracia se aproxima do constitucionalismo, porque pressupor uma parceria em um empreendimento coletivo de governo dos cidadãos exige que certos direitos individuais sejam assegurados, sendo que ao se adotar uma constituição para proteger esses mesmos

direitos, em caso de discordância, deverão ser interpretados e aplicados por juízes, que se encontram afastados do jogo político (DWORKIN, 2001, pp. 161-162).

A constituição é o fio condutor do empreendimento democrático.

O constitucionalismo, portanto, não é inimigo da democracia (DWORKIN, 2001, p. 162) e juízes devem fundamentar suas decisões à luz de argumentos de princípio, de modo que não afetem a integridade do direito e não comprometam o princípio democrático.

O ponto forte do pensamento de Dworkin (2006, apud VICTOR, 2015, pp. 132-133) é que ele não rejeita a prática de que legisladores tomem as decisões constitucionais, porque, independentemente de serem, ou não, os mais capacitados, a regra é que essas deliberações sejam tomadas pela maioria. Contudo, segundo ele, esse pensamento adotado como regra absoluta contém uma enorme fragilidade, porque os Estados Unidos da América adotou o constitucionalismo, cuja teoria pressupõe, na sua visão, a defesa dos grupos minoritários, o que, assim, acaba sendo uma contradição deixar a democracia apenas sob o encargo do poder legislativo, que é movido pela lógica da regra majoritária.

Isso porque, para Dworkin, o constitucionalismo adotado pelo governo norte-americano não se baseia em uma “simples teoria da supremacia das maiorias” (DWORKIN, 2022, p. 208).

Além disso, as decisões políticas não são instrumentalizadas por uma maioria detentora de estabilidade, mas por várias instituições políticas, cada uma defendendo um segmento eleitoral diferente, cuja composição é modificada periodicamente (DWORKIN, 2002, p. 224).

De acordo com o raciocínio dele, não fossem as intervenções da Suprema Corte norte-americana em questões que dividiam a sociedade, como, por exemplo, no julgamento de *Brown v. Board of Education*, em 1954, a política de segregação racial atualmente poderia ser muito mais prejudicial aos negros (DWORKIN, 2002, p. 228).

Dessa forma, Dworkin sustenta que o progresso do direito constitucional está condicionado ao comprometimento dos direitos contra o Estado à luz de uma aproximação com a teoria moral, sendo que na sua concepção a Suprema Corte, em última instância, encontra-se em uma situação mais adequada para resolver conflitos dessa natureza, já que a moralidade política é controversa e existe a necessidade de definir qual órgão terá autoridade para compreendê-la e interpretá-la, o que no sistema norte-americano coube ao Poder Judiciário como um todo (2006, apud VICTOR, 2015, pp. 133 e 135).

Essa defesa contundente da supremacia judicial não afasta o questionamento permanente sobre a sua falta de responsividade (*accountability*), cuja dificuldade reside no

fato de que os membros do Poder Judiciário não foram eleitos pelo povo, faltando-lhes legitimidade democrática pela ausência de processo legislativo.

Em obra clássica publicada em 1962, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, cujas teses ecoam até os dias atuais, Alexander Bickel (1986, apud VICTOR, 2015, 107) sustentou que a supremacia judicial enfrenta o problema da *dificuldade contramajoritária*, com isso, procurou reorientar a prática do controle de constitucionalidade de forma a ser conduzida com moderação em que juízes sejam bastante deferentes às razões elaboradas por membros dos outros poderes, agindo com prudência e evitando o surgimento de magistrados moralmente imperiais e autoritários.

John Hart Ely (2010, pp. 74-79) também critica a forma como alguns estudiosos defendem a supremacia judicial, porque a ideia de que os juízos morais seriam feitos de forma mais segura pelos juízes, em razão de serem imparciais, esconde um problema ainda mais grave e que consiste no elitismo judicial de definir quais são os valores fundamentais de uma sociedade. Para Ely, essa incumbência que teria sido dada ao Poder Judiciário deve ser vista com desconfiança, ainda mais quando os julgamentos realizados pela Suprema Corte são definidos por maioria apertada em que há defesa de posições diversas.

Rodrigo Brandão (2017, p. 271) encara o problema mediante uma reflexão habilidosa. Segundo ele, se o que preservava a legitimidade da atuação judicial era a sua neutralidade política, prevalecendo a vontade do legislador à luz de uma postura do juiz deferente às regras prévias e claras, como se justificar o *accountability* se o Poder Judiciário constrói complexas teorias a partir de princípios abertos e indeterminados, e se suas decisões são excessivamente difíceis de serem revertidas pelo legislador? Brandão então responde que essa independência judicial sem mecanismos de controle transforma as cortes em “instituições desviantes” em um regime democrático, padecendo da dificuldade contramajoritária.

3 A CRÍTICA À SUPREMACIA JUDICIAL FORMULADA POR JEREMY WALDRON: A IMPORTÂNCIA DO PODER LEGISLATIVO

Em razão desses problemas não satisfatoriamente respondidos pelos estudiosos que defendem a supremacia judicial e inspirado por algumas ideias de Alexander Bickel é que Jeremy Waldron, talvez o crítico mais feroz sobre o controle de constitucionalidade, encontra espaço para defender sua posição em torno da supremacia parlamentar.

Em seu artigo intitulado *The core of the case Against judicial review*, Waldron (2010, apud PASSOS, 2019, p. 87) é enfático ao afirmar que o controle judicial de

constitucionalidade é inadequado como um padrão de tomada de decisões finais em uma sociedade livre e democrática.

Para ele, o *judicial review* leva algumas vezes a más decisões, amargando algum tipo de déficit democrático (WALDRON, 2010, p. 93), motivo pelo qual a supremacia parlamentar seria mais adequada à democracia, pois questões que dividem a própria sociedade, como aborto, ações afirmativas, cotas raciais e casamentos entre homossexuais, seriam resolvidas pelo próprio povo mediante processo legislativo ordinário (WALDRON, 2010, pp. 94-95).

Para ele, portanto, é melhor que essas questões sejam decididas pelas próprias pessoas em vez de transferi-las ao Poder Judiciário, até porque a supremacia parlamentar estimula o empoderamento democrático.

Ainda que Waldron (2010, p. 97) reconheça que o *judicial review* seja necessário em alguns países como medida protetora contra patologias legislativas com relação a sexo, raça, religião, para ele subsiste a necessidade de sua crítica em razão de um entendimento geral que não esteja contaminado por preocupações culturais, históricas e políticas de cada sociedade.

Para o constitucionalista neozelandês (2010, p. 98), o *judicial review* é vulnerável ao ataque em duas frentes. Em primeiro lugar, ele falharia ao não organizar uma maneira pela qual a sociedade possa enfocar as questões reais em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos. Em segundo lugar, é politicamente ilegítimo porque privilegia a maioria dos votos entre um pequeno número de juízes não eleitos pelo povo e não responsabilizáveis.

Waldron (2010, p. 106) sintetiza os argumentos contra o *judicial review* à luz de uma sociedade que atenda às seguintes exigências: (i) possuir instituições democráticas em condições de funcionamento razoavelmente boas, incluindo um legislativo representativo, eleito por sufrágio adulto universal; (ii) manter um conjunto de instituições judiciais, também em boas condições de funcionamento, criadas sobre uma base não representativa para julgar ações individuais, resolver controvérsias e defender o Estado de Direito; (iii) um comprometimento da parte da maioria dos membros da sociedade e da maioria de suas autoridades com a ideia de direitos individuais e de minorias; e (iv) discordância persistente, substancial e de boa-fé quanto a direitos, vale dizer, quanto ao que realmente significa o comprometimento com direitos e quais são suas implicações entre os membros da sociedade que estão comprometidos com a ideia de direitos.

Atendidas essas exigências, segundo Waldron (2010, p. 117), acaso o parlamento esteja amplamente ciente das questões de direito que dado projeto levante e, ao deliberar sobre o assunto, mediante debate e votação, posicione-se de um dos lados de

uma ou mais das discordâncias, essa resolução deve ser respeitada, não sendo possível sua reavaliação pelo judiciário.

Em outros termos, deve prevalecer a decisão do parlamento, sendo certo que nenhum procedimento decisório será sempre perfeito, seja um processo de legislação não passível de reexame, seja um processo de *judicial review*. Qualquer um desses processos, em algumas vezes, chegará a uma decisão errada ou imperfeita (WALDRON, 2010, p. 119), não sendo legítimo que essas questões moralmente controversas sejam transferidas aos juízes, sob pena de o procedimento em que os cidadãos estavam em condição de igualdade ser substituído por um procedimento que tem maior relevo os votos de uns poucos juízes (PASSOS, 2019, p. 89).

Ao fim, sobre o argumento de que o defeito do parlamento estaria no fato de que suas decisões, às vezes, podem impor uma tirania pela vontade da maioria, Waldron (2010, p. 146) fundamenta seu argumento na premissa de que tribunais também podem impor sua vontade mediante decisões por maioria, acachapando minorias.

Waldron é muito claro e convincente em seus argumentos, e sua defesa da dignidade da legislação é mais plural e transparente, com menos tecnicismo, o que acarreta mais compreensão do debate pelos membros da sociedade, motivo pelo qual ele defende que os legisladores, em questões que envolvam grandes desacordos morais razoáveis, devem preferencialmente deliberar e decidir porque possuem autoridade democrática para tanto (VICTOR, 2015, p. 179).

A teoria de Jeremy Waldron é perfeita, vale dizer, *quase* perfeita, não fosse o fato de que o autor importou suas ideias de um modelo de supremacia parlamentar em que todas as instituições funcionam, como ele mesmo disse, em condições *razoavelmente* boas. Sua teoria, porém, não enfrenta o dado empírico inquestionável, qual seja, crise da democracia representativa.

A título de exemplo, a Hungria liderada pelo político conservador, o primeiro-ministro Viktor Orbán, já pode ser considerada um modelo de *democracia iliberal*, pelo fato de que, embora permaneçam as eleições regulares, várias medidas foram adotadas pelo partido Fidesz, que é maioria no parlamento húngaro, com a finalidade de enfraquecer a independência do Poder Judiciário, a existência de órgãos de fiscalização, a imprensa e a liberdade de expressão (LANDAU, 2020).

A Polônia vive modelo semelhante ao da Hungria. Com um presidente ultraconservador, Andrzej Duda, e o congresso sendo controlado pelo partido conservador Lei e Justiça, o país também implementou várias ações de enfraquecimento da democracia ao ponto de tal fato ter sido objeto de crítica em relatório produzido pela União Europeia (BRASIL, 2020).

Embora a Hungria e a Polônia sejam exemplos mais claros de uma tendência autoritária de governo na Europa, fato é que partidos de extrema direita têm avançado em

tudo o continente europeu, levantando bandeiras como deportação de imigrantes, criminalização do aborto, rejeição a políticas contra o aquecimento global, assim como rejeição a políticas públicas criadas para a defesa de gênero. São exemplos de partidos com essas ideologias: Vox, na Espanha; Liga, na Itália; Afd, na Alemanha; Agrupamento Nacional, na França; Partido dos Finlandeses, na Finlândia; Partido Popular Dinamarquês, na Dinamarca; Partido Democrático, na Eslovênia; Partido Conservador do Povo da Estônia, na Estônia, dentre outros (BRASIL, 2019).

O populismo que tem ocupado o cenário político global se apresenta com as seguintes características: i) populistas sabem tudo, enquanto democratas seriam imbuídos de incertezas para os problemas contemporâneos; ii) homogeneidade no lugar do pluralismo, evitando, assim, divergência de ideias; iii) identidade no lugar da representação, pessoalizando o mandato; iv) encargo difuso no lugar de um mandato livre; e v) alinhamento no lugar de oposição eficaz, a fim de evitar fiscalização sobre os atos praticados (VOBKULE, 2020, pp. 30-51).

O processo de erosão democrática, no mundo de hoje, se dá de forma bem diferente daquela que, por exemplo, caracterizou as ditaduras militares na América Latina na segunda metade do século vinte. Segundo Levitsky e Ziblatt, os golpes militares ostensivos desapareceram em grande parte do mundo, de modo que, na maioria dos países onde há indícios de colapso democrático, as eleições continuam sendo realizadas regularmente, porém as instituições estão sendo subvertidas de maneira que a morte da democracia nem sempre seja imediata e evidente para todos (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, pp. 16-17).

Para além dessa constatação, parece-nos razoável e convincente a ideia de que há baixo desempenho global da governança democrática. Segundo Sérgio Abranches, haveria um atraso da democracia em absorver novas ideias que já estão disponíveis para melhorar a governança e a representatividade das decisões tomadas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo (ABRANCHES, 2020, p. 16).

Dessa forma, o modelo de democracia representativa tem enfrentado muita insatisfação e, segundo Adam Przeworski (2020, pp. 223-225), na mesma ordem de ideias de Sérgio Abranches, parte dessa insatisfação decorre do fato de as pessoas estarem sentindo falta de novas ideias e, assim, terem de conviver com as mesmas escolhas e poucas oportunidades. Ademais, há um dado a mais: a sensação de inutilidade pelo sentimento de que cada pessoa não tem influência real sobre o resultado, sendo apenas uma soma de vontades individuais.

Haveria também um abismo intolerável entre os sistemas de representação e a sociedade, de modo que os mais vulneráveis (grupos minoritários) não se sintam representados, tampouco que atuem nesse sistema para o qual são obrigados a aderir e cumprir as regras (ABRANCHES, 2020, p. 16).

Outros problemas que também agravam ainda mais a crise democrática estão ligados à pobreza e à desigualdade, problemas crônicos de um modelo democrático global que ainda não foi profundamente enfrentado (ABRANCHES, 2020, p. 16).

4 A TEORIA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Se a teoria da supremacia judicial traz consigo a *difficuldade contramajoritária* pelo fato de que juízes da suprema corte não possuem *accountability*, doutro modo, a teoria da supremacia parlamentar também apresenta sérios problemas pela dificuldade que a democracia representativa tem tido para implementar direitos fundamentais e avançar na agenda de políticas públicas importantes à organização da sociedade.

A solução para esse dilema parece estar na teoria do diálogo institucional porque, à luz desse parâmetro teórico, o tema da última palavra é retirado do centro do debate, e tanto a Suprema Corte quanto o parlamento contribuem para o significado do texto constitucional, com a diferença de que existe a possibilidade de superação de uma decisão da Suprema Corte pelo Poder Legislativo, podendo isso levar a um constrangimento prévio do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional (VICTOR, 2015, p. 188).

O Canadá é um dos poucos exemplos de institucionalização expressa do diálogo constitucional entre os Poderes Judiciário e Legislativo, de modo que, com a provação de sua carta de direitos em 1982, passou a contar com o instituto do controle judicial de constitucionalidade, porém, com o receio de reproduzir um modelo semelhante ao norte-americano de supremacia judicial, buscou uma construção própria, considerando a história constitucional do país e procurando evitar os problemas que conseguia antever (VICTOR, 2015, pp. 189-190).

Sérgio Antônio Ferreira Victor (2015, p. 211) realiza um exame atento da realidade constitucional brasileira, concluindo que a quantidade de normas editadas pelo Congresso Nacional, declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, é muito pequena, revelando, assim, uma postura deferente da Suprema Corte para com o parlamento, com a consequente preservação da vontade majoritária.

De toda sorte, no Brasil, o diálogo constitucional não foi inserido expressamente na Constituição da República, mas, segundo Sérgio Victor (2015, pp. 215 e 217), ele acontece, a despeito de o art. 102 da Constituição da República dizer que compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição.

Em análise delimitada à Constituição da República, de 1988, Sérgio Victor (2015, p. 222) sustenta que o diálogo institucional vem ocorrendo por emendas constitucionais, a exemplo da Emenda Constitucional nº 29, de 2000, que alterou o § 1º do art. 156 do texto constitucional, de forma a autorizar a criação de alíquota progressiva

de IPTU em razão do valor venal do imóvel, superando, assim, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmada anteriormente à edição da referida Emenda (RE nº 153.771, Rel. Min. p/ acórdão Moreira Alves, Plenário, DJ, de 5.9.1997), segundo a qual o art. 182 da Constituição da República somente permitiria a fixação de alíquotas progressivas de IPTU para atendimento de finalidade extrafiscal (adequação do uso da propriedade à sua função social), dada a sua natureza real.

Segundo Sérgio Victor (2015, p. 222), a Suprema Corte brasileira não reagiu à alteração constitucional, de modo que o Congresso Nacional, isto é, o parlamento, nesse caso, conferiu a última palavra sobre o assunto.

Também houve diálogo institucional intenso sobre a criação dos municípios, sobretudo a partir da Emenda Constitucional nº 15, de 1996, que estipulou critérios mais rigorosos, dentre eles a aprovação de uma lei complementar federal estabelecendo critérios gerais. Como a lei não foi editada pelo Congresso Nacional, municípios continuaram sendo criados. Na ADI 2.240, que cuidava do Município de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia, o Supremo Tribunal Federal acolheu a proposta de voto do ministro Gilmar Mendes, reconhecendo existir uma situação de fato consolidada, motivo pelo qual modulou os efeitos do julgamento (*pro futuro*), concedendo o prazo de 24 meses para que o Congresso editasse a lei complementar, sob pena de extinção do município. A resposta do parlamento foi diferente da decisão proferida pela Suprema Corte. Aprovou-se a Emenda Constitucional nº 57, de 2008, convalidando os municípios cujas leis criadoras tenham sido publicadas até 31 de dezembro de 2006. A lei complementar federal não foi editada, conforme a decisão do Supremo Tribunal Federal, mas a aprovação da emenda prevaleceu e, mais uma vez, a última palavra sobre o assunto foi definida pelo parlamento (VICTOR, 2015, P. 224).

Para Sérgio Victor (2015, pp. 225-226), da grande quantidade de diálogos institucionais travados entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional, em regra, houve o término do debate com a superação da decisão judicial, sendo possível, segundo ele, extrair ao menos duas conclusões: (i) a forma mais comum de diálogo institucional é por meio da aprovação de emenda como resposta à decisão, modificando, assim, o parâmetro de controle que serviu para a primeira apreciação do tribunal; e (ii) a resposta via emenda é quase um monólogo, pois, com raras exceções, será difícil uma reação do Supremo Tribunal Federal, embora isso, por si só, para a teoria do diálogo institucional, não seja um problema. O Supremo somente poderá invalidar emendas em caso de ofensa manifesta às cláusulas de eternidade da constituição.

Georges Abboud (2019, p. 1.407) também lembra um importante diálogo institucional havido entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo envolvendo a questão do encarceramento de mulheres grávidas ou com crianças sob sua guarda. No HC 143641, o Supremo Tribunal Federal conheceu de habeas corpus coletivo, determinando a substituição da prisão preventiva pela domiciliar sem prejuízo das medidas

alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Reconhecendo a importância da decisão da Suprema Corte, o Legislativo, agindo rápido, aprovou alteração no Código de Processo Penal, instituindo o art. 318-A, adequando-se ao entendimento fixado pelo Judiciário. Assim, o diálogo com o Supremo Tribunal Federal, para Abboud, foi revelador de que o Legislativo buscou se atualizar com mais celeridade à luz de um importante precedente da Suprema Corte.

A teoria do diálogo institucional é uma resposta realista e muito plausível para os muitos problemas teóricos e práticos ocasionados pelo exercício da jurisdição constitucional, cujas respostas, à luz da supremacia judicial, não são de longe pacíficas e moralmente aceitas.

É uma teoria que reduz sensivelmente a crítica do *ativismo judicial* porque este pressupõe o monopólio da interpretação constitucional pelo Poder Judiciário.

Sem o monopólio, a jurisdição constitucional se torna um espaço mais plural e tem sua legitimidade fortalecida por ser um espaço estruturador do dissenso, diminuindo, assim, as tensões entre os poderes (ABBOUD, 2015, p. 1409).

Assim, a crítica que separa o constitucionalismo da democracia encontra na teoria do diálogo institucional a ponte necessária para a reconciliação (PASSOS, 2019, p. 82).

Na ótica de Anderson Passos (2019, p. 83), a atuação do Legislativo deve ser exercida com serenidade e equilíbrio.

Nesse contexto, as decisões da Suprema Corte adquirem mais legitimidade, porque a possibilidade de serem superadas pelo parlamento estabelece um equilíbrio no sistema de separação de poderes, ainda que essa prerrogativa nem sempre seja utilizada (PASSOS, 2019, p. 83).

Por fim, embora não se deva generalizar que a superação da decisão judicial não possa ocorrer por lei ordinária, com o processo de emenda constitucional não é tão dificultoso como, por exemplo, aquele previsto para a modificação da Constituição norte-americana, é razoável sustentar que no nosso País somente emendas constitucionais possam reverter frontalmente interpretações constitucionais do Supremo Tribunal Federal (BRANDÃO, 2019, pp. 3475-377), desde que não violem manifestamente cláusulas de eternidade, nos termos do art. 60, § 4º, e incisos, da Constituição da República.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É saudável à democracia que as respostas para os seus muitos problemas não sejam concentradas em um único poder e que, embora tradicionalmente o direito constitucional tenha se habituado à justificativa simplista para a supremacia judicial a

partir de uma leitura histórica do caso *Marbury v. Madison*, a mesma história também demonstra que nem sempre juízes da Suprema Corte resolveram as controvérsias morais mediante *razões públicas*¹.

Se na lógica kelseniana a supremacia da jurisdição constitucional se impunha porque se faz necessário um Tribunal Constitucional longe do jogo político, exercendo o papel de legislador negativo e de guardião das minorias, John Hart Ely (2010, p. 58) denunciou essa desconfiança desconstruindo o mito da impessoalidade das Supremas Cortes onde, em verdade, os juízes, em muitas das vezes, impõem seus próprios valores, possuindo “predisposição, consciente ou não, de inserir seus próprios valores pessoais em seus argumentos jurídicos”.

De outra forma, a crença fetichista no parlamento como ideal de representação do povo escorando-se em uma teoria da separação dos poderes que remonta há quase 300 anos peca pelo seu anacronismo e pela natural dificuldade de adaptação ao “[...] surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas” (ACKERMAN, 2014, 15).

Por essas razões é que se acredita que os tempos atuais exigem uma leitura mais flexível desses temas que tanto ocuparam a academia, cujas lentes foram postas numa solução rígida que não atende aos anseios sociais, do que se espera que, para a frente, um modelo dialógico bem articulado seja mais proveitoso e eficaz para o autogoverno do povo e para a concretização dos direitos fundamentais (BRANDÃO, 2019, p. 404), escanteando, assim, a lógica da supremacia!

Nem Dworkin, nem Waldron! A solução para os problemas constitucionais está em reconhecer que não há uma última palavra sobre o significado do texto constitucional, mas uma permanente interação entre os Poderes Judiciário e Legislativo com o compromisso mútuo e recíproco de permanentemente encontrar a melhor resposta.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ABRANCHES, Sérgio. **O tempo dos governantes incidentais**. Companhia das Letras: São Paulo, 2020.

1 Segundo Rawls, as Cortes Supremas constituem um modelo exemplar de *razão pública*, porque, diferentemente do poder executivo e do parlamento, o tribunal precisa justificar suas decisões à luz da Constituição, das leis e dos precedentes pertinentes ao caso. Conferir RAWLS, 2020, p. 254.

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. V. 265, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BRASIL. Minas Gerais. **EU critica Polônia e Hungria em relatório sobre respeito à democracia**. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2020/10/01/interna_internacional,1190652/ue-critica-polonia-e-hungria-em-relatorio-sobre-respeito-a-democracia.shtml>. Acesso em: 3 jan. 2021.

BRASIL. **Quem são os líderes por trás do avanço da direita radical na Europa**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/05/03/quem-sao-os-lideres-por-tras-do-avanco-da-direita-radical-na-europa.ghtml>>. Acesso em: 6 jan. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. A democracia e os direitos do homem. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier. **Democracia**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. Uma teoria do controle de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LANDAU, David. Constitucionalismo abusivo. **REJUR – Revista Jurídica da UFERSA**. Mossoró. V. 4. n. 7; 2020.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Zahar: Rio de Janeiro, 2018.

PASSOS, Anderson Santos dos. **Jurisdição constitucional no século XXI**. *Weak-Form judicial review* e Promoção do Diálogo Institucional. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Zahar: Rio de Janeiro, 2020.

RAWLS. John. **O liberalismo político**. São Paulo: Martins fontes, 2020.

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

VOBKULE, Andreas. **Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo**. Saraivajur/série IDP: São Paulo, 2020.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao *judicial review*. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. (Coords.). **A legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Recebido em: 07/10/2021

Aprovado em: 20/04/2022