

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, DEMOCRACIA DELIBERATIVA E DIÁLOGO CONSTITUCIONAL: UMA APROXIMAÇÃO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

JUDICIAL REVIEW, DELIBERATIVE DEMOCRACY AND CONSTITUTIONAL DIALOGUE: AN APPROACH TOWARD THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS

Sylvio Alarcon*

RESUMO: Tradicionalmente, do ponto de vista da separação dos poderes, o controle de constitucionalidade encerra uma disputa entre as agências políticas em torno da interpretação da constituição. Todavia, a partir da perspectiva da democracia deliberativa, torna-se necessário reinterpretar o relacionamento dos poderes do Estado quanto ao controle da constitucionalidade das leis, prestando especial atenção à possibilidade de um diálogo contínuo e inclusivo entre os poderes, mais do que uma disputa parcial, acerca da defesa da constituição.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Democracia deliberativa. Diálogo constitucional. Separação de poderes.

ABSTRACT: Traditionally, from separation of powers point of view, judicial review encapsulates a dispute among the political agencies about the constitutional interpretation. However, from the deliberative democracy perspective, it becomes necessary to reinterpret the relationship of the powers of the State on the constitutional review of legislation, paying special attention to the possibility of a continuous and inclusive dialogue among the powers, rather than a partial dispute, about the defense of the constitution.

Keywords: Judicial review. Deliberative democracy. Constitutional dialogue. Separation of powers.

Há pouco mais de três décadas nas democracias ocidentais, em especial nas da *Commonwealth*, e há alguns anos no Brasil, uma nova perspectiva nos estudos sobre o controle de constitucionalidade se abriu: a perspectiva do diálogo constitucional. Segundo os defensores dessa ideia, um único órgão não deve ter “a palavra final” em matéria de controle de constitucionalidade e de interpretação constitucional, que devem ser feitos a partir de um contínuo diálogo entre as instituições políticas, construindo-se assim soluções constitucionais cujos contornos seriam mais consensuais e plurilaterais, porque englobantes das preferências de várias instituições, e menos impositivas e unilaterais, porque não resultam da mera imposição de interpretações de um órgão aos outros. Valorizar-se-ia, com isso, o aspecto deliberativo do processo político, resgate moderno de uma característica essencial do processo político democrático ateniense do século V a.C., em que as decisões políticas eram tomadas a partir da consideração dos argumentos dos sujeitos interessados, argumentos que assumem a mesma importância e são trazidos a debate e levados em consideração pelos demais participantes. Na seara do controle de constitucionalidade, o diálogo se dá entre os poderes políticos – em geral, entre o Executivo ou o Legislativo e o Judiciário ou o tribunal constitucional –, cada qual aduzindo ao debate seus pontos de vista e interpretações, contribuindo para que, a cada rodada deliberativa, a decisão se torne mais representativa e consensual, e menos unilateral e impositiva.

O objetivo desta exposição, de caráter ensaístico, consiste em analisar brevemente a ideia de diálogo constitucional à luz do princípio da separação de poderes, orientando-se pelas seguintes indagações: qual é impacto do diálogo constitucional no princípio da separação de poderes? Importa em sua reconfiguração, superação ou reafirmação? O diálogo constitucional pode trazer avanços e aprimoramentos para a democracia

* Doutorando em Direito na Universidade de São Paulo

constitucional? Quais são as possibilidades e os limites do diálogo constitucional no Brasil? Nosso constitucionalismo está pronto para rediscutir o valor atual do princípio da separação de poderes à luz dessa ideia?

Antes, porém, cumpre analisar brevemente o panorama histórico-jurídico em que se formaram e se desenvolveram as categorias aqui trabalhadas, a saber, o constitucionalismo, a separação de poderes, o controle de constitucionalidade e a democracia deliberativa e o diálogo constitucional.

O constitucionalismo moderno é inseparável do princípio da separação de poderes. Nenhuma empreitada de limitação do poder político através da constituição pôde prescindir, na Modernidade, de uma fórmula que separasse as funções desse poder, atribuindo cada qual a uma agência política distinta. Já na consolidação do Estado de Direito, a separação de poderes foi alcançada à condição de principal garante desse arranjo, e elevado a *conditio sine qua non*, juntamente com a garantia dos direitos fundamentais, para a existência de constituição. Nesse sentido, refletindo o ideário revolucionário da época, o artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamava: “Toute Societé dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”. Essas três categorias – separação de poderes, direitos fundamentais e constituição – se fundem no projeto liberal de limitação do poder em nome da liberdade, da segurança e da propriedade. Se a separação de poderes e os direitos fundamentais informavam o conteúdo da limitação, a constituição conferia-lhe forma e força jurídica.

A origem do princípio da separação de poderes, como a de quase toda instituição política que se consolidou, não pode ser determinada com precisão quanto ao seu autor. Na Modernidade, a disputa tem se centrado sobretudo em Locke e em Montesquieu, mas há autores que apontam pensadores que, antes deles, já teriam proposto arranjos políticos com agências políticas separadas (GOUGH, 2003, p. 219-244). Todavia, certo é que, sendo a primeira ou não, a proposta de Montesquieu angariou mais adeptos no processo político e atenção por partes dos estudiosos da política e do direito. Em Locke, o que se tem é uma divisão de poderes em legislativo e executivo, adstritos a garantir os direitos naturais dos homens, e limitados por este fim (LOCKE, 2001, p. 401-402, 459-460, 498-500). Já em Montesquieu, o que se tem é uma nítida separação de poderes, descrita a partir da observação da constituição da Inglaterra, mas exposta em termos prescritivos, como uma estrutura de poderes que prevenisse o abuso do poder e sua absolutização (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 54). A separação de Montesquieu parte do pressuposto de que todo o homem que tem poder é tentado a abusar dele, e que avança até onde encontra limites. Para que haja poder limitado, portanto, é preciso que o poder limite o poder, donde a necessidade de separar o poder político e atribuir cada “parcela” a órgãos distintos, de maneira que um imponha limite ao outro, a ponto de todos se limitarem reciprocamente, sem a predominância de um.

Montesquieu vislumbra três espécies de poder em cada Estado: o poder legislativo, em que um príncipe ou magistrado faz, corrige ou revoga as leis; o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, em que o príncipe ou magistrado participa das relações do Estado com outros (relações beligerantes, diplomáticas etc.); e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil, em que o príncipe ou magistrado pune os crimes e julga das disputas entre os indivíduos, ou seja, o poder de julgar. Curioso – e importante – observar que, nesse arranjo, o poder de julgar é praticamente neutralizado por Montesquieu, que lhe reservou um papel eminentemente declaratório da lei. Aos juizes não caberia senão resolver as controvérsias declarando a solução pré-estabelecida na lei, sem interferir em seu conteúdo, definido de antemão. Nessa perspectiva, o juiz julga sempre segundo a lei, nunca a própria lei.

Destarte, a sustentação de todo esse edifício jurídico dependia da prevalência das normas jurídicas que o consagrava: a constituição. O empreendimento de limitação do poder foi efetivo e duradouro somente onde o ambiente político permitiu que a forma constitucional, com a garantia dos direitos fundamentais e o estabelecimento da separação de poderes, se firmasse, como nos Estados Unidos. Foi assim que, desde cedo, a Constituição norte-americana precisou ser defendida contra violações, ensejando que o controle de constitucionalidade, a principal garantia dinâmica da constituição, lá despontasse. Nos Estados Unidos, o judiciário, já com algum respaldo teórico, assumiu para si a missão de proteger a constituição contra os atos dos demais poderes, consolidando essa competência na célebre decisão da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, de 1803.

Como fica claro, contudo, a competência de um órgão para controlar a constitucionalidade dos atos dos outros órgãos, anulando os atos reputados contrários à constituição, importa em um sensível deslocamento de poder no arranjo de separação de agências políticas, inimaginável nas preleções de Montesquieu: o poder que tem a “última palavra” sobre a constitucionalidade dos atos dos demais, detendo a competência para anular aqueles reputados inconstitucionais, detém a possibilidade de interferir diretamente na atividade desses poderes, frustrando seus projetos e ações e substituindo sua interpretação da constituição pela interpretação constitucional dos tribunais. Não por outra razão, a argumentação de John Marshall é especialmente cuidadosa no tocante à possível invasão de competências, do legislativo e do executivo pelo judiciário. No voto que proferiu, chama a atenção o escrúpulo de Marshall em deixar claro que o judiciário não *anula*, mas apenas *declara a nulidade* da lei contrária à Constituição, ou seja, a adjudicação constitucional seria atividade meramente declaratória, não constitutiva. Na lógica “tudo-ou-nada” exposta por Marshall, a lei inconstitucional sempre foi inválida porque, ou a constituição é soberana sobre as leis, ou o contrário. Nesse sentido, como é inerente à função jurisdicional decidir sobre o conflito entre normas jurídicas, caberia ao judiciário apenas solucionar essa “simples” antinomia entre constituição e lei, dando prevalência à primeira em face da segunda, quando em confronto. Não haveria, portanto, interferência alguma do judiciário na esfera de atuação do legislativo ou do executivo, mas, simplesmente, o desempenho regular da função jurisdicional em defesa da prevalência da constituição enquanto corpo superior e rígido de normas no contexto mais amplo do ordenamento jurídico, sem arranhar o princípio da separação de poderes.

Não por outra razão, a *judicial review* norte-americana, consolidada no início do século XIX, mas conhecida em essência já antes, com os Federalistas e os precedentes das cortes de justiça estaduais, não foi acolhida na Europa continental. Na França, por exemplo (diferentemente da Alemanha e da Itália, cuja unificação somente foi consolidada posteriormente), uma visão mais rígida do princípio da separação de poderes, somada ao apego à supremacia do parlamento e da lei, respectivamente voz e expressão da vontade geral, e também uma desconfiança particular em relação à magistratura, conduziram à não adoção de qualquer mecanismo de controle de constitucionalidade nos moldes norte-americanos. Foi preciso esperar até o século XX, quando Kelsen (2003) introduziu exitosamente na Constituição austríaca de 1920 o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, exercido por um tribunal constitucional, um poder independente que, ombreando o executivo, o legislativo e o judiciário, atuaria como uma espécie de “legislador negativo”, “revogando” as leis e atos normativos inconstitucionais. Um modelo assim adaptado ao cenário europeu, porém, não escapou do problema suscitado acima: o órgão que detém a competência para conhecer da constitucionalidade das leis e atos jurídicos e anular os atos inconstitucionais dos outros poderes, seja ele o judiciário, seja o tribunal constitucional, detém uma espécie de “última palavra” em

matéria de interpretação constitucional, e pode fazer a sua interpretação da constituição prevalecer sobre a dos demais poderes.

Na França, especialmente infensa a qualquer forma de controle de constitucionalidade exercido pelo judiciário ou por um órgão investido de poder jurisdicional, desenvolveu um modelo próprio de controle, de natureza política e, até 2010, exclusivamente preventivo, a cargo do Conselho Constitucional. Curioso observar, a propósito, que a Constituição da República Francesa em vigor, de 1958, não menciona por um só momento o princípio da separação de poderes, o que não quer dizer que o poder político não seja dividido e disposto em órgãos separados. Os Títulos da Constituição mencionam, por exemplo, “O Presidente da República” (Título II), “O Governo” (Título III), “O Parlamento” (Título IV), “O Conselho Constitucional” (Título VII), “A autoridade judiciária” (Título VIII), entre outros. Nela não se encontrará, portanto, nenhuma referência ao *poder* executivo, ao *poder* legislativo ou ao *poder* judiciário, muito menos ao princípio da separação de poderes[†]. Todavia, mesmo dispensando a menção expressa a ele, a ordenação do poder político na França não prescindiu de uma separação de poderes segundo as funções mais elementares de cada tarefa do Estado.

Definem-se, dessa forma, os assim chamados “sistemas modelares” de controle de constitucionalidade: *norte-americano*, marcado pela difusão da competência para o exercício do controle de constitucionalidade pelo judiciário; o *austriaco*, caracterizado pela concentração dessa competência em um órgão dotado de competência jurisdicional; e o *francês*, em que o controle de exercido exclusivamente por um órgão político (RAMOS, 2010, p. 101-176). Todos os sistemas de controle de constitucionalidade podem ser reconduzidos a um desses sistemas modelares, em geral não em sua forma “pura”, mas em associação com características de outro modelo, formando “sistemas mistos”, como bem ilustra o caso brasileiro.

De toda sorte, filiando-se a um ou a outro sistema modelar, as organizações dos sistemas de controle de constitucionalidade resulta sempre na preponderância de um poder sobre os demais, em geral, o judiciário ou o tribunal constitucional. A eles geralmente é atribuída a “palavra final” em matéria de controle de constitucionalidade. Uma decisão de inconstitucionalidade seria uma espécie de “verdade hermenêutica”, que não poderia ser contrariada pelos outros poderes, sob pena de incorrerem em novas violações da constituição. As interpretações dos outros poderes não-exercentes da jurisdição constitucional são geralmente vistas como menos importantes e secundárias em relação às interpretações das cortes. Com isso, surge verdadeiro desequilíbrio de poderes. Embora o princípio da separação de poderes seja preservado, um dos poderes assume proeminência em relação aos demais, proeminência que repousa na competência para o controle de constitucionalidade das leis, uma vez que sua interpretação da constituição prevalecerá sobre a interpretação dos outros órgãos. Como se trata da primeira norma do ordenamento jurídico, que fundamenta a validade de todas as demais normas do sistema, a consideração, pelo órgão encarregado do controle, de que a interpretação constitucional dos outros poderes está incorreta, na prática, invalida toda a ação normativa desses poderes que não se conforme com a interpretação da constituição do órgão de jurisdição constitucional, fulminando tal ação com invalidade. Por isso, quando uma decisão judicial não agrada, em geral os julgadores são alvos de críticas, mas raras vezes se pensa em reiniciar a discussão, fazendo “renascer” a norma julgada inconstitucional pelo tribunal.

[†] Em verdade, a referência à separação de poderes está presente na Constituição da República Francesa indiretamente, por força do artigo XVI da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, já transcrito, visto que essa Declaração foi expressamente incorporada Constituição à francesa, como diz seu Preâmbulo.

Ao contrário, tal atitude do legislativo ou do executivo poderia até ser apontada por alguns como um ato de “insubordinação” ou de “afrenta” à decisão da corte.

A essa problemática soma-se mais um fator: a “dificuldade contramajoritária”, na conhecida expressão de Bickel (1986). Em resumo, um poder não eleito democraticamente, como o judiciário ou o tribunal constitucional, possui competência para julgar inconstitucionais leis e atos normativos emanados de poderes legitimados por pleitos eleitorais, notadamente o legislativo. A pretexto de proteger a constituição, o judiciário ou o tribunal constitucional anula a vontade da maioria e impõe sua própria interpretação constitucional – daí, a dificuldade contramajoritária apontada por Bickel. Assim, o controle judicial de constitucionalidade seria uma atividade anti-democrática porque implicaria a substituição da vontade da maioria do parlamento, via democrática por excelência, pela vontade das cortes, que não são legitimadas por qualquer tipo de eleição ou escolha de representantes. Além disso, nada asseguraria que a interpretação constitucional das cortes é mais “correta” que a interpretação do parlamento, ainda que a atuação das primeiras tenha um verniz de imparcialidade que a atuação parlamentar desconhece.

Atentos a esses problemas, alguns autores propõem a revalorização da instância legislativa como lócus político-democrático privilegiado da interpretação e da concretização da constituição. Entre eles, Jeremy Waldron (2006) é o nome que se destaca, ao levantar objeções à jurisdição constitucional e buscar recuperar o prestígio do parlamento nas democracias constitucionais. Segundo Waldron, não haveria razões para se sustentar que a constituição e os direitos fundamentais são mais bem protegidos por cortes do que por parlamentos democráticos. Waldron sustenta que, ao contrário, o judiciário não protege os direitos das minorias, primeiro, porque a tão propalada “ditadura da maioria”, em geral, refere-se a situações de desacordo pontuais, não a negativas sistemáticas de acesso a direitos a um grupo minoritário, algo que faz parte da política democrática; segundo, porque é ingênuo supor que as cortes, diferentemente do parlamento, atuarão com coesão e uniformidade na proteção dos direitos das minorias, quando os próprios juízes, tanto quanto os legisladores, estão sujeitos a discordâncias sobre esses direitos. Ademais, independentemente do resultado das decisões, Waldron considera que o controle judicial de constitucionalidade é em si democraticamente ilegítimo, porque importa na anulação de uma decisão tomada pela maioria, por uma minoria, encastelada nas cortes, sob a pretensa imparcialidade da interpretação “correta” da constituição. Waldron propõe, com isso, a reassunção de importância do parlamento democrático nas democracias constitucionais, sustentando que a “palavra final” em matéria de interpretação constitucional e proteção de direitos fundamentais fique com o parlamento, a instância política que, desde a sua forma de composição até as regras decisórias majoritárias que adotam, reúne melhores condições para exercer a tarefa.

De toda sorte, a favor de cortes ou de parlamentos, as atenções do debate contemporâneo sobre o controle de constitucionalidade estiveram centradas, quase que exclusivamente até pouco tempo atrás, sobre o órgão que deve ter a palavra final em matéria de interpretação constitucional. A discussão levantada por Waldron e outros que se propuseram a questionar a legitimidade democrática das cortes para exercerem aquela missão em último lugar, corresponde a uma nova etapa de um problema antigo: quem deve ser o guardião da constituição? Quem deve ter a palavra final em matéria de controle de constitucionalidade? Marshall e Kelsen, cada qual com fortes opositores, tiveram obrigatoriamente que se debruçar sobre esse delicado tópico quando da proposição dos modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade, respectivamente, esposando lógicas de pensamento que estão longe de serem inquestionáveis (SILVA, 2009, p. 200-203). Em todo caso, conforme já discutido de passagem, ambos tiveram

especial deferência com o princípio da separação de poderes, buscando justificar, a todo custo, que o controle de constitucionalidade pelo poder judiciário ou pelo tribunal constitucional não atinge esse princípio – antes, constitui a garantia mais eficaz do edifício constitucional que o abriga. As proposições de autores que buscam resgatar o papel do parlamento nesse cenário também não fogem da pergunta, e enfrentam o mesmo desafio: se as cortes não reúnem as condições ideais para proteger direitos e interpretação a constitucional em uma democracia, por que o parlamento as reuniria? O esforço de justificação dirige-se, então, a legitimar o modelo em que a última palavra reste no parlamento, não nos tribunais.

Nesta altura da exposição, é possível extrair duas conclusões provisórias.

Primeiro, a alternativa proposta por Waldron e outros, consistente na revalorização do papel do parlamento na interpretação da constituição e no controle de constitucionalidade, assumindo a frente dessas tarefas em face das cortes, padece da mesma dificuldade que as teorias que preconizam que tais tarefas sejam realizadas pelo judiciário ou pelo tribunal constitucional: a perspectiva de que existe uma instituição que ficará com a última palavra nessas matérias, perspectiva que mascara a crença de que esta instituição é menos infalível e imparcial que as demais, e que tem o direito de errar por último.

E segundo, apesar de toda a sua sofisticação e refinamento teórico, todas essas teorias não conseguiram escapar do velho princípio da separação de poderes. Pensado e empregado para limitar o poder no contexto revolucionário setecentista, esse princípio, mais de dois séculos depois, ainda é inescapável nos debates que se propõe a discutir a distribuição do poder nos Estados constitucionais. Nenhuma alternativa foi sugerida. Nenhuma tentativa de superação foi perpetrada. O princípio da separação de poderes permanece silencioso, mas vigoroso e impositivo, nas discussões hodiernas sobre a proteção da constituição. Nas teorias apresentadas muito brevemente acima, observa-se que os poderes “candidatos” à guarda da constituição são apresentados, sempre, como adversários, oponentes na disputa sobre qual instância é melhor, mais democrática ou mais legítima. Como notou Conrado Hübner Mendes, tais teorias fazem a defesa unilateral da instância que defendem seja a encarregada da última palavra, decantando todos os seus méritos; e, por outro lado, apontam todos os defeitos da instituição adversária, em geral, contrastantes com cada uma das “qualidades” da instituição que defendem (MENDES, 2008, p. 56 e seguintes).

Essa lógica “tudo-ou-nada”, “bom-ou-mau”, de poderes adversários em vez de cooperativos, é dominada por um maniqueísmo excessivo e até uma certa prepotência combinada com ingenuidade, além de não enxergar uma via “intermediária” e democraticamente enriquecedora: a via do diálogo inter-institucional entre órgãos constitucionais, ou simplesmente diálogo constitucional.

O diálogo entre poderes, admita-se, não é em si nenhuma novidade. O arquétipo de Montesquieu, em sua origem, já tinha espaço e até pressupõe que os poderes interagissem, haja vista que, se o poder vai até onde encontra limites, e estes limites são os outros poderes, é de se concluir que o objetivo maior, de limitar o poder político, depende de os poderes do Estado se relacionarem e “conversarem”, impondo barreiras e coibindo os excessos uns dos outros. No campo da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade, a consideração de que um dos poderes tem prevalência sobre os demais na defesa da constituição obscurece que todos eles têm essas competências e interagem nessas tarefas. Em uma democracia constitucional, por mais que um órgão assuma deter a última palavra, nunca essa atribuição faz cessar o diálogo silencioso que trava com as outras instituições, notadamente em relação às suas interpretações.

Qual é a novidade, então, no diálogo constitucional que se tem proposto por meio de várias teorias? A principal diz respeito à tentativa de superação da consideração de que um órgão tem a última palavra em matéria de interpretação constitucional e controle de constitucionalidade, e da assunção de que todos os poderes do Estado, por estarem igualmente adstritos a observar, efetivar e defender a constituição, são seus legítimos intérpretes e, por isto, devem interagir na busca das melhores soluções constitucionais. Essa perspectiva é particularmente relevante em matéria de proteção de direitos fundamentais, em que o desacordo moral costuma prevalecer, e a busca por soluções dialogadas e fruto de ajustes e concessões mútuas pode ser uma alternativa se não perfeita, mais plural e menos unilateral e pretensamente imparcial.

As teorias do diálogo constitucional, a despeito dos vários arranjos institucionais e teorias da decisão que propõe, têm uma essência comum: a consideração de que não há palavra final, não há uma instância que, por excelência, seja a guardiã da constituição. Todos os poderes do Estado, por caminhos diversos e em momentos diferentes, são responsáveis por interpretar e concretizar a constituição, em um processo que não termina. Todas as decisões são provisórias – o que não quer dizer que sejam precárias, como se discutirá logo adiante –, até que o próprio poder ou outra instituição reabra a discussão, assumindo o ônus deliberativo de reacender o debate, aduzindo suas interpretações e preferências.

O diálogo constitucional enseja uma classificação binária das formas de controle de constitucionalidade segundo sua “força”.

A forma forte de controle corresponde à dinâmica da adjudicação constitucional hoje consolidada, em que uma instituição – usualmente, o judiciário, por meio de seu órgão de cúpula, ou o tribunal constitucional – assume e é reconhecida como detentora da palavra final em relação à interpretação constitucional. Ela se afirma e é vista como a defensora primeira da constituição, aquela em que a ordem constitucional depositou a guarda de seus bens e valores em face das outras instituições políticas. Suas decisões sobre matéria constitucional são, por isso, vinculantes para as demais instâncias – exceção feita, em geral, ao legislativo –, e têm a pretensão de encerrar o debate. Qualquer ato ou comportamento contrário à decisão dessa instituição de última palavra por parte das outras instituições políticas pode ser vista como uma afronta à sua autoridade e à própria constituição, uma insubordinação que deveria ser coibida em favor da efetividade da constituição, daí o recurso a institutos como o efeito vinculante e as súmulas vinculantes. Trata-se, em suma, da forma pela qual o senso comum, no Brasil e na maioria dos países democráticos de tradição jurídica romano-germânica, entende o controle jurisdicional de constitucionalidade.

Já as formas fracas de controle de constitucionalidade, também chamadas de formas *alternativas* de controle de constitucionalidade, correspondem às sistemáticas de adjudicação constitucional em que há expressa previsão de mecanismos e instrumentos que objetivam reiniciar o debate sobre determinada questão constitucional, superando a solução imposta por uma decisão judicial, por exemplo. Nesse caso, não há uma instituição que se arrogue “a guardiã” da constituição, que detenha a palavra final em sua interpretação, mas um ônus compartilhado de interpretá-la e concretizá-la, distribuído em etapas e segundo regras de procedimento. As “palavras finais” existem, mas são provisórias e podem ser desafiadas pelos órgãos cujas preferências não foram satisfeitas na rodada deliberativa anterior, desde que arquem com os respectivos ônus.[‡] Trata-se de uma possibilidade prevista no próprio sistema normativo.

As principais experiências em que se verificam as formas fracas de controle são as

[‡] Abordaremos as aparentes inefetividade e carência de proteção à Constituição dessa forma de controle logo adiante.

democracias constitucionais do *Commonwealth*, em especial a Nova Zelândia, a Inglaterra pós-*Human Rights Act* (1998) e, notadamente, o Canadá. Por uma questão de espaço, abordaremos brevemente apenas esta última experiência, a mais emblemática de todas em matéria de diálogo constitucional. A Seção 33 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades prevê a possibilidade de o Parlamento ou das legislaturas estaduais declararem que um ato permanece operativo a despeito da decisão judicial de inconstitucionalidade que pese contra ele, repromulgando a lei inconstitucional e até imunizando-a temporariamente contra futuras decisões judiciais de inconstitucionalidade, renovando, caso queira, essa imunização de cinco em cinco anos. Esse dispositivo constitucional ficou conhecido como *Notwithstanding Clause*. A possibilidade de diálogo é facilmente identificável: o legislador pode aceitar a decisão das cortes, mas também pode rediscuti-la, reabrindo o debate mediante a reintrodução da lei inconstitucional no sistema jurídico (SILVA, 2009, p. 213). Esse mecanismo denomina-se, sob inspiração da prática de superação de precedentes na argumentação judicial, *legislative override*.

A perspectiva aberta pelo diálogo constitucional, como se vê, conecta-se fortemente com uma concepção que tem ganhado força no debate acadêmico recente: a democracia deliberativa. Sem ter a pretensão de conceituá-la, a concepção deliberativa procura valorizar, incentivar e aprimorar algo elementar ao processo político democrático: a deliberação. As preferências e os pontos de vista do maior número possível de interessados em uma decisão precisam ser conhecidos e levados em conta, como forma de tornar o processo político mais inclusivo, plural e responsivo para com todos os envolvidos. Na seara do controle de constitucionalidade, se apenas um poder é visto como detentor da prerrogativa de interpretar a constituição e zelar por ela contra violações, ou, em outras palavras, se um poder possui a palavra final em matéria de interpretação constitucional, a perspectiva deliberativa do debate resta menosprezada, porque tal assunção considera ou que o órgão detentor da última palavra conhece e pode, antes e para decidir, levar em consideração todas as preferências e interesses envolvidos no debate[§]; ou que este órgão está dispensado desse ônus porque a constituição atribuiu a ele sua própria guarda ou porque esta prerrogativa é da natureza das coisas. Em todo caso, a interação com outros poderes, e todo o universo de interesses, preferências e visões de mundo que tal interação traria à tona, é simplesmente perdido quando se fecham os olhos ao diálogo constitucional.

Por isso, não é preciso grande esforço, tampouco demonstrações cabais, para se concluir que o diálogo constitucional fomenta a democracia, ao menos quanto ao seu aspecto deliberativo. Na medida em que, em um domínio delicado como o controle de constitucionalidade, diferentes pontos de vista são agregados ao debate e considerados na decisão, o diálogo constitucional contribui para que as decisões sejam mais plurais e acordadas, e menos unilaterais e impositivas. O diálogo constitucional não tem a pretensão de produzir “respostas corretas”, não crê poder garantir aceitação absoluta das decisões, tampouco se arroga a qualidade de solução para todos os problemas envolvidos na interpretação constitucional. Trata-se, antes de tudo, de uma alternativa ao debate polarizado entre cortes e parlamentos.

Das principais categorias desenvolvidas pelas teorias do diálogo constitucional, importa, para torná-lo mais claro, destacar brevemente três. Pautamo-nos, neste ponto, pela terminologia cunhada por Conrado Hübner Mendes (2008), uns dos primeiros autores a expor o tema do diálogo constitucional sistematicamente no Brasil. Em primeiro lugar, indaga-se: em qual estágio do respectivo processo pode uma decisão ser confrontada por outro poder, dando, assim, início ou seguimento ao diálogo? Trata-se de

[§] Esta é, em brevíssimo resumo, a suposição assumida pela ideia de representação argumentativa defendida por Robert Alexy (2005) em relação aos tribunais constitucionais.

uma definição difícil de precisar, uma vez que, em tese, a qualquer tempo, determinada matéria, em disputa em determinado poder, pode passar a ser discutida e finalmente decidida por outro. Ou seja, não é imprescindível haver uma decisão acabada de um poder para que outro a “desafie”, reabrindo o debate e rediscutindo a matéria. De toda sorte, quando essa terminação ocorrer, estaremos diante de uma *rodada deliberativa*. Toda rodada deliberativa dá origem a uma decisão de *última palavra provisória*: até que a decisão tomada seja superada por ato de outro poder, a solução que veiculada valerá como definitiva. Nessa perspectiva, todas as decisões são provisórias, perdurando até que uma nova rodada deliberativa se conclua, com a substituição da decisão anterior pela nova.

Isso não quer dizer, porém, que as decisões de última palavra provisória sejam precárias, no sentido de que são pouco duráveis ou que não se sustentam, gerando insegurança jurídica. Essa crítica, uma das mais óbvias objeções a qualquer forma de diálogo constitucional, relaciona-se com outra crítica ao diálogo: se todas as decisões são provisórias, quais são as garantias da efetividade da proteção da constituição? Se reabrir o debate é assim tão fácil, as soluções que não agradam estarão em permanente disputa, dando ensejo a um cenário de insegurança, imprevisibilidade e possível ameaça à supremacia e a efetividade da constituição. Para responder a essas objeções, surge a terceira categoria fundamental em matéria de diálogo constitucional: o *ônus deliberativo*.

Mas o diálogo constitucional não enfraquece a defesa da constituição? Esta é a pergunta mais óbvia a se fazer quando se debate o assunto, mas, em que pese sua obviedade, sua importância não é secundária. Apesar de as decisões não serem definitivas quando se trabalha sob a perspectiva do diálogo constitucional, isto não implica necessariamente um processo decisório sem fim. A cada rodada deliberativa, um ônus argumentativo surge para quem deseja desafiar a palavra final provisória. Esse ônus consiste em demonstrar que a decisão existente está “incorreta” e pode ser melhorada, e que deve ser superada para que prevaleça a solução que o órgão deliberador está a propor, que é melhor por tais e quais motivos. E esse ônus torna-se mais gravoso à medida que as rodadas deliberativas se sucedem, pois todos os argumentos aduzidos anteriormente, para justificar as palavras finais anteriores, não podem ser ignorados na nova rodada.

Podem parecer ingênuo pensar que algo abstrato como o *ônus deliberativo* pode opor barreiras seguras a rodadas decisórias sem fim. Todavia, pode-se comprovar sua eficácia empiricamente, por meio de um exemplo próximo e recente. Pensemos no caso do reconhecimento da validade de uniões civis de pessoas do mesmo sexo, realizado pelo Supremo Tribunal Federal em uma reinterpretação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Embora seja conhecido que boa parte dos membros do Congresso Nacional tenha posturas contrárias a esse reconhecimento – ou, ao menos, têm receio de encampar explicitamente essa proposta –, nenhum parlamentar cogitou a edição de uma emenda constitucional ou de uma lei modificativa do Código Civil, a fim de obstar a nova a interpretação do Supremo Tribunal Federal na matéria. Ou seja, a rodada deliberativa encerrou-se provisoriamente com a decisão do Supremo Tribunal, e o Legislativo federal não se mostrou disposto a arcar com o ônus deliberativo de reabrir a discussão – ao menos, por ora. Conquanto o ambiente para o diálogo constitucional no Brasil não seja dos mais favoráveis na atualidade, esse simples exemplo demonstra que o ônus deliberativo, sobretudo em relação a opções morais altamente controversas, máxime quando podem repercutir nas disputas eleitorais, pode ser tão efetivo para frear as rodadas deliberativas quanto mecanismos institucionais formais.

Virgílio Afonso da Silva aduz outros argumentos a favor do diálogo constitucional: além do ônus deliberativo, o diálogo pode desacelerar o debate político, permitindo que decisões legislativas tomadas em momentos de crise circunstancial sejam repensadas, sobretudo em face dos argumentos aduzidos pelas cortes. Também segundo o

autor, a experiência concreta do Canadá demonstra que a *legislative override* tem sido pouquíssimo utilizada, sobretudo em razão do ônus político que superar uma decisão judicial pode acarretar. Por fim, fechar as portas ao diálogo, de acordo com Silva, é prejudicial porque ignora que o controle de constitucionalidade é uma realidade mais ampla do que um simples processo no sentido jurídico-formal. “Se se compreende o controle de constitucionalidade como um processo de diálogo, logo se percebe que esse diálogo, ao contrário do processo em sentido jurídico-formal, não tem fim. O diálogo está sempre aberto a novos argumentos, seja por parte do legislador, seja por parte dos tribunais, seja por parte da sociedade civil” (SILVA, 2009, p. 213-214).

No Brasil, o controle de constitucionalidade assume a forma forte, segundo a classificação binária exposta acima. Todavia, autores há, como próprio Virgílio Afonso da Silva, que, acrescentando uma categoria a essa classificação, entendem que o controle de constitucionalidade no Brasil é, em verdade, “ultraforte”, dada a existência de cláusulas pétreas no texto constitucional, o que implica a impossibilidade de certas decisões judiciais poderem ser revertidas pelo legislativo, pois não é possível modificar a constituição para “constitucionalizar” certa lei, julgada inconstitucional por ofensa a cláusula pétrea. Isto não quer dizer, porém, que não haja espaço para o diálogo constitucional na Constituição de 1988, muito menos que ele não deva ser incentivado no Brasil.

Mesmo na ausência de previsão expressa de mecanismos como a *Notwithstanding Clause* canadense, sempre que determinada questão constitucional depender da ação de mais de um órgão ou poder, ou criar essa possibilidade, haverá espaço para o diálogo formal. No passado, instituto semelhante a esse mecanismo canadense esteve presente no Direito brasileiro. Trata-se da conhecida possibilidade, criada pelo parágrafo único art. 96 da Constituição de 1937, de o Presidente da República manter em vigor, após aprovação do Parlamento, leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, quando o exigisse o bem-estar do povo, a promoção ou a defesa de interesse nacional de alta monta^{**}. Cuida-se de mecanismo típico de diálogo constitucional, só que utilizado para fins não-democráticos. O cariz autoritário da Constituição de 1937 e a conjuntura política de então não permitiram que se enxergasse naquele dispositivo constitucional qualquer instrumento de incremento da democracia. Antes, esses fatores contribuíram para que, mesmo em tempos de normalidade democrática, qualquer “desafio” a decisões dos tribunais fosse visto como um ato autoritário ou de um ato de insubordinação por parte do executivo ou do legislativo.

No Direito brasileiro atual, são várias as possibilidades de diálogo constitucional, conquanto sem a previsão expressa de mecanismos específicos e conscientemente voltados a ele. No controle incidental e concreto de constitucionalidade, há um espaço para diálogo intra-institucional, no âmbito do próprio poder judiciário, por meio dos recursos até o órgão de cúpula – o Supremo Tribunal Federal. Quando a questão surge incidentalmente no Supremo Tribunal Federal, e é decidida do sentido da inconstitucionalidade da lei ou ato impugnado, abre-se nova oportunidade de diálogo, porque caberá ao Senado decidir se suspende ou não a execução dessa lei ou ato, declarado inconstitucional por outro poder. Se o Senado assumisse o ônus e se recusasse a suspender a execução da lei reputada inconstitucional, poder-se-ia construir uma solução diferente no Supremo Tribunal Federal, na próxima vez em que a mesma matéria fosse

^{**} O referido dispositivo constitucional assim preceituava: “No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

julgada em sede incidental pela Corte. No controle abstrato de normas, o efeito vinculante das decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal sadamente não alcança o Poder Legislativo e a função de governo do Poder Executivo, criando importante espaço de diálogo constitucional entre o Supremo Tribunal Federal e essas instituições (ALARCON, 2009, p. 29-31 e 33-34). Nas medidas provisórias, o diálogo pode se estabelecer entre Executivo e Congresso, quando do processo de transformação desses atos em lei, sobretudo na discussão dos requisitos materiais da edição dessa espécie legislativa (SAMPAIO, 2007).

Mesmo com esses espaços indubitavelmente abertos ao diálogo constitucional, pensamos que poderia haver a consagração expressa de mecanismos promotores da interação entre os poderes, formalizando o diálogo e criando condições mais claras e seguras para que ele se desenvolvesse. O regime constitucional brasileiro está suficientemente consolidado para que a rediscussão de uma decisão judicial em outra sede não seja mais vista como um ato de insubordinação ou uma manifestação autoritária. Antes, essa nova rodada deliberativa deverá ser encarada como uma etapa a mais do processo político democrático, cujos eventuais erros e equívocos o diálogo constitucional pode minorar. A criação de mecanismos formais de diálogo poderia dar passos decisivos no sentido de melhorar a qualidade da democracia brasileira, além de abrir novas e inexploradas perspectivas, sofisticando o constitucionalismo pátrio.

Em conclusão, o diálogo constitucional não pretende ser a solução para todos os problemas que permeiam o debate sobre a legitimidade democrática do controle de constitucionalidade. Busca, apenas, apontar um caminho, que tem méritos, mas também tem problemas, que somente uma prática mais efetiva poderá evidenciar e indicar as possíveis soluções. De todo modo, o diálogo constitucional tem o inegável mérito da franqueza: assume que não há interpretações constitucionais perfeitas, “corretas” e inquestionáveis e que, portanto, as instituições políticas são falíveis em sua tarefa; e busca uma solução a partir da união de esforços entre as agências políticas, de maneira que os pontos positivos de umas compensem os pontos negativos das, e vice-versa. A perspectiva do diálogo também é particularmente relevante para a concepção deliberativa da democracia, dado seu alto potencial de agregar diferentes argumentos, preferências e visões ao debate constitucional, aprimorando o desempenho deliberativo das cortes constitucionais.

No tocante à separação de poderes, que serviu de mote a este ensaio, pode-se concluir que o diálogo constitucional não importa a superação desse princípio clássico, dado que não propõe nenhum modelo alternativo para seu lugar; também não importa sua reconfiguração, com a redistribuição de funções ou a reinterpretção das funções dos órgãos componentes arranjos estatais, como faz Cezar Saldanha de Souza Júnior (2002); *o diálogo constitucional importa, sim, na reafirmação do princípio da separação de poderes*, pois cada qual conserva suas funções, sua independência e sua importância na missão de controlar e limitar os demais. Todavia, como já se destacou de passagem, os poderes separados não são, na perspectiva do diálogo constitucional, necessariamente adversários, oponentes, contendores sobre quem deve ter a primazia na interpretação constitucional. São poderes independentes, que disputam uns com os outros acerca da melhor solução para tal ou qual caso, assumindo o ônus deliberativo de manter sempre vivo o debate sobre a interpretação da constituição. As disputas de poder entre as instituições tornam-se, assim, mais pontuais e menos globais. Em síntese, o diálogo constitucional reafirma o princípio da separação de poderes, mas lhe confere uma nova ênfase, qual seja, a cooperação em vez da oposição entre poderes; o equilíbrio entre eles, em vez da prevalência de um sobre os demais.

Para o Brasil, consideramos que o diálogo constitucional tem espaço no sistema

constitucional atualmente vigente, e deve ser incentivado para fazer frente ao engrandecimento do Supremo Tribunal Federal havido após a Constituição de 1988, dando ensejo a uma verdadeira “Supremocracia”, na feliz expressão de Oscar Vilhena Vieira (2008). Seria desejável que mecanismos expressos de diálogo constitucional fossem inseridos no texto constitucional ou nas leis que disciplinam o controle de constitucionalidade, tornando as condições para a interação formal entre os poderes mais claras e o diálogo, mais preciso e seguro. Entretanto, é fundamental que uma mudança na consciência jurídica brasileira preceda a qualquer tentativa de consagração expressa do diálogo constitucional. É essencial para o diálogo que as instituições estejam dispostas a sair do isolamento e a interagir, e que sejam incentivadas a tal. Hoje, as concepções acerca da jurisdição constitucional ainda estão absolutamente vinculadas às perspectivas tradicionais, como se o controle de constitucionalidade das leis a cargo do poder judiciário fosse uma decorrência natural da supremacia da constituição. O próprio Supremo Tribunal Federal sente-se muito à vontade com esse discurso, e vê e incentiva que sejam vistas as atitudes contrárias às suas decisões como afrontas e insubordinações. Nesse cenário, não surpreende que o Legislativo federal se apresente tão acuado e discreto – além de ter dado munção ao Supremo Tribunal Federal, viu-o convencer-se de que tudo pode e que é o guardião da verdade. Com o nosso regime constitucional já consolidado, talvez seja hora de começar a alargar nossas perspectivas e recuperar o valor do legislativo, e a via do diálogo constitucional é chave para esse incremento qualitativo da democracia.

REFERÊNCIAS

ALARCON, Sylvio. O efeito vinculante na jurisdição constitucional brasileira. **Revista dos Acadêmicos de Direito UNESP**, Franca, ano 12, n. 12, p. 9-35, 2009.

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, New York, v. 3, n. 4, p. 572-581, oct. 2005.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de *O Espírito das Leis*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 868, p. 53-68, 2008.

BARROS, Sergio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Millenium, 2009.

BATEAUP, Christine. The dialogic promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series – New York University Law School**, New York, 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=852884>>. Acesso em 2 dez. 2011.

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

BLANCO VALDÉS, Roberto L. **El valor de la constitución**. Madrid: Alianza, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

- FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 9, p. 40-48, 1999.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la Antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2001.
- GOUGH, J. W. A separação de poderes e cidadania. In: QUIRINO, Célia Galvão; SADEK, Maria Tereza. **O pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau**. São Paulo: Martins, 2003. p. 219-244.
- KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: _____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 121-186.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese: Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.
- _____. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Orgs.). **Direito e interpretação: racionalidade e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 337-361.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SAMPAIO, Marco Aurélio. **A medida provisória no presidencialismo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, 2009.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha de. **O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.
- TUSHNET, Mark V. Alternative forms of judicial review. **Michigan Law Review**, n. 101, p. 2781-2802, ago. 2003.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-459, jul./dez. 2008.
- WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, New Haven, n. 115, p. 1346-1406, 2006.