

OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

JADSON CORREIA DE OLIVEIRA¹

NATANAEL LIMA SANTOS²

SUMÁRIO. 1 INTRODUÇÃO. 2 DA SUPREMACIA JUDICIAL NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO REGRA PARADIGMÁTICA. 3 PRINCIPAIS ARGUMENTOS DE DEFESA DA SUPERIORIDADE DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E SUAS RESPECTIVAS OBJEÇÕES. 3.1 A interpretação judicial, dado o seu caráter contramajoritário, é mais garantista, portanto, mais democrática. 3.2 A interpretação judicial é mais deliberativa e técnica, portanto, mais segura. 3.3 A interpretação judicial é apolítica e/ou despolitizada, portanto, menos tendenciosa. 3.3.1 Entendimento do STF: análise exegética do art. 102, *caput* da CF/88. 4 DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO UMA ALTERNATIVA MAIS DEMOCRÁTICA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. 4.1 Teoria do diálogo institucional em Cristine Bateup. 4.1.1 Teorias do método judicial. 4.1.2 Teorias estruturais do diálogo. 4.2 Legitimidade do legislativo e do executivo para interpretarem a constituição. 5

¹Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae – IGC/CDH, da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE. Professor do Centro Universitário do Rio São Francisco – UniRios. Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica do Salvador – UCSal. Advogado. E-mail: jadson_correia@hotmail.com.

² Pós-graduando em Direito. Bacharel em Direito pela Faculdade Sete de Setembro, em Paulo Afonso – BA. Advogado. E-mail: natanaellima_santos@outlook.com.

POSSIBILIDADES ACERCA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO BRASIL. 6 CONCLUSÃO.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo apresentar, criticar e sintetizar as nuances das teorias da supremacia judicial e dos diálogos institucionais quanto a interpretação das constituições nacionais, bem como problematizar seu arcabouço e fundamentos na ordem constitucional brasileira, especialmente, na Constituição de 1988, que completa 30 anos no próximo dia 05 de outubro. Buscou-se responder a seguinte indagação: qual modelo representa maior garantia e concretização dos anseios mais soberanos da cidadania brasileira expressos na Constituição de 1988? A metodologia eleita foi a de pesquisa bibliográfica refinada e análise exegética e dialética de dispositivos constitucionais, legais e jurisprudenciais diversos, porém, relacionados à temática, tratando-se dos temas ora a nível mais abstrato e na doutrina internacional, ora aplicando e pensando os conceitos expostos à realidade brasileira. Nesta empreitada, objetivava-se demonstrar como o sistema da supremacia judicial na hermenêutica constitucional pátria vigorou inadvertidamente sem quaisquer críticas substanciais e como um sistema dialógico entre as diferentes instituições representaria maior e melhor respeito à democracia e às decisões e consensos populares.

PALAVRAS-CHAVE: Supremacia judicial. Diálogos institucionais. Interpretação constitucional.

INSTITUTIONAL DIALOGUES IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL ORDER

ABSTRACT: The purpose of this article is to present, critique and synthesize the nuances of theories of judicial supremacy and institutional dialogues regarding the interpretation of national constitutions, as well as to problematize its framework and foundations in the Brazilian constitutional order, especially in the 1988 Constitution, which completes 30 (thirty) years on October 5th. It was sought to answer the following question: which model represents greater guarantee and concretization of the more sovereign yearnings of the Brazilian citizenship expressed in the Constitution of 1988? The chosen methodology was the refined bibliographic research and exegetical and dialectical analysis of constitutional, legal and jurisprudential devices, however, related to the subject, dealing with themes at the most abstract level and in international doctrine, sometimes

applying and thinking about concepts exposed to the Brazilian reality. In this endeavor, the objective is to demonstrate how the system of judicial supremacy in the constitutional hermeneutics of the mother country was inadvertently in force without any critical substance and how a dialogical system between the different institutions would represent greater and better respect for democracy and popular decisions and consensus.

KEYWORDS: Judicial Supremacy. Institutional dialogues. Constitutional Interpretation.

1 INTRODUÇÃO

A premissa da tripartição dos poderes no Estado Democrático de Direito está ligada a ideia de que todo e qualquer poder estatal deve ser controlado e limitado a fim de que não se converta em opressão sobre a população e os cidadãos. Via de regra, a competência e prerrogativas das instituições republicanas estão disciplinadas em uma constituição nacional ou federal que atribui funções típicas e atípicas aos poderes constituídos com vistas a funcionarem independente e harmonicamente entre si, seja cooperando em prol da ordem e progresso social, seja impedindo-se mutuamente que qualquer deles – ou os titulares neles investidos – de se sobreponem uns aos outros ou sobre a soberania popular.

Neste diapasão, longe de ser uma questão meramente técnica, deliberar sobre a quem cabe interpretar a constituição, a lei maior e fundamental de um Estado e onde a própria substância do poder e suas limitações são definidas, é, como já dizia o jurista e político brasileiro Francisco Campos (1983: p.172): “[...] uma supremacia política, porque a função de interpretar, que redundando na de formular a constituição, é a mais alta ou a mais eminente das funções políticas”. Assim, pelo exposto, segue-se o raciocínio de que todas as instituições republicanas e democráticas, e não só o Judiciário deveriam estar, em nome do povo, interpretando a constituição federal sob pena de este poder se sobrepor aos demais, ditando, sem qualquer tipo de controle ou limitação, suas funções, revogando seus atos e/ou invalidando suas realizações.

O presente artigo encontrará seu desiderato em expor o porquê de até o presente momento vigorar o sistema de supremacia da interpretação judicial sobre os dispositivos constitucionais, com foco especial no Brasil, demonstrar como o sistema que promova um diálogo constitucional entre as diferentes instituições é mais garantista à própria população, e revelar que tal sistema encontra guarida na ordem constitucional brasileira quando mais corretamente interpretado o texto constitucional.

Embora não se possa falar em ineditismo temático, percebeu-se, durante a pesquisa desenvolvida, como a abordagem do tema na ordem constitucional brasileira tem sido ignorada sistematicamente pela doutrina nacional mais tradicional e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, de forma que se lançou mão tanto da melhor doutrina internacional, como os trabalhos de Larry Kramer e Cristine Bateup, quanto da novel doutrina pátria que já esboça teses vigorosas e inovadoras, bem representadas nas produções de Conrado Hübner Mendes e Juliano Zaiden Benvindo, e, ainda, resgatando-se propostas natimortas, como a proposta de João Mangabeira para a Constituição de 1934.

2 DA SUPREMACIA JUDICIAL NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO REGRA PARADIGMÁTICA

Nos últimos anos tem crescido na seara da doutrina constitucional o debate sobre a quem cabe interpretar as normas constitucionais do/no Estado. Com efeito, desde o constitucionalismo moderno, inaugurado pelas Cartas Constitucionais dos EUA (1787) e da França (1791), frutos de revoluções liberais em ambos os países, e desde o constitucionalismo contemporâneo dos pós-guerras, as Constituições assumiram um protagonismo estrutural nunca visto antes na história do Estado, quando passaram a servir de fundamento, limites e baliza tanto à política quanto ao ordenamento jurídico.

Em um Estado de Direito que se pretenda democrático, é mais do que lógico, é, na verdade, imperativo, que todas as instâncias públicas prestem obediência e fidelidade às normas constitucionais em suas respectivas funções. Nada obstante, parece ser de comum acordo em praticamente todos os Estados constitucionais contemporâneos que a tarefa suprema de interpretar a Carta Política do país pertence ao Poder Judiciário, via de regra, por intermédio de sua Suprema Corte (modelo americano) ou de uma Corte Constitucional (modelo europeu-austríaco) que, neste último caso, embora nem sempre pertença propriamente a uma conjuntura judicial, metodológica e procedimentalmente, em muito se assemelha.

Por isso, antes de se passar à análise do fundamento legal-constitucional apontado pelo Supremo Tribunal brasileiro como abalizador para a supremacia de sua interpretação na ordem constitucional brasileira, imperioso se faz apreciar os argumentos retóricos que costumam ser arguidos em defesa do controle de constitucionalidade jurisdicional porque comum à praticamente todos os ordenamentos jurídicos que adotam esta espécie de controle, bem como as objeções à eles interpostos.

3 PRINCIPAIS ARGUMENTOS DE DEFESA DA SUPERIORIDADE DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E SUAS RESPECTIVAS OBJEÇÕES

Entende-se que três são os principais argumentos em favor da supremacia judicial quando da interpretação das normas constitucionais³:

- i. “A interpretação judicial, dado o seu caráter contramajoritário, é mais garantista, portanto, mais democrática”.
- ii. “A interpretação judicial é mais deliberativa e técnica, portanto, mais segura”; e
- iii. “A interpretação judicial é apolítica e/ou despolitizada, portanto, menos tendenciosa”.

³ Para uma lista mais extensa de argumentos e suas respectivas objeções, consultar: MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. Tese de Doutorado – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008: pp. 55-96.

Passa-se agora a uma breve detenção para abstração de cada uma destas premissas.

3.1 A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL, DADO O SEU CARÁTER CONTRAMAJORITÁRIO, É MAIS GARANTISTA, PORTANTO, MAIS DEMOCRÁTICA

A “dificuldade contramajoritária” foi a expressão utilizada por Alexander Bickel em sua obra “*The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*” (“O Poder Menos Perigoso: A Suprema Corte no Limite da Política”, em uma tradução livre) para descrever o dilema de se ter um órgão ou um agente público não eleito pelo povo – neste caso, juízes e tribunais – com poder de afastar ou conformar leis e medidas elaboradas ou executadas por representantes escolhidos pela vontade e voto popular – ou seja, pelo Parlamento e pela Administração (BARROSO, 2005). Em justificação da natureza contramajoritária das decisões judiciais:

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função, de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação. (BARROSO, 2005: p.47)

A premissa aqui é a de que uma corte judicial garantiria os direitos das minorias⁴ em face dos abusos e tiranias das maiorias, ademais, a supremacia judicial seria uma pré-condição para a própria democracia, que diga-se, não se restringe às escolhas da maioria⁵, ao assegurar um processo de formação da própria vontade democrática onde todos possam igualmente serem participantes. Dito de outra maneira: o Judiciário, precisamente por não ser eleito por uma maioria, tem a isenção necessária para salvaguardar os direitos das minorias em face à eventuais sobrestamentos desses mesmos direitos intentados pelas maiorias e, assim, garante a tutela dos interesses, bem como a participação das minorias em uma democracia; daí o seu caráter “contramajoritário” e ao mesmo tempo “democrático”.

A dificuldade com tal doutrina seria a de que, à pretexto de prevenir-se contra uma “tirania das maiorias”, o Judiciário, eventualmente e através de um ativismo desenfreado, desconstituiria aquele que é o princípio mais básico e elementar de uma democracia, a saber, o da “regra da maioria”, que para muito além de ser mitigada, passaria a ser quase que totalmente relativizada ao bel entendimento do magistrado, resultando numa verdadeira subversão da ordem democrática.

Também, não é certo, ou pelo menos não é uma consequência inexorável, que uma democracia se converteria necessariamente em opressão às minorias, uma vez que pode – e deve – ser do interesse majoritário a igualdade e a participação equânime de todos como um pressuposto próprio para a

⁴ O termo “minorias” aqui não deve ser entendido tão somente como expressão numérica, isto é, grupos de indivíduos quantitativamente menos expressivos, mas também “minorias” no sentido de hipossuficiência, ou seja, grupos de indivíduos que, ainda que numericamente expressivos, não contam com qualquer representatividade e/ou são mais vulneráveis em seus direitos e prerrogativas. Nesse diapasão, enquadram-se como “minorias” – ao menos na maior parte das sociedades ocidentais - mulheres, afrodescendentes, trabalhadores empregados, etc.

⁵ Ronald Dworkin (1931-2013), à semelhança de Jean Jacques Rousseau (1712-1228), concebia uma ideia de democracia comunitária ao invés de estatística. Esta última, embora seja a concepção mais popular, não se justificaria na medida em que, na verdade, não haveria uma igualdade real entre os cidadãos – como se objetiva em um regime democrático – senão, uma submissão forçada pelos números das maiorias sobre as minorias. A democracia comunitária, por outro lado, refletiria melhor o ideal democrático na medida em que todos, ainda que pertencentes a grupos minoritários, teriam igual direito e tutela de participação na deliberação democrática, submetendo-se voluntariamente às maiorias na medida em que estas, em respeito à vontade geral – que não se confunde, segundo Rousseau, com a vontade da maioria -, pusesse à salvaguarda direitos fundamentais e mesmos alguns interesses essenciais daqueles. Para se aprofundar no pensamento do autor neste sentido, consulte: DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

caracterização de um regime verdadeiramente democrático, como explica Robert Dahl em sua clássica obra “Sobre a Democracia”⁶.

Por fim e a *contrario sensu* do que se prega acerca do Judiciário como guardião e garante das prerrogativas de grupos minoritários e de direitos fundamentais, não raros são os episódios de decisões de cortes que julgam pela restrição e/ou invalidação de direitos reconhecidos pelo Parlamento, como se tem notícia, por exemplo, nos registros históricos das decisões da Suprema Corte norte-americana.⁷

3.2 A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL É MAIS DELIBERATIVA E TÉCNICA, PORTANTO, MAIS SÉGURA

Talvez o mais forte dos argumentos em favor do controle de constitucionalidade pelo Judiciário, a ideia de que a interpretação feita por juízes e tribunais é mais deliberativa e, dada a qualificação de seus intérpretes e procedimentos prescritos para tal deliberação, mais técnica, é condição *sine qua non* de sua legitimação, nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes (2011: p. 11): “Não se pode olvidar que a Jurisdição Constitucional legitima-se democraticamente pela reflexão e argumentação produzida segundo a racionalidade própria das normas e dos procedimentos que conduzem os julgamentos”.

A premissa nuclear desse segundo argumento é a de que os juízes e as cortes, por terem uma abordagem eminentemente técnica e deliberativa, seriam os mais seguros e capacitados guardiões da constituição. Aqui o ideal da razão jurídica objetiva é preponderante.

⁶ Dahl vê a “norma da inclusão” como uma dos pressupostos essenciais para a caracterização de um verdadeiro regime democrático. Neste sentido, veja as pp. 91-92 e o capítulo 3 da referida obra do autor.

⁷ Dentre os mais emblemáticos podendo-se citar os casos *Lochner v. New York* (1905) e *United States v. Morrison* (2000), quando a Suprema Corte do país, em tese, teria decidido contra direitos e garantias concedidos pelo Parlamento estadual e federal à classe dos trabalhadores e proteção às mulheres, respectivamente.

Crítica comumente tecida à esta justificação da palavra final pelas cortes é a de que tal entendimento, ao alienar a interpretação da constituição dos outros poderes e particularmente do povo, camuflaria um certo “paternalismo judicial”, que desconfia da idoneidade – e mesmo da capacidade - de outras instâncias de igualmente realizarem a interpretação constitucional, como se tal monopólio pertencesse a uma classe “elitista de juízes e cortes constitucionais”, por isso também alguns têm cunhado chamar tal proposta de “juristocracia”⁸, isto é, um governo de “juízes-filósofos”, que evidentemente restaria incompatível com um regime de governo democrático, assemelhando-se tal arranjo à proposta de uma república platônica⁹.

Ademais, não seria imperioso dizer que o método utilizado pelas cortes na interpretação da norma constitucional seria, em si, mais racional que qualquer outro somente porque realizado pelo emprego de argumentos por “profissionais do ramo do direito”, que, por sinal, nem sempre são clara e convincentemente demonstrados (BENVINDO, 2014).

3.3 A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL É APOLÍTICA E/OU DESPOLITIZADA, PORTANTO, MENOS TENDENCIOSA

Intimamente relacionado com aquele último – e também com o anterior -, esse argumento esposa a tese de que juízes e tribunais, por estarem à parte da política das maiorias, poderiam decidir com mais isenção e independência, e assim, de maneira menos tendenciosa.

Atenção, porém, com o conceito de decisões apolíticas e/ou despolitizadas. Isto não quer dizer que as decisões judiciais não se projetam em uma dimensão política, muito pelo contrário. O exercício da função jurisdicional é também uma função política ao entender-se como tal “a atividade que órgãos instituídos pela Constituição exercem no âmbito de sua competência, tendo por

⁸ Juristas de renome nacional têm usado a terminologia, como Luiz Lênio Streck (UNISINOS) e Glauco Salomão Leite (PUC-PE), entre livros, artigos e outras publicações.

⁹ Para Platão (428 a.C.- 348 a.C.), o Estado deveria ser governado por uma sofocracia, isto é, o governo exercido por sábios e pessoas mais esclarecidas (ou filósofos). Para saber mais, ver a própria obra do autor: PLATÃO. **A República**. Tradução: Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1997.

objetivo preservar a sociedade política e promover o bem em comum” (PAIXÃO, 2007: p.51). Dito de outra maneira, o Judiciário exerce sim uma função política na medida em que realiza funcionalmente suas competências constitucionais, qual seja, a pacificação do conflito social de forma imparcial e pessoalmente não tendenciosa. O que se quer dizer então é que o juiz ou tribunal não estaria vinculado a um eleitorado que lhe vinculasse e demandasse correspondência direta entre os anseios destes e as decisões e posicionamentos daqueles.¹⁰

Por outro lado, embora não participante da chamada “política partidária” ou “eleitoral”, pessoas e/ou órgãos integrantes do Poder Judiciário podem – como de fato tem acontecido – assumir posturas políticas diversas, como mais conservadoras ou mais liberais, mais ativistas ou mais auto-continentes, a depender do momento histórico e das circunstâncias dos fatores reais de poder¹¹, o que põe em xeque a sua neutralidade quase sempre presumida.

3.3.1 ENTENDIMENTO DO STF: ANÁLISE EXEGÉTICA DO ART. 102, *CAPUT* DA CF/88

O Supremo Tribunal Federal brasileiro subsidia sua tese de que, por ser a Corte Constitucional, competir-lhe-ia em última instância a interpretação das normas e princípios constitucionais, no art. 102 da Carta de 1988, onde se lê:

¹⁰ Daí porque as vedações nos diversos ordenamentos jurídicos à participação de juizes e demais magistrados (desembargadores, ministros de tribunais superiores, etc.) na política partidária. No ordenamento jurídico brasileiro, a matéria está constitucionalmente disciplinada: cf. art. 95, parágrafo único, inc. III da CF/88.

¹¹ O conceito de “fatores reais de poder” aparece na obra de Ferdinand Lassalle (1825-1864) para representar a verdadeira conjuntura sócio-política de uma sociedade a qual a constituição deve expressar fielmente sob pena de não passar de um mero documento escrito sem qualquer eficácia real; este é chamado “conceito sociológico de constituição”. Embora este trabalho se alinhe melhor com o conceito constitucional de Konrad Hesse (1919-2005), para quem a constituição tem um caráter concretista de ser agente da mudança da realidade pela transição do “ser” (estado atual das coisas) para o “dever ser” (estado ideal das coisas), emprega-se aqui a expressão de Lassalle apenas para significar que nem sempre o estado real das coisas corresponde ao seu ideal. Para saber mais, consultar as obras dos dois autores, respectivamente: LASSALLE, Ferdinand. Tradução: Walter Stöner. **O que é uma Constituição**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933 e HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 102, caput. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]

Interpretando o supramencionado dispositivo, o STF, em sua publicação “A Constituição e o Supremo”, que consiste no comentário aos dispositivos constitucionais através da jurisprudência e dos precedentes da própria Corte, espousa a tese do monopólio jurisdicional da última palavra sobre a Constituição, *in verbis*:

A FORÇA NORMATIVA DA CR E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA PELO STF EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. O exercício da jurisdição constitucional – que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição – põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do STF, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo STF – a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, *caput*) – assume papel de essencial importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País confere, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. [ADI 3.345, rel. min. Celso de Mello, j. 25-8-2005, P, *DJE* de 20-8-2010.] = AI 733.387, rel. min. Celso de Mello, j. 16-12-2008, 2ª T, *DJE* de 1º-2-2013 Vide HC 91.361, rel. min. Celso de Mello, j. 23-9-2008, 2ª T, *DJE* de 6-2-2009 Vide RE 227.001 ED, rel. min. Gilmar Mendes, j. 18-9-2007, 2ª T, *DJ* de 5-10-2007” (STF, 2017: Doc. 14 de 25). (Grifou-se)

Pela ementa acima colacionada, a partir dos textos grifados, é possível concluir que o Supremo Tribunal brasileiro arroga para si:

- a) Projeção na dimensão política de sua atividade institucional;

- b) Poder de reformular o sentido das normas constitucionais através de sua interpretação dos textos;
- c) Função exclusiva – ou ao menos mais eminente - de guarda da Constituição da República de 1988; e
- d) Prerrogativa de dispor do monopólio da palavra final em matéria de exegese constitucional.

Não parece haver problema ou mesmo qualquer restrição à projeção na dimensão política da atividade do Tribunal. Conforme já exposto, função política deve ser entendida como aquela exercida por uma pessoa ou órgão em obediência e nos limites da competência que lhes são atribuídos pela constituição, sendo que, pela Constituição Federal de 1988, é sem qualquer embargo o entendimento de que o exercício da jurisdição constitucional com o objetivo de preservar a supremacia da Constituição é clara e evidentemente atribuído ao Supremo Tribunal que pode exercê-lo tanto na via concentrada quanto na difusa (Cf.: art. 102, I, “a” e II, “a”, “b” e “c” da CF/88).

Também não há dificuldade em admitir, principalmente depois do giro hermenêutico empreendido pela doutrina de Hans-Georg Gadamer (2004)¹², que a atividade interpretativa produz a formulação e mesmo reformulação da norma extraída do texto. Assim também, pelo que no contexto constitucional brasileiro, incorporando doutrina constitucional norte-americana, é possível a declaração de inconstitucionalidade de norma sem a redução do seu texto, mediante a técnica de “interpretação conforme a constituição” que pode funcionar tanto conferindo à norma impugnada sentido que lhe preserve a constitucionalidade como excluindo aquela interpretação que lhe acarretaria a inconstitucionalidade, sendo, porém, que tal interpretação encontra limites na própria semântica do texto da norma (MORAES, 2012). É de se dizer: a norma não pode ter uma interpretação “conforme a constituição” quando o seu texto é expressamente incompatível com o texto da norma constitucional.¹³

¹² O “giro hermenêutico” apresentado na obra do doutrinador defende a tese de que interpretação, compreensão e aplicação do texto não são momentos estanques e independentes entre si, antes, são etapas lógico-sequenciais de um único processo onde a norma se concretiza diante de um caso concreto. Para saber mais, consultar a obra do autor: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª Edição. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

¹³ Em sentido contrário e em favor de uma “interpretação conforme a Constituição” ainda que para além dos limites semânticos do texto, alinhada com a doutrina italiana de “decisões aditivas de efeito manipulativo”, ver: MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011: pp. 1366-1375.

Nada obstante, no que se refere à função de intérprete maior e o resultante monopólio da “palavra final” em termos constitucionais, com relação ao verbo de comando do artigo (“competete”) e ao seu objeto (“a guarda da Constituição”), parece haver, por parte do Pretório Excelso, uma inversão inadvertida das expressões justapostas “ao Supremo Tribunal Federal” (sujeito) e “precipualemente” (advérbio). Em outras palavras, onde o texto da norma diz “Competete ao Supremo Tribunal Federal, precipualemente, a guarda da Constituição”, o Supremo parece ler “Competete, precipualemente, ao Supremo Tribunal Federal, a guarda da Constituição”.

Antes de se entender como a aludida inversão prejudica a exegese do artigo é de mister a compreensão semântica de “precipualemente”.

O dicionário Priberam de Língua portuguesa define:

pre·ci·pu·a·men·te
(*precípua* + *-mente*)
advérbio
De modo precípua.

Sendo que “precípua” quer dizer:

pre·cí·pu·o
(latim *praecipuus*, *-a*, *-um*)
adjetivo
1. Principal.

Propõe-se o exercício simples de permutar a expressão pelo seu significado no texto da norma: “Competete ao Supremo Tribunal Federal, de modo precípua (ou principalmente), a guarda da Constituição”.

Agora a leitura que o Supremo faz do texto: “Competete, de modo precípua (ou principalmente), ao Supremo Tribunal Federal, a guarda da Constituição”.

É de se notar alguma diferença salutar entre as expressões? O entendimento aqui adotado é que sim. Como se sabe, em língua portuguesa, o

advérbio funciona como um modificador de verbo, de um adjetivo ou mesmo de uma frase com o objetivo de exprimir alguma circunstância (tempo, modo, lugar) e sua justaposição pode importar na definição do sentido que se quis empregar. Nesse diapasão, dizer que “alguém felizmente chegou” não é o mesmo que dizer que esse mesmo “alguém chegou felizmente”.

Uma vez que originalmente “precipualemente” está posto entre “Supremo Tribunal Federal” (sujeito) e “a guarda da Constituição” (objeto), o termo deve se referir à relação do sujeito com seu objeto, ou seja, em “Compete ao Supremo Tribunal Federal, de modo precípua (ou principalmente), a guarda da Constituição”, quer dizer que a guarda da Constituição é a principal tarefa do Tribunal, o que, diga-se, se harmonizaria melhor com o texto constitucional uma vez que segue-se em seus incisos as formas como o Tribunal pode ser provocado para exercer a sua mais precípua função que é de guarda da Constituição.

Noutro giro, se “precipualemente” é posto entre o verbo e o seu sujeito denotaria, agora sim, que aquele sujeito seria o principal agente do verbo, em outras palavras, somente em “Compete, de modo precípua (ou principalmente), ao Supremo Tribunal Federal, a guarda da Constituição” caberia a ideia de que principalmente ao Supremo Tribunal Federal é dada a guarda da Constituição.

Em suma:

- **Pelo Texto Original:** “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipualemente, a guarda da Constituição” = **A principal função do STF é a guarda da Constituição.**
- **Pela Exegese do STF:** “Compete, precipualemente, ao Supremo Tribunal Federal, a guarda da Constituição” = **A guarda da Constituição cabe principalmente do STF.**

É desta exegese que diz ser o STF o principal intérprete da Constituição que decorre o seu protesto de possuir o monopólio da palavra final em matéria constitucional, o que parece precipitado e perigosamente reducionista em um Estado Democrático de Direito (BENVINDO, 2014), que tem na constituição expressos tanto seus anseios políticos como seus limites jurídicos, sendo que

quem possuir tal “palavra final” tem, nos termos da própria ementa supracitada de autoria do Ministro Celso de Mello “a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder” que, data vênua, entende-se não poder ser dada, em caráter absoluto, a nenhum dos Poderes constituídos, sejam os seus agentes eleitos ou não, sob grave ameaça ao princípio fundamental da soberania popular.

Assim, ainda que não subsistisse a interpretação aqui defendida através da regra hermenêutica apontada como a devidamente desejada pelo constituinte originário, uma vez que a prerrogativa de se interpretar a Constituição em caráter definitivo é, como admite o próprio Pretório Excelso, uma supremacia política, e tendo em vista que toda supremacia política é constitucionalmente atribuída ao povo pelo parágrafo único do artigo 1º da mesma Constituição do Brasil de 1988, segue-se que deve dar-se, em termos próprios da atividade jurisdicional do STF, interpretação conforme a Constituição ao próprio dispositivo constitucional para conformá-lo melhor ao espírito geral da Carta Magna, ou seja, para compatibilizar o comando de guarda da Constituição pelo STF com o princípio – tornado cláusula pétrea na atual ordem constitucional - da soberania popular e legitimação do poder pelo povo para negar a ideia de um “monopólio da interpretação final” da Constituição pelo Tribunal.

Também não parece ser certo que o constituinte quis dizer com o *caput* do art. 102 da CF/88 que caberia exclusivamente ao STF a guarda da Constituição pela razão de que outras instâncias de poder e funcionais do/no Estado e seus respectivos agentes são instados a defender a Constituição, inclusive sob juramentação, como por exemplo, a presidência da República quando na posse do Chefe do Executivo eleito:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 78, caput. O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil. (Grifou-se)

Semelhantemente, o advogado, considerado indispensável à administração da justiça pela própria ordem constitucional (cf. art. 133 da CF/88), deve jurar a defesa da Constituição, conforme previsão do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB:

Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB: Art. 20, *caput*. O requerente à inscrição principal no quadro de advogados presta o seguinte compromisso perante o Conselho Seccional, a Diretoria ou o Conselho da Subseção: “Prometo exercer a advocacia com dignidade e independência, observar a ética, os deveres e prerrogativas profissionais e defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático, os direitos humanos, a justiça social, a boa aplicação das leis, a rápida administração da justiça e o aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.” (Grifou-se).

E ainda:

Estatuto Geral da Advocacia e da OAB: Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; (Grifou-se).

Note-se ainda que, em ambos os exemplos, os designados (Presidente da República, advogados e mesmo a OAB) necessariamente são intérpretes da Constituição em razão de suas próprias atribuições e competências. Ademais, sendo a Constituição Federal um documento formado por textos que demandam um sistema hermenêutico próprio, é lógico pensar que não há como “defendê-la” sem que primeiro tenha-se que “interpretá-la”. Conclui-se, pois, que todos os que são chamados à “guarda” da Constituição são, necessariamente, seus intérpretes.

4 DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL COMO UMA ALTERNATIVA MAIS DEMOCRÁTICA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A teoria dos diálogos institucionais (também denominada “teoria dos diálogos constitucionais”) exsurge neste horizonte como uma das alternativas mais promissoras para a viabilização da democratização da hermenêutica constitucional na medida em que busca a descentralização da interpretação da constituição, retirando-a do exclusivismo judicial, e, ao mesmo tempo, visa promover um sistema de cooperação, refinamento e correção entre os vários participantes do processo interpretativo das normas, princípios e comandos constitucionais, tudo isto em nome da soberania popular.

Muitas e diferentes são as teorias, teóricos e propostas de desenhos do diálogo institucional, tendo, porém, todas em comum o objetivo de relativizar a última palavra dada em matéria constitucional pelo Judiciário, seja fortalecendo o papel do necessário diálogo com as outras instituições, que, para todos os efeitos, torna a decisão judicial menos monergista e mais sinergista, seja negando completa e abertamente a possibilidade da existência de uma “última palavra”:

Teorias do diálogo tentam escapar da armadilha da última palavra e defendem uma atitude teórica que rompa essa camisa-de-força. Propõem-se como uma “terceira via”, um meio-termo. A defesa desse prisma é feita por uma literatura multifacetada, composta por um grande número de autores. Além das nuances e versões das diferentes teorias do diálogo, deve-se perceber o que elas têm em comum e como contrastam com teorias da última palavra. Dois são os seus principais denominadores comuns: a recusa da visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deve ser legitimamente exercida pelos outros poderes; a rejeição da existência de uma última palavra, ou, pelo menos, de que a corte a detenha por meio da revisão judicial.” (MENDES, 2008: pp. 98,99).

Nada obstante a diversidade encontrada na doutrina, sem dúvidas, tais teorias encontram-se melhor sistematizadas no ensaio “*The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue*” (“A Promessa Dialógica: Avaliação do potencial normativo de teorias de diálogo constitucional”, em tradução livre), publicado pela New York School of Law e de autoria Cristine Bateup.

No ensaio, Bateup se propõe a analisar cada uma das propostas e arranjos que, de alguma maneira, são identificadas com os diálogos institucionais, tecendo juízos de viabilidade, empecilhos à implementação, pontos positivos e negativos de cada uma das teorias. No presente trabalho, recorre-se à produção da autora principalmente em razão da divisão e sistematização realizada pela mesma, não se reproduzindo a problematizações trazidas pela autora, ora porque pensadas sob a perspectiva de outro contexto, isto é, do direito norte-americano, ora porque muitas das compatibilidades e incompatibilidades descritas parecem não se aplicar à realidade de *terrae brasílis*.

4.1 TEORIA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL EM CRISTINE BATEUP

Consoante a doutrina de Cristine Bateup a qual divide as teorias dialógicas em duas grandes categorias, quais sejam, as “teorias do método judicial” (*theories of judicial method*) e as “teorias estruturais do diálogo” (*structural theories of dialogue*). As primeiras são mais prescritivas e de natureza endógena quanto às possibilidades do *judicial review*, destacando assim o papel do Judiciário quanto a ser um fomentador e condutor dos diálogos em matéria constitucional pelas outras instâncias. Já as teorias estruturais do diálogo têm uma abordagem mais exógena, debruçando-se a descrever, efetivamente, a relação interinstitucional entre os Poderes na interpretação e construção do significado dos textos e normativos constitucionais (CARDOSO, 2014). A seguir, passa-se a abordar, de forma sintética, as principais subdivisões e nuances de cada um dos grupos das teorias do diálogo institucional trazidas no referido ensaio.

4.1.1 TEORIAS DO MÉTODO JUDICIAL

A autora divide as teorias do método judicial em:

- 1) Teoria do aconselhamento judicial (*judicial advice-giving*);
- 2) Teorias centradas no processo (*process-centered rules*); e
- 3) Teoria do minimalismo judicial (*judicial minimalism*).

A teoria do aconselhamento sugere que juízes, ao decidirem, lancem mão de técnicas capazes de instruir os outros Poderes acerca da visão jurisdicional acerca de determinadas matérias constitucionais, com vistas a evitarem possíveis e futuras revisões de políticas da Administração ou de atos normativos do Legislativo, especialmente destes últimos. Bateup oferece duas vias principais:

Existem duas maneiras principais nas quais os juízes podem utilizar a técnica do aconselhamento em casos específicos. Em primeiro lugar, podem invalidar a legislação fundamentados na inconstitucionalidade, mas, concomitantemente, fornecerem conselhos aos ramos políticos em relação a métodos constitucionais capazes de alcançar o mesmo fim. Os doutrinadores se referiram a tais métodos como "mapas constitucionais", permitindo que os juízes revoguem disposições, mas, em seguida, ofereçam um "mapa de roteiro" para que os legisladores sigam quando elaborarem novas legislações. Em segundo lugar, os juízes podem sustentar a legislação como constitucional, enquanto, ao mesmo tempo, usam técnicas que incentivem atores políticos a revisar estatutos para remover ambigüidades e imprecisões da lei.¹⁴ (BATEUP, 2005: p. 18)

¹⁴ Tradução livre.

De maneira diversa à teoria anterior, as teorias centradas no processo, como o próprio nome sugere, não estão tão voltadas ao conteúdo das deliberações, e sim aos procedimentos ligados a elas. Visam auxiliar os Poderes – mais uma vez, especialmente o Legislativo – a otimizar a dinâmica deliberativa de produção legislativa ou de políticas públicas, especialmente quando envolverem a tutela de direitos fundamentais. Bateup destaca uma subespécie desta teoria conhecida como “teoria do segundo olhar” (*second look*), usada especialmente quando “a legislatura age com ‘pressa ou inconsciência’, ou em ‘ocultação’ com relação aos direitos fundamentais” (BATEUP, 2005: p. 23). Nesses casos, os juízes e cortes constitucionais poderiam encaminhar atores políticos à repetição do processo de formação do ato normativo, desta vez, observando-se as devidas formalidades e atentando-se para a gravidade das matérias em debate.

Por último, a teoria do minimalismo judicial, que tem o jurista Cass Sustain como um de seus próceres contemporâneos mais eminentes, propõe que juízes e cortes deixem o tanto quanto possível de abertura e abstração em suas decisões, não se pronunciando além do que o necessário para a resolução dos casos em particular.

Para Cristine Bateup, tal teoria pode ser classificada entre as teorias dialógicas do método judicial porque, embora não seja assim categorizada pelos seus principais teóricos - como Alexander Bickel e o próprio Cass Sustain -, sua proposta e intenção é precisamente promover a atuação e a agência dos demais órgãos, legislativos ou executivos, responsáveis pela norma ou ato administrativo objeto da impugnação que levou à controvérsia em matéria de direito, com vistas à evitar que uma decisão judicial mais criativa em matérias mais controvertidas ou socialmente sensíveis gere uma “contração política”. Trata-se, aqui, de um “silêncio” da Corte que “convidativo” ao diálogo com as outras instâncias públicas, afim de “pacificar” essas questões (BATEUP, 2005).

4.1.2 TEORIAS ESTRUTURAIS DO DIÁLOGO

As teorias estruturais do diálogo também comportam subclassificações, são elas:

- 1) Teoria da construção coordenada (*coordinate construction theories*);
- 2) Teoria dos princípios jurídicos (*theories of judicial principle*);
- 3) Teoria do equilíbrio (*equilibrium theories*); e
- 4) Teoria da parceria (*partnership theories*).

A teoria da construção coordenada propugna por uma descentralização efetiva da interpretação constitucional das cortes, trazendo à baila as interpretações extrajudiciais (do Legislativo e do Executivo), dentro e nos limites de suas respectivas atribuições, sustentando não haver qualquer “supremacia” por parte da interpretação judicial, antes, que todos os ramos do governo atuam de forma independente e coordenada na construção do sentido da constituição. Cristine Bateup argui ser este o modelo mais antigo de qualquer modelo dialógico institucional, identificando-o com as visões de James Madison – tido por muitos como o “pai” da Constituição americana – e Thomas Jefferson – terceiro presidente dos Estados Unidos e reconhecido pela sua visão republicana e mais descentralizada de governo:

A construção de coordenada é a mais antiga concepção de interpretação constitucional como um empreendimento compartilhado por tribunais e os ramos políticos do governo, tendo sido primeiro abraçado por James Madison. Embora reconhecendo que as questões de interpretação constitucional normalmente tenham a participação o Judiciário no curso normal do governo, Madison rejeitou a visão de que as decisões judiciais tinham um status singular, uma vez que a Constituição não previa autoridade específica para determinar os limites da divisão de poderes entre os diferentes ramos. Da mesma forma, Thomas Jefferson considerou que cada ramo do governo deve ser "coordenado e independente" um do outro, e que cada ramo tem a primária responsabilidade pela interpretação da

Constituição em relação às suas próprias funções.¹⁵ (BATEUP, 2005: p. 34).

Diferentemente da teoria da construção coordenada que vê a interpretação oferecida pelo Judiciário apenas como mais uma, a teoria dos princípios jurídicos assume que juízes e tribunais contam com habilidades e capacidades mais especiais e excelentes quanto à tarefa de lidar com princípios gerais do direito, mas como podem e eventualmente falham em sua hermenêutica, podem e devem ser submetidos a um controle por parte dos outros ramos do Estado. Bateup sumariza o desiderato buscado pelos teóricos desta categoria:

Os teóricos dos princípios jurídicos argumentam que a combinação desses freios e contrapesos em sistemas diferentes resultam em decisões judiciais que são provisórias, iniciando assim uma diálogo contínuo sobre o significado constitucional. Em primeiro lugar, os ramos do governo eleitoralmente responsáveis fazem uma escolha política sobre um determinado problema. O Tribunal então, ao avaliar essa escolha política, aceita-a ou rejeita-a, por motivos fundamentados. Finalmente, se o Tribunal rejeita a escolha política, os ramos políticos podem responder a essa decisão "tolerando-a, ou, se a decisão não for aceita ou aceita parcialmente, moderando-a ou mesmo refazendo-a", através do uso de controles políticos. Como resultado desse processo dialético, e devido ao papel principiológico do Tribunal dentro do processo, "o que emerge é uma moral política muito mais autocrítica do que seria de outra forma, e portanto, provavelmente uma moral política mais madura também [...] em busca de respostas certas."¹⁶ (BATEUP, 2005: p. 45).

A teoria do equilíbrio - que é identificada por Bateup com os trabalhos de Barry Friedman e Post e Siegel¹⁷ – enfatizam o papel dos juízes e cortes

¹⁵ Tradução livre.

¹⁶ Tradução livre.

¹⁷ Os autores são mais conhecidos pelos seus trabalhos dentro da "teoria do constitucionalismo popular". Para saber mais, consultar: FRIEDMAN, Barry. Constitucionalismo Popular Mediado. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, 2005?. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1- e **POST, Robert C. e SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash**. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, vol. 42, 2007, pp. 373-433.

constitucionais como facilitadores e fomentadores do debate constituional e dos tribunais como palco privilegiado do debate constitucional na medida em que é capaz de captar as diferentes contribuições interpretativas, filtrá-las, e ainda ser susceptível à críticas e contraposições por parte dos populares e outros Poderes, o que viabilizaria um desejável refinamento da hermenêutica constitucional na medida em que “os participantes ajudam [as cortes constitucionais] na busca de respostas mais amplamente aceitas e duradouras para questões de significado constitucional” (BATEUP, 2005: p. 65). O “equilíbrio” estaria pois na não dispensabilidade do judicial review e, ao mesmo tempo, na negativa da supremacia solipsita da interpretação judicial da constituição.

Por fim, a teoria da participação busca métodos e maneiras de integração das demais instituições e suas contribuições no processo de interpretação e construção do significado semântico da constituição e onde todos são proporcional e conjuntamente responsáveis por tal construção, de forma dialética e interseccional (BATEUP, 2005).

4.2 LEGITIMIDADE DO LEGISLATIVO E DO EXECUTIVO PARA INTERPRETAREM A CONSTITUIÇÃO

Em um Estado constitucional, é mais do que lógico, é, na verdade, imperativo, que todas as instâncias públicas prestem obediência e fidelidade às normas constitucionais em suas respectivas funções, afinal, como leciona Lenio Streck (2014: p. 399): “Uma democracia só se consolida quando todos os Poderes da República apreendem que a Constituição é a explicitação do contrato social e o estatuto jurídico do político”.

A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, prescreve a forma das eleições, confere prerrogativas e prevê atribuições dos parlamentares (do art. 44 ao 75), dando também providências elementares ao trâmite do processo legislativo (do art. 59 ao 69); fala da organização e funcionalidade do Executivo federal (do art. 76 ao 91); disserta sobre as competências e garantias dos órgãos judiciais e membros do Judiciário (do art. 92 ao 126); e, ainda, traz

princípios básicos e basilares para a Administração Pública de qualquer dos Poderes (do art. 37 ao 43). Além do mais, suas normas de direito material fundamental (garantias individuais, direitos sociais, etc.) pretendem ser objeto de aprimoramento pelas leis complementares e ordinárias, respeitadas e promovidas pela Administração Pública - particularmente Executiva -, e salvaguardadas pelas medidas e decisões judiciais.

Fica, pois, evidenciado, como já arguido anteriormente, que para exercerem de forma excelente e idônea qualquer de suas atribuições, é necessário que todas as instituições - e não só o Judiciário - interpretem a Constituição. Ora, à bem da verdade, há, com efeito, ao menos duas atribuições ao Legislativo e Executivo brasileiros que lhes demanda uma interpretação direta e substancial das normas constitucionais. No primeiro, tal interpretação se dá, necessariamente¹⁸, nas Comissões de Constituição e Justiça (CCJ) presentes na Câmara dos Deputados¹⁹ e no Senado Federal (cf. art. 58 da CF/88), enquanto no segundo dá-se no veto executivo, mais conhecido, porque mais midiático, “veto presidencial” (cf. art. 84, V da CF/88).

Em apertada síntese, às Comissões de Constituição e Justiça atribui-se a análise da constitucionalidade formal (averiguação de obediências às prescrições formais do processo legislativo) ou material (consonância com a matéria e conteúdo das normas fundamentais consagradas pela ordem constitucional) das leis e atos normativos em geral que pretendem ingressar no ordenamento jurídico. Já o chamado veto executivo, que pode ser político (quando contraria o interesse público ao entendimento do chefe do Executivo) ou jurídico (quando entendida lei ou norma como contrária à Constituição), quando feito nesta segunda modalidade, evoca um genuíno exercício de exegese constitucional.

Ambas as interpretações, porque realizadas de modo antecedente à entrada em vigor da norma, são chamadas “controle preventivo de

¹⁸ Nada obstante tal desiderato, o que se percebe, principalmente nos últimos anos, é a utilização da referida Comissão como posto estratégico para o chamado “jogo político”.

¹⁹ Na Câmara dos Deputados esta comissão recebe o nome de “Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania” e possui atribuições praticamente idênticas às da CCJ do Senado.

constitucionalidade”²⁰. Porém, “o controle repressivo de constitucionalidade”, isto é, o poder de expurgar a norma do ordenamento jurídico, cabe como regra ao Judiciário.²¹

Também, diferentemente do controle judicial de constitucionalidade, tais medidas de controle constitucional pelo Legislativo e pelo Executivo não contam com o atributo da definitividade; o parecer da CCJ não é vinculante, sendo possível recorrer-se ao próprio plenário (cf. art. 101, I c.c. art. 254 do Regimento Interno do Senado Federal e art. 54, I c.c. 132, § 2º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados), não havendo ainda qualquer garantia que, uma vez aprovada à avaliação, a norma não venha a ser depois objeto de veto presidencial jurídico ou mesmo de controle de constitucionalidade pelo Judiciário; já o veto executivo pode ser derrubado pela maioria absoluta do Congresso Nacional (cf. art. 66, §4º da CF/88).

Deste modo, entende-se por todo o exposto que há uma legitimidade constitucionalmente reconhecida para a interpretação realizada pelo Legislativo e Executivo, muito embora, até o presente momento, tais interpretações não tenham tanto poder vinculativo e absolutório quanto a interpretação judicial.

5 POSSIBILIDADES ACERCA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL NO BRASIL

É bem verdade que as teorias apresentadas por Bateup, sejam elas teorias prescritivas de método judicial ou teorias descritivas de diálogos institucionais *de facto* encontram maior ou menor reflexo nos diferentes

²⁰ Nos últimos anos, particularmente em razão do acirramento político e polarização nas bancadas parlamentares do Congresso Nacional, tem se tornado comum a impetração de mandado de segurança junto ao STF para assegurar o devido processo legislativo na formação certos normativos, o que também possibilita ao Judiciário a realização de um controle preventivo de constitucionalidade.

²¹ Em pese controvérsias, a doutrina constitucional tem se inclinado cada vez mais no sentido de entender que, nos casos de controle exercido pelo Legislativo sobre leis delegadas e atos normativos decorrentes do poder regulamentar (cf. art. 68, §2º c.c. o art. 49, V da CF/88) e medidas provisórias (cf. art. 62, *caput* c.c. o § 5º da CF/88), do Presidente da República, tem-se uma hipótese de controle constitucional repressivo pelo Parlamento.

ordenamentos jurídicos e constitucionais internacionais como, por exemplo, EUA e Canadá.²²

Segundo Larry Kramer, a Constituição americana, interpretada sistematicamente, consagra um modelo que ele cunhou chamar de “teoria departamentista”:

Cada ramo poderia expressar suas opiniões à medida que as questões viessem a eles no curso normal das coisas: o Legislativo através da promulgação de leis, o Executivo vetando-as, o Judiciário, revendo-as. Mas nenhuma das opiniões dos ramos eram definitivas ou autorizadas. Foram as ações de entidades reguladas que se esforçam para seguir a legislação que os governa, sujeitos a supervisão contínua por seu superior comum, o próprio povo.²³ (KRAMER, 2004: p. 109).

Percebe-se que, no pensamento de Kramer, tanto o Parlamento, ao promulgar leis que se pretendem constitucionais, quanto a Presidência da República, ao vetar legislações sob alegação de inconstitucionalidade, são tão intérpretes quanto a Suprema Corte quando afasta a vigência e/ou a incidência de uma norma por controle de constitucionalidade, onde, porém, todas as interpretações destes ramos do governo do Estado estariam sujeitos à uma revisão final pela autoridade maior da democracia estadunidense, a saber, os próprios cidadãos. Assim, pode-se falar em um “diálogo institucional coordenado” em Larry Kramer, onde a última palavra simplesmente não existe uma vez que, segundo o mesmo autor, pertenceria ao povo.²⁴

Se tal concepção quanto a Constituição americana é possível, não sem alguma abstração, a Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982 (Constituição do Canadá) é mais explícita ao consagrar expressamente, em sua

²² Fala-se também na existência de diálogos institucionais nos ordenamentos constitucionais de Israel, Nova Zelândia e África do Sul, que, contudo, não serão analisadas devido ao escopo exemplificativo que se propõe nesta seção do trabalho, bem como uma maior complexidade que tal análise demandaria.

²³ Tradução livre

²⁴ Larry Kramer é atualmente um dos maiores objetores à doutrina da supremacia judicial na ordem constitucional estadunidense. Sua obra é identificada principalmente com o constitucionalismo popular, embora contenha traços do que poderia ser identificado como teoria dos diálogos institucionais.

seção 33, a possibilidade de o Parlamento vir a vencer a opinião judicial sobre determinada lei ou ato normativo.²⁵ Um estudo mais minucioso do documento revelará a incorporação da doutrina da teoria dos princípios jurídicos pois que submete o instituto do *judicial review* à uma espécie de “*parliamentary review*”, possibilitando, em algumas ocasiões, uma revisão do controle de constitucionalidade judicial pelo Parlamento.

Por surpreendente que pareça, propostas de diálogo institucional já foram cogitadas na ordem constitucional brasileira desde a Constituição – e sua respectiva constituinte – de 1934, quando ainda nem com esta denominação contava.

João Mangabeira, destacado político e jurista brasileiro, membro da Comissão do Itamaraty, criada pelo governo provisório de Getúlio Vargas para elaborar um anteprojeto à Constituição de 1934, já demonstrava agudas ressalvas à proposta de uma carta constitucional que, influenciada pelos modelos europeus-kelsianos de controle de constitucionalidade concentrado, concretizassem um sistema de supremacia da interpretação judicial:

Conferindo ao Supremo Tribunal a atribuição incomparável de decretar a inconstitucionalidade das leis, e, por isso mesmo traçar, em última instância, aos outros Poderes, à União e aos Estados os limites das respectivas competências, óbvio que a Nação se deveria premunir contra os possíveis abusos dessa faculdade formidável. Porque nenhuma ditadura seria mais abominável, que a desses juízes vitalícios e irresponsáveis diante da Nação, que não encontraria, em muitos casos, contra os desmandos de tais ministros, outro recurso que a revolução, tão moroso e complicado, num dia de crise ou de perigo, o da reforma constitucional, ante o povo exaltado pelos crimes da oligarquia judiciária (MANGABEIRA, 1934: p. 112)

²⁵Onde se lê: **Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982. Seção 33. (1)** O Parlamento ou a legislatura de uma província poderá promulgar uma lei onde se declare expressamente que a lei ou uma das suas disposições terá vigor independentemente de qualquer disposição incluída no artigo 2 ou nos artigos 7 a 15 da presente Carta.**(2)** A lei ou disposição da lei que esteja em vigor sob a declaração de que trata este artigo terá o efeito que teria, exceto pela referência à disposição desta Carta referida na declaração.**(3)** A declaração feita ao abrigo do parágrafo (1) cessará de ter validade cinco anos após ter entrado em vigor ou em uma data anterior especificada na declaração. **(4)** O Parlamento ou a legislatura provincial poderá promulgar novamente a declaração feita ao abrigo do parágrafo (1). **(5)** O parágrafo (3) será válido para todas as promulgações repetidas adotadas ao abrigo do parágrafo (4). Versão traduzida. Disponível em <http://brazilians.ca/faq_direitos.htm>. Acesso em 29/09/2018.

Por isso mesmo, Mangabeira propõe o seguinte desenho institucional pensado para figurar enquanto dispositivo normativo na Carta de 1934:

Uma lei da Assembleia Nacional só poderá ser declarada inconstitucional quando votarem neste sentido, pelo menos, dois terços dos ministros do Supremo Tribunal. Verificado este caso, o presidente do Supremo Tribunal remeterá, dentro de 48 horas, uma cópia da decisão ao Presidente da República. Se este concordar com o julgamento, expedirá, dentro de 48 horas, um decreto declarando a lei revogada. Se nisso não aquiescer comunicará a sua opinião, com a cópia da sentença à Assembleia Nacional ou à Comissão Permanente em sua ausência. E, se uma ou outra, por dois terços de votos, discordarem da sentença, o dissídio entre o Supremo e os outros poderes do Estado será resolvido por um plebiscito. Se a Assembleia ou a Comissão se conformarem com a sentença ou não a recusarem por dois terços, a lei ficará “ipso-fato” revogada.

Note-se a complexidade e completude de tal arranjo que já na década de 30 propunha uma série de medidas e mitigações ao controle de constitucionalidade jurisdicional, a saber: i) exigência de quórum qualificado dos votos do colegiado do Supremo Tribunal para declaração de inconstitucionalidade de lei ou norma; ii) possibilidade de outros Poderes, neste caso, a Presidência da República e a Assembleia Nacional legislativa, de igualmente apreciarem a matéria, o primeiro (Presidente da República) servindo de destinatário inicial e mediador da declaração de inconstitucionalidade do Supremo, e o segundo (Assembleia Nacional) funcionando como órgão revisor *de facto*; e iii) a possibilidade de convocação de plebiscitos para decidir em definitivo a matéria controvertida. É possível dizer assim que a proposta de João Mangabeira guarda tanto relação com as teorias do diálogo institucional quanto com o constitucionalismo popular (CARDOSO, 2014).

A sistemática proposta por Mangabeira não foi adotada pela Constituição integralista de 1934, na verdade, nem sequer chegou a constar no anteprojeto

(CARDOSO, 2014). Nada obstante, desenho institucional de alguma semelhança foi adotado pela Constituição polaca de 1937:

Art. 96, parágrafo único. 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.

A diferença mais significativa está na discricionariedade conferida à interpretação dissonante do Presidente da República que poderia discordar da declaração de inconstitucionalidade do STF por entender ser contrária “*ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta*”, e também no encerramento da controvérsia quando superada por dois terços dos votos do Congresso Nacional, portanto com a supressão da necessidade de submissão da controvérsia à apreciação popular.²⁶

Na atual ordem constitucional, em que pese - como já demonstrado - a maior parte da doutrina e jurisprudência constitucional interpretarem o art.102, *caput* como subsídio principal da supremacia judicial, poder-se-ia falar em uma “cláusula aberta” para o diálogo institucional no art. 23,I da CF/88 que determina: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público”.

Ora, uma vez que, como é sabido, são Poderes da União, também presentes a nível estadual e parcialmente a nível municipal²⁷, independentes e

²⁶ Na redação da proposta de João Mangabeira, em que pese não haver prescrições claras e evidentes à subsidiarem a discordância do Presidente da República com relação à interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, parece estar implícito um maior compromisso com o teor da própria norma que teve sua inconstitucionalidade declarada. A verdade é que diferentemente de João Mangabeira, que sustentou o sistema dialógico por temor de eventuais desmandos do Judiciário, a inserção do modelo de controle presidencial das declarações de inconstitucionalidade judiciais teve cunho eminentemente político e fascista (pois que a Carta Polaca de 1937, como se sabe, é de inspiração fascista)

²⁷ Enquanto estados possuem, em suas respectivas circunscrições, auto-organização e autonomia dos Poderes Legislativo (assembleia legislativa), Executivo (governo estadual) e Judiciário (juízes de direito e

harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, não é incorreto, pelo contrário, é lógico, o entendimento que compreende a vinculação e dever todos os Poderes da República de guardarem a Constituição, conforme insiste e sistematicamente se tem defendido aqui.

À bem da verdade, pode-se mesmo admitir a existência de uma espécie de sistema de diálogo institucional no Brasil que perpassa por todos os Poderes quando, na hipótese de o Presidente da República, que cumula competências de veto jurídico à legislação ordinária produzida pelo Congresso Nacional e legitimação ordinária para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, intentar a execução de ambas as competências em relação ao mesmo ato normativo controvertido. O seguinte esquema explica o que se quer expressar:

Ato 1. Processo Legislativo pelo Congresso Nacional (art. 65)
→ **Ato 2.** Veto Jurídico Presidencial (art. 66, §1º) → **Ato 3.** Derrubada do Veto pelo Congresso em sessão conjunta (art. 66, § 4º) → **Ato 4.** ADIN impetrada pelo Presidente da República julgada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 103, I)

Assim, percebe-se, ainda que de forma a manter no Judiciário a última palavra, há um “esboço” de diálogos institucionais na atual Constituição do Brasil e, note-se também, tal qual na proposta de João Mangabeira de 1934 e na implementada por Francisco Campos em 1937, tem no Presidente da República “a motriz do diálogo”, sem contudo, poder pronunciar ele mesmo a palavra final.²⁸

Por outro turno, segundo o entendimento adotado, não resta configurada qualquer “heresia” à doutrina constitucional pensar-se em arranjos, tal qual o

tribunal de justiça), os municípios e o Distrito Federal, apenas, aqueles dois primeiros por suas respectivas câmara de vereadores e câmara legislativa e prefeitura municipal e governo do DF.

²⁸ O motivo para tanto parece ser pela história e pelos recursos conferidos à este Poder, mostra-se temerário muni-lo de tal prerrogativa, assim também, pelo que ao menos em três Constituições brasileiras legitimaram (sentido literal) um Executivo forte e/ou autoritário na história do país, quais sejam, a Constituição do Império de 1824, a Constituição do Estado Novo em 1937, e a Constituição do Regime Militar em 1967. Em todas estas ordens constitucionais, houve notícias de episódio, ou ao menos relatos, que, em maior ou menor grau, violaram o que se consente hoje por direitos fundamentais, com o tolhimento de liberdades individuais.

idealizado para a Constituição de 1937, que ofereça, alternativamente, a última palavra em matéria constitucional a outro Poder. Nada obstante, parece mesmo mais excelente o desenho de Mangabeira, que, para além de consolidar um sistema de diálogos institucionais à semelhança dos moldes da teoria princípios jurídicos, descrita por Cristine Bateup, viabiliza ainda a realização de plebiscito cívico capaz de concretizar o constitucionalismo popular pelo veto ou ratificação das decisões judiciais conforme o modelo de Tom Donnelly.²⁹

Em todo este diapasão, existe, se bem que arquivada, a PEC °33/2011 que “Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição”³⁰, inclusive com previsão de consulta popular.

Finalmente e mais recentemente, o Ministro Dias Toffoli, quando no seu discurso de posse na presidência do Supremo, sustentou uma maior cooperação e coalizão entre os Poderes constituídos da República no cumprimento e realização dos preceitos constitucionais como representantes e garantidores da soberania popular, o que aproxima o discurso do ministro ao ideal de construção coordenada dentro da teoria dos diálogos.³¹

²⁹Donnelly é autor e idealizador do ensaio Making Popular Constitutionalism Work (Fazendo o Constitucionalismo Popular Funcionar, em tradução livre), aonde aponto formas e métodos por meio dos quais acredita que se poderia concretizar o constitucionalismo popular; a teoria, por vezes é muito criticada por ser considerada excessivamente abstrata e impraticável. Para saber mais, consulte: DONNELLY, Tom. Making Popular Constitutionalism Work. **Wiscosin Law Review**, 2012. Harvard Public Law Working.

³⁰ De autoria do de autoria do ex-Deputado Nazareno Fonteneles (PT/PI) e sobescrita por outros parlamentares. A Proposta de Emenda à Constituição na íntegra pode ser conferida em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3C2D4C05D77822F3F29CE7E182F2A7A6.proposicoesWebExterno1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Nada obstante, não se pode olvidar que fora proposta no clímax do julgamento do escândalo político que viria a ficar conhecido como “Mensalão”; escândalo este que concedeu grande protagonismo ao palco jurisdicional do STF, instância responsável pelo julgamento das ações que envolveram inúmeros parlamentares e partidos políticos, inclusive, quanto à estes últimos, tendo como um dos núcleos principais o partido do autor da emenda, o que, no mínimo, faz suspeitas as motivações que levaram o agente político a idealizar tal proposta naquele momento.

³¹ Discurso proferido por ocasião da Sessão Solene realizada no Plenário do Supremo Tribunal Federal em 13/09/2018, transmitida ao vivo pela TV Justiça. Publicado em 14/09/2018 na plataforma digital do YouTube. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=-Dqx7EhzHzY>>. Na ocasião, o próprio ministro Toffoli teve reiteradamente sua característica de dialógico destacada pelos seus pares do Supremo

6 CONCLUSÃO

Conclui-se assim, por todo o exposto, que o modelo que ora vigora de interpretação da constituição que tem no Judiciário o palco final da hermenêutica constitucional, conquanto mais tradicional, não é necessariamente o mais garantista à democracia e às minorias, antes e a *contrario sensu*, tem sido ele o responsável por desmandos e equívocos da ala judicial do Estado que, sem ter um controle externo de sua atividade interpretativa, tem perpetuado interpretações precipitadas e nocivas a grupos mais vulneráveis da cidadania e das próprias democracia.

Depreende-se também que um sistema de diálogos institucionais que repartisse a competência interpretativa da constituição entre as diferentes instituições da república mostrar-se-ia mais democraticamente legítimo e republicano, na medida em que relativiza, em nome e em garantia da soberania popular, a prerrogativa da “última palavra” em matéria constitucional, que, por diversas vezes, trata de assuntos de sensibilidade popular como, por exemplo, direitos fundamentais e políticas públicas.

Finalmente, em se tratando da realidade brasileira, resta provado que o sistema da supremacia judicial ora sedimentado não é fruto de outra coisa que não de uma interpretação equivocada do art. 102, *caput* da CRFB/88 pelo STF, e que a mesma Constituição subsidia, a partir de outros dispositivos, um sistema de diálogos institucionais que garantiria maior legitimidade democrática, o que, por sinal, parece se coadunar melhor com o “espírito” da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, alcunhada de “Constituição Cidadã” porque pensada para ser, em tudo, legitimada pela cidadania.

7 REFERÊNCIAS

Tribunal Federal, seja nas entrevistas que antecederam a posse, seja na fala de abertura do ministro Luís Roberto Barroso.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. **Repositório FGV de Periódicos e Revistas: 2005?**. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 29/09/2018.

BATEUP, Christine. **The Dialogic Promise: Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue**. New York University School of Law. Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper No. 05-24, nov. 2005.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “Última Palavra”, o Poder e a História: O Supremo Tribunal Federal e o discurso da supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. N. 201. Jan./mar. 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Resolução nº 17, de 1989**: Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Versão Eletrônica. Disponível em: http://www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/RIpdf/RegIntern o.pdf. Acesso em: 29/09/2018.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Versão Eletrônica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm. Acesso em 29/09/2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Versão Eletrônica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Vários acessos.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Versão Eletrônica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm. Acesso em 15/10/2017.

BRASIL. OAB – Conselho Federal. **Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB. Dispõe sobre o Regulamento Geral previsto na Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994**. Versão Eletrônica. Disponível em: <http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/regulamentogeral.pdf>>. Acesso em: 29/09/2018.

BRASIL. Senado Federal. **Resolução nº 93, de 1970: Aprova o Regimento Interno do Câmara do Senado Federal**. Versão Eletrônica. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>. Acesso em: 29/09/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Versão Digital. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>. Acesso em: 29/09/2018.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional e outros ensaios**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1983.

CARDOSO, Rodrigo Mendes. **As teorias do constitucionalismo popular e do diálogo na perspectiva da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 6(2):218-227, julho-setembro 2014.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Brasília: Universidade de Brasília (UnB), 2001.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

KRAMER, Larry. **The People Themselves: Popular constitutionalism and judicial review**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MANGABEIRA, João. **Em Torno da Constituição**. São Paulo, Editora Nacional, 1934.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado – Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Palestra: Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas. In **Diálogo Judicial Brasil-Estados Unidos – 2011**, em 12 de maio de 2011. Brasília: Idp, 2011. Versão digitada em PDF disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/551/363>. Acesso em 29/09/2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. Campos Elísios: Editora Atlas, 2012.

PAIXÃO, Leonardo André. **A Função Política do Supremo Tribunal Federal**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2007.