

168 - 188

Artigo

**UM CONTRAPONTO DWORKINIANO
À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA
PURA NO MUNDO A PARTIR DE RAN
HIRSCHL: A LEGITIMIDADE E APTIDÃO
DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO**

DAVID ELIAS CARDOSO CAMARA
PEDRO NILSON MOREIRA VIANA

UM CONTRAPONTO DWORKINIANO À JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PURA NO MUNDO A PARTIR DE RAN HIRSCHL: A LEGITIMIDADE E APTIDÃO DEMOCRÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

A DWORKINIAN COUNTERPOINT TO THE JUDICIALIZATION OF
PURE POLICY IN THE WORLD FROM RAN HIRSCHL: A LEGITIMACY AND
DEMOCRATIC APTITUDE FOR THE CONTROL OF BRAZILIAN CONSTITUTIONALITY

DAVID ELIAS CARDOSO CAMARA

Graduando em Direito
Universidade CEUMA, São Luís | Brasil
david.camara1@outlook.com

PEDRO NILSON MOREIRA VIANA

Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça
Universidade Federal do Maranhão, São Luís | Brasil
pedro.moreira.viana@hotmail.com

RESUMO: Desde a doutrina judicialista, são variados os debates que pretendem conciliar interdependência e harmonia entre o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário na criação e significação dos direitos. Entre os muitos doutrinadores opostos ao poder revisional dos tribunais constitucionais, destaca-se Ran Hirschl, para quem as questões de política e que envolvem identidades das nações devem ser decididas, em último caso, por cortes legislativas. Neste aspecto, a obra analisa a teoria do *judicial review* e o fenômeno da judicialização da política a partir Ran Hirschl, a fim de confrontar seus argumentos com as perspectivas de Ronald Dworkin na tentativa de compreender se tribunais constitucionais são (ou não) democraticamente legitimados a interpretar e definir questões de valores morais e de política.

PALAVRAS-CHAVE: judicialização da política; controle de constitucionalidade; tribunais constitucionais.

ABSTRACT: Since the judicial doctrine, there are many debates that aim to reconcile interdependence and harmony between the executive, legislative and judiciary powers in the creation and meaning of rights. Among the many indoctrinates opposed to the reviewing power of constitutional courts, Ran Hirschl stands out, for whom issues of politics and which involve the identities of nations must be decided, ultimately, by legislative cuts. In this regard, the work analyzes the theory of the judicial review, and the phenomenon of the judicialization of politics from Ran Hirschl, in order to confront its arguments with the perspectives of Ronald Dworkin in an attempt to understand whether constitutional courts are (or not) democratically legitimated. to interpret and define questions of moral and political values.

KEYWORDS: judicialization of politics; constitutionality control; constitutional courts.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ran Hirschl e a judicialização da política pura no mundo: delimitação inicial. 3. As três faces da política judicializada de Hirschl e sua imprecisão conceitual. 4. Dworkin e a legitimidade democrática da revisão judicial sobre valores e princípios constitucionais. 5. O controle de constitucionalidade brasileiro: legitimidade e aptidão democrática para lidar com questões de valores e princípios. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. Introdução

A busca pelo equilíbrio institucional levada a cabo nas origens da organização política dos Estados Unidos implicou necessariamente o controle do poder mediante o seu escalonamento, seja entre governo central e local, seja ainda entre poderes de estado com funções repartidas para legislar, governar e julgar. Essa noção de controle do poder estatal estabeleceu a separação harmônica de papéis que cada ramo de governo deveria exercer, de sorte que é possível identificar neste modelo de organização um imbricado sistema de competências repartidas entre as várias esferas de decisão política.

Em que pese não terem os americanos inventado a tríplice estrutura de funções do Estado, a sua Constituição de 1787 apresenta características que expressam fortes tendências ao controle, dentre as quais se destacam a instituição de um plano horizontal entre os poderes de estado e a capacidade de tribunais de justiça invalidarem leis e atos normativos por meio de um singular sistema de controle de constitucionalidade.

O paradigma judiciário firmado primeiramente na Constituição americana, apesar de também fazer parte da estrutura política de vários Estados democráticos, como o Brasil, enfrentou e ainda enfrenta incisivas objeções. É que a última palavra do sistema do *judicial review* pode promover, em alguma medida, a ocorrência de fenômenos como o ativismo judicial e a judicialização política, levando a doutrina a uma busca por formas alternativas de definição do direito.

Neste estudo, pretende-se analisar os argumentos expedidos por Ran Hirschl (2009) no artigo “O novo constitucionalismo e a judicialização da política no mundo”, em contraste com as perspectivas de Ronald Dworkin, a fim de compreender, afinal de contas, se tribunais constitucionais são (ou não) democraticamente legitimados a interpretar e definir questões de valores morais e de política.

2. Ran Hirschl e a judicialização da política pura no mundo: delimitação inicial

No artigo “O novo constitucionalismo e a judicialização da política no mundo”, Ran Hirschl desenvolve uma análise do fenômeno contemporâneo da judicialização da política nas democracias contemporâneas, destacando em seu estudo uma profunda transformação dos processos decisórios e dos centros de poder. Segundo sua perspectiva, o poder migrou de instituições democráticas de representação para tribunais, tanto em nível nacional como internacional. Esta alteração, na perspectiva do autor, advém do estabelecimento de uma chamada “supremacia constitucional” – oriunda dos Estados Unidos da América –, e amplamente difundida no constitucionalismo global em razão da influência intelectual e política dos americanos.

Este arranjo institucional pautado na supremacia constitucional seria tão atraente que foi capaz de “infiltrar-se” em países de tradição legalista – como é o caso do Reino Unido, Canadá e Nova Zelândia, onde tradicionalmente os processos de decisão e interpretação do direito centram-se não no Judiciário, mas sim no Poder Legislativo. Esta significativa alteração da forma como as democracias vem interpretando o sentido e extensão dos direitos – para ele, uma “tendência” – tem manifestado um fenômeno de efeitos negativos: a judicialização da política.

Segundo Hirschl (2009, p. 140), a judicialização da política é um conceito “guarda-chuva”, difícil de delimitar em razão da dificuldade de definir no que consiste a “política”, mas que, apesar disso, expressa-se pela constatação do “recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas”. Para o autor, isso tem conferido aos tribunais uma importância muito maior do que deveriam ter, o que significa dizer, de outro modo, que importa mitigar a atuação dos tribunais acerca de “controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver” (HIRSCHL, 2009, p. 140).

Cumpra observar que, para Hirschl, o que precisa ser analisado com maior cuidado é precisamente que confiar aos tribunais a solução de questões delicadas de identidade coletiva – que se encontram nos processos de construção de uma nação – não é a melhor coisa a ser feita. A fim de sustentar essa tese, Hirschl constrói de início três categorias de judicialização “indevida” da vida, pretendendo ao fim, pelo estudo de casos emblemáticos, evidenciar a judicialização da política pura e seus efeitos negativos sobre a representatividade democrática dos tribunais em seus processos decisórios interpretativos no constitucionalismo contemporâneo. Assim, cumpre analisar criticamente os argumentos expostos por Hirschl na tentativa de validar, ou não, suas premissas e conclusões.

De partida, em sua análise preliminar, o autor sugere a existência de uma política pura – aquela relativa a questões que envolvem “controvérsias políticas sobre as identidades das nações”. Isto é, para ele, deve existir nas democracias um processo político puro, no qual os macrodissensos políticos (ou como o autor prefere, macropolítica) sejam decididos por meio da representação legislativa. A par desta consideração é que ele conclui, na premissa, que esta ordem natural das democracias foi alterada a partir da cultura da soberania ou supremacia judiciária fixada no constitucionalismo americano. Logo, aqui é preciso cuidado em sua análise. Isto porque Hirschl está se referindo vagamente ao arrojado sistema de controle de constitucionalidade americano, desenvolvido a partir da constituição de 1787, que não pode ser compreendido – ao menos não sem debate – como uma supremacia judiciária.

Veja-se que a expressão “supremacia”, no uso de Hirschl, refere-se ao fato de que lá nos Estados Unidos da América, assim como no Brasil e em inúmeras outras democracias atuais, é o Poder Judiciário que é dotado da última (e não única) palavra sobre os conflitos que envolvem a extensão e o sentido dos direitos fixados em uma constituição política.

Deste modo é que, ao discutir-se, ao fim e ao cabo, se os tribunais são aptos ou não a lidar com controvertidas questões de ordem política, não estamos diante de uma supremacia judiciária – que, pela expressão supremacia, constrói a ideia de que somente o Poder Judiciário seria legitimado pela construção e interpretação do direito – mas sim de um modelo, democrático, no qual o Poder Judiciário se encontra juntamente a outros dois poderes, a exercer funções tanto nomológicas, quanto administrativas e decisórias.

Neste modelo americano, diferentemente dos de tradição legislativa, o Judiciário detém a última palavra nos processos de interpretação das questões constitucionais, não uma “supremacia”. Portanto, o emprego desta terminologia, dissociada de uma análise concreta de um sistema constitucional, pode induzir o leitor a concluir que o Judiciário é o único e, portanto, soberano dos ramos de governos a lidar com questões morais ou políticas, quando em verdade, pelo menos no constitucionalismo americano, este detém a última palavra.

Tanto que, se assim não fosse, o Congresso americano já poderia ter encerrado suas atividades legislativas e delegado sua função típica de inovação ao Poder Judiciário – que, pela tradição, apenas conforma interpretações à Constituição, mas não cria. Assim, não há que se falar em supremacia judiciária, mas sim em um arranjo no qual o Judiciário detém a última interpretação sobre os direitos de uma dada organização política.

Para Hirschl (2009, p. 141), deve existir nas democracias um processo político puro, no qual questões morais polêmicas sejam decididas, exclusivamente, por meio da representação legislativa, sendo o direito constitucional “uma forma de política por outros meios”.

Significa dizer que, na concepção hirschliana, os processos judiciais de decisão que envolvam os direitos e valores principiológicos previstos em uma Constituição – que antes de tudo consti-

tui uma ordem política – são uma forma inadequada de decidir questões políticas por conta de um *deficit* de legitimação democrática dos tribunais não eleitos.

3. As três faces da política judicializada de Hirschl e sua imprecisão conceitual

A fim de sustentar sua tese principal, o autor revela que a judicialização da política é um termo “guarda-chuva”. “Guarda-chuva” porque nele estão inseridos pelo menos três processos diferentes, que, apesar de suas características próprias, são inter-relacionados. Muito embora seja um conceito amplo, para Hirschl (2009, p. 142), pode ser delimitado como sendo “a disseminação de discursos, jargões, regras e processos jurídicos na esfera política e nos fóruns, e processos de elaboração de políticas públicas”. Na sua concepção, muito acertadamente, essa judicialização “é inseparável do fenômeno da captura das relações sociais e da cultura popular e da expropriação dos conflitos sociais por parte do direito” (HIRSCHL, 2009, p. 142). Essa constatação, deriva, naturalmente, do modo pelo qual a civilização humana compreende o estabelecimento de suas relações. Isso significa dizer que a visão hirschliana muito corretamente observa que a complexidade e a multiplicidade de direitos e interesses nas sociedades contemporâneas impõem a constituição de ordens políticas e sociais cada vez mais complexas.

Fazer frente a uma realidade cada vez mais complexa e cada vez mais mutável, fluída, demanda do pacto social uma ordem que contempla ao mesmo tempo a todos, em suas diferenças e semelhanças, permitindo-se a participação da construção de uma coletividade rica em diferenças. Essa necessidade sistêmica de uma organização política pautada na diversidade de valores e interesses é absolutamente indesejável na contemporaneidade. Isto porque a evolução social humana, permitida pelo avanço tecnológico e pela construção de uma comunidade global de

mercados, misturou valores morais e princípios que não mais conhecem fronteiras, idiomas ou moedas. Tal realidade demanda das instituições de governo uma coordenação, uma racionalidade nos processos de decisão e escolha pública, porquanto, diante de interesses multitudinários, o conflito de direitos e valores morais é comum e absolutamente normal.

Conciliar tamanhas diferenças culturais, históricas, econômicas, religiosas e filosóficas em um único ordenamento demanda uma “servidão voluntária” dos cidadãos, uma espécie de adesão racional na qual as escolhas coletivas são pautadas não no arbítrio, mas na confrontação entre argumentos racionais. Assim é que, para Hirschl, questões antes decididas informalmente passam a ser submetidas a regras e procedimentos jurídicos. Esse é um aspecto da judicialização hirschliana.

O segundo aspecto, ou face, da judicialização da política para Hirschl reside na expansão da competência de tribunais e juízes quanto à definição de políticas públicas – por meio de decisões envolvendo direitos constitucionais. Esta expansão se desenvolve ora no sentido de ampliar e reforçar as fronteiras da proteção de direitos individuais, ora por meio da fiscalização de procedimentos por parte dos tribunais. Isto, em sua concepção, evidencia a transferência de prerrogativas centrais de elaboração de políticas de arenas decisórias majoritárias para tribunais insulados.

Por fim, Hirschl (2009, p. 147) evidencia a terceira classe emergente da judicialização da política: caracterizada pelo emprego de tribunais e juízes para lidar com a “megapolítica”. “Megapolítica” deve ser compreendida como questões de alta importância para uma sociedade, questões que, segundo ele, “são primordialmente morais e políticas – e não jurídicas” e que, portanto, devem ser dissociadas do julgamento por um tribunal. Segundo o autor, “como tais, eles devem – ao menos por questão de princípio – ser contemplados e decididos pela própria população, por meio de seus representantes eleitos e politicamente responsáveis” (HIRSCHL, 2009, p. 147).

Hirschl confessa que a diferença entre o segundo e o terceiro nível de judicialização da política vai além da relevância política das questões que tratam. Porém insiste em concluir que o que diferencia a judicialização da megapolítica é uma diferença “qualitativa” que importe na definição autoritativa da *raison d’être* de uma comunidade. Isto permite evidenciar, na realidade, que as questões que Hirschl define como questões de megapolítica são todas as questões de valores ou princípios vigentes em uma sociedade que têm impacto qualitativo grande sobre como aquela organização lida com tais valores.

Noutro modo, questões de judicialização da política de menor importância são aquelas que envolvem o julgamento de um tribunal sobre valores ou princípios vigentes em uma sociedade que têm impacto qualitativo menor do que os valores de megapolítica. A abertura desse conceito, aliado à sua imprecisão terminológica, parece comprometer, afinal, qual destes níveis de judicialização da política pode ser tolerável e qual permite reforçar a tese hirschliana de que tribunais “usurpam” a legitimidade democrática dos representantes eleitos nas discussões de valores morais. São esses fundamentos facilmente superados pela doutrina dworkiniana.

4. Dworkin e a legitimidade democrática da revisão judicial sobre valores e princípios constitucionais

Dworkin reconhece que a supremacia judicial é um fato histórico da sociedade americana, que considera o Poder Judiciário como o intérprete final da Constituição, cuja compreensão dos direitos fundamentais é a de um ordenamento principiológico. O esforço teórico por ele depreendido na obra *Taking Rights Seriously* tem como objetivo justificar a legitimidade democrática do *judicial review*. Em um primeiro momento, é possível afirmar que Dworkin não vê nenhuma objeção à invalidação de leis por juízes não eleitos – em verdade, o autor acredita que este arranjo é capaz de melhorar as estruturas democráticas. As-

sim, para sustentar a tese do controle de constitucionalidade por Cortes de Justiça, ele desenvolve uma teoria acerca da decisão judicial, pautando-se na atuação do Estado-Juiz ante o dever de decidir um caso, nas hipóteses em que a norma é insuficiente ou o texto legislativo ambíguo.

Segundo Dworkin, na doutrina positivista mais tradicional:

[...] é aceitável que em casos deste jaez, o juiz tenha discricionarie-
dade para solucionar a disputa a ele proposta, posto que inevitavel-
mente não pode se esquivar de julgá-la. (DWORKIN, 1978, p. 94).

Dworkin discorda incisivamente dessa postura e acredita que o juiz deve achar a única solução possível para o conflito. Na sua acepção, o positivismo não consegue lidar com casos efetivamente difíceis, pelo fato de que eles consideram o sistema jurídico composto apenas de normas regras, desconsiderando as normas princípios – dotadas de conceitos indeterminados ou suficientemente abertos a várias interpretações simultaneamente possíveis.

Para Dworkin (1978, p. 95), “o direito é essencialmente interpretativo” e, neste aspecto, as normas princípios, por seu turno, permitem aos juízes decidirem os casos concretos. Isso significa dizer, de certa forma, que o direito só pode ser compreendido no caso concreto, uma vez que derivaria de um esforço conjunto de interpretação das regras, da moralidade, princípios e das diretrizes políticas. Brevemente, seria possível que, a partir dos direitos fundamentais fixados na Constituição, as decisões políticas tomadas pela sociedade ou por seus representantes sofressem um processo de adequação.

O autor assenta que a Constituição americana prevê uma série de direitos (jurídicos) individuais – como as cláusulas do devido processo legal, proteção igualitária e outras similares. Contudo, a única previsão constitucional de direitos não é suficiente para garantir a sua execução. Essencialmente porque a Constituição,

ao fundir problemas jurídicos e morais simultaneamente, não responde diretamente se aquele sistema jurídico reconhece todos os direitos morais dos cidadãos, ou mesmo se estes cidadãos teriam o dever de obedecer à lei, ainda quando ela violasse tais direitos¹.

Assim, inevitavelmente, quando uma Constituição firma direitos individuais de natureza principiológica – ou seja, quando estabelece direitos, mas não estabelece instrumentos próprios para garanti-los, ou ainda quando não estabelece precisamente no que tais direitos consistem², algum organismo de governo deve ter a última palavra sobre o que tal direito deve valer.

Assim, clarifica Dworkin:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. (DWORKIN, 1978, p. 101) (tradução nossa).

De acordo com a teoria constitucional do autor, a argumentação jurídica pode ser compreendida em decisões: (1) *argumentos de princípios* (justificam uma decisão mostrando que ela protege os direitos de um indivíduo ou de um grupo); e (2) *argumentos de política* (justificam a decisão mostrando que ela protege ou fomenta um objetivo da comunidade como um todo; são aqui entendidos como de políticas públicas, que buscam promover benefícios gerais.)

1 Segundo Dworkin, esses questionamentos são sempre mais exsurgentes quando alguma minoria reclama direitos e a lei lhe nega, ou quando se debatem movimentos radicais de exclusão de direitos.

2 Os princípios não almejam estabelecer condicionantes para a sua aplicação, mas tão somente fazem um anúncio para a sua efetivação e aplicação. Já as regras devem ser aplicadas de modo irrestrito, pois se aplicam ou não se aplicam no caso concreto.

A distinção entre argumento de princípios e argumento de política é o que em um primeiro momento autoriza o *judicial review*. Em regra, o juiz não deve agir como legislador, devendo limitar-se a aplicar as leis existentes, visto que o juiz não é investido de autoridade pública para legislar. Não obstante, a atividade jurisdicional é inescapável à atuação análoga de um legislador, pois que o magistrado aplica a lei, em tese, ao caso concreto, adequando-a às particularidades e finalidades a que se propõe. Demais, os preceitos legais, quando de tipologia aberta, são vagos e, em certa medida, confusos e conflitantes com outras normas.

Essa atividade jurisdicional, especialmente quando do exercício do *judicial review*:

deve levar em consideração apenas os argumentos de princípio, de forma a impor direitos fundamentais contra decisões de uma maioria política que, pelo processo legislativo, pode suprimir os direitos morais das minorias. (DWORKIN, 1978, p. 104) (tradução nossa).

Neste particular, as mais variadas teorias de refreamento do *judicial review* surgiram com base no “temor” de que a vontade democrática seja substituída pela vontade das Cortes.

Em geral, teóricos como o próprio Waldron advogam pela preservação de um espaço próprio de conformação com a vontade legislativa. Tais teóricos alegam, segundo Dworkin (1978, p. 106), que em uma democracia todas as questões não resolvidas, incluindo aquelas relativas a princípios morais e políticos, “devem ser resolvidas por instituições que sejam politicamente responsáveis de um modo que os tribunais não são”. Em regra, na sua leitura, existem variados fundamentos democráticos em cada constituição. E para a resposta da viabilidade da tradição e dos princípios (entre eles o *judicial review*), é importante conhecer a espécie de democracia cultivada nos Estados Unidos.

Para Dworkin, a democracia americana adota um constitucionalismo que tem por um primeiro decorrente a proteção dos direitos das minorias contra os abusos da maioria – de sorte que decisões contra a maioria não devem ser deixadas aos influxos de interesse dessa mesma maioria.

Ademais, Dworkin, neste ponto específico, identifica um óbice à tese de Waldron. Segundo o autor, em virtude do princípio que veda a atividade legislativa em causa própria, as decisões de política e de princípio que têm potencial de ir de encontro à maioria não podem ser submetidas a sua própria deliberação. Na sua concepção, este cenário revela que a legalidade ficaria malferida (visto que os legisladores atuariam em benefício de si mesmos ou de seu próprio grupo político), o que impunha reconhecer que, pelo menos quando direitos fundamentais das minorias estivessem em risco (de extinção ou mesmo de redução), o Legislativo não seria o lugar apropriado para tomar decisões de princípios.

Demais, Dworkin reconhece que em uma sociedade que se dignifica a ponto de assegurar direitos em um texto constitucional está necessariamente sujeita a lidar com problemas jurídicos e morais. Inevitavelmente, pelo que ele afirma, quando uma Constituição firma direitos individuais, mas não estabelece instrumentos próprios para garanti-los ou não estabelece precisamente no que consistem (de natureza principiológica) – algum organismo de governo deve ter a última palavra sobre o que tal direito deva valer. Tal resposta pode ser dada pelas Cortes de Justiça, sem que isso portanto signifique violação ao princípio da legitimação democrática.

Em toda sociedade que assegure direitos individuais, todos os cidadãos têm o dever moral para si e para com seus concidadãos de obedecer a lei. Contudo, tal dever não é absoluto ante a possibilidade de conflitos entre obrigações morais/religiosas e obrigações de Estado. Assim, todos os homens têm o dever de obedecer a Lei, mas, quando houver eventual conflito entre a lei de estado e a consciência, existirão situações que autorizam a desobediência civil (p. ex., objeção de consciência para o exercício militar).

A Constituição dos Estados Unidos assegura direitos morais aos cidadãos e converte-os em direitos jurídicos, a exemplo dos direitos à igualdade jurídica, liberdade de expressão e de consciência; isto é, tais direitos fundamentais representam verdadeiros direitos indisponíveis, de sorte que, mesmo se eventualmente convencidos de que a maioria estaria melhor com a restrição de tais direitos, o governo não poderia restringi-los.

Dworkin (1978, p. 107) compreende que o Estado “pode modificar os direitos fundamentais; contudo, deve haver razoável justificativa para tanto”. Entre as justificativas inservíveis, ele acredita que o benefício comum, o bem geral ou ainda o interesse da maioria não são argumentos razoáveis. Em sua acepção, se o governo elenca justificativas abstratas sem razoabilidade para, por meio da lei, restringir um direito individual fundamental, o cidadão está desobrigado a cumpri-la, de sorte que há uma necessidade de defesa dos direitos morais em desfavor da simples alocação de recursos ou da mudança de plano político (argumentos de política), a fim de que os direitos contra o Estado sejam factivelmente estruturados.

Essa digressão – de proteção dos direitos morais (fundamentais) de minorias – leva a considerar que o Poder Judiciário é muito mais preparado para lidar com problemas dessa natureza, visto que o direito é por ele compreendido como eminentemente interpretativo, e a proteção dos direitos morais das minorias não pode ficar a cargo do julgamento da maioria (que detém argumentos de política radicalmente diferentes)³.

Apesar de crer serem as Cortes as instituições mais apropriadas para a leitura principiológica da Constituição (teoria judicial da decisão aliada à concepção de democracia constitucional),

³ Dworkin acredita ainda que devemos considerar que os comandos normativos constitucionais são de escrita aberta (e eventualmente confusos e conflitantes). A autoridade prevista no sistema norte-americano é dos juízes e da Suprema Corte.

Dworkin não olvida que o controle de constitucionalidade está sujeito ao seu próprio acerto. Neste particular, ele acredita que as possibilidades de decisões equivocadas do Parlamento e das Cortes são simétricas.

De toda forma, o autor prefere instituições mais arrojadas em lidar com argumentos de princípio, pois a ele importa mais essa atitude de velar pela integridade dos direitos morais dos indivíduos do que propriamente a resposta dada. Isso significa que, na sua acepção de democracia constitucional, tendo em vista a necessidade de proteção dos argumentos de princípio contra os argumentos de política, que, por sua vez, são condicionados pela mera vontade da maioria numérica, o Judiciário tem a palavra final mais qualificada.

5. O controle de constitucionalidade brasileiro: legitimidade e aptidão democrática para lidar com questões de valores e princípios

O sistema de controle normativo – que, *grosso modo*, serve para apurar a adequação das normas com a Constituição, apesar de ser realizado por uma estrutura de decisão argumentativa e deliberativa de um Tribunal Constitucional somente – e não pela deliberação de todos os poderes – encontra-se permanentemente em meio a decisões e reações da opinião pública e dos demais poderes, fatores estes que têm muita relevância na formação, estabilização e modificação de uma interpretação.

Assim, o Tribunal Constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade concentrado, não só permite um diálogo interpretativo por meio da participação endoprocessual de vários intérpretes (por meio das técnicas de audiências públicas ou *amicus curiae*), como ainda está sujeito a decisões e reações dos demais poderes na esfera extraprocessual. Também porque o Supremo

Tribunal Federal, no Brasil, pode decidir que suas deliberações, em determinados casos, sejam dotadas de provisoriedade ou passíveis de revisão, o que, por seu turno, permite a superação legislativa de uma decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade.

De outro modo, o sistema concentrado de controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro permite ainda que o diálogo ocorra mesmo quando o Supremo Tribunal Federal declara uma lei ou um ato incompatível com a Constituição. Isso porque a eficácia de tais decisões – oponível de modo *erga omnes* e dotada de efeitos vinculantes – não impede que os corpos legislativos: a) deliberem novamente, nos mesmos termos, sobre a lei ou ato impugnado, ou que b) acolham as razões de inconstitucionalidade do Tribunal e promovam as modificações sobre a lei ou ato impugnado; ou mesmo que c) altere, quando não obstado por cláusula pétrea, o parâmetro normativo constitucional utilizado pelo Tribunal para a declaração de inconstitucionalidade.

Essa interação permanentemente inserida entre os Poderes, embora tome lugar de início no Supremo Tribunal Federal, não impede que haja uma constante possibilidade de renovação de interpretações já sufragadas sobre a Constituição, seja por iniciativa do próprio tribunal, seja por parte do parlamento. Tal interação permite ao longo do tempo que ambos os Poderes, Legislativo e Judiciário, tenham suas visões devidamente levadas em consideração na tarefa de interpretar a Constituição.

Como de regra, então, o diálogo institucional no controle de constitucionalidade brasileiro se dá em situações nas quais leis ou atos normativos do Congresso Nacional são alvo de alguma das ações concentradas de controle, e o Supremo Tribunal Federal estabelece uma interpretação em sentido contrário à interpretação da norma. Em casos assim, não raro, tem-se como resultado a declaração de inconstitucionalidade da norma objeto e eventualmente alguma contramedida legislativa.

Segundo análise estrutural da cientista política brasileira Thamy Pogrebinski, no período de 1988 a 2009, sempre que o Supremo Tribunal Federal julgou procedente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental contra ato normativo do Congresso Nacional, o Congresso se valeu de, pelo menos:

[...] 6,85 projetos de lei supervenientes sobre o mesmo assunto do ato normativo impugnado, seguindo-se em média 1,29 ato normativo que tratava do mesmo tema sobre o qual o STF se manifestou. (POGREBINSCHI, 2011, p. 145).

Pogrebinski também identificou em seu estudo que, em regra, levavam 16 meses para que fossem apresentados novos projetos de lei, sobre o mesmo assunto, após a decisão judicial impugnadora, e uma média de 32 meses para que o Congresso Nacional promulgasse novo ato normativo sobre o mesmo assunto após a decisão declaratória de inconstitucionalidade.

Outra importante análise que revela o método dialógico tradicional no Brasil foi levada a cabo por Fábio Contato Lopes Resende. Em seu estudo – que analisou, entre outros fatores, a relação existente entre produção legislativa e decisão no âmbito das ações do controle concentrado de constitucionalidade –, é possível constatar que, em 162 impugnações feitas pelo STF, durante o período de 1988 a 2013, o Congresso Nacional reapreciou a mesma matéria posteriormente em 37 dos casos.

Em suas palavras:

Essa análise é suficiente para revelar que essa espécie de reapreciação legislativa é fenômeno relevante na interação entre STF e o Congresso Nacional. Mas ela também mostra que, nas circunstâncias em que decisões judiciais declaram vício na legislação, a interação entre o STF e o Congresso Nacional tem ocorrido com significativas diferenças conforme a matéria de objeto do controle de constitucionalidade. (RESENDE, p. 2017, p. 182).

Por ilustrativo, um breve estudo das relações entre STF e Congresso Nacional é capaz de revelar essa dinâmica dialógica. Por exemplo, ao interpretar a Constituição Federal, o STF fixou entendimento no Recurso Extraordinário nº 153.771/1997 que somente se permitiria a fixação de alíquotas progressivas de Imposto Predial Territorial Urbano para fins extrafiscais, em função de sua natureza real. Por interpretação diversa, o Congresso Nacional promulgou, tempo depois, a Emenda Constitucional nº 29/2000, que alterou o dispositivo alvo da interpretação de modo que autorizasse a finalidade diversa daquela reconhecida como inconstitucional pelo Tribunal.

Pode ser também destacado o diálogo realizado por meio do controle concentrado de constitucionalidade da ADI nº 14/1989, na qual o STF reconheceu que as vantagens patrimoniais de natureza pessoal dos servidores civis e militares não integraria o cálculo para fins de submissão ao teto remuneratório. Em contramedida legislativa, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 19/98, incluindo as referidas vantagens patrimoniais no cômputo, esvaziando a decisão do Tribunal. O STF, em sessão plenária administrativa, decidiu que os efeitos do novo cálculo não seriam autoaplicáveis. O Congresso Nacional, em nova medida, promulgou a Emenda Constitucional nº 41/2003, deferindo efeito imediato e autoaplicabilidade às mudanças do citado cálculo, mais uma vez definindo a questão em último ponto.

Portanto, ao considerar-se que a contra-atuação legislativa é um fenômeno dialógico presente no modelo brasileiro, é possível verificar que o Supremo Tribunal Federal não oferece riscos à expressão da vontade majoritária. Isso porque o controle de constitucionalidade não enfraquece o trabalho legislativo do Congresso Nacional, que é plenamente capaz de impulsionar sua agenda de contrainterpretação legislativa, a) reintegrando, nos mesmos termos, a lei ou ato normativo impugnado; b) promovendo as modificações interpretativas opostas pelo STF sobre a lei ou ato impugnado; ou ainda c) aperfeiçoando as razões e escopos normativos da lei ou do ato objeto de controle de constitucionalidade.

Esse prognóstico demonstra que a atuação dialógica do STF no controle concentrado de constitucionalidade é capaz de contribuir para fortalecer a representação política e a democracia representativa no Brasil.

6. Conclusão

Como analisado, as dinâmicas afetas às relações entre os ramos de governo na tarefa de interpretar a Constituição sempre foram alvo de importantes aprimoramentos. A noção de controle do poder estatal que estatuiu essa separação harmônica de papéis que Legislativo, Executivo e Judiciário têm de exercer, ao longo do tempo, permitiu a consolidação deste último como grande árbitro do jogo constitucional.

Contudo, desde a solidificação desta posição estratégica, novas tendências estruturais surgiram a fim de conformar o instituto do *judicial review* a uma realidade em que cada vez mais se exige dos poderes constituídos uma atuação dinâmica e ágil, apta a fazer frente às multitudinárias pluralidades de conflitos jurídicos da sociedade contemporânea.

Em que pese Ran Hirschl defender o estabelecimento de uma estrutura institucional na qual o Poder Legislativo seja o detentor da última palavra na interpretação da Constituição e de seus princípios e valores morais – em função de um *deficit* de legitimidade democrática dos tribunais constitucionais – verifica-se, pelo contrário, que os tribunais são aptos a realizar este tipo de discussão, muito embora seja imperativo reconhecer a necessidade de maior diálogo institucional entre os ramos de governo.

Isso porque, conforme pontua a perspectiva de Ronald Dworkin, o direito é essencialmente interpretativo, e a Constituição, ao consagrar princípios e valores morais políticos de dada sociedade, também precisa ser interpretada.

Este exercício, portanto, permite evidenciar – ao contrário do que sustenta Ran Hirschl, que não é possível dissociar em uma constituição política – questões jurídicas e questões morais, uma vez que a norma fundamental que serve de paradigma para a ordem social une estes elementos na medida de responder uma demanda da realidade fluida, não estanque.

Deste modo, são os juízes e tribunais mais aptos a realizar as atividades interpretativas, porque são pautados em procedimentos racionais de argumentação, estruturados a partir da razão e de argumentos de princípio – ao contrário das cortes legislativas, guiadas por argumentos de política.

Assim é que a constituição política, ao assegurar direitos fundamentais para todos, precisa deferir também proteção aos direitos das minorias insulares – facilmente debilitadas se a interpretação constitucional fosse delegada a uma corte legislativa cujo acordo numérico é capaz de escolher discricionariamente se estes grupos podem ou não deter certos direitos. Portanto, em uma democracia constitucional, tendo-se em vista a necessidade de proteção dos argumentos de princípio contra os argumentos de política, que, por sua vez são condicionados pela mera vontade da maioria numérica, o Poder Judiciário tem a palavra final mais qualificada.

Isso, porém, não significa um deslocamento da representação democrática, uma vez que o exercício do controle de constitucionalidade concentrado não só permite um diálogo interpretativo por meio da participação endoprocessual de vários intérpretes (mediante as técnicas de audiências públicas ou *amicus curiae*), como também está sujeito a decisões e reações dos demais poderes na esfera extraprocessual – especialmente conforme se verifica nos casos em que o Congresso Nacional supera uma decisão do Supremo Tribunal Federal pela edição de emendas constitucionais.

Esta forma usual de fazer diálogo institucional no país, apesar das críticas, é historicamente praticada desde a promulgação da

Constituição Federal. Sua centralização, muito embora ocorra no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não enfraquece o trabalho legislativo do Congresso Nacional, que é plenamente capaz de impulsionar sua agenda de contrainterpretação legislativa, a) reintegrando, nos mesmos termos, a lei ou ato normativo impugnado; b) promovendo as modificações interpretativas opostas pelo STF sobre a lei ou ato impugnado; ou ainda c) aperfeiçoando as razões e escopos normativos da lei ou do ato objeto de controle de constitucionalidade.

Esse prognóstico demonstra que a atuação dialógica do STF no controle concentrado de constitucionalidade é capaz de contribuir para fortalecer a representação política e a democracia representativa no Brasil.

7. Referências

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard university press. 1978.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, p. 139-178, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533/6027>>. Acesso em: 8 abr. 2020.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?: Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RESENDE, F. C. L. *Diálogo Institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário por meio do controle de constitucionalidade dos atos normativos do Congresso Nacional pelo STF no período de 1988 a 2013*. 2017. 332 fl. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Artigo recebido em 12/02/2021.

Artigo aprovado em 17/05/2021.

DOI: <https://doi.org/10.59303/dejure.v21i37.437>