



Revisão judicial, paradoxo democrático e diálogo institucional

Autor: Eduardo Kahler Ribeiro

Juiz Federal Substituto

publicado em 28.02.2014

[\[enviar este artigo\]](#) [\[imprimir\]](#)

Resumo

A partir do constitucionalismo de valores europeu da segunda metade do século XX, o Poder Judiciário assume uma pauta ativista. Como consequência, problematiza-se a relação entre a revisão judicial e a democracia. Até que ponto pode o Poder Judiciário influenciar no jogo democrático? Qual a legitimidade para um juiz se sobrepôr a uma deliberação majoritária de representantes do povo? A ideia de diálogo institucional representa uma via intermediária no aparente paradoxo democrático, buscando garantir a preservação dos direitos fundamentais (por intermédio do Poder Judiciário) e um espaço de deliberação própria ao parlamento. Partindo da insuficiência do dualismo entre direito e política, refletida na superação da ideia de *political questions* (ou questões de governo), o estudo busca apontar a viabilidade de práticas de diálogo institucional à luz do quadro normativo desenhado pela Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Revisão judicial. Democracia. Direito. Política. Paradoxo democrático. Diálogo institucional. Constituição Federal de 1988.

Sumário: Introdução. 1 Da proliferação de direitos ao paradoxo democrático. 2 A *political question* e o dualismo direito e política. 3 O diálogo institucional. 4 O diálogo institucional em face da Constituição Federal de 1988. Conclusões. Referências bibliográficas.

Introdução

A relação entre a revisão judicial e a democracia representa um ponto ainda problemático na dogmática constitucional contemporânea. A partir do aprimoramento dos mecanismos de controle estatal de opções políticas, sob o influxo do constitucionalismo de valores do pós-guerra, o Poder Judiciário, instância responsável pela solução de conflitos, passa a assumir uma pauta ativista, ganhando protagonismo na definição dos rumos estatais. Como consequência, tem-se o questionamento sobre os limites da ingerência das decisões judiciais no âmbito de questões políticas. **(1)**

O presente estudo insere-se nesse tema, problematizando a sólida convicção, arraigada em nossa teoria constitucional, que tem no Poder Judiciário o responsável incontestado pela “última palavra” no jogo da separação de poderes. Em que pese tal reflexão tenha campo no controle de constitucionalidade das leis, certo é que pode abranger toda e qualquer ingerência judicial no âmbito de uma deliberação política; afinal, o mecanismo de controle de constitucionalidade é apenas um dos instrumentos (talvez o mais eficaz) para o exercício regulador e fiscalizador da política estatal. **(2)**

Direito e política, quando sintetizados de forma oposta, levam ao paradoxo democrático. A insuficiência da tese das *political questions*, de origem norte-americana e aplicação no Brasil, corrobora esse paradoxo e firma a necessidade

de se buscar uma via intermediária, que garanta ao Poder Judiciário um espaço de asseguarção de direitos fundamentais, reservando simultaneamente ao Poder Legislativo um campo próprio para deliberações cujo teor, partindo da representatividade popular, reflita as escolhas e os anseios do povo. Partindo da premissa de que a distribuição de poderes estatais deve ser apta a produzir resultados respaldados em direitos fundamentais, tem-se por possível o resgate de uma teoria que concilie a revisão judicial à democracia, o Poder Judiciário ao Poder Legislativo.

Esse caminho tem aplicação na teoria do diálogo institucional, a qual relativiza a ideia de “última palavra” e admite que entre parlamento e juizes não exista uma relação limitrofe e de negação, mas sim complementar, dialética. A partir da ideia de que é possível um diálogo entre decisão judicial e deliberação parlamentar, aquela passa a servir como elemento catalisador de um debate público que pode culminar, nesta, em um desfecho de maior legitimação constitucional.

A teoria do diálogo institucional, contudo, não possui uma fórmula estanque. Experiências estrangeiras apontam alguns limites, porém é necessário afastar do instituto algumas pechas que podem, ao fim, implicar mera deferência judicial ou relativização da função-fim do Poder Judiciário na solução de conflitos. Por isso, afora uma engenharia institucional coerente – cuja análise refoge ao propósito deste estudo –, faz-se necessária uma adequada delimitação de espaços constitucionais, conforme o ordenamento próprio de cada país, para averiguar a vocação ou não à aplicação de práticas dialógicas na solução de problemas políticos.

A parte final do presente trabalho, nesse propósito, investiga a viabilidade da aplicação de aspectos da teoria do diálogo institucional no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da normatividade que exara a Constituição Federal de 1988. Observada a caracterização própria do texto constitucional, sobretudo no controverso tema da omissão inconstitucional, o diálogo institucional pode descortinar uma via útil à solução de impasses causados pela não concretização de um dever de legislar.

1 Da proliferação de direitos ao paradoxo democrático

O constitucionalismo de valores deflagrado a partir da Europa do pós-guerra teve como efeito, a partir do eixo de proteção aos direitos fundamentais, uma ampliação do controle jurisdicional sobre os atos das demais instituições políticas.(3)

O antigo Estado de Direito liberal, erigido sobre a base de uma legalidade unívoca, destinada a controlar o poder antes absoluto do monarca e transferi-lo a representantes eleitos com poder legiferante e a juizes com mero poder de aplicação, transforma-se em Estado de Direito constitucional, em que a lei passa a se submeter a uma relação de adequação a uma norma que lhe é superior.(4) Como resultado disso, os três eixos sobre os quais se sustenta o Estado de Direito – a separação de poderes, os direitos fundamentais e a representação eletiva –veem-se redefinidos.

A ampliação do espectro de ações estatais exigíveis constitucionalmente gerou a proliferação e a fragmentação de direitos, separando-os da lei.(5) Os direitos fundamentais passaram a traduzir valores irradiados a todos os âmbitos do direito, ainda que não positivados. Como elementos de uma ordem jurídica objetiva, as normais jusfundamentais tornaram-se a exigência maior do sistema de adequação das leis à Constituição (fundamentalidade formal) e da aplicação daquelas ao caso concreto (fundamentalidade material).(6) Esse paradigma hermenêutico aberto passou a exigir do juiz a funcionalização da lei para a justiça, superando a automática subsunção do intérprete que apenas pronunciava as palavras da lei.(7)

A separação de poderes montesquiana (ou o viés estanque desta, próprio do Estado liberal), que dissociava as atividades de criação, proteção e execução das leis em um sistema de freios e contrapesos, não mais comportou as exigências de um polifórmico Estado constitucional. À separação passou a se contrapor uma exigência de distribuição de poderes, compostos pela decisão política

fundamental, pela execução dessa decisão e pelo controle pelos diversos atores institucionais.**(8)** Se o Estado, com os particulares, passou a se defrontar com relações jurídicas poligonais, e não mais bipolares – o que implicou a própria redefinição do conceito de interesse público**(9)** –, no âmbito interno, os poderes passaram a exercer recíproco e intercambiável controle e responsabilidades; e o Poder Judiciário, como instância aplicadora de direitos reconhecidos constitucionalmente e mediadora dos conflitos institucionais, ganhou inevitável protagonismo.

A ampliação da representação democrática, de sua parte, colaborou para o imobilismo do sistema que se baseava na lei como única forma de regulação social. A partir do momento em que mais estratos sociais ascenderam à representação política, sobreveio uma inevitável problematização da lei como síntese de um mínimo consenso social. De uma expressão ideológica, fruto da dissociação entre Estado e sociedade civil, a lei se viu desmistificada; não mais serviu como pauta de limite da atuação estatal, mas como regra de predeterminação de um núcleo semântico de conteúdos possíveis dessa atuação.**(10)**

Se, como adverte Bobbio, a democracia atual tem inevitável demanda fácil e resposta difícil,**(11)** a existência de um poder responsável por decidir por último tornou-se, acima de tudo, útil ao aparato político: os poderes Executivo e Legislativo, em face da complexidade das relações a serem reguladas, passaram a adotar a estratégia de retirar do debate público temas controvertidos, contando com o inferior custo político de eventual decisão a ser tomada pelo Poder Judiciário.**(12)** A fragmentação do poder dentro da esfera política, pois, colaborou para limitar sua capacidade de legislar e, em última instância, servir como instância primeira de definição dos rumos do Estado.**(13)**

Daí deriva um novo desafio. Se antes o temor era o Estado absoluto, agora o próprio sistema é o inimigo potencial, por maximizar as interdependências e fragilizar as distinções entre privado e público, sociedade civil e Estado, moral e política, economia e ordenamento jurídico.**(14)** E o poder responsável por “desatar os nós” dessa complexa engenharia político-institucional arroga-se à condição de criador do direito, assumindo ativamente pautas de promoção e condução dos rumos do Estado. O juricentrismo, portanto, é a resposta institucionalizada ao processo de proliferação de direitos e fixação de normas jusfundamentais em Constituições rígidas, implicando uma substituição do juízo de prioridade e adequação da ação estatal pelo Poder Judiciário.**(15)**

A revisão judicial tem como berço histórico os Estados Unidos. Foi a Suprema Corte norte-americana, no caso *Marbury vs Madison* (1803), a responsável por acolher o argumento de autoridade que passou a possibilitar aos juizes a invalidação de atos do legislador por contrariedade ao texto constitucional.**(16)** Na Europa continental, a tradição do constitucionalismo dirigente inaugurada com a Constituição de Weimar de 1919 se solidificou no período pós-2ª guerra, quando, para a garantia de obrigatoriedade do texto constitucional, outorgou-se o controle de constitucionalidade a um Tribunal Constitucional, para o exercício de uma atividade simultaneamente política e jurídica.**(17)**

Pode-se dizer, portanto, que a prevalência de um controle posterior ao legislador, de adequação da lei a um sistema de valores, regras e princípios que lhe são hierarquicamente superiores, é um consectário natural do constitucionalismo contemporâneo. O fato de esse controle ser feito por um poder exógeno e pretensamente apolítico é saudado como necessário; impede-se, assim, a contaminação do direito pela política, com a correlata proteção de direitos em face de uma maioria política ocasional. A sobreposição do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, contudo, esconde uma série de questionamentos que, ao fim, fragilizam esse dogma do sistema constitucional atual.

Se o constitucionalismo parte da premissa de que a representação popular é a base do próprio sistema de valores e princípios sobre o qual se erige a Constituição – dado que o povo é o próprio poder constituinte –, como admitir-se que esse mesmo poder originário possa ser contido, no espectro de sua própria atuação política, por um agente externo? Como compatibilizar a democracia, que

exige o respeito às deliberações majoritárias como fruto de um procedimento respaldado no voto popular, com a devida proteção de direitos fundamentais, outorgados em uma declaração rígida? Como pode o juiz ser imprescindível a uma democracia substantiva e, ao mesmo tempo, representar um risco ao seu aspecto mais elementar, a vontade popular?

A grande contradição da ideia de revisão judicial, como se percebe, é que o seu ideário (proteção frente à ocasional maioria democrática, defesa dos direitos fundamentais) representa a salvaguarda e, ao mesmo tempo, a maior ameaça à democracia.**(18)** A ideia de um paradoxo democrático, tão em voga no debate sobre o controle de constitucionalidade (em que se discute a viabilidade de uma Corte cassar uma decisão majoritária),**(19)** pode se estender para todo o plexo de atuações jurisdicionais que culminam por se sobrepor, de alguma forma, a uma deliberação política, em uma fronteira movediça. Surge, a partir daí, a difícil tarefa de fundamentar de forma consistente uma teoria da revisão judicial que se concilie à política, de modo a permitir o recíproco controle de poderes e a proteção eficiente dos direitos fundamentais.

2 A political question e o dualismo direito e política

A fundamentação doutrinária mais aceita para compatibilizar a revisão judicial à democracia vem de Ronald Dworkin. Partindo da ideia de uma leitura moral da Constituição, o professor americano adota a distinção entre “argumentos de princípio” (ou de “princípio político”) e “argumentos de política” (ou de “procedimento político”) para admitir a sindicabilidade judicial apenas daqueles. Os argumentos de princípio, na sua visão, refletem um direito moral do indivíduo, ao passo que os argumentos de política justificam uma decisão em função de algum objetivo coletivo. Quando juízes ultrapassam decisões políticas já tomadas, contanto que respaldados em argumentos de princípio, não estão legislando – nem, portanto, se sobrepondo ao legislador. Nessa ótica, direitos morais do indivíduo, traduzidos em princípios, são uma barreira incontornável à maioria legislativa.**(20)**

A legitimidade do argumento de princípio – que legitima a revisão judicial – advém do “melhor” argumento, o qual possibilita que, mesmo em casos difíceis (*hard cases*), seja possível atingir-se a resposta correta. Sendo a racionalidade jurídica moral, argumentativa, construtiva, o ideal de integridade do direito exige que as decisões judiciais contenham mais que *policy* e desafiem uma esfera de princípios indicativos de um caminho moral a ser discursivamente descoberto. A leitura moral da Constituição, proposta por Dworkin, admite que a premissa majoritária é um procedimento o qual não garante, por si, a filiação moral do indivíduo; esta depende da existência de uma resposta correta.**(21)**

O entrelaçamento do aspecto procedimental ao moral para gerar um resultado legítimo juridicamente, originário de Habermas,**(22)** contudo, assenta-se em uma base jusfilosófica que não está imune a críticas.

Extraída a legitimidade da revisão judicial em face do resultado que produz, subsiste sempre a possibilidade de que a resposta judicial não chegue a um resultado correto, não sendo, por consequência, legítima. As críticas à tese foram bem exploradas por Jeremy Waldron, o qual, refletindo sobre o inevitável desacordo em relação às diversas concepções de justiça,**(23)** lança uma teoria que vê no legislador (e não no juiz) o catalisador de um complexo processo deliberativo que reclama, ao fim, uma autoridade responsável pela decisão final. E essa autoridade, contraposta à figura idealizada da jurisdição, é o parlamento, instância que tem como força motriz a maioria, autêntica representação dos anseios da sociedade.**(24)** Ao sobrepor o legislador ao juiz como legítimo para a tomada de decisões coletivas, admitindo ser invencível o desacordo, a incisiva crítica de Waldron sumariza os limites da revisão judicial: ao fim, alguém deve decidir, e essa decisão prevalecerá independentemente de seu conteúdo; assoma a teoria da autoridade, nessa ótica, em detrimento à teoria da justiça.**(25)**

A contraposição entre uma doutrina substantiva (capitaneada por Dworkin e sua ideia de uma leitura moral da Constituição) e outra procedimental (no influxo da tese de Waldron acerca da legitimidade da maioria para a tomada de complexas decisões)**(26)** expõe a face dual da revisão judicial: assim como é necessária

para incrementar ao debate político um ingrediente de jusfundamentalidade, esbarra, em seu limite, no inevitável dissenso que é próprio à tomada de decisões políticas. O desafio é encontrar espaços constitucionalmente delimitados para o ingresso desse elemento substantivo – vocacionado à proteção dos direitos fundamentais – na seara política e, em contrapartida, alocar a esta uma igual esfera de intangibilidade às decisões judiciais.

Solução para esse desafio foi buscada na controversa teoria da *political question*, originária do direito norte-americano – mais uma vez, pioneiro no tratamento do tema. No próprio caso *Marbury vs Madison*, o juiz Marshall deixa claro que “questões por sua natureza políticas (...) nunca poderão ser ventiladas neste Tribunal.”(27) Foi no caso *Baker vs Carr* (1962) – o qual dizia respeito à organização dos distritos eleitorais do Tennessee, inalterados desde o início do século XX, nada obstante a incompatibilidade à realidade geográfica – que o Justice Brennan assim descreveu os contornos da jurisprudência sobre as questões políticas:

“Evidente na superfície de qualquer caso envolvendo uma questão política encontra-se uma atribuição constitucional, textualmente demonstrável, da matéria a um departamento político; ou a falta de padrões passíveis de serem descobertos ou aplicados judicialmente para resolvê-la; ou a impossibilidade de se decidir sem antes determinar a existência de uma política claramente excluída da decisão judicial; ou a impossibilidade de os tribunais decidirem independentemente sem demonstrar uma violação do respeito devido aos demais poderes coordenados; ou a adesão inquestionável a uma decisão política já tomada; ou a potencialidade do embaraço de múltiplos pronunciamentos de vários departamentos sobre uma única questão.”(28)

A partir da ideia de uma autocontenção do Poder Judiciário (*self-restraint*) quando em face de questões constitucionalmente afetadas ao manejo político, a teoria das *political questions* se espalhou como via jurisprudencial de delimitação de um espaço próprio e intangível ao juiz. Encontrou eco no Brasil a partir da lição de Rui Barbosa, em conhecida passagem:

“Atos políticos do Congresso, ou do executivo, na acepção em que esse qualificativo traduz exceção à competência da justiça, consideram-se aqueles a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discricção prudencial do poder, e o exercício dela não lesa direitos constitucionais do indivíduo. Em prejuízo destes o direito constitucional não permite arbítrio a nenhum dos poderes.”(29)

Como se verifica da lapidar conclusão, a teoria das questões políticas vem correlacionada à proteção dos direitos constitucionalmente outorgados: onde se verificar a lesão a um destes, aquela não encontra aplicabilidade, e o ato possui plena sindicabilidade judicial. A violação à Constituição, portanto, tornaria viável o exercício da tutela jurisdicional, conquanto essencialmente política a questão.

É com base nesse parâmetro que o Supremo Tribunal Federal vem enfrentando o tema. Nesse sentido, colhem-se inúmeros precedentes desde a primeira República.(30) No julgamento do HC 8584/DF, o relator, Ministro Guimarães Natal, assentou, ainda no ano de 1922, os limites invocáveis às questões políticas:

“Nos regimes, como o nosso, de Constituição escrita, os poderes são limitados, e as limitações excluem a discricção e o arbítrio. Se, no exercício de suas funções, qualquer dos poderes políticos exorbita, lesando um direito, o direito lesado pela exorbitância poderá reclamar a sua reintegração pelo Judiciário, o poder especialmente preposto pela Constituição a tais re integrações. E a ação do judiciário não se poderá deter diante de uma questão política.”(31)

Essa interpretação peculiar do instituto das questões políticas (ou questões de governo) fomentou o incremento de uma pauta mais ativista na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com progressivo alargamento da intervenção da Corte em questões antes tidas como infensas à intervenção judicial. De modo exemplificativo, veja-se a ingerência sobre a atividade parlamentar, sobretudo quando afetada ao resguardo de direitos das minorias (MS 26.441/DF),(32) bem como na definição e avaliação de políticas públicas reclamadas pelo constituinte e não implementadas na prática (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário

nº 436.996).(33) Recentemente, contudo, a Corte entendeu que a concessão ou não de extradição, ainda que preenchidos os requisitos legais, é atribuição própria e insuprimível do Chefe do Poder Executivo – que pode se responsabilizar, porém, perante Tribunais Internacionais, quando isso implicar o descumprimento de algum tratado.(34)

Se os atos políticos têm como limite os direitos outorgados pelo constituinte, a circunstância de o texto constitucional ser extenso, analítico e detalhista amplia o parâmetro de controle, tornando diminuta a esfera impenetrável ao juiz.(35) É possível reconduzir praticamente qualquer questão política a um âmbito salvaguardado por direitos, de índole procedimental (na vinculação ao devido processo legal) ou substancial (na vinculação a direitos fundamentais materiais). Seguindo a advertência de Hans Kelsen, “todo conflito que seja qualificado como de interesses, de poder ou político, pode ser decidido como controvérsia jurídica”, não havendo, portanto, entre a função jurisdicional e a política uma contradição essencial.(36) Juízes, ao decidir, tomam decisões guiadas por razões de moralidade política.(37) Como resultado disso, a dissociação artificiosa construída pela doutrina das *political questions* se esvai: não subsiste mais um espaço nítido que separa a atividade judicial da política.

A escolha política fundamental nunca vai estar absolutamente indene a nuances normativas, em especial em um contexto de avanço de direitos e fragilidade da lei como estrutura material de suportes fáticos válidos. Os próprios juízes possuem uma série de constrangimentos políticos inevitáveis em sua atuação.(38) Uma separação nítida entre direito e política não pode ser encontrada; ambos não se confrontam em um Estado democrático e constitucional, sendo aspectos parciais da razão prática.(39)

Pairando sobre a dicotomia entre direito e política, objeto de tensionamento prático causado pelo frágil equilíbrio na relação entre os poderes, reside um correlato dualismo que se replica (revisão judicial vs democracia, democracia substancial vs democracia procedimental, parlamento vs juízes, políticas públicas vs direito). Esse enfrentamento ignora a inexistência de linearidade e imobilidade nas concepções. Muito mais que polos em abstrato, direito e política se relacionam em forma de fluxo, e não de contraposição, de interação, e não de divergência.(40) A própria atuação do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas não pode ser reconduzida, de forma reducionista, a conceitos derivados apenas de uma teoria democrática ou moral.(41)

Daí, justamente, a necessidade de uma teoria consistente que, refugindo ao mero normativismo ou ao apelo ingênuo à soberania parlamentar, combine virtudes substanciais e procedimentais, de modo a permitir a funcionalização dos poderes estatais à proteção adequada de direitos fundamentais, sem que isso implique ofensa às deliberações majoritárias.

3 O diálogo institucional

A faculdade de sobreposição às deliberações políticas, própria ao controle judicial, é inegável a um sistema que atribui ao Poder Judiciário a prerrogativa de controle de constitucionalidade. O que se discute, por ora, é a amplitude dessa competência.(42) Não há uma necessária diferença qualitativa entre uma decisão judicial e uma deliberação política, mas apenas uma dissociação quantitativa ou jurídico-funcional; por isso, ao invés da questão acerca da possibilidade de revisão judicial, avulta o questionamento dos limites a que um juiz está imposto ao decidir acerca de questões políticas.(43)

Se de um lado está a absoluta ausência de controle judicial sobre questões deliberadas pelo Parlamento, em outro extremo está a intervenção do Poder Judiciário em todas as políticas públicas, decidindo, inclusive, pela viabilidade ou não destas. Tanto o minimalismo quanto o maximalismo, à evidência, são incompatíveis com uma teoria funcional de separação de poderes. Sendo assim, faz-se necessária uma adequada “dogmática de espaços” constitucionais – na locução de Alexy(44) – que justifique até que ponto possa o Poder Judiciário intervir.

Repudiadas concepções extremas, e consabido que o direito constitucional atual

é um direito da coexistência,(45) tem-se por viável uma via intermediária entre a desmesurada intervenção judicial e a absoluta intangibilidade das deliberações políticas. Esta pressupõe um conceito relacional de poder, entendido como uma relação entre dois sujeitos (no caso, Poder Legislativo e Poder Judiciário) na qual um obtém do outro um comportamento que, do contrário, não ocorreria.(46)

Uma via intermediária para a solução do aparente paradoxo democrático reside na chamada teoria do diálogo institucional. A expressão contempla a possibilidade de a decisão judicial não necessariamente ser a “última palavra”, esgotando o tema; passa a servir, em verdade, como elemento catalisador de um debate (a ser travado na sociedade e, por consequência, no parlamento) que pode culminar na sua própria superação. Conrado Hübner Mendes observa que “a perspectiva do diálogo, ao relativizar a última palavra, mostra que a alternativa à supremacia do parlamento não é necessariamente a soberania, pura e simples, mas um jogo interativo mais rico e complexo”.(47)

É bem verdade que a expressão “diálogo institucional” comporta uma série de variantes teóricas, as quais produzem modelos institucionais diversos, ora propensos a uma legitimidade parlamentar para, no fim, superar a decisão judicial, ora a uma complexa interação que não esconde a necessidade de uma última palavra no jogo democrático.

Dentre os exemplos históricos do primeiro caso, pertinente é a citação da experiência canadense, cuja Carta de Direitos e Liberdades de 1982 instaurou, em sua Seção 33, a chamada “cláusula do não obstante” (*notwithstanding clause*), mediante a qual o parlamento pode tornar superada decisão judicial que declare a colisão de um ato legislativo com algum preceito da Carta.(48) Também a Declaração de Direitos do Reino Unido (*UK Human Rights*), de 1998, possibilitou aos britânicos questionar, perante as próprias Cortes do país, a validade de um ato de autoridade em face dos direitos previstos na Convenção Europeia de Direitos Humanos – o que, por si, representa uma revolução no sistema constitucional britânico; as Cortes, nesse caso, possuem o poder de proferir uma “declaração de incompatibilidade”, que confere ao Poder Legislativo o poder de requerer um procedimento acelerado de emenda da lei viciada, criando uma expectativa política de supressão da norma tida por incompatível com a Convenção Europeia.(49)

O que está por trás de tais variantes é uma teoria que intenta combinar arranjo institucional e cultura política, mesclando virtudes da revisão judicial e da supremacia do parlamento. Na mesma medida em que busca garantir a introdução no debate político de um elemento adjetivo vinculado à proteção aos direitos fundamentais, protegendo-os de uma maioria ocasional, preserva o parlamento como local adequado para a melhor acomodação dos interesses sociais em jogo, tendo em vista a presunção de que o processo democrático fundamenta a aceitabilidade racional das normas estatuídas.(50) Assim como uma deliberação política vicia-se pela falta de elementos jurídico-constitucionais, uma decisão judicial acerca de questão política ainda não devidamente amadurecida pela sociedade pode causar sérios problemas(51) – e para evitar ambos os extremos é que se firma a perspectiva dialógica.

O diálogo institucional busca fugir, portanto, à resposta simplista que vê apenas no Poder Judiciário ou no Poder Legislativo o responsável por fixar, por último, o rumo de determinada questão política, evitando o socorro a artifícios como o das *political questions*. De acordo com tal concepção dialógica, a orientação fixada por um dos poderes serve como móvel para um complexo sistema de vetos e estatuições de um outro poder, a cada um correspondendo um papel; ao Poder Judiciário, nessa linha, cabe decidir tendo em vista parâmetros de jusfundamentalidade, inserindo no jogo democrático, por intermédio de um peculiar ônus argumentativo, o dever de levar os direitos a sério.

Vanice Regina Lírio do Valle bem sintetiza o papel do Poder Judiciário no âmbito do diálogo institucional:

“Inexiste – do ponto de vista constitucional – a afirmação valorativa de que a compreensão constitucional da instituição “X” ou “Y” seja, em abstrato, sempre superior à de outra. O que existe é uma regra de solução de conflitos: a última palavra, no que toca ao controle de compatibilidade de uma determinada

conduta institucional com o teor constitucional, assiste ao Judiciário (...). Mas essa opção não é valorativa (e, portanto, não se apõe aprioristicamente), não é de se reconhecer ao Judiciário a prerrogativa de, por princípio, optar pela sua particular compreensão, porque é a sua; ao revés, impõe-se a demonstração argumentativa das razões que autorizam a superação do sentido constitucional encontrado pela instituição no momento controlada em favor daquele apontado pelo Judiciário.”(52)

O diálogo institucional, contudo, é objeto de acentuadas críticas. Luc B. Tremblay,(53) nesse sentido, aponta que o diálogo como deliberação é incompatível com a responsabilidade dos juizes de decidirem de acordo com a sua convicção motivada – o que se acentua em países com cláusula de inevitabilidade de jurisdição, como o Brasil. Admitir que a decisão judicial possa ser apenas um passo para a solução de uma questão pode implicar uma indevida deferência judicial a outro poder. Se é atribuição do juiz decidir pela constitucionalidade de uma lei ao aplicá-la a um caso ou abstratamente, resultando daí um ato legislativo nulo, sempre será do Poder Judiciário a última palavra, não se podendo franquear ao parlamento a possibilidade de reeditá-lo com idêntico vício, sob pena de nova anulação.

Dada a pertinência de tais críticas, o diálogo institucional, a fim de viabilizar o incremento do debate político agregando a ele elementos jurídicos concretos, não prescinde de sua compatibilização à engenharia constitucional existente. Vale dizer, apenas com uma adequada dogmática de espaços conformada ao contexto constitucional de cada país se pode aferir a legitimidade ou não da aplicação da teoria dialógica. O cabimento de um diálogo institucional em face da Constituição Federal brasileira é objeto de estudo a seguir.

4 O diálogo institucional em face da Constituição Federal de 1988

A compatibilização da revisão judicial com a democracia não tem como maior desafio delimitar quem detém a “última palavra”, mas sim a maximização da capacidade de se produzir melhores respostas sobre direitos fundamentais.(54) Essa capacidade não prescinde de um arcabouço institucional adequado(55) (cuja investigação não é objeto deste estudo), além de uma teoria normativa consistente e adequada ao texto constitucional.

A fim de se inquirir a existência de limites normativos à aplicação do diálogo institucional em face da Constituição Federal de 1988, cumpre observar que esta, ao contrário da voz corrente, é uma carta analítica, composta majoritariamente por regras, e não por princípios.(56) A função das regras é eliminar de antemão conflitos, diminuindo a arbitrariedade e a incerteza e aumentando a previsibilidade e a segurança. Na dicção de Humberto Ávila, há uma “ponderação pré-legislativa”,(57) cujo objetivo é minimizar o espaço de ponderação posterior a ser feita pelo aplicador.

Essa característica constitucional tem relevante consequência no que diz respeito aos parâmetros de que se pode valer o Poder Judiciário para viabilizar um diálogo inter-poderes que garanta a observância de predicados normativos e um espaço político deliberativo. Quando o texto constitucional, por exemplo, veda a utilização de prova ilícita (artigo 5º, inciso LVI), não deixa espaço ao legislador para, no âmbito de uma deliberação que lhe seja própria, autorizar excepcionalmente tal expediente, ainda que em face de situações de necessidade pública; da mesma forma, ao impor limitações ao poder de tributar mediante a irretroatividade e a anterioridade (artigo 150, inciso III e alíneas), o constituinte fecha o âmbito de hipóteses normativas disponíveis ao legislador tributário.

Assim, quando defrontado com situações nas quais o Poder Legislativo viola um núcleo de significados claramente disposto na Constituição sob a roupagem de uma regra, não pode o Poder Judiciário deixar de expugnar a deliberação parlamentar, sob pena de fragilizar a cláusula constitucional que resguarda a inevitabilidade do acesso à jurisdição, à qual deve corresponder uma necessária e eficiente resposta (artigo 5º, inciso XXXV).

Constatando o Poder Judiciário a violação parlamentar de uma regra (e não princípio) constitucional – não havendo, portanto, liberdade para o legislador escolher meios necessários à promoção de um fim previsto constitucionalmente

–, mostra-se questionável a própria declaração de incompatibilidade de uma lei sem pronúncia de nulidade. A manutenção de uma regra legislativa que contraria uma regra constitucional, ainda que por via transversa de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, pode implicar um oblíquo encorajamento à edição de normas inconstitucionais, corroendo, ao fim, a segurança jurídica.**(58)**

Diferente situação ocorre quando o texto constitucional deixa um espaço aberto para a deliberação política, o que sói acontecer, *v.g.*, com a definição de políticas públicas, em hipóteses nas quais se franqueia uma liberdade para o legislador escolher meios para a promoção de um fim previsto constitucionalmente, ou no campo próprio aos procedimentos legislativos *interna corporis* coerentes com o devido processo legal e com os direitos das minorias. Nessa situação, quando deparado com questões que pressupõem uma tomada de decisão política a respeito de um princípio previsto constitucionalmente, o Poder Judiciário, mediante autorrestrição, deve exercer um controle fraco de validade.**(59)** A rasa intensidade do controle judicial de uma questão eminentemente política, apenas admissível quando demonstrada cabalmente a inadequação da escolha, ainda assim, deixa aberta a possibilidade de estratégias de diálogo institucional nas hipóteses em que a supressão da escolha legislativa possa representar impacto negativo aos beneficiários de eventual política pública; dentre tais possibilidades, cita-se a conhecida prática do apelo ao legislador**(60)** ou a concessão, pelo Poder Judiciário, de um prazo para o legislativo sanar eventual irregularidade.

Mesmo nos casos em que presente uma liberdade de ação disciplinadora por parte do legislador, contudo, podem ocorrer hipóteses em que a ausência ou a incompletude de uma deliberação política possa colocar em risco direitos fundamentais. Dado que do atendimento insatisfatório ou incompleto do dever de legislar decorre uma afronta à Constituição, não há que se excluir a possibilidade de aferição da norma pelo Poder Judiciário, em controle de constitucionalidade.**(61)** No âmbito da omissão parcial, contudo, a simples declaração de nulidade da norma inconstitucional não configura solução adequada a todos os casos.**(62)** Nesse âmbito surge a faceta mais rica – e talvez de maior aplicabilidade – do diálogo institucional.

Valendo-se de estratégias metajurídicas,**(63)** como a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade ou com a concessão de um prazo para que o Poder Legislativo supere a omissão que lhe é imputável, pode o Poder Judiciário, sobretudo em controle concentrado de constitucionalidade, conciliar a proteção de direitos fundamentais com a garantia de um espaço necessário de deliberação política. Uma postura eclética, entre o ativismo e o não ativismo, nos casos em que é viável uma solução política para a ausência ou a incompletude de um texto legislativo não ignora que, no discurso jurídico, há resultados discursivamente impossíveis e necessários, mas sempre há um espaço do discursivamente possível,**(64)** devendo-se privilegiar, atendo-se às peculiaridades do caso, a solução discursiva levada a efeito pelo poder responsável por editar normas gerais e abstratas.

Como exemplo de aplicação do diálogo institucional em situação de omissão inconstitucional, cita-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.240, julgada em 09.05.2007, relator o Ministro Eros Grau.**(65)** No caso, o STF declarou a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade de preceito relativo à criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, no Estado da Bahia, dada a ausência da legislação reclamada pelo artigo 18, § 4º, da Constituição Federal; ao não pronunciar a nulidade do ato, a Corte manteve sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso razoável para que o legislador estadual reapreciasse o tema a partir de lei federal a ser editada.**(66)** Essa solução resultou na promulgação, logo em seguida, de emenda constitucional referendando a criação dos Municípios já criados – tendo havido, pois, uma ação parlamentar que, nada obstante não sanando a omissão, buscou convalidar a irregularidade mediante ação legislativa de discutível constitucionalidade.

A aplicação do diálogo institucional mediante estratégias práticas de conciliação com a autonomia parlamentar pode ainda desaguar em situações nas quais o Poder Legislativo, não obstante os preceitos admonitórios expedidos pelo Poder Judiciário, não corrige o vício originário em texto por ele aprovado. Essa máxima

tensão se deu, por exemplo, na controversa conformação do instituto do direito à greve dos servidores públicos, objeto de decisão de perfil aditivo exarada pelo STF nos Mandados de Injunção nos 670(67) e 708,(68) em que se reconheceu, subvertendo tradicional jurisprudência e dada a ausência de legislação, não obstante reiteradas admoestações do Poder Judiciário, a necessidade de uma solução obrigatória consubstanciada na aplicação, no que cabível, da Lei nº 7.783/89, a qual dispõe sobre o exercício de greve na iniciativa privada. De forma semelhante agiu o Supremo Tribunal Federal na conformação do direito à aposentadoria especial de servidores públicos, prevista no artigo 40, § 4º, da Constituição Federal de 1988.(69)

Como apontam tais decisões, subsiste uma dogmática crescente, já incorporada pela jurisprudência, que permite a superação do estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão, deixando claro que a mera comunicação ao órgão estatal responsável pela edição do ato normativo faltante (prevista no artigo 103, § 2º, da Constituição Federal) é insuficiente para a garantia de suficiente proteção constitucional.(70) Tal atuação judicial, de forma inequívoca, implica usurpação de uma atividade política – dado que, ao fim, é o Poder Judiciário o responsável pela conformação originária de um estatuto de direitos –, porém resta justificada pela necessidade de se reconhecer pretensões fundadas em direitos reconhecidos por normas constitucionais; ainda assim, sentenças de perfil aditivo podem se legitimar a partir da superação de práticas de diálogo institucional – corroborando a constatação de que a inércia do parlamento coloca em risco um *status* de direitos. Nesse sentido, bem adverte Zagrebelsky(71) que, na ausência de leis, a exclusão da possibilidade de integração judicial implicaria o esvaziamento de direitos reconhecidos pela Constituição.

É de se advertir que a possibilidade de supressão do estado de inconstitucionalidade por omissão a partir de um preceito de natureza aditiva expedido pelo Poder Judiciário exige a devida cautela. Apenas se justifica em *ultima ratio*, quando esgotadas as práticas de diálogo institucional com o poder responsável e quando de máxima urgência a fixação de uma solução da lide, constitucionalmente obrigatória, sob pena de perecimento de direitos. Ainda assim, terá o Poder Judiciário, por atuar fora de seu plexo tradicional de atribuições, um considerável ônus argumentativo.

O diálogo institucional, como visto, implica admitir a possibilidade de interação entre poderes, superando o antigo paradoxo que resguardava ao Poder Judiciário uma posição de garantia e, ao mesmo tempo, de ameaça à democracia. Em que pese haver uma série de nuances de aplicação de tal teoria – e a experiência canadense talvez demonstre que pode ela contemplar posições extremas que, no Brasil, seriam inconstitucionais –, é certo que, ao menos no conturbado tema da omissão inconstitucional, soluções dialógicas encontram um campo profícuo de aplicação, inclusive para legitimar decisões judiciais de perfil aditivo.

Conclusões

1 – O Estado de Direito constitucional, em que a lei passa a se submeter a uma relação de adequação a uma norma que lhe é superior, vê redefinidos seus três eixos de sustentação: a separação de poderes, os direitos fundamentais e a representação eletiva. Como consequência, assiste-se a uma ampliação do controle jurisdicional sobre os atos das demais instituições políticas, o que, de sua parte, leva ao questionamento dos limites da intromissão do Poder Judiciário nas escolhas dos parlamentos e, ao fim, à necessidade de compatibilização entre revisão judicial e democracia (paradoxo democrático).

2 – A contraposição entre uma doutrina substantiva e outra procedimental expõe a face dual da revisão judicial: assim como é necessária para incrementar ao debate político um ingrediente de jusfundamentalidade, esbarra, em seu limite, no inevitável dissenso que é próprio à tomada de decisões políticas.

3 – Solução para esse desafio foi buscada na controversa teoria da *political question* (questões políticas ou questões de governo), originária do direito norte-americano. No Brasil, construção doutrinária e jurisprudencial correlaciona o limite das questões políticas à existência de direitos constitucionalmente outorgados. Dado que o texto da Constituição Federal de 1988 é analítico, é possível reconduzir praticamente qualquer questão política a um âmbito

salvaguardado por direitos, de índole procedimental ou substancial, o que leva a uma pauta mais ativista por parte da jurisprudência, esvaziando, por fim, a artificiosa distinção entre um ato puramente político e um ato sindicável judicialmente.

4 – Tendo em vista que entre direito e política não subsistem categorias e instituições estanques, mas sim que se relacionam em forma de fluxo, e não de contraposição, de interação, e não de divergência, faz-se necessária uma adequada dogmática de espaços constitucionais que permita inferirem-se os limites da intervenção judicial no âmbito de questões de natureza política.

5 – Uma via intermediária entre a desmesurada intervenção judicial e a absoluta intangibilidade das deliberações políticas reside na chamada teoria do diálogo institucional, a qual se refere à complexa interação entre Poder Judiciário e Poder Legislativo no jogo de vetos e estatuições próprios a uma democracia deliberativa. Contempla, ainda, a possibilidade de a decisão judicial não necessariamente ser a “última palavra”, passando a servir como elemento catalisador de um debate (a ser travado na sociedade e, por consequência, no parlamento) que pode culminar na sua própria superação.

6 – O diálogo institucional, a fim de viabilizar uma rica interação entre parlamento e juízes, não prescinde de sua compatibilização com a engenharia constitucional existente. Caso contrário, pode representar mera deferência judicial a outro poder, o que compromete a função do Poder Judiciário de salvaguardar direitos e o dever do juiz de decidir de acordo com sua própria convicção motivada.

7 – No caso brasileiro, a aplicação de alguma nuance dialógica na relação entre poderes exige que a Constituição Federal de 1988 seja admitida como preponderantemente de regras, e não de princípios. Partindo de tal premissa, quando uma lei contrariar uma regra constitucional, será inviável cogitar-se a aplicação do diálogo institucional, sob pena de afronta à segurança jurídica. Ao revés, quando houver um espaço próprio à ação do legislador, cabível será um controle raso de validade por parte do Poder Judiciário. Nas hipóteses em que a ausência ou a incompletude de uma deliberação política possa colocar em risco direitos fundamentais, a aplicação do diálogo institucional permite que o juiz lance mão de expedientes (por exemplo, concessão de prazo ao Poder Legislativo para solução da pecha de inconstitucionalidade) que conciliem a preservação de direitos fundamentais ao espaço próprio de solução política. Sobretudo em casos de omissão inconstitucional – quando o legislador não cumpre uma solução constitucionalmente vinculada – o diálogo institucional aponta soluções que fragilizam os óbices democráticos à revisão judicial.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, a. 6, n. 23, p. 9-30, out./dez. 2008.

_____. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 24, p. 159-180.

_____. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. **O futuro da democracia**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOLLMANN, Vilian. Desatando os nós do neoconstitucionalismo brasileiro. In: HIROSE, Tadaaqui; GEBRAN NETO, João Pedro (orgs.). **Curso Modular de Direito Constitucional**. São Paulo: Conceito, 2010. v. II. p. 111-161.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no controle de constitucionalidade: o diálogo institucional canadense e a constituição brasileira de 1937. **Revista Direito Público**, a. VII, n. 31, jan./fev. 2010, p. 58-66.

DAHL, Robert A. **Decision making in a democracy**: the Supreme Court as a national policy-maker. Reprinted from *Journal of Public Law*, v. 6, 1958, Emory University Law School. Disponível em: <www.criminology.fsu.edu/faculty/gertz/robertdahl.html>. Acesso em: 08 mar. 2013.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Traduzido por Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FEREJOHN, John. **Judicializing politics, politicizing law**. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol65/iss3/3>>. Acesso em: 23 mar. 2013.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. Experiências de ativismo judicial na Europa continental. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 192, out./dez. 2011, p. 67-77.

FRIEDMANN, Barry. **The importance of being positive**: the nature and function of judicial review. Disponível em: <<https://its.law.nyu.edu/facultyprofiles/profile.cfm?personID=19931>>. Acesso em: 22 mar. 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1996.

GARRIDO DA SILVA, Alexandre. Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. **Revista de Direito do Estado**, a. 3, n. 12, out./dez. 2008, p. 107-142.

GRAU, Eros. Algumas notas para a reconstrução do princípio da legalidade. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. LXXVIII, jan./dez. 1983, p. 161-166.

HÄBERLE, Peter. Jurisdição constitucional como força política. In: TAVARES, André Ramos (coord.). **Justiça constitucional**: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007. cap. 3. p. 57-81.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a faticidade e a validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

HORBACH, Carlos Bastide. Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo. **Revista de Informação Legislativa**, n. 182, abr./jun. 2009, p. 7-16.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. Das questões políticas e da possibilidade de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista da ESMAFE – Escola da Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 12, mar. 2007.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1990.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Madrid: Trotta, 1998.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2013.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Roberta Drehmer de. Sobre as relações entre a judicialização da política, o controle concentrado de constitucionalidade e o Tribunal Constitucional: uma aproximação sociológico-constitucional. **Revista da AJURIS**, a. XXXVIII, n. 124, dez. 2011, p. 287-326.

NASCIMENTO, Priscila Cunha do. A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade na teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin. In: MENDES, Gilmar Ferreira (org.). **Jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, 2012.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, p. 617-648.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Diálogo institucional como pressuposto de efetividade constitucional. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, n. 23, a. 6, jan./mar. 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10. ed. Madrid: Trotta, 2011.

Notas

1. O tema é muito difundido nos Estados Unidos, onde autores chegam a considerar a Suprema Corte como criadora de políticas públicas. Nesse sentido: DAHL, Robert A. **Decision making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker**. Reprinted from *Journal of Public Law*, v. 6, 1958, Emory University Law School. Disponível em: <www.criminology.fsu.edu/faculty/gertz/robertdahl.html>. Acesso em: 08 mar. 2013.

2. MIRANDA, Roberta Drehmer de. **Sobre as relações entre a judicialização da política, o controle concentrado de constitucionalidade e o Tribunal Constitucional**: uma aproximação sociológico-constitucional. p. 299.

3. MIRANDA, Roberta Drehmer de. **Sobre as relações entre a judicialização da política, o controle concentrado de constitucionalidade e o Tribunal Constitucional**: uma aproximação sociológico-constitucional. p. 307.

4. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 22-34.

5. ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit. p. 51.

6. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 505-506.

7. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. p. 102-107.

8. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. p. 62-70.

9. ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 24. p. 175.

10. GRAU, Eros. **Algumas notas para a reconstrução do princípio da legalidade**. p. 161-166.

11. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. p. 49.

12. GARRIDO DA SILVA, Alexandre. **Minimalismo, democracia e expertise**: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. p. 120.

13. Tal corresponde à chamada *fragmentation hypothesis* como causa da judicialização, no dizer de FEREJOHN, JOHN. **Judicializing politics, politicizing Law**. p. 55.

14. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. p. 291.

15. VALLE, Vanice Regina Lírio do. Diálogo institucional como pressuposto da efetividade constitucional. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, n. 23, a. 6, jan./mar. 2006.

16. A partir daí inaugurou-se uma longa tradição de protagonismo judicial norte-americana, merecendo citação os casos *Lochner vs New York* (1905), que inova a compreensão da *due process clause*, *Brown vs Board of Education* (1954) e *Roe vs Wade* (1973), que incluiu o aborto no âmbito salvaguardado pelo direito constitucional à intimidade.

17. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Subsiste na Europa, a propósito, a variação francesa, que faz um exame de constitucionalidade preventivo não jurisdicional, e a inglesa, desprovida de qualquer controle de constitucionalidade e de Constituição escrita; ambos os sistemas, atualmente, assistem a uma progressiva transformação que os aproxima do modelo tradicional de controle de constitucionalidade.

18. FRIEDMANN, Barry. **The importance of being positive**. p. 1268-1269.

19. Tema enfrentado por MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

20. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 6-7 e p. 101-102; MENDES, Conrado Hübner. Op. cit. p. 37-38.

21. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 81; MENDES, Conrado Hübner. p. 63.

22. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a faticidade e a validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II. p. 203 e 216. Para o autor, "a legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental" (p. 203).

23. WALDRON, Jeremy. Law and disagreement. p. 1. Apud: MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. p. 81.

24. WALDRON, Jeremy. The dignity of legislation. cap. 6. Apud: MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. p. 90-98.

25. Como bem sintetiza MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. p. 120.

26. NASCIMENTO, Priscila Cunha do. A legitimidade democrática do controle de constitucionalidade na teoria da decisão judicial de Ronald Dworkin. In: MENDES, Gilmar Ferreira (org.). **Jurisdição constitucional**. Brasília: IDP, 2012. p. 121-122; MENDES, Conrado Hübner. Op. cit. p. 99.

27. Extraído de HORBACH, Carlos Bastide. **Controle judicial da atividade política**: as questões políticas e os atos de governo. p. 8.

28. *"Proeminent in any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need of unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question"*. Trecho citado e traduzido por HORBACH, Carlos Bastide. **Controle judicial da atividade política**: as questões políticas e os atos de governo. p. 9.

29. BARBOSA, Rui. Obras seletas de Rui Barbosa: trabalhos jurídicos. [s/l]: Casa de Cultura Rui Barbosa, 1962. v. XI. p. 108. Apud: JORGE NETO, Nagibe de Melo. Das questões políticas e da possibilidade de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista da Esmafe – Escola da Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 12, mar. 2007. p. 130.

30. HC 3.536/DF, relator Min. Oliveira Ribeiro, 1914; HC 3.554/DF, relator Ministro Enéas Galvão, 1914; HC 3.697/DF, relator p/ acórdão Ministro Enéas Galvão, 1914; HC 4.014/PI, relator p/ acórdão Ministro Guimarães Natal, 1916;

HC 8.800/RJ, relator Ministro Guimarães Natal, 1922. Precedentes citados no MS 26441, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25.04.2007, DJe-237 divulg. 17.12.2009 public. 18.12.2009 ement vol-02387-03 PP-00294.

31. Extraído, igualmente, de voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no MS 26.441/DF. In: **Revista do Supremo Tribunal Federal**, v. 42/135-221, 192-194.

32. MS 26441, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25.04.2007, DJe-237 divulg. 17.12.2009 public. 18.12.2009 ement vol-02387-03 PP-00294.

33. RE 410715 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22.11.2005, DJ 03.02.2006 PP-00076 ement vol-02219-08 PP-01529 RTJ vol-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290.

34. Ext 1085, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 16.12.2009, DJe-067 divulg. 15.04.2010 public. 16.04.2010 ement vol-02397-01 PP-00001 RTJ vol-00215- PP-00177.

35. HORBACH, Carlos Bastide. Op. cit. p. 15.

36. KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. p. 250-252.

37. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 77.

38. Barry Friedmann demonstra os condicionamentos inerentes ao próprio colegiado, às demais cortes e juizes e à opinião pública: FRIEDMAN, Barry. **The importance of being positive: the nature and function of judicial review**. p. 1273.

39. HÄBERLE, Peter. **Jurisdição constitucional como força política**. p. 63; BOLLMANN, Vilian. **Desatando os nós do neoconstitucionalismo brasileiro**. p. 141.

40. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. p. 48-49.

41. DAHL, Robert A. **Decision making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker**. Reprinted from Journal of Public Law, v. 6, 1958, Emory University Law School. Disponível em: <www.criminology.fsu.edu/faculty/gertz/robertdahl.html>. Acesso em: 08 mar. 2013.

42. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 529.

43. HABERLE, Peter. **Jurisdição constitucional como força política**. p. 64; FRIEDMANN, Barry. **The importance of being positive: the nature and function of judicial review**. p. 1289-1291.

44. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 75-77.

45. HABERLE, Peter. **Jurisdição constitucional como força política**. p. 76.

46. BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. p. 78.

47. MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. p. 202-203.

48. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Experiências no controle de constitucionalidade: o diálogo institucional canadense e a Constituição brasileira de 1937**. p. 59. Segundo o autor, a *notwithstanding clause* está assim redigida: "*Parliament or the legislature of a Province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature as the case may be, that act or provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in Section 2 or Sections 7 to 15 of this charter*".

49. O exemplo é fornecido por MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. p. 155-156.

50. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a faticidade e a validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. XI. p. 54.
51. Como exemplo, cite-se o caso *Roe vs Wade* (1973), em que a Suprema Corte norte-americana decidiu que o direito ao aborto estava protegido pelo direito à privacidade. Ao decidir a questão de forma estanque, a Corte interrompeu um longo processo de liberalização de leis do aborto, tendo como resultado a forte polarização da sociedade americana a respeito da questão. É o que aponta Mary Ann Glendon, em análise do professor Álvaro de Vita no prefácio de MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
52. VALLE, Vanice Regina Lírio do. Diálogo institucional como pressuposto de efetividade constitucional. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, n. 23, a. 6, jan./mar. 2006.
53. TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits os dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, p. 617-648.
54. MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. p. 18.
55. Roberta Drehmer de Miranda revela que o fenômeno de expansão judicial foi reforçado sobretudo nos países de tradição romano-germânica, o que explica o surgimento de Tribunais Constitucionais exógenos ao Poder Judiciário como instância política única para análise da constitucionalidade das leis: MIRANDA, Roberta Drehmer de. **Sobre as relações entre a judicialização da política, o controle concentrado de constitucionalidade e o Tribunal Constitucional**: uma aproximação sociológico-constitucional. p. 316.
56. Como acentua ÁVILA, Humberto. **“Neoconstitucionalismo”**: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. p. 12.
57. ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 12.
58. É a posição de ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 547-556. No mesmo sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal que se segue: AI 762589 AgR, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 21.08.2012, acórdão eletrônico DJe-174 divulg. 03.09.2012 public. 04.09.2012, cuja ementa salienta que “a convalidação de atos praticados à luz de norma declarada incompatível com a Constituição implica estímulo à edição de leis à margem da Carta da República”.
59. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. p. 112-113.
60. Na qual se afirma que a situação jurídica ainda se afigura constitucional, devendo, em *obiter dictum*, o legislador empreender medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade. MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1182.
61. MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1191.
62. Sobretudo nos casos de exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade, ocasião na qual a nulidade suprimiria benefício concedido, lícitamente, a certos setores, sem permitir a extensão da vantagem aos segmentos discriminados. Nesse sentido: MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 1191-1193.
63. A expressão é utilizada por FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BORGES, Alexandre Walmott. **Experiências de ativismo judicial na Europa continental**. p. 73.
64. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. p. 530.
65. ADI 2240, Relator(a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em

09.05.2007, DJe-072 divulg. 02.08.2007 public. 03.08.2007 DJ 03.08.2007 PP-00029 ement vol-02283-02 PP-00279.

66. Semelhante estratégia foi utilizada na ADI nº 875/DF, na ADI nº 1.987/DF, na ADI nº 2.727/DF e na ADI nº 3.243/DF, em que se discutia a inconstitucionalidade por omissão parcial dos critérios para divisão do Fundo de Participação dos Estados (artigo 161, II, da Constituição Federal: ADI 875, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 24.02.2010, DJe-076 divulg. 29.04.2010 public. 30.04.2010 ement vol-02399-02 PP-00219 RTJ vol-00217.

67. MI 670, Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25.10.2007, DJe-206 divulg. 30.10.2008 public. 31.10.2008 ement vol-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011).

68. MI 708, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 25.10.2007, DJe-206 divulg. 30.10.2008 public. 31.10.2008 ement vol-02339-02 PP-00207 RTJ vol-00207-02 PP-00471.

69. MI 1656 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 20.10.2011, acórdão eletrônico DJe-231 divulg. 05.12.2011 public. 06.12.2011.

70. MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 1165-1166.

71. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. p. 153.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):

RIBEIRO, Eduardo Kahler. Revisão judicial, paradoxo democrático e diálogo institucional. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 58, fev. 2014. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao058/Eduardo_Ribeiro.html>

Acesso em: 11 mar. 2014.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS