

## O Diálogo Constitucional numa Perspectiva Brasileira: um Colóquio Contínuo entre os Três Poderes

### *The Constitutional Dialogue under a Brazilian View: an Ongoing Colloquy Between the Three Branches*

#### **MATHEUS HENRIQUE DOS SANTOS DA ESCOSSIA**

Aluno especial do Mestrado em Direito Processual Civil da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), Pós-Graduando *lato sensu* em Direito Processual Penal pelo Complexo Damásio de Jesus, Graduado pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Advogado. Endereço para correspondência: matheushsescossia@gmail.com.

Submissão: 31.03.2012

Decisão Editorial: 04.05.2012

**RESUMO:** O presente trabalho visa abordar a teoria do diálogo constitucional presente por entre os três Poderes no Brasil. Para tanto, serão estudados autores estrangeiros que tratam do diálogo constitucional, em particular Louis Fisher, Kent Roach e Janet L. Hiebert. Em seguida, serão transpostas as lições dialógicas para o contexto brasileiro por meio da análise da interação entre os Poderes. Primeiro será avaliada a interação entre Executivo e Legislativo, em um cenário de presidencialismo de coalizão. Segundo, será avaliada a interação entre Judiciário e Executivo, diante da dinâmica da composição dos tribunais superiores. E, em terceiro, será avaliada a interação entre Legislativo e Judiciário, com enfoque no poder de reforma investido no primeiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Diálogo constitucional; separação de Poderes; ativismo judicial; interpretação constitucional.

**ABSTRACT:** The following article aims to analyze the constitutional dialogue theory in the Brazilian three Branches. Therefore, we will study foreign authors who have written about the constitutional dialogues theory, particularly Louis Fisher, Kent Roach and Janet L. Hiebert. Then, we will apply the dialogical lessons into the Brazilian scenario by observing the interaction between the Branches. First, we will evaluate the interaction between the Executive and the Legislative, in a coalition presidential system perspective. Second, we will evaluate the interaction between the Judiciary and Executive, through the minister choices in the superior tribunals. Third, we will evaluate the interaction between the Legislative and the Judiciary, focus on the constitutional amendments.

**KEYWORDS:** Constitutional dialogues; separation of Powers; judicial activism; constitutional interpretation.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O diálogo constitucional: uma construção coordenada entre os três Poderes; 2 O diálogo entre Executivo e Legislativo no Brasil; 3 O diálogo entre Judiciário e Executivo no Brasil; 4 O diálogo entre Legislativo e Judiciário no Brasil; Considerações finais; Referências.

Ninguém tem a última palavra porque não há última palavra.  
(Hanna Pitkin)

## INTRODUÇÃO

O dimensionamento do papel do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais tem sido tarefa hercúlea. Não é de todo recente que estudiosos se digladiam com o intuito de auferir as reais possibilidades de intervenção desse Poder na concretização dos mencionados direitos. Em busca das justificativas, diversos termos se tornaram usuais em meio acadêmico – ativismo judicial, judicialização das políticas públicas, autocontenção judicial, jurisdição constitucional, entre outros –, todos com a intenção de abordar a postura do Judiciário.

Essencialmente no que tange à referida postura de um “Judiciário emancipacionista”, a doutrina tratou de repartir a conduta dos Magistrados em duas hipóteses antagônicas: ou se tem uma Corte ativista, ou se tem uma Corte autocontenciosa. A respeito da primeira hipótese, cumpre transcrever a precisa lição do Professor Luís Roberto Barroso (2009, p. 11), o qual aduz que

[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

Dessa maneira, uma Corte ativista passaria a tomar para si um protagonismo em razão das omissões evidenciadas pelos demais Poderes. Por outro lado, de maneira diametralmente oposta, estaria uma Corte autocontenciosa.

Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos. (Barroso, 2009, p. 11)

Muito embora haja sucessivas tentativas de definir períodos de maior autocontenção ou maior ativismo, cumpre salientar que a mesma Corte é

capaz de apresentar decisões de maior ou menor abrangência política em um curto espaço de tempo.

Ciente das eventuais condutas do Judiciário, estudiosos ficam por direcionar esforços em busca de teorias democráticas a fim de justificar (ou rejeitar) a última palavra pronunciada pela Corte ou resolvem tratar das etapas a serem seguidas na confecção da decisão. No entanto, a grande problemática que se insurge e parece não ser tratada com a devida consideração é se o Poder Judiciário é de fato o detentor último da interpretação constitucional. Os ensinamentos de Gustavo Binbenben (2004, p. 49) transcrevem o sentimento majoritariamente compartilhado pela doutrina:

Pode-se dizer que à Corte Constitucional cabe pronunciar a última palavra institucional no âmbito do Estado Democrático de Direito, de vez que suas decisões jurídicas não estão sujeitas a qualquer controle democrático posterior. Portanto, sendo o juiz último da autoridade dos demais poderes, o Tribunal Constitucional é o único juiz de sua própria autoridade.

O cenário do constitucionalismo atual estaria circunscrito à proeminência do Poder Judiciário, visto que é necessário um amplo esforço para concretizar as Constituições tão extensas e promissoras quanto aos direitos fundamentais, sem esmorecer na sustentação dos pilares da democracia e da soberania popular. Quanto a esse fenômeno, Oscar Vieira Vilhena (2002, p. 38) esclarece: “São Constituições ‘compromissárias’, que, embora possam guardar certas características de decisão fundamental, no que se refere ao regime político e a forma de governo, criam compromissos na esfera econômica e social”.

Diante dessas exigências, seria sugerido um Judiciário pujante, ou “emancipacionista”, como anteriormente indicado. No Brasil, a trilhar os passos do referido constitucionalismo, pesa o fato de existir uma Constituição articulada em meio a uma Assembleia Constituinte, composta de forças antagônicas, cujo produto final sagrou-se um retalho paradoxal ao invés de um projeto harmônico integrativo. A respeito da Constituição de 1988,

verdade que seu resultado não produziu um conjunto de normas amalgamadas por laços sistêmicos, havendo até mesmo partes conflitantes. Em uma sociedade marcada por traços tão fortes de desigualdade social como a tupiniquim, acrescida das quebradas ontológicas advindas da pós-modernidade, a procura por liames de conexão se configura como tarefa impossível. (Bonavides; Miranda; Agra, 2009, p. XVIII)

Numa análise despercebida, poderia parecer que a supremacia da Constituição e da defesa dos direitos fundamentais seriam missões exclusivas do Judiciário. Essa exclusividade seria alcançada por elementos institucionais já previstos em meio jurídico, tal como o controle de constitucionalidade, além da atuação desastrosa nos papéis dos demais Poderes. Desse modo, a interpretação constitucional seria um privilégio (ou um dever) que diria respeito apenas ao Poder Judiciário. A respeito dessa hipótese, Luís Roberto Barroso (2004, p. 118) assume que “a interpretação pelo Judiciário é final e vinculante para os outros Poderes. Não é incomum que a interpretação judicial venha sobrepor-se à interpretação feita pelo Legislativo – como se passa quando declara uma lei inconstitucional – ou pelo Executivo”.

A assunção de um Judiciário onipotente, a causar sentimentos de arrepio ou de reverência, não condiz com a real postura evidenciada pela interpretação Constitucional entre os três Poderes. Ainda sem se desprender da suposta altivez da Corte Maior, Gustavo Binbenbajt (2004, p. 224) dá sinais de uma postura mais moderada:

Ao Supremo Tribunal Federal compete, como intérprete derradeiro da Lei Maior, dizer o direito constitucional em caráter definitivo. Todavia, no ordenamento jurídico brasileiro, também os Poderes Executivo e Legislativo desempenham papel importante na defesa da supremacia constitucional.

A Corte Constitucional, a qual na realidade jurídica brasileira é atribuída ao STF, possui a incumbência precípua de defender valores constitucionais, bem como as ambições do Constituinte. No entanto, seria de uma soberba imensurável tratar a interpretação constitucional como uma possibilidade única da Corte. O que se sucede, por outro lado, é uma interação entre os Poderes, um verdadeiro “diálogo constitucional”, com visões de afirmar o verdadeiro sentimento da Constituição.

A teoria do Diálogo Constitucional, mais detidamente explicada no capítulo seguinte, foi proposta por Louis Fisher, o qual crê a interpretação constitucional como um processo político. A leitura das normas constitucionais estaria além do universo jurídico, com a real necessidade de avaliar os desdobramentos das decisões postas em evidência pelos três Poderes. Antes de adentrar na proposta dialógica, cumpre transcrever a postura de Oscar Vieira Vilhena (2002, p. 228), que dimensiona o papel político posto pelo Judiciário na figura do STF:

[...] foi apenas a partir da ampliação dos agentes legitimados a acessar diretamente o Supremo Tribunal Federal, somado à extensa constitucionalização

de nossa vida política, decorrente do texto de 1988, que o Supremo adquiriu uma função de tamanha relevância em nossa democracia constitucional.

Afirmar isso significa admitir que o Supremo Tribunal Federal é hoje, mais do que nunca, um órgão indubitavelmente político, pois suas decisões têm um profundo e determinante impacto sobre a conduta dos demais Poderes e da população em geral.

### 1 O DIÁLOGO CONSTITUCIONAL: UMA CONSTRUÇÃO COORDENADA ENTRE OS TRÊS PODERES

Muito mais do que uma proposta a respeito do processo de interpretação constitucional, o diálogo constitucional representaria uma interação permanente entre os três Poderes. Ao invés de um Judiciário onipotente na construção das normas, haveria uma colaboração recíproca entre ele, o Executivo e o Legislativo. A ideia fundante dessa teoria é fluir o direito constitucional por entre esses três Poderes. Logo no início de sua obra *Constitutional dialogues: interpretation as political process*, Louis Fisher (1988, p. 3) baliza seu entendimento: “*The purpose of this book is to show that constitutional law is not a monopoly of the judiciary. It is a process in which all three branches converge and interact with their separate interpretations*”.

A perspectiva dialógica, quando comparada às concepções que tratam o Poder Judiciário como único responsável pela defesa da Constituição, acaba por contrastar nos agentes responsáveis pela interpretação constitucional. Tanto o Legislativo quanto o Executivo possuem a missão de se pronunciar a respeito de decisões constitucionais. “*The Supreme Court is not the sole or even dominant agency in deciding constitutional questions. Congress and the President have an obligation to decide constitutional issues*” (Fisher, 1988, p. 5). Até mesmo a Corte, nas palavras do autor, deseja a partilha dessas funções com outros atores políticos, ao indicar que “*‘ultimate interpreter’ does not mean exclusive interpreter. The courts expect other branches of government to interpret the Constitution in their initial deliberations*” (Fisher, 1988, p. 243).

Ao considerar o Poder Judiciário uma instituição política, figurada na postura da Suprema Corte americana, Fisher propôs uma construção coordenada nesse processo de interpretação constitucional. A construção coordenada seria a configuração de um permanente colóquio evidenciado entre os Poderes e a própria sociedade, uma vez que se faz presente o elemento político. Dessa maneira, o alcance da Constituição estaria condicionado aos rumos de que essa “conversa”, essa interação viria a conduzir. Nas palavras de Louis Fisher (1988, p. 273):

*No single institution, including the judiciary, has the final word on constitutional questions. The courts find themselves engaged in a “continuing colloquy” with political institutions and society at large, a process in which constitutional principle is “evolved conversationally and not perfected unilaterally”.*

Essa teoria que identifica uma maior maleabilidade no processo de interpretação constitucional acaba por obter caminho diverso daqueles que veem a jurisdição constitucional como única hipótese de concretização da Constituição. Ao ser concebido um diálogo constitucional, a suposta hegemonia do Judiciário dá lugar a uma ampla articulação entre os poderes e as forças da sociedade na defesa da supremacia da Constituição. Em obra mais recente, Louis Fisher (2004, p. 153) reafirma essa previsão: *“Instead of a hierarchical system, with the Court sitting supremely at the top, the process of making constitutional Law and shaping constitutional values is decidedly polyarchic”.*

A teoria do diálogo constitucional também foi abraçada pela doutrina canadense, evidentemente construída sob uma ótica diferente da americana em razão da *Charter* de 1982. Na obra *Charter conflicts: what is the Parliament role?*, a autora Janet L. Hiebert (2002, p. 43) dá sinais de resistência à concepção de hegemonia do Judiciário no que tange ao direito constitucional, pois *“a better way to assess how a bill of rights affects judicial and political power is to think of constitutional judgements as a shared responsibility”.* A proposta da autora em uma responsabilidade compartilhada entre os Poderes traduz a perspectiva dialógica de Fisher, ao tratar da relevância de cada interpretação posta em evidência por cada Poder.

A peculiaridade da responsabilidade compartilhada canadense, se comparada com o dialogismo americano, residiria na própria estrutura jurídico-constitucional presente em ambos os países. Visto que o Canadá adotou um sistema de governo parlamentarista, o foco de debate indubitavelmente recairia entre o Parlamento e a Corte. Por outro lado, com o sistema presidencialista, as relações entre Executivo, Congresso e Suprema Corte seriam mais tensas nos EUA. Além disso, diferenças estruturais na *Charter* canadense e no *Bill of Rights* americano permitem salientar outras peculiaridades, tal como a seção 33 da *Charter*, que prevê o *legislative override*, melhor compreendido no capítulo 5. A respeito das diferenças, Janet L. Hiebert (2002, p. 47) assume que:

*The Canadian version of dialogue differs somewhat from the American concept owing largely to the structural differences between the two nations’ bill*

*of rights. The Charter's general-limitation clause in section 1 has encouraged judges to place more emphasis on evaluating the reasonableness of the means chosen to pursue a legislative objective rather than on merits of the objective itself. [...] Another significant difference stems from the Charter's opportunity for explicit disapproval of judicial decisions, in the form of the legislative override in section 33.*

A proposta da responsabilidade compartilhada, de Hiebert, busca um *relational approach* entre o Parlamento e o Judiciário, a partir do confronto entre as decisões e opiniões diversas postas em prática por cada um dos Poderes. Valores constitucionais serão alcançados por meio da interação entre as motivações e divergências apontadas no processo de interpretação constitucional. Tomadas as múltiplas posturas, há de se salientar que:

*Thus, a relational approach is informed by the assumption that parliamentary and judicial judgments be guided by a degree of modesty about the superiority of their conclusions and by a respect for the other's contrary interpretation. Respect is measured by a sincere effort to understand the reasons and motivations that led to a contrary assessment, even if each ultimately disagrees with other. (Hiebert, 202, p. 52)*

A proximidade da responsabilidade compartilhada com a lógica do diálogo constitucional reside exatamente neste aspecto – a variedade de posturas. Uma vez decidida certa questão constitucional pelo Judiciário, essa opinião pode ser acolhida ou rejeitada pelo Executivo ou Parlamento. As motivações por detrás de cada decisão se adentrarão em um contínuo colóquio, com o objetivo de consolidar a Constituição. Dessa maneira, vale o alerta da autora canadense, a mencionar que *“shared responsibility for interpreting the Charter does not presume consensus”* (Hiebert, 2002, p. 55).

Também a tratar de um cenário canadense, o autor Kent Roach busca afirmar o diálogo constitucional presente entre os Poderes em sua obra *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Continua válido o alerta feito anteriormente a respeito das diferenças entre o contexto jurídico canadense e o americano, porém a necessidade de uma interatividade prevalece. Segundo Roach (2001, p. 176): *“This dialogue between and accountability of each of the branches have the effect of enhancing the democratic process, not denying it”*.

O avanço no processo democrático é identificado pelo autor como principal aspecto do diálogo constitucional, uma vez que passa a ser necessariamente convocado os Poderes e a sociedade a confrontar suas opiniões. A respeito disso, Kent Roach (2001, p. 241) estabelece que:

*Dialogic theories of judicial review can enhance democracy by requiring legislatures and the public to confront their prejudices and fears. Sometimes they will give in to these ugly forces, but not generally. When they do give in, nothing, not even judicial supremacy, will save the society from itself.*

O diálogo, como instrumento democrático, não caminha em direção de uma única e exclusiva resposta correta. Ao contrário, a diversidade por detrás das construções coordenadas representa a possibilidade de reflexão entre valores emergidos por dada ocasião. A virtude da teoria do diálogo constitucional é exposta por Roach (2001, p. 251):

*What theories of dialogue between courts and legislatures do achieve, however, is a process in which all of us in democracy can struggle together for the right answers, without relying on the monologues and concentrated power produced by either judicial or legislative supremacy. The Court can bring to the attention of legislatures and society important values, such as fairness and minority rights, that politicians and bureaucrats would often prefer to ignore, but it need not have the last word should the legislature take responsibility for limiting or overriding the Court's decisions.*

A partir de toda a construção feita, o diálogo constitucional surge como uma alternativa a entender o fenômeno da interpretação constitucional. A tomada de decisões constitucionais se espraia pelos três Poderes, bem como fatores acalentados pela sociedade. Tanto a construção coordenada de Louis Fisher quanto a responsabilidade compartilhada de Janet L. Hiebert indicam uma necessidade de interação e compromisso na concretização das normas constitucionais por todos os agentes políticos.

Por mais que a doutrina do diálogo constitucional fosse concebida com base no Direito norte-americano, as reflexões sobre esse colóquio contínuo são possíveis de serem transpostas a um contexto brasileiro. Os papéis do Congresso Nacional, da Presidência da República e do STF, símbolos maiores dos três Poderes, também indicam uma fluidez e interação em suas relações. Bernardo Saadi (2008, p. 49), a respeito da temática, assume que:

Ao STF cabe o dever de zelar pela Constituição. Esse encargo, como se sabe, requer que os princípios constitucionais sejam constantemente sopesados. Todavia, a interpretação constitucional não é tarefa exclusiva do STF, sendo legítima e necessária a atuação dos demais Poderes nesse processo.

Nos próximos capítulos, serão apresentadas formas de diálogo entre os Poderes em contexto brasileiro, as quais denotam o quão necessário para



o processo democrático a repartição da última palavra constitucional, em contrapartida de um único detentor dessa missão.

## 2 O DIÁLOGO ENTRE EXECUTIVO E LEGISLATIVO NO BRASIL

Inobstante a teoria do diálogo constitucional possa parecer muito mais direcionada às interações entre Legislativo e Judiciário, visto que tal teoria surgiria como uma alternativa ao *judicial review*, não há de se minimizar a relevância do desempenho Executivo na interpretação constitucional. As decisões tomadas pelo Legislativo e o Executivo quedam por configurar um colóquio contínuo, o qual permite compreender a dinâmica política atual.

Diversos mecanismos de proximidade entre esses Poderes alimentam um diálogo. A força normativa do Executivo, desmembrada nas hipóteses de edição de medidas provisórias, pedidos de urgência no processo legislativo e iniciativas exclusivas do Presidente, todas rumam numa direção dialógica. Além disso, a conversão do Congresso em um tribunal político em casos de *impeachment* reforça a indicada interação.

À primeira vista, a análise entre o Executivo e o Legislativo sob uma ótica de diálogo constitucional poderia se resumir às funções atípicas elencadas por cada Poder. O colóquio, todavia, não se resume a esse elenco. Evidentemente, tais funções exemplificam, porém não consubstanciam o real fenômeno de interação, qual seja, o presidencialismo de coalizão.

O presidencialismo de coalizão designa um rearranjo institucional do sistema presidencialista de governo. Tal termo indica uma maior proximidade entre o Presidente e o Congresso com o intuito de conferir ao primeiro maior governabilidade, ao passo que o segundo teria maior participação na agenda presidencial e no implemento de políticas públicas. Marco Aurélio Sampaio (2007, p. 127), em excelente obra, caracteriza essa dinâmica da seguinte maneira:

Pode-se definir presidencialismo de coalizão como o sistema presidencial de governo em que a governabilidade se dá pela formação de coalizão parlamentar mais ampla que o partido do presidente, servindo de apoio às políticas governamentais, o que é refletido na distribuição das pastas ministeriais e no exercício do poder de agenda legislativa pela presidência da República.

Numa ótica mais cética e também a tratar do presidencialismo de coalizão, cumpre também indicar a postura do Desembargador Kildere Carvalho (2004, p. 33) a respeito do tema:

De qualquer forma, considerando a realidade política brasileira, o relacionamento do Presidente com o Poder Legislativo levou ao surgimento de um modelo de presidencialismo denominado de presidencialismo de coalizão, que consiste num complexo sistema de interações políticas entre membros do Executivo, congressistas e líderes partidários, possibilitando que o Presidente organize sua base de apoio parlamentar, nomeando para os Ministérios políticos indicados pelos partidos políticos, que passam a fazer parte da aliança governamental.

O principal fator a desenhar essa configuração política é o pluralismo partidário. É impossível vislumbrar que, singularmente, um único partido seja apto a guiar a presidência e simultaneamente tenha maioria na Câmara e no Senado. Dessa inviabilidade, a configuração de alianças eleitorais, ainda que comportem ideologias diversas, surge como indispensável para que se efetive a governabilidade.

Com base no presidencialismo de coalizão, já é de se afastar a suposta usurpação de poderes do Executivo ao Legislativo, pois o que há é uma real conexão entre as decisões tomada por cada *branche*. Nesse caminho, Marco Aurélio Sampaio (2006, p. 109) aduz que

[...] a realidade demonstraria que a dinâmica política não é de prevalência pura e simples do Executivo sobre o Legislativo, mas sobretudo de cooperação de ambos na execução de tais diretrizes governamentais, ainda que de modo desigual e com o Legislativo aparecendo como coadjuvante.

Da mesma forma que o Executivo necessita de amplo apoio no Congresso a fim de pôr em prática suas ambições governamentais, o Legislativo está presente na configuração do Executivo. Em grande parte como consequência das alianças partidárias, a formação das pastas ministeriais traduzem o maior ou menor influência de dado partido no governo.

[...] a coalizão política se dá em três momentos distintos, a saber: primeiramente no momento de aliança eleitoral; a seguir, complementa-se a coalizão na formação do governo; e, por fim, dá-se a sua plena efetividade governamental no momento de formulação e implementação da agenda política. (Sampaio, 2007, p. 125)

Esse cenário de presidencialismo de coalizão denota, de maneira concisa, a presença de um diálogo constitucional. A dinâmica de cooperação entre os Poderes remete à questão de uma responsabilidade compartilhada. O Presidente possui ampla responsabilidade nas decisões que influem a agenda da Câmara e do Senado, da mesma forma que o Congresso se faz

presente nas políticas a serem implementadas pelo primeiro. A interação entre esses Poderes traz por desdobramento o melhor alcance de valores constitucionalmente assegurados.

Antes de seguir ao próximo capítulo, cumpre mencionar outro instrumento de dialogismo constitucional, o qual também se faz imerso na instrução de um presidencialismo de coalizão, qual seja, o veto presidencial. É indubitável que esse mecanismo incumbe o Presidente de uma missão tal qual um legislador negativo, com vistas de salvaguardar o interesse público ou a constitucionalidade. Tanto a partir de uma justificativa quanto a partir da outra, existe um cenário de diálogo, uma vez que o Poder Legislativo se escora sobre determinadas decisões constitucionais para prosseguir a edição de uma lei ou a eventual derrubada de um veto, enquanto ao vetar o chefe do Executivo perquire outras visões constitucionais. A respeito do veto, Edílson Nobre Júnior (2008, p. 99) assume que, “ademais, cabe observar que, na prática, o veto, cuja natureza é negativa, converteu-se em poderoso instrumento positivo para que o Presidente pudesse demonstrar sua influência na legislação”.

O colóquio existente entre o Legislativo e o Executivo está espalhado em diversos outros instrumentos de interação; no entanto, o presidencialismo de coalizão, por delinear um ambiente de proximidade entre tais ramos, e o veto, como instrumento decisório mais contundente, foram tratados na transposição da teoria dialógica no Brasil. No capítulo seguinte, será analisado como o diálogo procede entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

### 3 O DIÁLOGO ENTRE JUDICIÁRIO E EXECUTIVO NO BRASIL

Para tratar do diálogo por detrás do Poder Judiciário e do Poder Executivo, cumpre transcrever a lição narrada pelo professor Luís Roberto Barroso (2009, p. 35):

Tribunais, como os titulares do poder em geral, não gostam de correr o risco de que suas decisões não sejam efetivamente cumpridas. E, portanto, esta é uma avaliação ordinariamente feita por órgãos judiciais, ainda que não seja explicitado. Tribunais não têm tropas nem a chave do cofre. Em muitas situações, precisarão do Executivo, do Congresso ou mesmo a aceitação social para que suas deliberações sejam cumpridas.

Muito embora o eminente jurista desdobre seus esforços em justificativas para uma postura ativista do Judiciário, a transcrição delineia uma real exigência desse último Poder em interagir com os outros dois. Especialmen-

te no cumprimento de decisões, visto que o STF, por exemplo, “não possui tropas nem a chave do cofre”, uma dinâmica dialógica com o Executivo se manifesta indispensável.

Tendo em mente que a Constituição desempenha uma missão integradora, transcendendo, desse modo, um mero catálogo de direitos ou estruturação política de dado estado, os papéis do Judiciário e do Executivo exigem uma atuação complementar. Otto Bachof (1994, p. 11), um dos principais autores a abordar o aspecto integrativo constitucional, alerta que “a permanência de uma Constituição depende em primeira linha da medida em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe face à comunidade que ela mesma constitui”. Ainda a compreender essa abordagem da Carta Maior, Filomeno Moraes (2004, p. 171) aduz que, “na verdade, aqui e alhures, as constituições são, acima de tudo, instrumentos de governo que limitam, restringem e permitem o controle do exercício do poder político, a sua razão de ser”.

O desempenho da missão integrativa de uma Constituição supera o ideário utópico que outrora regia o direito constitucional. Logo, ao aderir a Carta Magna como instrumento de governo, as normas constitucionais cumprem papel inicial a ser perseguidos na adoção de políticas públicas. Em meio a isso, o colóquio entre os Poderes Judiciário e Executivo teriam por escopo o atendimento de eventuais missões constitucionais.

Exemplo mais emblemático do diálogo constitucional entre Executivo e Judiciário no desempenho das missões constitucionais foi durante o governo de Franklin D. Roosevelt, nos EUA. Nos primeiros anos como presidente, Roosevelt se deparou com uma postura conservadora da Suprema Corte americana, a qual rejeitava as suas políticas governamentais com o intuito de contornar as crises acarretadas pelo *Crash* de 29 e pelo *Dust Bowl*. Especialmente o *New Deal*, principal política a ser desempenhada, encontrava demasiada resistência no Judiciário.

*Presidential optimism was routed on “Black Monday”, May 27, 1935, when the Supreme Court unanimously struck down the National Industry Recovery Act (NIRA). [...]*

*Roosevelt’s indignation at the judiciary was further aroused on January 6, 1936, when the Court struck down the processing tax in the Agricultural Adjustment Act. [...] Other decisions in 1936, striking down federal and state laws, provided extra incentives to curb the Court. (Fisher, 1988, p. 210-211)*

Diante da resiliência da Suprema Corte em se posicionar de modo favorável a tais políticas, Roosevelt passou a se mobilizar com o intuito de modificar a composição da Corte e que esta se voltasse em prol de suas implementações. FDR chegou até a preparar um “*Court Packing Bill*”, a qual trazia novos procedimentos de aposentadoria aos Magistrados da Suprema Corte, bem como a expansão para o número de 15 *Chiefs of Justice*. Todavia, as eleições de 1936 proporcionaram ampla maioria no Congresso, fato que invariavelmente contribuiria para aprovação do pacote proposto por Roosevelt.

Diante de um cenário de amplo apoio Legislativo, somado a mudança de postura de algum dos membros da Suprema Corte e a nomeação de outros, a propositura do *Court Packing Bill* perdeu sentido. Por outro lado, com o respaldo do Poder Judiciário, a concretização das missões constitucionais e a efetivação dos planos de governo quedaram por configurar uma tarefa muito menos árdua para Roosevelt. Sobre esse alinhamento, Louis Fisher (1988, p. 215) indica

*other decisions in 1937 confirmed that the Court had become more accepting of New Deal programs. Roosevelt remarked with obvious relish: The old minority of 1935 and 1936 had become the majority of 1937 – without a single new appointment of a justice. [...] Justice Van Devanter stepped down on June 2, 1937, giving Roosevelt his first chance in more than four years to nominate a Justice to the Supreme Court. Other retirements were imminent. Within a matter of months, the need for the court-packing plan had evaporated. President Roosevelt would be able to “reorganize” the Court without action on his bill.*

A mudança na postura da Suprema Corte em face das políticas a serem implementadas por Roosevelt delineia o qual dialógico é a interação entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo. Ao conceber a Constituição como um plano a ser executado, as decisões constitucionais entre cada um desses ramos têm o escopo de aperfeiçoar a democracia e ampliar o alcance de dados valores previstos no Texto Maior.

É exatamente a respeito da escolha da composição do STF que é fundado um diálogo constitucional no Brasil. Tal como nos EUA, daí ser necessário extrair algumas lições da interação entre os Poderes na Era Roosevelt, a escolha dos ministros do STF é privativa do Presidente com posterior aprovação por maioria absoluta em sessão fechada no Senado. Embora boa parte do ceticismo resida precisamente no teor da sabatina levada a cabo pelos parlamentares ou da ausência de aspectos democráticos

na seleção presidencial, a perspectiva de atendimento às políticas governamentais são levadas em consideração.

A carreira pregressa do futuro ministro, as causas pela qual militou ou o estilo de julgamento, a postura acadêmica, são todos exemplos de características que aproximam ou afastam um potencial ministro da escolha do Presidente. As características citadas concederão indícios de como o ministro se portaria no STF e, por conseguinte, a menor ou maior dificuldade que esse criaria em sua atividade na egrégia Corte.

José Aílton Garcia (2005, p. 133) faz o seguinte alerta: “Registre-se também que o atual Presidente Luiz Inácio Lula da Silva obteve a intrigante oportunidade de indicar a maioria dos ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal, durante sua própria gestão”. Não obstante hoje a chefia do Executivo recaia sobre o colo da Presidente Dilma Rousseff, a qual nomeou o Ministro Luis Fux e a Ministra Rosa Maria Weber para o STF, a transcrição do autor é válida. O Ex-Presidente teve a oportunidade de nomear 8 ministros, sendo que 6 ainda fazem parte da Corte (BRASIL, disponível na *web*).

O poder/dever cabido ao Presidente na escolha dos ministros desempenha papel primordial na consolidação dos projetos governamentais. A nomeação de Magistrados contrários ao projeto político a ser concretizado pelo Presidente eventualmente acarretaria em óbices nessa concretização, em especial diante dos diversos poderes investidos ao STF previstos na Constituição de 1988 – *vide* súmula vinculante e o controle de constitucionalidade concentrado. Logo, a composição do Supremo está inserida em um contexto de dialogismo constitucional, uma vez que o Presidente dispõe do poder de nomeação como instrumento a propiciar maior ou menor interação entre o Executivo e o Judiciário. O maior ou o menor diálogo delineará a postura da Corte em face da consolidação da missão integrativa da Constituição.

#### 4 O DIÁLOGO ENTRE LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO NO BRASIL

O avanço das teorias adeptas ao *judicial review* tece suas principais justificativas na interação entre o Legislativo e o Judiciário. Omissões legislativas, crise na democracia representativa, fisiologismo partidário exemplificam, em grande parte, causas para que se suceda a uma proeminência do Poder Judiciário. Diante da suposta paralisia que tormenta o Congresso Nacional, seria o Supremo Tribunal Federal o responsável por abrigar debates de profundos desdobramentos políticos. Martônio Mont’Alverne Barreto Lima (2003, p. 510), a respeito desse contexto, aduz que:

O descredenciamento dos parlamentares, em especial daqueles que governam, ou seja, os do sistema parlamentarista, cresce cotidianamente, encontrando adeptos, principalmente, nos juristas defensores da ampliação do controle concentrado de constitucionalidade.

Não se pretende abordar, no presente trabalho, os contornos de eventual fracasso legislativo (ou se realmente é válida essa acusação) no Brasil, mas sim elucidar aspectos de interação e dialogismo entre os Poderes na concretização das normas constitucionais. O Poder Legislativo é revestido de exuberante importância no que tange à interpretação constitucional, visto que é o principal ator na modulação do ordenamento jurídico interno.

Aqueles que defendem o Poder Judiciário como detentor da última palavra constitucional, ou seja, responsável pela mais importante interpretação constitucional, assumem que a mudança de dado entendimento só seria possível com a variação do próprio entendimento jurisprudencial. Uma vez responsável por abrigar o espaço de debate político, o STF, a simbolizar o Poder Judiciário, somente sofreria alterações no entendimento em razão da própria Corte – a qual passou a utilizar método hermenêutico diverso do anterior, por exemplo.

Assumir a possibilidade descrita no parágrafo anterior fecharia os olhos para um dos principais meios de modificação jurisprudencial, que é conferido ao Poder Legislativo. O poder de reforma, transposição do Poder Constituinte, representa uma das ferramentas mais incisivas para a modulação da interpretação do Supremo Tribunal Federal. No Brasil, o poder de reforma coincide com o Poder Legislativo, uma vez que o Congresso Nacional é revestido com o Poder Constituído. Nas palavras do Professor Adriano Sant'Anna Pedra (2005, p. 81):

Entre nós, a Constituição conferiu expressamente ao Congresso Nacional, órgão instituído, a competência para elaborar emendar a ela própria. Quando da eleição dos congressistas para exercerem o poder legislativo, a Constituição também confere a estes parlamentares o exercício do poder reformador, ambos os poderes constituídos.

Imerso em um contexto dialógico, o poder de reforma quedaria como uma das principais ferramentas de interação entre o Legislativo e o Judiciário. A título de ilustração, dois exemplos caracterizam o dialogismo entre esses Poderes. O primeiro trata-se do teto remuneratório para servidores públicos, previsto no art. 37, XI. O STF, por diversas vezes, assumiu que o teto poderia ser superado, até que com a Emenda Constitucional nº 41/2003

houve novos contornos a respeito desse dispositivo. O segundo diz respeito à contribuição para o custeio de serviço de iluminação pública, atualmente prevista no art. 149-A. Antes dessa previsão, os municípios cobravam a taxa, a qual foi reputada inúmeras vezes inconstitucionais. Em decorrência da inconstitucionalidade, o Poder Constituído superou esse entendimento, criando uma nova espécie tributária por meio da Emenda nº 39/2002.

Conforme toda essa construção, o poder de reforma opera como o principal instrumento de diálogo entre o Legislativo e o Judiciário. Por mais que se haja a ilusão de que o STF detenha a última palavra, a investidura da reforma permite que as decisões por detrás da última palavra sejam reavaliadas tanto em âmbito legislativo quanto judicial. Tudo como um permanente colóquio.

Vale frisar que a possibilidade de emenda se avulta no Brasil muito em função da inexistência de outros mecanismos que promovam o debate entre o Legislativo e o Judiciário, especialmente no tocante ao controle de constitucionalidade. Num cenário eminentemente mais dialógico, há de se discorrer a respeito da *section 33* da *Charter* canadense, a qual prevê o *legislative override*.

O mecanismo do *legislative override* trata da possibilidade que o Parlamento canadense possui em tornar uma lei inconstitucional, após pronunciamento da Suprema Corte, em constitucional no prazo de um ano. Essa hipótese seria um meio pelo qual o Poder Legislativo teria para realizar as mudanças necessárias na lei e, por conseguinte, ampliar o debate sobre determinadas temáticas constitucionais. A respeito desse mecanismo, Kent Roach (2001, p. 265) indica que “*It allows legislature to reverse a Court decision with an ‘in-your-face’ reply that suggest that the Court wrongly interpreted the constitution or that its decision was simply unacceptable to the majority*”.

O grande valia do *override* reside precisamente na construção de um debate contínuo entre as razões que levaram a Corte apontar dada lei como inconstitucional e, de outro lado, os motivos que tornam o Parlamento a ainda confiar nessa mesma lei. Janet L. Hiebert (2002, p. 63), sobre o papel dialógico que desempenha a *section 33* da *Charter*, estabelece que:

*Before considering use of the override, Parliament should give serious consideration to whether it can revise legislation in a manner that satisfies judicial concerns, without seriously compromising the integrity or effectiveness of the legislative objective.*



Além da própria alternativa de revisão da lei, o *override* tornaria a Corte a ser mais minuciosa quanto aos futuros efeitos que uma declaração de inconstitucionalidade poderia acarretar. Seria desastrosa, especialmente quanto aos direitos adquiridos, uma declaração pautada em uma interpretação imprudente.

Numa visão desatenta, poderia parecer que esse mecanismo conceberia amplos poderes ao Legislativo a ponto de induzir a uma tirania. Kent Roach (2001, p. 265), ciente dessa iminência, salienta que: “*The override can result in legislative tyranny, but it is a tyranny that is explicit for all the world to see and that must be revised when the override expires*”. O que o *override* traduz é um contínuo colóquio entre o Legislativo e o Judiciário, com ambos a tratarem de suas interpretações constitucionais e com ambos a buscar o entendimento nas posturas antagônicas ou convergentes tomadas por cada ramo.

No Brasil, diante da escassez de instrumentos que aprofundem a interação entre Legislativo e Judiciário, o poder de reforma queda como o principal meio para o alcance desse diálogo. Poderia citar a previsão de um cenário de interação entre o STF e o Senado no controle difuso, porém, diante da baixa aplicabilidade, a emenda torna-se como o principal meio de evidenciar as decisões constitucionais tomada por cada um desses Poderes.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O grande clamor acadêmico que prima a existência de um “Judiciário emancipacionista” invariavelmente tende a torná-lo onipotente no campo da interpretação constitucional. Por mais que predomine na doutrina a defesa dessa postura ativista, tomá-la como inequívoca não somente arrefece o debate acadêmico, como também não coaduna com a dinâmica atual.

O diálogo constitucional não tenciona contrapor os preceitos ativistas, muito menos surgir como uma via dialética à tese do *judicial review*. Pelo contrário, uma perspectiva dialógica cumpre o importante papel de elucidar os pontos de interação entre os três Poderes, e como essa interação, levada à frente como um colóquio contínuo, surge como indispensável para o atendimento de valores constitucionais e para o aprimoramento da democracia.

Uma construção coordenada ou uma responsabilidade compartilhada se faz presente em diversos cenários, uma vez que os Poderes confluem de maneira permanente no campo da interpretação constitucional. O pre-

sidencialismo de coalizão que torna Executivo e Legislativo interligados e propicia um diálogo para o implemento das políticas governamentais, políticas essas também levadas em consideração no processo de nomeação dos ministros de tribunais superiores pelo Presidente. E isso sem contar o poder de reforma, o qual é investido no Poder Legislativo, que permite uma adaptação da leitura constitucional feita pelo Judiciário.

Exemplificativos e inexaustivos, os exemplos aqui aduzidos indicam que o diálogo constitucional é uma realidade muito mais sensata para abordar como se procede a tomada de decisões constitucionais pelos Poderes. Assumir que um único Poder é detentor exclusivo e último da palavra constitucional seria atribuir uma missão tormentosa e indubitavelmente falível. A responsabilidade por tornar reais todas as promessas constitucionais não se esgota no bel-prazer decisionista de um poder. Todos compartilham e dialogam para alcançar essas promessas.

## REFERÊNCIAS

- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo. *Revista do Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 16, out./dez. 2009.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação constitucional e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. Ministros do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp>>. Acesso em: 06 fev. 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2004.
- BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CARVALHO, Kildere Gonçalves. Os Poderes do Presidente da República. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 10, 2004.
- FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as political process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

\_\_\_\_\_. Judicial finality or an ongoing colloquy? In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington, D.C: Georgetown University Press, 2004.

GARCIA, José Aílton. Supremo Tribunal Federal brasileiro: análise da forma de escolha de seus ministros. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, a. 15, n. 61, out./dez. 2007.

HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* Montreal & Kingston: McFrill-Queen's University Press, 2000.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A democratização das indicações para o Supremo Tribunal Federal. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 3, 2003.

MORAES, Filomeno. Democracia, constituição e reforma política. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2004.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O veto por inconstitucionalidade e o seu controle jurisdicional. *Revista da Ajuris*, a. XXXV, n. 109, mar. 2008.

PEDRA, Adriano Sant'Anna. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

SAADI, Bernardo de Vilhena. A cláusula de repercussão geral e o diálogo constitucional entre os Poderes. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, FGV, Atlas, v. 247, jan./abr. 2008.

SAMPAIO, Marco Aurélio. Medida provisória, diálogo constitucional e a falácia de usurpação de Poderes Legislativos pelo Executivo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro: Renovar, a. 1, n. 4, out./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VILHENA, Oscar Vieira. *Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.