

O DIÁLOGO INSTITUCIONAL E A ÚLTIMA PALAVRA

Leandro Corrêa de Oliveira

Professor dos cursos de graduação e mestrado em Direito da FDSM (Pouso Alegre – MG/BRASIL). Doutor em direito pela UNESA- RJ/BRASIL e Mestre em Direito pela UFPR – PR/BRASIL. (Pouso Alegre – MG/BRASIL). leandro_coliveira@me.com

Larissa Balsamão Amorim

Mestre em Direito (Constitucionalismo e Democracia) pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Graduada Lato Sensu em Advocacia Trabalhista pela Universidade Anhanguera. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Integrante do Grupo de Pesquisa Jurisdição e Política. Advogada atuante em Pouso Alegre (Pouso Alegre-MG/BRASIL). amorim.la@hotmail.com

Recebido em: 19/03/2019

Aprovado em: 12/06/2019

RESUMO

O presente artigo pretende discutir a legitimidade do Tribunal Constitucional em decidir sobre a adequação de leis que foram criadas pelos poderes majoritários e a influência na preservação do Estado democrático, busca analisar a história do constitucionalismo contemporâneo e o estreito laço entre política e direito. A metodologia visa analisar a perspectiva da corrente substancialista do pensamento de Ronald Dworkin e em contrapartida a corrente procedimentalista de Jeremy Waldron. Esta pesquisa busca a análise do constitucionalismo contemporâneo, à procura de soluções para a tensão existente entre constitucionalismo e democracia, e caminha por algumas teorias dialógicas para alcançar respostas. A conclusão é que os diálogos institucionais entre os poderes Legislativos e Judiciário poderá ser um mecanismo importante para a manutenção da democracia, ao criar um contato mais estreito entre os poderes para um ambiente constitucional cooperativo, ampliando o debate constitucional sem se limitar à teoria da última palavra.

Palavras-chave: Supremacia judicial; Supremacia legislativa; Diálogo institucionais; Estado Democrático de Direito.

INSTITUTIONAL DIALOGUE AND THE LAST WORD

ABSTRACT

The present article intends to discuss the legitimacy of the Constitutional Court in deciding on the adequacy of laws that were created by the majority powers and the influence on the preservation of the democratic State, seeking to analyze the history of contemporary constitutionalism and the close bond between politics and law. The methodology will seek to analyze the perspective of the substantialist current of Ronald Dworkin's thinking and, in contrast, the procedural current of Jeremy Waldron. This research will seek the analysis of contemporary constitutionalism in search of solutions to the tension between constitutionalism and democracy and will walk through some dialogical theories to reach answers. The

conclusion is that institutional dialogues between the Legislative and Judiciary powers could be an important mechanism for the maintenance of democracy, creating a closer contact between the powers for a cooperative constitutional environment, broadening the constitutional debate without being limited to the theory of the last word

Keywords: Judicial supremacy; Legislative Supremacy; Institutional dialogue; Democratic state.

1. INTRODUÇÃO

Os debates sobre a tensão constitucionalismo e a democracia perpassa pelo quadro de maior atuação do Poder Judiciário em questões políticas. A disputa de quem deve ter a “última palavra” ganha novos rumos a partir da historicidade do constitucionalismo (LYNCH; MENDONÇA, 2017, p. 28)¹ e da atribuição de legitimidade ao Tribunal Constitucional em decidir sobre a adequação de leis que foram criadas pelos poderes majoritários, que a senso comum, se desdobra como consequência da omissão ou desconfiança das instâncias políticas.

Há no imaginário, que o Poder Legislativo deve se pautar por parâmetros democrático, da mesma forma que o Poder Judiciário se limita a decidir sobre declaração de direitos das minorias, de modo a sempre florescer as controvérsias que norteiam a resposta da “última palavra” em matéria constitucional. O problema que se enfrenta é a tensão entre Constitucionalismo e Democracia, já que o constitucionalismo contribuiu para conferir novas atribuições ao poder judiciário e uma maior atuação e intervenção desse poder em questões de grandes repercussões políticas.

Porém, analisar a Jurisdição Constitucional a partir de uma nova perspectiva, utilizando como fonte a atribuição prevista no caput do artigo 102 da carta magna de guardião da Constituição e detentor da última palavra, se faz necessário. Assim como a idealização e preservação da democracia também pressupõe o entendimento de que outros atores, não

¹ “ A Constituição de 1988, para ser bem compreendida, pode e deve ser estudada também à luz de suas antecessoras, sem que isso implique, decerto, nenhuma interpretação retrospectiva. Há, na atual constituição, comandos herdados de constituições anteriores, e que, naturalmente, já foram interpretados no passado. Tais interpretações merecem ser recuperadas e compreendidas. [...]A função científica da história constitucional não é a de ser exemplar ou não-exemplar; é a de mostrar a mutabilidade da noção de constituição; é a de estudar sua relação com o desenvolvimento social e político das sociedades. O papel científico de uma história constitucional brasileira, em especial, deve ser o de revelar como se desenvolve o constitucionalismo num país periférico, orientado obsessivamente pela modernização. A democracia constitucional de 1988 não nasceu ex novo da constituinte, como Minerva da cabeça de Júpiter. Se a democracia é processo sempre inacabado, a história é seu natural reflexo”.

somente aqueles que foram eleitos, poderão atuar de alguma forma para representar os anseios do povo.

Talvez, até mais relevante que as críticas ao ativismo judicial e o afastamento da utopia de que o Poder Judiciário intervém em questões políticas para suprir as omissões do poder legislativo é buscar compreender e estabelecer qual é o lugar do poder judiciário e suas atribuições no constitucionalismo contemporâneo e a partir das alterações ocorridas no modelo tradicional democrático representativo. Grosso modo, a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas caberia em regra, ao Poder Executivo, dentro das definições estabelecidas pelo Poder Judiciário (BUCCI, 2006, p.22).

Para se chegar ao objetivo geral de discutir a legitimidade do Tribunal Constitucional em decidir sobre a adequação de leis que foram criadas pelos poderes majoritários e a influência na preservação do Estado democrático, o artigo pretende analisar os contornos do constitucionalismo contemporâneo, analisando a revisão judicial na perspectiva de Ronald Dworkin e por fim analisar as teorias dialógicas para uma possível aproximação entre os poderes.

Mediante a visão de constitucionalismo e democracia de Ronald Dworkin (2006), por sua corrente substancialista, a defesa de direitos fundamentais deve ser encarregada às cortes, enquanto aos parlamentares representativos apenas a atribuição de deliberação sobre políticas públicas. Por outro lado, verifica-se que diversos outros autores criticam a posição de Dworkin e a supremacia do poder judiciário como, por exemplo, Waldron (2003) por meio de sua corrente procedimentalista, que se opõe à jurisdição constitucional e se dedica a garantir o prestígio aos poderes eleitos democraticamente.

Diante dos grandes questionamentos e debates a quem deve-se atribuir o poder de dizer a última palavra, o presente artigo conclui que pela possibilidade do diálogo entre os poderes Legislativos e Judiciários a partir da utilização das teorias dialógicas para garantir os direitos fundamentais e preservar o Estado Democrático de Direito.

O estudo sobre os diálogos institucionais assume, então, um importante papel para o Estado Democrático de Direito, e possibilita uma perspectiva de um constitucionalismo cooperativo. Assim, propõe-se uma tentativa de diálogo entre as instituições como possível solução para balancear e evitar uma sobreposição de um poder em relação a outro. Com o intuito de propor um diálogo entre os poderes, faz-se necessária a realização de uma pesquisa de

natureza analítica sobre as teorias de dialógicas com objetivo de concretizar as diretrizes e programas constitucionais que seja melhor condizente à realidade brasileira:

2. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Pode-se dizer que o constitucionalismo abarca a ideia da supremacia da Constituição. Após um período de estados nacionais absolutistas, no séc. XVII surge o constitucionalismo moderno, tendo a Inglaterra como precursora (SILVIA, et al, 2011, p.23). Após a Revolução Gloriosa os limites do rei passaram a ser limitados instituindo a supremacia e a tripartição parlamentar com representantes do poder monárquico, aristocrático e popular.

No séc. XVIII, surgiu o constitucionalismo clássico ou liberal, impulsionado pelas revoluções libertárias da burguesia, diante da crise pela falta de representatividade. Surgem as primeiras constituições escritas. Dos Estados Unidos, surgiu em 1776 a “Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia” e, logo depois, em 1787, a Constituição Americana, até hoje em vigor, fundada no poder constituinte do povo com limites ao poder político, diferente da Constituição Francesa que não limitava o poder constituinte. (SILVIA, et al, 2011, p.32)

Foi nos EUA que surgiram as ideias da supremacia da constituição sobre o ordenamento jurídico, no século XIX, instituiu-se o controle jurisdicional de constitucionalidade, tendo a Suprema Corte a função de preservar a Constituição. A ideia era que o guardião da Constituição deveria ser um poder politicamente neutro.

Somente com a Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, que a Europa pode presenciar uma constituição social democrática. Com constituição Mexicana, de 1917, foi imposto ao estado a obrigação de realizar prestações positivas na efetivação dos direitos sociais. Assim no séc. XX, após a 1ª Guerra Mundial, surgiu o chamado constitucionalismo moderno ou social. O constitucionalismo clássico consagrou a ideia de liberdade, e o constitucionalismo moderno estendeu a ideia de direitos sociais, econômicos e culturais, defendendo além da liberdade, a igualdade entre as pessoas. (PINHEIRO, 2006, p.103)

A partir da Segunda Guerra mundial, surge o constitucionalismo contemporâneo, com uma abordagem além de positivista, com preceitos morais como reação ao período de guerra. A dignidade da pessoa humana passou a ser texto de destaque e núcleo das expressões constitucionais, considerada como valor constitucional supremo. Esse movimento impulsionou a força normativa e dirigente da constituição, tendo como sua base

constitucional um rol extenso de direitos fundamentais da pessoa humana a serem garantidos

O pós-positivismo surge com a superação do jusnaturalismo e a decadência do positivismo, com pensamentos sobre a função social e a interpretação do direito – (re)aproximando filosofia e direito. O pós-positivismo foi marcado por certas características, dentre muitas: 1 – o direito formado através de regras e princípios; 2- a formação de uma nova hermenêutica através da virada linguística; 3 – busca da razão prática; e 4 – a tentativa de um desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais com base na dignidade da pessoa humana.

A partir desses elementos surge o movimento teórico – filosófico do novo constitucionalismo que tiveram como base constituições materiais do segundo pós-guerra a partir de uma concepção de Estado Democrático de Direito.

A Constituição nesse ambiente, representa, pois o documento catalisador dos ideais e das exigências modernas no intuito de garantir a racionalização da disciplina do poder – suas desmistificações, estruturações, regulamentação e controle – e, via de consequência, a garantia do espaço de desenvolvimento e indivíduo – unidade ética por excelência – notadamente pela declaração de seus direitos fundamentais (PEREIRA, 2006, p.89).

Assim, o novo constitucionalismo nasce do reconhecimento da materialidade das Constituições e dos impulsos para a concretização das garantias que formam o novo contrato social e que institui o Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, a democracia institui, também, um objetivo maior de garantir proteção aos direitos garantidos pelas constituições, e como consequência, preservar as decisões majoritárias ali instituídas, mas ajustando para que os direitos fundamentais das minorias também sejam garantidos. Vê-se a necessidade de observar mecanismos e instrumentos legítimos para realizar a proteção.

Cria-se também um ambiente de grandes discussões em relação a quem cabe "a última palavra" ou quem deve prevalecer - de um lado poder judiciário que recebe a atribuição na solução dos conflitos, mas que a partir da promulgação da Constituição programática e dirigente passa a assumir um protagonismo de decisões que invadem questões políticas e também ganha destaque a permissão para uma "atuação mais ativa na implementação de direitos sociais" – (OLIVEIRA, 2017, p.243). Do outro lado o poder legislativo como poder eleito democraticamente para representar o povo para criação de normatividade e para decisões políticas (SOUSA NETO,2002, p.47).

A constituição dos Estados Unidos surge com a supremacia do parlamento, no qual o poder Legislativo é juridicamente limitado, já que prevalece a supremacia da Constituição pelas atribuições dadas ao poder judiciário de anular normas que tenham conflito com ela. (OLIVEIRA, 2017, p.243). Nessa esteira, vê-se a disseminação do controle judicial com a famosa decisão do Juiz John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, em 1803, que consagrou a Suprema Corte como verdadeira guardiã da Constituição determinando que não poderia sofrer afronta por ato do legislativo (STRECK, 2002, p.263-269). O caso emblemático marcou história porque, embora a Constituição dos Estados Unidos não disciplinasse claramente, o Juiz Marshall utilizou de mecanismos para limitar o poder do parlamento, ou seja, buscou "um poder que autorizasse a invalidação de uma legislação que viesse a contrastar com a Constituição" (OLIVEIRA, 2017, p.245).

Para Alarcon, quando é dado um poder de controlar decisões em relação à constitucionalidade de atos de outros órgãos, há uma capacidade de interferir - mesmo que sutil no pensamento de alguns - na atividade desses poderes, desse modo esclarece que o Juiz Marshall ao decidir o caso *Marbury v. Madison*, teve sensibilidade à invasão de competências entre os poderes, fundamentando que o judiciário não anula leis, mas declara (ou seja uma ação declaratória e não constitutiva) sua nulidade por ser contrária à Constituição.

A lei inconstitucional sempre foi inválida porque, ou a constituição é soberana sobre as leis, ou o contrário. Nesse sentido, como é inerente à função jurisdicional decidir sobre o conflito entre normas jurídicas, caberia ao judiciário apenas solucionar essa "simples" antinomia entre constituição e lei, dando prevalência à primeira em face da segunda, quando em confronto. Não haveria, portanto, interferência alguma do judiciário na esfera de atuação do legislativo ou do executivo, mas, simplesmente, o desempenho regular da função jurisdicional em defesa da prevalência da constituição enquanto corpo superior e rígido de normas no contexto mais amplo do ordenamento jurídico, sem arranhar o princípio da separação de poderes. (ALARCON, 2013, p. 3)

Surgem discussões, questionamentos e críticas em relação aos sistemas de controle de constitucionalidade, já que pressupõe a supremacia de um poder sobre os demais - preponderantemente em relação aos poderes judiciário ou o tribunal constitucional - e a eles geralmente é atribuída a "palavra final" em matéria de controle de constitucionalidade, somando-se a isso surge também a "dificuldade contramajoritária" (BICKEL, 1986) que um poder não democrático possui a atribuição de julgar inconstitucionais leis emanados de poderes eleitos. "A pretexto de proteger a constituição, o judiciário ou o tribunal constitucional anula a vontade da maioria e impõe sua própria interpretação constitucional - daí a dificuldade contramajoritária apontada por Bickel". (ALARCON, 2013, p. 5)

3. A ÚLTIMA PALAVRA

A revisão judicial é muito discutida entre autores, os quais, se diferem em níveis de aceitação, já que poderia comprometer o arranjo democrático ao atribuir ao poder judiciário (não eleitos) a competência de revogar decisões tomadas pelo parlamento (eleitos). Assim, há autores que negam a revisão judicial como Waldron, que opõe-se à jurisdição constitucional e se dedica a garantir o prestígio aos poderes eleitos democraticamente, afirmando que o parlamento tem a capacidade de melhor garantir a Constituição e os direitos fundamentais; autores como Ely e Bickell que toleram com argumentos de que a suprema corte somente poderia atuar se houvesse pela convicção de que há violação da Constituição Federal por parte do poder legislativo, e autores que entendem ser totalmente possível que a Suprema Corte tenha controle sobre os atos do legislativo como por exemplo Ronald Dworkin (RIBEIRO; CZELUSNIA, 2012, p.193).

No presente artigo o foco será analisar a posição substancialista de Ronald Dworkin e suas contribuições sobre o *Judicial Review*. Para o autor a supremacia judicial está intrínseca ao contexto histórico da sociedade Estadunidense, considerando que o poder judicial detém a última palavra em relação à interpretação da Constituição. Ronald Dworkin se encarrega de argumentar a favor do judicial review com base em um ordenamento principiológico e apoiado na ideia da defesa dos direitos fundamentais.

Para Ronald Dworkin, a defesa dos direitos fundamentais deve ser encarregada às cortes enquanto aos parlamentares representativos a atribuição de deliberação sobre políticas públicas. Em suas concepções defende que a supremacia judicial não se opõe à democracia, argumentando por meio da:

De acordo com sua concepção constitucional de democracia, esse regime tem alguns requisitos morais substantivos que não são atendidos necessariamente por um procedimento majoritário, mas pela “resposta certa” sobre direitos fundamentais. O procedimento decisório, nesse caso, pouco importa para a legitimidade da decisão. Tal “resposta certa” sobre direitos fundamentais é inspirada pelo ideal da “igual consideração e respeito”, e ajuda a promover a “filiação moral” de cada pessoa à comunidade política. Sem essa filiação moral prévia, procedimentos majoritários (ou quaisquer outros) não teriam absolutamente nenhum valor e não satisfariam um padrão minimamente desejável de igualdade. Em resumo, democracia, quando estão em jogo direitos fundamentais, é uma questão de *output* substantivo, não de *input* procedimental. (MENDES, 2008, p.2)

Observa-se, então, que para Dworkin a jurisdição é completamente legítima de modo que mesmo se as cortes errem ao encontrar a resposta correta, elas ainda teriam melhores condições para dar a última palavra. A concepção de democracia de Ronald Dworkin supera o procedimentalismo majoritário, para ele, a concepção de democracia deve buscar produzir decisões que respeitem os direitos fundamentais também das minorias.

Em suas próprias palavras o objetivo que define a democracia deve ser pautada em:

Que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito [...] a concepção constitucional requer esses procedimentos majoritários em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas de soberania da maioria. (DWORKIN, 2006, p.26)

Dworkin observa que as decisões jurídicas devem ser justificadas com argumentos de política e os argumentos de princípios, o primeiro, relacionado às políticas públicas e às orientações do governo, ou seja, a decisão deve estar em conformidade com os fundamentos políticos e interesses da comunidade; enquanto o segundo está baseado na moralidade e respeito aos direitos individuais e coletivos.

Mas segundo Dworkin, embora os argumentos de política possam constituir bons motivos para justificar pretensões, somente os argumentos de princípio podem constituir os melhores fundamentos para as decisões jurídicas. Pois a diferença entre as decisões jurídicas e as decisões políticas está, justamente, no fato de que as decisões jurídicas devem levar a sério os direitos, quer dizer, devem tratar os direitos como uma questão de princípio, como uma questão de moralidade política da comunidade. Só assim o constitucionalismo pode fortalecer a democracia. E só assim a jurisdição constitucional pode exercer a sua mais autêntica função, que é a de garantir que, mesmo contra a opinião da maioria" (SIMIONI, 2011, p. 2014)

A grande questão está nas hipóteses em que o poder judiciário se depara com os casos difíceis, principalmente quando há colisão entre direitos e a lei positivada não é muito clara. Para Dworkin, também haverá uma resposta correta do direito, mas será necessário enfrentar o problema da legitimidade democrática, pois a decisão jurídica poderá ultrapassar o direito positivado. Desse modo, a recomendação proposta por Dworkin é que se utilize de argumentos de princípio e não de argumentos políticos pois os juízes não foram eleitos democraticamente e "são os princípios que tornam possível uma interpretação adequada e justificada das próprias políticas públicas" (SIMIONI, 2014, p.346). Para Dworkin a

democracia será fortalecida pelo constitucionalismo e mediante jurisdição constitucional porque respeitam os direitos das minorias e também os princípios de moralidade política da comunidade.

Em posição contrária ao entendimento de Dworkin, Jeremy Waldron - com uma proposta procedimentalista - afirma que afronta a democracia atribuir aos juízes decisões políticas e controversas, pois estariam retirando essa atribuição dos poderes majoritários. (WALDRON, 2003, p. 5). Diferente de Dworkin, Waldron afirma que não se pode atribuir a corte o ônus da resposta correta:

A corte cumpre um papel importante no esforço institucional para fazer com que o bom argumento seja variável de peso na competição democrática. Um retorno à tensão entre forma e substância ajuda a clarear este ponto. Waldron tenta suprimir essa tensão na montagem de instituições. Para ele, quando discutimos a autoridade democrática, é sobre procedimentos, e nada mais, que devemos falar. Como resultado dessa orientação normativa, temos um regime de supremacia parlamentar (por ser o procedimento mais justificável). Mesmo que possamos discutir a justiça das decisões legislativas, essa autoridade não pode ser questionada com base em argumentos substantivos. Afinal, discordamos e precisamos de um foro comum para resolver nossas diferenças. (MENDES, 2008, p. 201).

Para tentar resolver a tensão existente entre as diferentes teorias, de um lado substancialista e outro procedimentalista, "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, da corte, mas um jogo interativo mais rico e complexo" (MENDES, 2008, p.202). Desse modo, não mais importa qual instituição - corte ou parlamento - deverá ter a última palavra.

4 DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Uma tentativa de diálogo entre as instituições surge de uma necessidade de balancear e evitar uma sobreposição de um poder em relação a outro. O diálogo assume, então, um importante papel para o Estado Democrático de Direito, ao objetivar uma perspectiva de um constitucionalismo cooperativo, no qual há uma comunicação interativa entre os poderes e a sociedade repensando, assim, uma nova reconstrução para minimizar os efeitos da judicialização, na manutenção da separação dos poderes e na sistemática de balanceamento de pesos e contrapesos. A perspectiva do constitucionalismo cooperativo é desentranhada pela comunicação interativa entre os poderes e entre os poderes e a sociedade com objetivo de

repensar novos horizontes para a ideia da não supremacia judicial e, sim, o caráter legitimador das relações de cooperação.

A reflexão quanto a um constitucionalismo em que as relações de cooperação se desenvolvem dentro do plano nacional, tendo em conta uma dimensão horizontal das diversas instâncias de poder político organizado, é alternativa em meio à infundável disputa sobre a legitimidade do *judicial review* e seus riscos à democracia. (SILVIA et al. 2011, p.41)

Segundo Fábio Corrêa Sousa de Oliveira e Larissa Pinha de Oliveira:

Nessa esteira, o que entender por diálogos institucionais? Trata-se de expressão empregada para descrever as interações entre os Tribunais e o Legislativo e o Executivo, sendo que a premissa fulcral das teorias dialógicas consubstancia-se na inexistência de monopólio da interpretação/aplicação, última palavra, por parte do Judiciário. Compreende-se que as teorias dialógicas encontram apoio no cenário contemporâneo, servindo como instrumento para frear a intensa expansão do Poder Judiciário em busca de preservar a democracia posta em cheque (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2011, p. 5).

Nesse mesmo sentido, Dixon (2007, p.391-418) defende um compromisso de cooperação entre tribunais e legislativo ao utilizar o dialogo constitucional como meio para uma melhor aplicação de direitos. A autora aponta que a teoria dialógica impõe limites de competência judiciaria da mesma forma que atribui aos tribunais maiores responsabilidade para conter eventuais bloqueios legislativos à realização de direitos constitucionais.

A partir de um diálogo entre instituições Legislativas, Judiciárias, Executivas e até mesmo entre a população - diálogo social- pretende-se obter estabilidade em questões constitucionais e decisões sociais e políticas importantes, retirando-se do Poder Judiciário - poder contra majoritário - o possível monopólio interpretativo e decisório. Mendes (2008, p.15) propõe as “teorias do diálogo institucional” como tipo de resposta à teoria constitucional ao afirmar que essas teorias exprimem um diálogo e cooperação entre as instituições para atribuir o melhor significado constitucional e não apenas uma competição de qual poder detém a última palavra. "Diálogo é uma imagem fecunda e expressiva para a política. É signo de igualdade, respeito mútuo e reciprocidade. Denota uma relação horizontal e não hierárquica."(MENDES, 2008, p.97)

Cecília de Almeida Silva, e outros atores (2011) a partir de Christine Bateup, se propuseram a mapear as diversas teorias dialógicas, os autores dividiram em: teorias dialógicas

quanto ao método judicial (teorias de aconselhamento judicial e teorias centradas no processo), teorias estruturais de diálogo (teoria de construção coordenada, teorias de princípios jurídicos, teorias de equilíbrio e teorias de parcerias) e fusão dialógica.

A teoria dialógica quanto ao método judicial tem como ponto principal o incentivo ao diálogo pelo poder Judiciário, o que permite um debate mais amplo entre os poderes políticos em questões constitucionais, de modo que permite ao poder judiciário não somente pronunciar a inconstitucionalidade de uma norma, mas que possa direcionar para outros poderes ajustarem a matéria, ou deixar de pronunciar a inconstitucionalidade para apontar outras soluções, ou, ainda, no pronunciamento de inconstitucionalidade de uma norma, permitir que o Poder Legislativo possa intervir novamente para torná-la constitucional.

As objeções à teoria dialógica quanto ao método judicial dizem respeito ao predomínio do Poder Judiciário em decidir ou não, realizam a intercomunicação com o Poder Legislativo ou, ainda, a existência de um monopólio da decisão judicial para dar sentido constitucional, "e não propriamente um diálogo: ao destinatário da comunicação caberia apenas acatá-la, com os devidos procedimentos retificadores". (SILVIA, et al, 2011, p.100)

As teorias estruturais de diálogos deixam de lado o método para apoiar-se nas formas e estrutura da decisão judicial por meio de mecanismos institucionais ou políticos. Entre as teorias estruturais, Cecília de Almeida Silva (*et. al.* 2011) dá destaque à teoria da fusão dialógica, que une componentes das teorias de equilíbrio e teoria da parceria. Em resumo, para a teoria do equilíbrio, os juízes devem promover a discussão constitucional, de modo a incentivar e permitir que a sociedade possa debater para chegar à melhor concepção possível para constituição.

Em relação às teorias de parceria, compreende que cada instância de poder possui uma atribuição e mecanismos distintos. O Judiciário e o Legislativo possuem perspectivas diferentes, enquanto o primeiro é melhor vocacionado para tratar de questões individuais e interpretar as disposições de direito, o segundo é vocacionado ao desenvolvimento de políticas coletivas, e para a teoria da parceria combinando as vocações de cada instituição haverá uma melhor contribuição para o diálogo institucional (e porque não para a democracia) e fortalecimento dos direitos fundamentais.

A fusão dialógica tem como proposta conciliar elementos tanto das teorias de parceria quanto das teorias do equilíbrio, pois busca enaltecer preocupações democráticas,

requisitando ao poder judiciário uma atribuição de levar a discussão sobre temas constitucionais para a sociedade. Cecília de Almeida Silva (*et. al.* 2011) compreende que "O resultado seria a possibilidade de alcançar um consenso mais resistente e aceito pelos próprios cidadãos, o que já era defendido pelas teorias do equilíbrio"(SILVIA, et al, 2011, p.101).

As teorias dialógicas buscam um melhor relacionamento entre instituições de poderes e consequentemente entre política e direito, desse modo a interação entre diferentes atores opõe-se à referência tradicional do *judicial review* que traduz em uma deferência a um dos poderes interrompendo o processo dialético.

Cecília de Almeida Silva (*et.al.* 2011) argumentam que, no Brasil, ancorada no artigo 102 da Constituição da República, há uma supremacia do Poder Judiciário, que se justifica na atribuição a essa instância de solucionar os "impasses de efetividade de um texto com tão extensos compromissos com direitos fundamentais" (SILVIA, et al, 2011, p.101). Desse modo, confia-se no Poder Judiciário como o poder que será capaz de efetivar a extensa gama de direitos fundamentais instituídos pelo Poder Legislativo.

As teorias dialógicas objetivam assim, conciliar a supremacia do Poder Judiciário com o importante papel democrático do poder legislativo. Cecília de Almeida Silva, José Ribas Vieira, José Roberto Berman, Francisco Moura, Rodrigo de Souza Tavares e Vanice Regina Lírio do Valle, apontam os objetivos das soluções dialógicas:

"No eixo dos objetivos, destaca-se a identificação da prática dialógica como instrumento para: a) garantia de direito, b) balanceamento entre o majoritarismo e a questão democrática, c) construção de um processo deliberativo quanto ao conteúdo dos direitos compatível com a complexidade a eles inerentes nas questões difíceis, d) prevenção à prática judicial ativista" (SILVIA, et al, 2011, p. 102)

Compreende-se, pelos resultados deste estudo, que um dos objetivos das teorias dialógicas é a aproximação entre os poderes Legislativos e Judiciários - e da sociedade (diálogo social), para frear a supremacia do poder judiciário, sustentando a defesa de um *weak judicial review* (modelo fraco de controle jurisdicional de constitucionalidade) e enaltecendo o princípio democrático por meio do diálogo.

5. CONCLUSÃO

A teoria democrática de Ronald Dworkin se encarrega de argumentar a favor do *judicial review* com base em um ordenamento principiológico e apoiado na ideia da defesa dos direitos fundamentais e atribui à Corte o poder de dar a última palavra. Em contrapartida, Waldron acredita na supremacia do parlamento, critica a prática do *judicial review* defendida por Ronald Dworkin de modo que, para ele, seria uma afronta à democracia atribuir à corte o poder da última palavra, pois estariam retirando essa atribuição dos poderes majoritários.

As teorias Dialógicas se propõem, então, a minimizar a tensão existente entre as diferentes teorias democrática, em que o diálogo relativiza a última palavra. Ao retirar essa atribuição de apenas um poder, considera que ambos os poderes devem se unir em diálogo para a defesa dos direitos fundamentais e garantia dos direitos das minorias, sem enfraquecer a democracia. É possível assim estabelecer os principais pontos de contribuição que os diálogos institucionais podem exercer, como: reestabelecer o reequilíbrio entre os poderes buscando a legitimidade democrática e o balanceamento entre majoritarismo e a questão democrática; estabelecer a defesa de uma revisão judicial fraca para contrapor o ativismo judicial; assegurar a concretização de direitos fundamentais especialmente em relação a garantia de direito das minorias. (SILVIA, et al, 2011, p. 91, 92)

Assim, uma maior interação entre as instituições pode ter um importante papel para a Democracia, pois são mecanismos que implicam um contato mais estreito entre os poderes a fim de criar um ambiente constitucional cooperativo, o que permite um debate mais amplo em questões constitucionais sem que haja a supremacia de uma instituição em face da outra.

REFERÊNCIAS

ALARCON, Sylvio. **Controle de constitucionalidade, democracia deliberativa e diálogo constitucional: uma aproximação a partir do princípio da separação de poderes.** Revista de Estudos Jurídicos UNESP , v. 17, p. 1-13, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática-** LR Barroso - Revista Jurídica da Presidência, 2010. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acessada em 8 de set. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BATEUP, Christine. **Expanding the conversation: american and canadian experiences of constitutional dialogue in comparative perspective**. New York University Law School. Spring 2007. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=947867> acesso em: Novembro 2018.

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

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política**. 14ªed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)**. Estud. av. vol.18 no.51 São Paulo May/Aug. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007, Acessado em 29 set. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 22.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional 4ª**. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina. 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** (Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DIXON, Rosalind. **Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited**. International Journal of Constitutional Law, vol.5, No.3, pp.391-418, 2007. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1536716 acesso em 21 de outubro de 2018.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fonte, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**; tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LYNCH, Christian Edward Cyril, MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Por uma história constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade**. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 2, 2017, p. 974-1007. Disponível em: DOI: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.25654>. Acesso em 22 de dezembro de 2018.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciências Políticas da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciências Políticas. São Paulo: 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, Larissa Pinha de; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica**. *Juris Poesis*, ano 14m n.14, p.103 - 132, jan-dez, 2011.

OLIVEIRA, Leandro Correa de; **Importância dos Poderes: O judicial Review permite um diálogo entre poderes**. 2012. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-23/leandro-oliveira-judicial-review-permite-dialogo-entre-poderes>. Acesso em 28 set. 2017.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **Jurisdição constitucional em perspectiva: judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal**. *Rio de Janeiro*, 2014 – Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2014.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **A nova crítica ao judicial review: breves reflexões acerca da emergência de um diálogo deliberativo institucional e os reflexos na experiência Brasileira**. coord SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Constitucionalismo e democracia 2017: reflexos do programa de pós-graduação em direito da FDSM*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 43 n.169 jan. /mar. 2006. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p101.pdf. Acesso em: 30 de dezembro de 2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CZELUSNIA, Vivian Amaro. **Constitucionalismo e Democracia nas Análises Procedimentalista e Substancialista**. UFSC, Florianópolis, SC:e, n. 65, p. 189-207, dez. 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas**. São Paulo: Revista Direito Mackenzie, v. 5, n. 1, 2011 p. 203-218.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica contemporânea: do positivismo clássico ao pós positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

TATE, C.; VALLINDER, T. (1995). **The Global Expansion of Judicial Power**. *New York/London*: New York University Press Book, 1995.

SILVA, Cecília de Almeida, et al. **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.