

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIALÓGICO E A DEMOCRACIA DELIBERATIVA: CAMINHOS PARA A LEGITIMAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E DIGNIFICAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

Alfredo Canellas Guilherme da Silva¹

1. Introdução. 2. Controle de Constitucionalidade e a supremacia das Cortes Constitucionais. 3. Revisão ou controle legislativo das decisões judiciais. 4. Proposta de mudança para a democratização da fiscalização judicial de constitucionalidade. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO

O casuísmo e o ativismo das Cortes Constitucionais somados à inércia dos Poderes Legislativos são problemas contemporâneos da maioria dos Estados Democráticos. Os processos e decisões das Cortes Constitucionais não são submetidos ao controle popular. A influente minoria privilegiada, fragilizada pela perda deste espaço legislativo para a maioria popular, elegeu o Poder Judiciário como instrumento adequado e rápido para a conquista e/ou manutenção da hegemonia política perdida ou ameaçada pela voz das urnas. A vontade do povo e de seus representantes foram substituídas pela do Poder Judiciário. Pretende-se neste artigo enfrentar a questão da expansão das competências das Cortes Constitucionais e sugerir o estabelecimento do controle de constitucionalidade dialógico.

Palavras-chave: Separação dos Poderes. Ativismo Judicial. Poder Legislativo. Fiscalização de Constitucionalidade Dialógica. Democracia Deliberativa. Participação Popular.

¹ Mestre em Direito e Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação na Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro/RJ. E-mail: <professoralfredo@canellas.com.br>

1. INTRODUÇÃO

Os processos e decisões das Cortes Constitucionais não são submetidos ao controle popular, mas de pessoas e organizações próximas ao núcleo do Poder Judiciário. Neste sentido, apenas os membros da elite econômica e governamental participam diretamente do debate travado nestes órgãos de cúpula judicial, o que corrobora e agrava a constatação de diferentes classes sociais no lugar da desejada igualdade dos cidadãos.

O protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário decorre de um longo processo de democratização dos pleitos eleitorais. Em tempos de democracia a elite-minoritária fragilizada pela perda de espaço político-legislativo para a maioria popular sagrou o Poder Judiciário como o instrumento adequado e rápido para a conquista e/ou manutenção da hegemonia política perdida ou ameaçada pela voz das urnas.

Neste sentido, a universalização do sufrágio e a depuração do processo eleitoral, fenômenos também brasileiros, implicaram na associação dos membros de classes privilegiadas no entorno da idéia modelar da promoção desmedida do princípio da supremacia constitucional e de seu consectário o controle judicial de constitucionalidade nas Cortes Constitucionais, mesmo em detrimento do princípio democrático e de seu processo legislativo.

A vontade popular e a de seus representantes legislativos ao invés de serem fortificadas no espaço democrático, foram preconceituosamente substituídas e submetidas ao controle do poder “eleito” pela elite. É o que se tem assistido, cada vez com maior profusão, conforme se constata pelas decisões das Supremas Cortes no Brasil e no mundo.

Pretende-se neste artigo enfrentar a questão da expansão das competências das Cortes Constitucionais e sugerir o estabelecimento do controle de constitucionalidade

dialógico, inserido no contexto da democracia deliberativa, como possibilidade de legitimação do controle judicial de constitucionalidade e, simultaneamente, de dignificação do poder da representação popular pelo exercício do controle legislativo das decisões judiciais.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A SUPREMACIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

A preeminência do Poder Judiciário vem sendo erigida desde a histórica decisão no caso *Marbury v. Madison*. Neste *case* a Suprema Corte dos Estados Unidos afastou norma editada pelo Poder Legislativo estadunidense com o fito de evitar o agravamento de tensão política entre o Poder Judiciário e o Executivo eleito. A inaugural declaração formulada pelo renomado Juiz John Marshall², na época Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, foi benéfica para ambos os Poderes em litígio e, no mesmo passo, não arranhou a relação do Poder Judiciário com o Poder Legislativo devido à singularidade de a lei impugnada versar sobre ampliação da competência da própria Suprema Corte. A decisão judicial firmou a incompetência da Suprema Corte e não a sua expansão como se observa atualmente.

Por seu turno, o exercício da jurisdição constitucional foi contestado por inúmeros líderes e presidentes norte-americanos, como Thomas Jefferson³ e Lincoln⁴, dentre outros⁵.

² Vale consignar que John Marshall enquanto Secretário de Estado participou da instalação da “Comissão dos Juizes de Paz”, ainda no governo do Presidente John Adams posteriormente derrotado por Jefferson nas eleições de 1801. Os perdedores buscaram construir no Poder Judiciário uma fortaleza para seu suporte político. Assim, na noite anterior à posse de Jefferson indicaram dezenas de Juizes entre eles Marbury para os novos cargos criados por lei federal. Por sua vez, o recém inaugurado governo *jeffersoniano* se recusou a dar posse a todos os novos Juizes nomeados por John Adams e, por esta razão, com o propósito de se tornar Juiz Marbury moveu ação na Suprema Corte em face do novo Secretário de Estado Madison. Vale registrar que apesar do conflito de interesses Marshall, neste momento Presidente da Suprema Corte, não se declarou suspeito.

³ Thomas Jefferson mostrou-se contrário ao Judicial Review desde 1804 e em inúmeros momentos da história norte-americana tornou pública a existência deste conflito. Segundo Jefferson: “the Constitution... meant that its coordinate branches should be checks on each other. But the opinion which gives to the judges the right to decide what laws are constitutional and what not, not only for themselves in their own sphere of action but for the Legislature and Executive also in their spheres, would make the Judiciary a despotic branch.” - Thomas

Com o término da Segunda Guerra mundial, a universalização da fiscalização de constitucionalidade dos atos legislativos passou a ser justificada pela desconfiança que nos regimes democráticos nutriu-se da ação do legislador ordinário. Foi durante aquele período bélico que algumas casas legislativas européias⁶ atuaram unidas aos respectivos Poderes Executivos autoritários, seja na opressão dos cidadãos ou mesmo pela edição de direito legislado ofensivo aos valores mais caros da dignidade humana.

Em vista disto, repetiu-se a justificativa estadunidense, devido às falhas das Casas Legislativas européias durante o mencionado conflito mundial decorreu o avanço do ativismo judicial cuja expansão contemporânea almejou atender “aos anseios de um povo livre”, *in verbis*: “[a]fter repeated failures in the legislature, [we] have provided a judicial system, adequate to the wants of a free people”.⁷

A partir da metade do século XX, *post-holocaustal age*⁸, a desconfiança sobre o Poder Legislativo autenticou a idéia de que o Poder Judiciário deveria assumir o papel de guardião das normas constitucionais e de seu mais importante valor da dignidade da pessoa humana, mesmo que para isso fosse necessária a declaração de inconstitucionalidade de leis democraticamente elaboradas pelas casas do povo ou o controle de sua omissão legislativa.

Jefferson to Abigail Adams, 1804. ME 11:51. In : Thomas Jefferson on Politics & Government. University of Virginia Library. Disponível em: <<http://etext.virginia.edu/jefferson/quotations/jeff1030.htm>> Acesso em: 15.05.2010.

⁴ Segundo Robert P. George, Lincoln acreditava que a supremacia judicial poderia violar a Constituição, *in verbis*: Like Jefferson, Lincoln believed that courts, including the Supreme Court of the United States could violate the Constitution and even undermine constitutional government. In : GEORGE, Robert P. American Center for Law and Justice. Lincoln on Judicial Supremacy. Disponível em: <<http://www.aclj.org/News/Read.aspx?ID=535>> Acesso em: 15.05.2010.

⁵ Andrew Jackson e Franklin Roosevelt, cada um ao seu tempo, também não afiançaram o controle judicial da constitucionalidade.

⁶ Para Rigaux “a experiência do III Reich ensina que o direito é tanto um instrumento de opressão quanto de libertação. RIGAUX, François. A Lei dos Juízes. Trad. Edmir Missio. São Paulo : Martins Fontes, 2003, p 147.

⁷ SHUGERMAN, Jed Handelsman. Economic Crisis and the rise of judicial elections and judicial review. The Harvard Law Review. Vol. 123 March 2010. Number 5. Disponível em : <http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/123_shugerman.pdf> Acesso em: 19.03.2010.

⁸ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 181.

Por seu turno, ainda nas décadas de 40 e 50 do século passado, abrolharam preocupações acerca dos limites de atuação do novo Poder Judiciário-guardião sobre os demais poderes eleitos, cuja conduta foi cunhada com a expressão “ativismo judicial”.⁹

O ativismo judicial se resume num comportamento cometido pelo poder judicante ofensivo ao princípio democrático, mas preocupado com a efetividade do princípio da supremacia constitucional, segundo a última e própria interpretação realizada pelo Poder Judiciário. Esta acurada percepção notabiliza a idéia de que o ativismo judicial não é focado na constituição, mas na centralidade de sua interpretação pelo Poder Judiciário.¹⁰ Apesar desta constatação, o ativismo norte-americano não se aproxima quantitativamente do brasileiro. Nesse país do norte, em cerca de duzentos anos cento e vinte e cinco leis federais¹¹ tinham sido declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte.

Acerca do ativismo jurisdicional praticado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, a doutrina identifica como questão de fundo a “afirmação e a ampliação da competência normativa da corte”¹² e não a efetividade dos direitos fundamentais.

Assim, vale destacar, a Corte Suprema brasileira passou a proteger extremadamente sua competência e segundo sua exclusiva interpretação,¹³ avançando irremediavelmente sobre as esferas políticas do demais Poderes. Por esta razão, através da fiscalização da

⁹ O exercício do controle judicial da constitucionalidade não se confunde com ativismo judicial. Equiparamos a terminologia “ativismo judicial” apenas ao emprego desmesurado desse mesmo controle em detrimento dos Poderes eleitos. Igualmente, não se quer avaliar os efeitos benéficos ou maléficos das decisões judiciais, da mesma forma que por vezes as ditaduras também decidem bem ou mal. O foco está voltado à legitimidade das decisões, ou seja, são ou não tomadas com a participação do povo.

¹⁰ MARSHALL, William P. *Conservative and the seven sins of judicial activism*. In: *University of Colorado Law Review*. 2002. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=330266>>, Acesso em: 06.06.2009.

¹¹ About America. The constitution of the United States of America with explanatory notes. Disponível em <<http://www.america.gov/media/pdf/books/constitution.pdf#popup>> Acesso em : 30.05.2010.

¹² VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; SILVA, Alexandre Garrido da; SILVA, Marcus Firmino Santiago da; BRASIL, Deilton Ribeiro; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba : Juruá, 2009, p.134.

¹³ A Constituição é o que os Juízes dizem, Segundo tradução livre. “the Constitution is what the judges say it is.” Esta frase é atribuída ao Governador Charles Evans Hughes (NY) que se tornou Presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos.

constitucionalidade o Poder judicante não se furtou em definir ao seu talante as balizas que separam os Poderes, nem os limites de sua atuação, principalmente, ainda na terra brasileira, após o advento da Emenda Constitucional nº 45.

A conjuntura fundada na supremacia judicial veio, subseqüentemente, transformar os Supremos Tribunais em supremos poderes do estado. O novo *status* alcançado pelas Cortes Supremas agravou irremediavelmente o desestimo do político, bem como permitiu a judicialização de questões da competência de órgãos eleitos e dos titulares da soberania.

Igualmente, o ativismo judicial recebeu impulso do modelo neoconstitucionalista. Segundo este perfil, os princípios são normas de textura aberta à disposição do intérprete e do aplicador do direito¹⁴, funções exercidas pelo Poder Judiciário. Nesta silhueta, o moderno constitucionalismo implicou na *ductibilização* da ordem constitucional e facilitou a livre construção do direito pelo guardião da constituição, importando na extraordinária submissão da definição dos limites da separação dos poderes a critérios judiciais e função de flexível e subjetiva interpretação judicial.

Deste modo, oportuno transcrever a memorável lição de Hoadly no sentido de que a pessoa que interpreta dando a última palavra se torna o verdadeiro legislador e não aquele que primeiro escreveu a lei, *in verbis*: whoever hath an ultimate authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them.¹⁵

¹⁴ Cleyson de Mello pontua com exatidão que “uma regra jurídica não pode ser compreendida desalinhada com sua aplicação”, logo “o sentido de um texto e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, ao contrário representam uma unidade exegética.” In : MELLO, Cleyson de Moraes. Curso de Direito Civil - Parte Geral. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2008, 32/33.

¹⁵ Perhaps Bishop Hoadly was right when he said (1717) in a sermon before the English King: "Whoever hath an ultimate authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them." (quoted in Gray 1986, p.12). Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/constitutionalism/#BM2> Acesso em: 08.01.2010.

Há outros fatores que no ambiente democrático promovem a expansão do Poder Judiciário¹⁶ e de suas competências sobre as instituições majoritárias: ineficácia dos Partidos Políticos; delegação voluntária de competências Legislativas; ausência de políticas públicas eficazes; ação de grupos de interesses; omissão legislativa; e a adoção de procedimentos judiciais pelos demais poderes ou judicialization *from within*¹⁷. Para os autores, portanto, são diversificadas as causas que facilitam a expansão do Poder Judiciário sobre os demais e todas elas encontram na democracia o *locus* propício para a judicialização.

É inegável que a ampliação incontável da propalada competência judicial tem permitido que o órgão de cúpula judicial determine o resultado das eleições; estabeleça regras sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo; defina quem pertence ou não a uma nação; promulgue constituição onde não existe,¹⁸ controle as sentenças *inter privatos* dos órgãos judiciais ordinários,¹⁹ bem como finalize diversas questões políticas que deprecariam necessariamente a intervenção democrática direta do povo e/ou de seus representantes, sejam os Congressistas ou o Presidente da República nos países onde este sistema de governo é adotado.

Deve-se enfatizar que o momento atual confirma a histórica previsão de 1835 estabelecida por Tocqueville sobre o sistema judicial norte-americano, hoje seguido

¹⁶ VALLINDER, Torbjorn. TATE, Neal, (1995). *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York : New York University Press, 1995, p. 28/32.

¹⁷ Há duas espécies de judicialização da política. A primeira tem como instrumento principal o controle de constitucionalidade e é chamada de *judicialization from without*. Outra espécie de judicialização é chamada de *from within*, ou seja, aquela identificada pela espontânea admissão pelos Poderes eleitos dos procedimentos *quase judiciais*. Esta última se caracteriza pela *tribunalização da* tomada de decisões pela esfera política. VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn *et alii*. *The Global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995. p. 13-26.

¹⁸ VALLINDER, Torbjorn. TATE, Neal, (1995). *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York : New York University Press, 1995, p. 4.

¹⁹ A judicialização da política pelas Supremas Cortes tem implicado na ampliação de suas competências também sobre os demais órgãos do Poder Judiciário. No caso de Estados Federativos este fenômeno nacionaliza a jurisdição em prejuízo das particularidades regionais e da competência dos Tribunais locais mais próximos ao jurisdicionado.

acriticamente por muitos países, inclusive o Brasil: there is now hardly any moral or political controversy in these countries that does not sooner or later turn into a judicial one.²⁰

No mesmo sentido, Oscar Vieira entende que:

Difícil pensar um tema relevante em nossa vida política que não venha a exigir, mais dia menos dia, a intervenção do STF: troca-troca de partidos, cláusula de barreira partidária, (...) Tudo parece exigir uma última palavra do STF. Se por um lado isto demonstra a grande fortaleza desta instituição, por outro é sintoma de uma forte crise, para não dizer degradação, de nosso sistema democrático, que hoje depende deste novo "Poder Moderador" para funcionar.²¹

A partir da premissa de que não há democracia se um Poder atuar com preeminência sobre os demais, notícia dirigida às Cortes constitucionais, pode-se afirmar que se vivencia no Brasil e alhures um período histórico no qual os órgãos de cúpula judicante degradam o princípio democrático ao alargarem por conta própria e excessivamente o limite de sua própria jurisdição sobre os poderes eleitos e demais órgãos judiciais, particularmente pelo emprego desmesurado da fiscalização judicial de constitucionalidade das leis²², de sua omissão e das decisões judiciais ordinárias²³.

²⁰ Ran Hirschl ao tratar sobre a constitucionalização da mega-política e seu tratamento pelas Cortes judiciais menciona o ensinamento de Tocqueville publicado em sua seminal obra "On Democracy". In : HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, MA : Harvard University Press, 2007, p. 169.

²¹ VIEIRA, Oscar V. *Supremocracia: vícios e virtudes republicanas*. Valor Econômico, 06/11/2007, Opinião, p. A14. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/83723/1/noticia.htm>> Acesso em: 15.07.2009.

²² Anota-se, em resumo, o posicionamento de alguns autores: Alexander M. Bickel, autor da obra "The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics 18 (1962)" descreve que o *judicial review* é uma instituição anormal oriunda da democracia norte Americana, por causa de sua tendência contra-majoritária - "deviant institution in American democracy" because of its countermajoritarian tendencies); Por seu turno, Jeremy Waldron autor de "Law and Disagreement". 10 (1999) sugere que o *judicial review* somado a uma carta de direitos implica, inevitavelmente, na lesão do princípio da participação democrática - "suggesting that judicial review under a bill of rights inevitable results in harm to the principle of democratic participation".

²³ A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sua eficácia privada e o associado dever de proteção imputado a todos os poderes, inclusive ao Poder Judiciário no momento de aplicar o direito ordinário, motivou o controle judicial da constitucionalidade das decisões ordinárias em face dos direitos fundamentais, inaugurando a *tese da imputação judicial*. Portanto, a expansão constante dos direitos fundamentais, dimensão subjetiva e objetiva, "há

As Cortes Constitucionais são reconhecidas pelo assento de inatacáveis e cultos juízes. Sucede que o conhecimento jurídico não é fator de legitimação popular, persistindo o déficit democrático de suas decisões. Insta acrescentar que seus membros, em regra, exercem seus cargos com a segurança da vitaliciedade, bem como suas decisões não sofrem o crivo de controle democrático imposto aos demais poderes. Nesta lâmina, as decisões judiciais ativistas suscitam grave ofensa à democracia, aos princípios da soberania popular e da separação dos poderes que, na hipótese brasileira, encontram direta extração constitucional.

Registre-se que a ausência de controle do corpo eleitoral e/ou de seus representantes sobre as decisões das Cortes Constitucionais facilitam a prolação de decisões embasadas em doutrinas formuladas pelos grupos de interesse e em desconformidade com o anseio da maioria da população. Novas teses doutrinárias são estabelecidas por estes grupos e consagradas pelo núcleo do Poder judicante com o propósito de alicerçar o exercício por poucos do poder político perdido nas urnas ou ameaçado pelo processo político democrático confiado democraticamente à maioria popular.

Devido a este quadro, Ran Hirschl ensina que o Poder Judiciário pode se tornar no meio de blindagem das elites interessadas em manter sua posição hegemônica em face da representação política que quando não opera para a satisfação de seus interesses²⁴ impõe a judicialização de questões políticas, *in verbis*:

The judicialization of mega-politics may also be driven by “hegemonic preservation” attempts taken by influential sociopolitical groups fearful of losing their grip on political power. Such groups and their political representatives are more

terminado por provocar la preocupación y la reacción de una parte cada vez más numerosa de la doctrina”. ALEXEI, Julio Estrada. Los Tribunales Constitucionales y La Eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. In : CARBONELL, Miguel (organizador). *Teoría del Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 121/137.

²⁴ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, MA : Harvard University Press, 2007, p. 43/44.

likely to delegate to the judiciary formative nationbuilding and collective-identity questions when their worldviews and policy preferences are increasingly challenged in majoritarian decision-making arenas.²⁵

Em tais circunstâncias o Poder Judiciário se torna um *superlegislativo*²⁶ mesmo que sem legitimidade eletiva, pois recebe incentivo para se tornar casa revisora de leis e fonte normativa subsidiária na pressuposição de omissão legislativa, o que configura afronta à democracia e a capacidade de participação política do povo.²⁷

Tendo em vista o protagonismo judicial sem controle popular (*quis custodiet custodes?*)²⁸ e o desprestígio do legislativo omissor, inúmeros doutrinadores passaram a dissentar da idéia de que o Poder Judiciário poderia continuar a exercer exclusivamente a interpretação última de normas constitucionais em um regime democrático. No extremo, questiona-se a positivação de direitos fundamentais nas cartas constitucionais (Bill of rights),²⁹ e a desconstitucionalização de alguns direitos.

Acerca dos direitos fundamentais, os posicionamentos se vazam no argumento que a constitucionalização de direitos promove a expansão do controle de constitucionalidade sobre

²⁵ HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. Fordham Law Review. Disponível em <<http://law.fordham.edu/publications/articles/500flspub9554.pdf>> Acesso em: 31.05.2009.

²⁶ Piero Calamandrei, por exemplo, considera o órgão que exerce a jurisdição constitucional como “superlegislativo” (CALAMANDREI, Piero. La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile. Padova: Cedam, 1950. p. 59). Ainda, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, alguns autores distinguem as decisões dos Tribunais Constitucionais em materialmente jurisdicionais e formalmente jurisdicionais. Para estes autores, o controle abstrato de constitucionalidade não seria uma decisão materialmente jurisdicional, mas sim de legislação negativa, ao passo que o controle concreto de constitucionalidade constituir-se-ia uma verdadeira atividade jurisdicional (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 763), apud Honório, Cláudia; KROL, Heloísa da Silva; PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Instrumentos de Democratização do Controle Abstrato de Constitucionalidade: Proteção e Aplicabilidade do Princípio Democrático. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/04_582.pdf> Acesso em: 15.07.2009.

²⁷ WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York : Oxford University Press, 2004. p. 295.

²⁸ Na linguagem livre a indagação: “Quem toma conta dos guardas” ou “quem controla o controlador - da constitucionalidade – Quem fiscaliza o Poder Judiciário?”

²⁹ Alerta-nos & Vallinder: “The scope and efficiency of judicial review can be enhanced through the enactment of a Bill of right.” In : VALLINDER, Torbjorn. TATE, Neal, (1995). *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York : New York University Press, 1995, p. 15.

áreas cujos conteúdos deveriam estar a cargo da representação democrática³⁰ e não do Poder Judiciário. Deste modo, as cartas de direito seriam fatores de fragilidade das prerrogativas da representação popular eleita, situação que exigiria a reconfiguração das funções do Poder Judiciário e Legislativo, como se observa em alguns países.³¹

Deve ficar claro que o desequilíbrio do sistema de tripartição dos poderes convém ao arrefecimento do processo político³² que não tem como causa exclusiva o controle judicial de constitucionalidade, mas o monopólio da definitiva interpretação constitucional cometida com exclusividade às Cortes Supremas. Diversamente, para John Rawls, a Suprema Corte pode ser vista como “intérprete judicial supremo (ainda que não o último)”,³³ e arremata fulminando a idéia de interpretação judicial suprema, *in verbis*: “a constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é”.³⁴

Nesta linha, o avanço do processo democrático em um sistema de tripartição de poderes passa pela dignificação do Poder Legislativo e incremento da participação popular nas deliberações judiciais, o que envolve a retomada do espaço legislativo perdido e a

³⁰ Os direitos fundamentais são direitos contra o Poder Legislativo. Admitir que os direitos fundamentais não pudessem ser limitados pela soberania popular ou sua representação legislativa implicaria na total exclusão desta relevante categoria normativa da esfera política, bem como a expansão incomensurável da competência judicial. A “dogmática das margens de ação”, inovação desenvolvida em 2002 por Robert Alexy, visa esclarecer algumas críticas à natureza principiológica dos direitos fundamentais e ao espaço atribuído ao legislador que não pode ser vulnerado sob pretexto de aplicação dos direitos fundamentais. In: ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 13/17 .

³¹ Estonia Article 11 [Restrictions]; Germany Article 19 (Restriction of Basic Rights); South Africa Section 36 Limitation of Rights; Hungary ; New Zealand “Section 4 [Other Enactments]”; Spain Article 53 [Regulation, Judicial Protection]; Poland Article 31; Portugal Article 18 [Legal force]; Slovakia Article 13; Sweden has a number of limitations clause and several absolute rights. A Comparative overview of Limitations and Override Clauses. In: A Comparative overview of Limitations and Override Clauses in Constitutions. Prepared by the Knesset Research and Information Center. Disponível em: <<http://www.cfisrael.org/a627.html?rsID=119#par6>> Acesso em: 24.02.2010.

³² Neste sentido Alexander Bickel, citado por Robert Martin. In : MARTINS, Robert Ivan. *The most dangerous branch. How the Supreme Court of Canada has undermine our Law and our Democracy*. Montreal : McGill, 2003, p. 5.

³³ RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. de Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 285.

³⁴ Idem, p. 288.

previsão de controle popular sobre as questões políticas *judicializadas* e resolvidas mediante o último (ou único)³⁵ controle judicial da constitucionalidade. Questões complexas que carecem de enfrentamento.

3. REVISÃO OU CONTROLE LEGISLATIVO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Para Martin Shapiro o controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte constitui, indubitavelmente, a máquina central da expansão do poder judiciário nos Estados Unidos.³⁶

Assim, nos países que adotam o *judicial review*, a revisão Legislativa das Decisões Judiciais - *legislative review of the judicial decision*, ou a proposta do controle legislativo das decisões da Suprema Corte propõe servir como um meio apropriado para a democratização do controle judicial da constitucionalidade e limite à expansão do Poder Judiciário sobre a arena política.

Nessa questão, o modelo inicial para a solução do problema da supremacia da interpretação judicial da constitucionalidade pode ser encontrado através da normatização constitucional Canadense citada por Hirschl e prevista na Seção nº 3 de sua Carta de Direitos e Liberdades. Trata-se da cláusula de derrogação, chamada de "la clause dérogatoire"; "override clauses"; "exception clause"; "overcoming"; "in spite of" ; "override power" or "notwithstanding clause".³⁷

³⁵ Nos países que adotam o controle concentrado de constitucionalidade.

³⁶ SHAPIRO, Martin. The United States. In: VALLINDER, Torbjorn. TATE, Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York : New York University Press, 1995, p. 45.

³⁷ HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, MA : Harvard University Press, 2007, p. 79.

A aplicação desta cláusula provoca a partilha da jurisdição constitucional com o Poder Legislativo e, desta forma, oportuniza o estabelecimento de um diálogo entre estes Poderes. O mencionado diálogo pode ser prévio, durante ou posterior ao exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder judicante.

Assim sendo, segundo esta concepção, a fiscalização da constitucionalidade passa a se submeter ao controle preventivo ou repressivo³⁸ do Poder Legislativo democrático, basta que este último aplique a cláusula *notwithstanding* por um prazo de até 5 (cinco) anos, ou seja, de uma legislatura.

A razão de este prazo coincidir com a legislatura encontra fundamentos democráticos. Na hipótese do povo almejar alterar o posicionamento legislativo poderá fazê-lo democraticamente pela eleição de novos representantes políticos comprometidos com a mudança, o que seria impossível no modelo estadunidense.

Nesta atmosfera, surge a importância dos institutos da democracia deliberativa que abrem a interpretação constitucional à participação popular e a seus representantes, inclusive do Presidente da República³⁹ em outros eventos políticos que não apenas os eletivos.

Assim, fortificam-se os mecanismos do plebiscito e do referendo populares para o direcionamento da atuação da representação popular e desta para a decisão judicial. Consequentemente, floresce a importância dos partidos políticos, dos políticos e do próprio

³⁸ The dialogue that culminates in a democratic decision can only take place if the judicial decision to strike down a law can be reversed, modified, or avoided by the ordinary legislative process. HOGG, Petter W. BUSHELL, Allison A. *The Charter dialogue between Courts and Legislatures*. (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All). Disponível em: <http://www.ohlj.ca/archive/articles/35_1_hogg_bushell.pdf> Acesso em: 15.07.2009.

³⁹ BESSETTE Joseph M. *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy and American National Government (American Politics and Political Economy Series)*. Chicago : University of Chicago Press, 1994, p. 212.

Poder legislativo como um Poder comparte e dialógico no concerto com o Poder Judiciário na tutela dos direitos constitucionais.⁴⁰

No caso brasileiro, para a transformação de paradigma seria exigida uma mudança estrutural da constituição por meio de emenda e, igualmente, a aceitação de inovador modelo de interpretação voltado para o perfil procedimentalista⁴¹ de conteúdo democrático,⁴² ou seja, além de alterações estruturais e cognitivas também *atitudinais* precisariam ser observadas pelo Poder Legislativo e Judiciário com o fito de favorecer o processo democrático.

Outro benefício, a cláusula canadense reforçaria a federação e os poderes legislativos estaduais que também poderiam impedir, durante prazo determinado, a submissão da legislação estadual ao controle de constitucionalidade *ultra vires* do Poder Judiciário. Em um regime democrático, decorre do *override power* legislativo o aparecimento de um espaço institucional dialógico entre o Poder Legislativo estadual e a Corte Suprema nacional, pois certo que a representação popular estadual expressa com mais exatidão que o Supremo Tribunal Federal o sentimento constitucional do povo do estado membro em uma federação.

Depreende-se, por conseguinte, que a regra canadense configura um novo perfil de controle de constitucionalidade ao compartilhá-lo entre 2 (dois) poderes políticos, além de viabilizar a participação do povo, enquanto órgão definidor da última vontade do Estado. Como visto, a última palavra será expressa pelo povo ao confirmar ou rejeitar a cláusula legislativa.

⁴⁰ DEBELJA, Julie. *Rights Protection without Judicial Supremacy: A Review of the Canadian and British Models of Bills Of Rights*. Melbourne University Law Review. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2002/17.html#fn46>> Acesso em: 26.06.2009.

⁴¹ HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 345.

⁴² Breyer defende a tese segundo a qual “courts should take greater account of the Constitution’s democratic nature when they interpret constitutional and statutory texts. That thesis encompasses well-know arguments for judicial modesty: The judge, compared to the legislator, lacks relevant expertise. The “people” must develop “the political experience” and they must obtain “the moral education and stimulus that come from ... correcting their own errors. Judges must display that doubt, caution and prudence, that not being “too sure” of oneself, that Judge Learned Hand described as “the spirit of liberty”. BREYER, Stephen. *Active Liberty. Interpreting our Democratic Constitution*. New York : Vintage Books, 2009, p. 6.

Não sem fundamento, o processo contínuo de democratização da sociedade e dos Poderes do Estado expõe a necessária inclusão do povo e de seus representantes nos debates políticos. Neste feito a lição de Friedrich Müller é esclarecedora, *in expressis*:

A democracia justifica-se partir do povo, deve servir ao povo ativo, ao povo enquanto instância de atribuição e ao povo-destinatário, quer dizer, aos titulares dos direitos eleitorais, acrescidos de todos os cidadãos, acrescidos de todas as pessoas no âmbito do seu ordenamento constitucional. A democracia é a forma estatal da inclusão.⁴³

Por tudo o que tem sido demonstrado, a democratização pela participação do Poder Legislativo no controle judicial da constitucionalidade equilibrará as relações entre os Poderes, sendo o diálogo o instrumento adequado para provocar o renascimento da importância do Poder Legislativo, bem como para legitimar as decisões da Corte Constitucional pela inclusão participativa da representação popular.

Em outras palavras, somente através da substituição do arquétipo clássico e expansivo estadunidense de supremacia jurídica e política da interpretação constitucional pelas Supremas Cortes⁴⁴ pelo modelo da revisão e controle legislativo das decisões do Poder Judiciário, inserindo em um contexto de democracia deliberativa, será concretizado o princípio democrático.

Por certo, como visto acima, a plausibilidade deste modelo dialógico exigirá que ocorra uma mudança de paradigma na esfera política. No tocante a esta matéria, o legislador

⁴³ MÜLLER, Friedrich. Globalização, Exclusão Social, Democracia. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/20030604-Globalizacao.pdf>>. Acesso em 30 ago. 2006.

⁴⁴ Acredita-se que o modelo norte-americano substancialista é mais duro que a Constituição kelseniana procedimentalista. Para Luis Prieto Sanchis a Constituição limita o Poder Legislativo, mas esta limitação pode ser preferentemente procedimental se o texto supremo regula apenas a formação do direito legislado e seu modo de proceder e este era o ideal da Constituição kelseniana. SANCHIS, Luis Prieto. Replica a Juan Antonio Garcia Amado. In : CARBONELL, Miguel (organizador). *Teoría del Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 281.

omisso deve se tornar co-autor funcional e partícipe das questões hoje apreciadas apenas pelo Poder Judiciário. A exigência de participação do legislador levará ao surgimento de uma arena inclusiva e dignificadora da representação política-popular eleita.⁴⁵

4. PROPOSTA DE MUDANÇA PARA A DEMOCRATIZAÇÃO DA FISCALIZAÇÃO JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Como tem sido delineado, o desígnio deste artigo se inclina na busca do avanço democrático que evite a concretização do alerta de Robert Martin que imputou em obra sobre o Poder Judiciário o título “*The Most Dangerous Branch*”⁴⁶ – O mais perigoso dos Poderes.

Consolidada pela interpretação,⁴⁷ a ameaça deve ter como foco a desmedida ampliação das competências judiciais do Poder Aristocrático⁴⁸ sem controle popular.

A doutrina brasileira confere a solução do protagonismo judicial ao próprio Poder Judiciário. Neste sentido, afiança o eminente professor Luis Roberto Barroso, *in verbis*:

Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de

⁴⁵ A disputa entre as concepções são marcadas pelo debate acadêmico entre Ronald Dworkin e Jeremy Waldron. O primeiro favorável ao controle judicial enquanto que o último pela dignificação do Poder da representação popular.

⁴⁶ Para o autor, o problema consiste que o sistema pode a partir da “constitutional supremacy may easily be transformed into one of judicial supremacy.” In: MARTINS, Robert Ivan. *The most dangerous branch. How the Supreme Court of Canada has undermine our Law and our Democracy*. Montreal : McGill, 2003, p. 6.

⁴⁷ “The fact is that the law of the constitution is for the most part couched in broad, vague language that rarely speaks definitively to the cases that come before the courts. Accordingly, judges have a great deal of discretion in “interpreting” the law of the constitution, and the process of interpretation inevitably remakes the constitution into the likeness favoured by the judges.” In : HOGG, Petter W. BUSHELL, Allison A. *The Charter dialogue between Courts and Legislatures. (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn’t Such A Bad Thing After All)*. Disponível em: <http://www.ohlj.ca/archive/articles/35_1_hogg_bushell.pdf> Acesso em: 15.07.2009.

⁴⁸ Para Antoine Garapon e Ioannis Papadopoulos “faz parte da natureza do terceiro ramo do poder ser aristocrático. Os juízes são procurados por sua distância em relação ao povo”. In : GARAPON, Antoine. PAPADOPOULOS. Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada*. Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 144.

discrecionalidade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política. Ademais, a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade.⁴⁹

Entretanto, contemporaneamente, é difícil uma decisão de Corte Suprema não “jogar” com os direitos fundamentais ou com os procedimentos democráticos, uma vez que o caráter principiológico dos primeiros irradia-se sobre quase todas matérias jurídicas e, somado-se os procedimentos democráticos, não restaria qualquer margem de ação plausível para o Poder Legislativo democrático, nem discrecionalidade para o Poder Executivo eleito. Seja como for, em resumo, o eminente professor sugere que o Poder Judiciário exerça o *judicial self restraint*.⁵⁰

Tal posicionamento caminha contra a natureza das coisas, pois nenhum poder se auto-limita e, tal entendimento, significaria atribuir às Cortes Constitucionais um poder infindo ao decidir sobre sua a oportunidade de sua própria contenção. A solução parece caminhar em outro sentido, como é notório, apenas o poder restringe o poder, segundo a clássica lição de Montesquieu.⁵¹

Desta forma, o crescimento protagonizado nas últimas décadas pelo núcleo do Poder Judiciário⁵² não pode ficar restrito apenas às idéias conceituais⁵³ voltadas para a interpretação

⁴⁹ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf> Acesso em: 22.04.2010.

⁵⁰ Robert Alexy não defende esta solução ao indicar que “for the present, one thing seems certain: general formulae such as judicial self restraint do not help us much.” In : ALEXY, Robert. A Theory of constitutional rights. Translated by Julian Rivers. Ney York : Oxford, 2004, p. 367.

⁵¹ “Il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.” In : L'Esprit des lois, livre XV, chapitre 5. Disponível em : < <http://www.assembleenationale.fr/histoire/Esclavage/espritdeslois.asp>> Acesso em : 23.04.2010.

⁵² Garapon alerta que “o caráter intocável do juiz continua preocupante. O juiz faz com que a democracia corra o risco do ativismo quando cria um direito pretoriano ou, ao contrário, um risco de imobilismo, impedindo reformas desejadas pela maioria. (...) Uma jurisdição não dispõe de meios para legislar (...)”. In: GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia - O guardião de promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro : Revan, 2001, p. 74

levada a efeito pelo próprio poder judicante, precisa ser acompanhado por igual e simultâneo desenvolvimento do controle exercido pela representação popular sobre o *judicial review*, sobretudo porque a função judicial não mais se resume à dicção da lei, perdida em sua importância pela superação do paradigma positivista.

Ademais, novos eixos doutrinários^{54 55 56 57} democráticos fundamentam base discursiva favorável à soberania popular e contrária à exagerada concentração de competência no Poder Judiciário. A conciliação de propostas diversas exige a limitação estruturante e institucional do órgão de cúpula do Judiciário e a simultânea defesa das prerrogativas do legislador democrático.

Esta mudança essencial impedirá o continuado avanço do menosprezo social pelo Poder Legislativo, bem como o despreço de sua produção legislativa, decorrentes da construção legislativa pelo Poder Judiciário, conforme reconhecido em cores fortes por Antonin Scalia, *in verbis*: “the judges makes law, by extorting from precedents something

⁵³ Nesta linha de reconhecimento da insuficiência da jurisdição como fator de limite ao Juiz, afirma Posner: “The constraints that do operate on judges and channel their discretion, constraints that necessarily are material and psychological rather than conceptual because concepts do not constrain, came from judges’ training, selection, and personal values, and from de rules and practices governing judicial conduct, appeals, promotion, rewards, impeachment, and so on, not from commitment to jurisprudential theories. In : POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge , MA : Harvard University Press, 2005, p. 290.

⁵⁴ Diz-nos MARTINS, incisivamente, que “it’s conveniently forgotten that self-government (e não o governo dos Juízes) is also a human right. (...) The Supreme Court now exercises all three sorts of power and, on the basis of Montesquieu’s analyses, must be regarded as despotic. Absolute power, in lord Acton’s aphorism, corrupts absolutely and the Supreme Court is now absolutely corrupt. In: MARTINS, Robert Ivan. *The most dangerous branch. How the Supreme Court of Canada has undermine our Law and our Democracy*. Montreal : McGill, 2003, p. 178.

⁵⁵ Para TUSHNET a constituição popular é aquela “in the hands of the people themselves” e não na mão de juízes. In : TUSHNET, Mark V. *Take the constitution away from the Court*. Princenton : Princenton University Press, 2000, p. 182.

⁵⁶ “Finally, I suggest that judicial review could well be in the hands of a jury elected at random among the whole citizenry, in which case judicial review would be even more egalitarian than a system of unlimited congressional powers.” SPECTOR, Horacio, *Judicial Review, Rights, and Democracy*. *Law and Philosophy, Forthcoming*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=371160>>. Acesso em: 02.08.2009.

⁵⁷ Para Niño o “review is necessary, but it may not be judicial review. The power of judicial review is a contingent arrangement even when the system has a supreme constitution”, a posição do autor é relevante na medida em que não nega a importância do controle judicial de constitucionalidade, mas o admite dentro de alguns parâmetros. In : NIÑO, Carlos Santiago. *The Constitution of deliberative democracy*. North Caroline: Yale University Press, 1996, p 196.

which they do not contain. (...) a whole system of law is built up without the authority or interference of the legislator”.⁵⁸

Cabe advertir que a proposta a seguir apresentada não encontra unanimidade.⁵⁹ Entretanto, para a dignificação do Poder Legislativo⁶⁰ e democratização da fiscalização judicial da constitucionalidade realizada pelas Supremas Cortes, algumas recomendações devem ser cogitadas, inicialmente:

- a) A primeira reclama um processo de emenda constitucional que impeça a *supremocracia*. A despeito da importância da Corte Suprema, deverá ser construído e estruturado o judicial review dialógico⁶¹ que protege, simultaneamente, os princípios da soberania popular, da separação e harmonia entre os poderes, bem como da federação;
- b) A segunda proposta colimada implora pela aceitação de críticas ao modelo pós-positivista.⁶² ⁶³ Nesses termos, deve-se considerar pertinente a possibilidade do resultado da ponderação entre o princípio da soberania do parlamento *versus* o princípio da supremacia constitucional não desvelar com clareza aquele princípio cuja carga argumentativa seja maior,⁶⁴ ou seja, ter-se-ia o aparecimento de uma nova

⁵⁸ In: SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation. Federal Courts and the law*. New Jersey : Princenton, 1997, p. 39

⁵⁹ HOGG, Petter W. BUSHELL, Allison A. *The Charter dialogue between Courts and Legislatures*. (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All). Disponível em: <http://www.ohlj.ca/archive/articles/35_1_hogg_bushell.pdf> Acesso em: 15.07.2009.

⁶⁰ WALDRON, Jeremy. *The dignity of Legislation*. New York : Cambridge University Press, 1999, 162/166.

⁶¹ ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial. Judicial activism or democratic dialogue*. Toronto : Irwin Law, 2001, p. 239/251.

⁶² AMADO, Juan Antonio Garcia. Derechos e Pretextos. Elementos de Crítica del Neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (org.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, 237-264.

⁶³ “El concepto de análisis de ámbito normativo que Müller contrapõe a la ponderación de bienes”. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 167/168.

⁶⁴ Decorre da falta de certeza do que é ordenado, proibido ou confiado à discricionariedade dos poderes públicos, pela Constituição. A incerteza pode radicar na falta de certeza das premissas empíricas ou normativas. (tradução livre) In: ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 8.

categoria deôntica entre os modais da constitucionalidade permitida e a inconstitucionalidade proibida. Assim, nestes casos, apenas o Poder Legislativo e não o Poder Judiciário poderia indicar a decisão;

c) A terceira, consequência da última, aponta para o emprego de mecanismos de democracia semi-direta como meio democrático a ser utilizado com mais frequência para o deslinde de grave e eventual tensão entre o poder Legislativo e o Judicial.⁶⁵ Assim sendo, pugna-se pelo afastamento da teoria da justificação jurídica e sua suficiência que visa legitimar a atuação das Cortes Supremas segundo a idéia da representação argumentativa;⁶⁶

d) A quarta sugestão é marcada pela ampliação da participação popular na escolha de seu próprio destino, o que é possível pelo exercício da Democracia dialógica e deliberativa,⁶⁷ de sorte que um novo ambiente de soberania popular esteja instituído por meio de um sistema concretizador da importância dos partidos políticos, dos políticos, e, conseqüentemente, do Poder legislativo partícipe junto ao Poder Judiciário;⁶⁸ e

⁶⁵ Veja-se a hipótese dos EUA que para Vânia Aieta, lastreada no ensinamento de Wilson Accioli, “se um juiz se recusa a aplicar uma lei, sob fundada alegação de inconstitucionalidade, a maioria dos eleitores tem condições de anular a decisão, votando pela constitucionalidade da lei em questão, o que força sua aplicabilidade.”

In.: AIETA, Vânia Siciliano. *Democracia. Estudos em homenagem ao Prof. Siqueira Castro (Tratado de Direito Político Tomo II)*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006, p. 171 (nota).

⁶⁶ Alexy defende sua “Teoria da representação argumentativa (vinculada ao problema da legitimidade democrática da justiça constitucional); In : ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo. Trad. de Luís Afonso Heck. Livraria do Advogado*, 2. ed. Porto Alegre: 2008, p. 162-165.

⁶⁷ ZURN, Christopher F. *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*. New York : Cambridge University Press, 2007, p. 305-341.

⁶⁸ DEBELJA, Julie. *Rights Protection without Judicial Supremacy: A Review of the Canadian and British Models of Bills Of Rights*. Melbourne University Law Review. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2002/17.html#fn46>> Acesso em: 26.06.2009.

e) A derradeira proposta de mudança focaliza a interpretação judicial pela adoção de um perfil procedimentalista⁶⁹ de conteúdo democrático.⁷⁰

Deste novo desenho resultará o re-posicionamento do Poder Legislativo, do corpo eletivo e da hermenêutica constitucional. Esta estrutura implicará na democratização do controle judicial da constitucionalidade e dificultará o aparecimento de classes sociais, conforme desenvolvido por T. H. Marshall.⁷¹ Em seu lugar abrolhará a cidadania praticada por atores aptos para o exercício do consentimento popular, no sentido literal do exercício democrático do chamado “plébiscite de tous les jours”.⁷²

5. CONCLUSÃO

Tivemos neste artigo o propósito de apresentar sugestões para o aperfeiçoamento do regime democrático atinente ao controle de constitucionalidade, processo inacabado que nas sociedades livres deve apontar para o alargamento da participação popular em todas as esferas de Poder, inclusive a judicial.

⁶⁹ Teoria procedimentalista cuja “legitimidade de normas jurídicas mede-se pela racionalidade do processo democrático da legislação política.” In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 290.

⁷⁰ O povo (e seus representantes devem) ter espaço até mesmo para cometer erros. Segundo o autor “the people must have room to decide and leeway to make mistakes”. In : BREYER, Stephen. *Active Liberty. Interpreting our Democratic Constitution*. New York : Vintage Books, 2009, p. 15.

⁷¹ Segundo Thomas Marshall a cidadania, situação de igualdade, é dividida em três elementos: civil, político e social. Assim, é contraposta com a desigualdade reconhecida nas classes sociais. O elemento político da cidadania consiste no direito de participar e exercer o poder político enquanto membro de um corpo investido de autoridade política [parlamento] ou como um eleitor de membros deste mesmo corpo. Nesta perspectiva, o exercício da cidadania influi [impacta] nas classes sociais. In: MARSHALL, Thomas Humphrey e BOTTOMORE, Tom. *Citizenship and social class*. London: Pluto Classic, 1992, p.8.

⁷² Expressão utilizada por Hannah Arendt que reproduz a de Ernest Renan no clássico ensaio *Qu’est-ce qu’une nation?* In : ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo. Anti-semitismo. Imperialismo & Totalitarismo*. Trad. RAPOSO, Roberto. São Paulo : Companhia das Letras, 2004, p. 155.

O avanço da democracia conduz à ampliação da participação do povo e/ou de seus representantes nas decisões políticas, mesmo nas decisões das Cortes Supremas no exercício do controle de constitucionalidade.

O Poder Judiciário exerce função política que por natureza é mais distanciada do cidadão que a exercida pelo Poder Legislativo e por esta razão é escassa de participação popular, salvo para alguns componentes de classe social dominante.

A inclusão do povo ou de seus representantes na prática da jurisdição constitucional caracteriza uma abordagem nova no processo de controle judicial da constitucionalidade que poderá ser alcançada pelo modelo dialógico e pela democracia deliberativa. Para tal, o festejado avanço para o modelo do pós-positivismo principiológico, facilitador da expansão judicial, deve ser acompanhado por um eficiente controle mútuo entre os poderes políticos, inclusive popular e/ou de seus representantes sobre o controle judicial de constitucionalidade.

A perspectiva de resgatar a estima do processo político eletivo e democrático exige a inserção do Poder Legislativo e do corpo de cidadãos no processo do controle de constitucionalidade. Esta participação deverá surgir pela interação dialógica entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, bem como através das deliberações populares.

O diálogo entre os Poderes irá alterar o perfil clássico e dogmático do controle judicial da constitucionalidade em vigor, ainda lastreado na supremacia judicial e submissão legislativa cujos albores remontam o conhecido caso *Marbury v. Madison* de 1803.

Segundo o novo modelo, na hipótese do povo desaprovar decisão do Poder Legislativo poderá repelir os seus representantes ou orientá-los antes das eleições gerais. Assim, a racionalidade da importância do legislador concentra-se na eletividade de seu mandato parlamentar e no princípio da soberania popular. Isto não ocorre no *judicial review* clássico.

Desta feita, o fator temporal da validade das decisões legislativas no controle de constitucionalidade é um dado que deve ser considerado no diálogo entre o poder da

representação popular - Legislativo e o não eleito poder da representação argumentativa - Judiciário.

É nessa linha que desponta a relevância das mudanças, o inovador *controle de constitucionalidade democrático*-dialógico reconhecerá a autoridade da dimensão ocupada pelos membros do Poder Legislativo e sua função condicionadora de decisões judiciais que afetem toda a coletividade formada por pessoas livres.

REFERÊNCIAS

About America. The constitution of the United States of America with explanatory notes. Disponível em <<http://www.america.gov/media/pdf/books/constitution.pdf#popup>> Acesso em : 30.05.2010.

AIETA, Vânia Siciliano. Democracia. Estudos em homenagem ao Prof. Siqueira Castro
(*Tratado de Direito Político Tomo II*). Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Trad. de Luís Afonso Heck. Livraria do
Advogado, 2. ed. Porto Alegre, 2008.

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

____ Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios. Trad. Carlos
Bernal Pulido. Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2003.

- AMADO, Juan Antonio Garcia. Derechos e pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. (org.) *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, 237-264.
- ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. Anti-semitismo. Imperialismo & Totalitarismo. Trad. RAPOSO, Roberto. São Paulo : Companhia das Letras, 2004.
- BESSETTE Joseph M. *The mild voice of reason: deliberative democracy and american national government* (American Politics and Political Economy Series). *Chicago* : University of Chicago Press, 1994.
- BREYER, Sthephen. *Active Liberty. Interpreting our Democratic Constitution*. New York : Vintage Books, 2009.
- DEBELJA, Julie. Melbourne University Law Review. Rights Protection Without Judicial Supremacy: A Review Of The Canadian And British Models Of Bills Of Rights. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2002/17.html#fn46>> Acesso em: 26.06.2009.
- DEBELJA, Julie. *Rights Protection without judicial supremacy: A Review of the Canadian and British Models of Bills Of Rights*. Melbourne University Law Review. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2002/17.html#fn46>> Acesso em: 26.06.2009.

MÜLLER, Friedrich. Globalização, exclusão social, democracia. Disponível

em: <<http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/20030604-Globalizacao.pdf>>. Acesso em 30 ago. 2006.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

GARAPON, Antoine. O juiz e a democracia - O guardião de promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro : Revan, 2001.

GARAPON, Antoine. PAPADOPOULOS. Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma Perspectiva Comparada*. Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008, p. 144.

HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia entre facticidade e validade. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*. Disponível em <<http://law.fordham.edu/publications/articles/500flspub9554.pdf>> Acesso em: 31.05.2009.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, MA : Harvard University Press, 2007.

HOGG, Petter W. BUSHELL, Allison A. *The charter dialogue between courts and legislatures*. (Or Perhaps The *Charter Of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All).
Disponível em: http://www.ohlj.ca/archive/articles/35_1_hogg_bushell.pdf> Acesso em: 15.07.2009.

MELLO, Cleyson de Moraes. Curso de direito civil - Parte Geral. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 2008, p. 32/33.

MARSHALL, Thomas Humphrey e BOTTOMORE, Tom. *Citizenship and social class*. London: Pluto Classic, 1992.

MARSHALL, William P. *Conservative and the seven sins of judicial activism*. In: *University of Colorado Law Review*. 2002. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=330266>>, Acesso em: 06.06.2009.

MARTINS, Robert Ivan. The most dangerous branch. How the supreme court of canada has undermine our law and our democracy. Montreal : McGill, 2003.

POSNER, Richard. Law, pragmatism and democracy. *Cambridge , MA* : Harvard University Press, 2005, p. 290.

ROACH, Kent. The supreme court on trial. Judicial activism or democratic dialogue. Toronto : Irwin Law, 2001.

RAWLS, John. Liberalismo político. Trad. de Sergio René Madero Báez. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

RIGAUX, François. A Lei dos juízes. Trad. Edmir Missio. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

SCALIA, Antonin. A matter of interpretation. Federal Courts and the law. New Jersey : Princenton, 1997.

SHAPIRO, Martin. The United States. In: VALLINDER, Torbjorn. TATE, Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York : New York University Press, 1995.

SHUGERMAN, Jed Handelsman. Economic Crisis and the rise of judicial elections and judicial review. The Harvard Law Review. Vol. 123 March 2010. Number 5. Disponível em : <http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/123_shugerman.pdf> Acesso em: 19.03.2010.

SPECTOR, Horacio, *Judicial Review, Rights, and Democracy. Law and Philosophy, Forthcoming*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=371160>>. Acesso em: 02.08.2009.

TUSHNET, Mark V. *Take the constitution away from the court*. Princenton : Princenton University Press, 2000.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). VIEIRA, José Ribas; TAVARES, Rodrigo de Souza; SILVA, Alexandre Garrido da; SILVA, Marcus Firmino Santiago da; BRASIL, Deilton Ribeiro; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Ativismo jurisdicional e o supremo Tribunal Federal. Curitiba : Juruá, 2009.

VALLINDER, Torbjorn. TATE, Neal. The global expansion of judicial power: *the judicialization of politics*. New York : New York University Press, 1995.

VIEIRA, Oscar V *Supremocracia: vícios e virtudes republicanas*. Valor Econômico, 06/11/2007, Opinião, p. A14. Disponível em:
<<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/83723/1/noticia.htm>> Acesso em:
15.07.2009.

WALDRON, Jeremy. *The dignity of legislation*. New York : Cambridge University Press, 1999.

_____. *Law and disagreement*. New York : Oxford University Press, 2004.

WERNECK, Vianna Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha, & BURGOS, Marcelo Baummam. A judicialização da política e das relações sociais no brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1977.

ZURN, Christopher F. *Deliberative democracy and the institutions of judicial review*. New York : Cambridge University Press, 2007.